

Tereza Rodrigues Vieira
Jônatas Luiz Moreira de Paula
Pedro Henrique Marangoni
(Organizadores)

PROCESSO, POLÍTICAS PÚBLICAS E BIODIREITO

VOLUME 2



**PROCESSO,
POLÍTICAS PÚBLICAS
E BIODIREITO**

VOLUME 2

Tereza Rodrigues Vieira
Jônatas Luiz Moreira de Paula
Pedro Henrique Marangoni
(Organizadores)

PROCESSO, POLÍTICAS PÚBLICAS E BIODIREITO

VOLUME 2



Belo Horizonte
2025

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jean Carlos Fernandes
André Cordeiro Leal	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jorge M. Lasmar
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Rodrigues de Freitas Junior	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clémerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Edson Ricardo Saleme	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Eliane M. Octaviano Martins	Nelson Rosendal
Emerson Garcia	Renato Caram
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Florisbal de Souza Del'Olmo	Rodolfo Viana Pereira
Frederico Barbosa Gomes	Rodrigo Almeida Magalhães
Gilberto Bercovici	Rogério Filippetto de Oliveira
Gregório Assagra de Almeida	Rubens Beçak
Gustavo Corgosinho	Sergio André Rocha
Gustavo Silveira Siqueira	Sidney Guerra
Herta Rani Teles Santos	Vladimir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaína Rigo Santin	William Eduardo Freire

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2025.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Cumbuca Studio
Revisão: Responsabilidade do autor
Conversão para Ebook: Cumbuca Studio

340.1 Processo, políticas públicas e biodireito – v. II / [Organizado por] Tereza Rodrigues Vieira, Jônatas Luiz
P963 Moreira de Paula [e] Pedro Henrique Marangoni. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2025.
2025 356 p.
v.2

ISBN: 978-65-5929-660-6
ISBN: 978-65-5929-661-3 (E-book)
Vários autores.

1. Direito. 2. Políticas públicas. 3. Biodireito. 4. Biotecnologia – Planejamento familiar. 5. Planejamento familiar. 6. Idosos – Abandono afetivo. 7. Violência doméstica. 8. Seleção genética. 9. Xenofobia. 10. Justiça e Inteligência artificial. I. Vieira, Tereza Rodrigues (Org.). II. Paula. Jônatas Luiz Moreira de (Org.). III. Marangoni, Pedro Henrique (Org.). IV. Título

CDDir – 340.1
CDD (20. ed.) – 340.07

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br
Belo Horizonte
2025

APRESENTAÇÃO

Atualmente, a interação entre *Processo, Políticas Públicas e Biodireito* é evidente. No futuro, as políticas públicas serão cada vez mais desafiadas a incorporar as inovações biotecnológicas e o Biodireito precisará regulamentar novos procedimentos e tecnologias. Assim sendo, o Processo Civil continua a ser a ferramenta para fiscalizar e garantir que as políticas públicas respeitem os direitos garantidos pelo Biodireito, especialmente em contextos de judicialização da saúde.

O artigo escrito por Lucas Oliveira Faria e Patrícia Borba Marchetto objetiva investigar a relação entre a concessão judicial de medicamentos de alto custo que não possuem registro na ANVISA e o conceito de aprofundamento da técnica, utilizando como base teórica as ideias de Jacques Ellul.

O texto de Fernando de Lima Fogaça e Tereza Rodrigues Vieira demonstra que a aproximação do sistema de justiça com as comunidades vulneráveis consolida a dignidade da pessoa humana e reforça princípios constitucionais como a igualdade e a cidadania.

Pedro Henrique Marangoni apresenta uma reflexão significativa acerca da importância do cuidado, os efeitos da omissão e a urgência de reiterar, dentro da sociedade, que envelhecer nunca deve ser associado ao esquecimento.

O artigo de Karem Lívia Miranda de Carvalho tem como objetivo examinar, de maneira concisa, os instrumentos empregados na implementação das medidas de proteção para mulheres que sofrem violência doméstica, incluindo também os recursos digitais utilizados. Além disso, ressalta que essa questão abrange não apenas o âmbito penal, mas também civil e constitucional, focando na proteção dos direitos das mulheres em situações vulneráveis devido à violência enfrentada, com ênfase em assegurar sua vida, segurança e liberdade.

O artigo intitulado “O Processo Estrutural e o Desafio da Efetivação do Direito à Saúde no Sistema Único de Saúde” foi escrito por Patrícia Borba Marchetto e Arthur Gonçalves Cassian. A pesquisa apresentada abrange diver-

sas perspectivas teóricas, visando proporcionar uma análise atual, abrangente e crítica da questão.

Natan Galves Santana e Tereza Rodrigues Vieira discutem a questão da família ectogenética e a aplicação da biotecnologia no planejamento familiar, ressaltando que é responsabilidade do Estado criar políticas públicas e disponibilizar recursos financeiros para permitir que mais instituições hospitalares realizem procedimentos de reprodução assistida. A morosidade nos tratamentos pode prejudicar o planejamento familiar dos indivíduos mais vulneráveis.

O estudo elaborado por Eduarda Seren Braga, Giovana Agostinho Gomes e Natan Galves Santana, aborda a relação do biodireito com a seleção genética do bebê-medicamento para salvar vidas. Os autores recomendam cautela, evitando retrocessos relacionados a movimentos eugênicos ou violações dos direitos do nascituro e da criança concebida com fins terapêuticos.

Alexandre Cesar Rodrigues da Silva e Tereza Rodrigues Vieira analisam a relação entre liberdade de expressão, xenofobia e o processo civil, com ênfase no acesso à justiça para migrantes e refugiados. O foco da discussão é como o discurso de ódio, frequentemente mascarado como liberdade de expressão, impacta e compromete os direitos dessas comunidades, além de explorar a atuação do sistema judiciário na proteção e reparação dessas populações.

Matheus Rodrigues Kallas e Patrícia Borba Marchetto analisam os obstáculos técnicos e burocráticos enfrentados nas pesquisas sobre Cannabis no Brasil, identificando os principais entraves que dificultam o avanço de estudos científicos nessa área, examinando de que forma as normas do processo civil serão essenciais para apoiar a nova legislação que será implementada, criando um contexto mais propício para a produção científica.

Jeanne Carla Rodrigues Ambar e Juliana de Fátima Moreira Costa abordam a questão da eliminação de registros médicos que antecedem a transição de gênero. Este assunto envolve diversas facetas da identidade, privacidade e respeito aos direitos fundamentais e pessoais de indivíduos trans. Trata-se de uma reivindicação que vai além do âmbito administrativo, assumindo dimensões éticas, jurídicas e políticas, especialmente em relação ao direito à autodeterminação e à proteção contra discriminação.

Rayane Amann Tozoni e Tereza Rodrigues Vieira explanam os aspectos processuais da ação de deserdação por abandono afetivo de descendentes e/ou ascendentes, a qual envolve o conflito entre o direito hereditário, a autonomia da vontade e os deveres familiares, refletindo as mudanças na concepção de família e a crescente valorização do afeto como base das relações.

Gabriela de Moraes Rissato e Valéria Silva Galdino Cardin discutem a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade das crianças refugiadas desacompanhadas, abordando a situação atual dos refugiados, os modos como os países os recebem e, especialmente, como ocorre esse acolhimento quando

o refugiado é uma criança que chega aos locais designados para refugiados sem qualquer forma de identificação.

Winnicius Pereira de Góes aborda o papel do Poder Judiciário, do Ministério Público e da sociedade no controle das despesas e judicialização das políticas públicas contratualizadas, concluindo que se os recursos públicos têm um propósito específico designado a eles, não devem ser desviados de seus objetivos originais, em desacordo com o que é estipulado pela legislação vigente e as condições para realocação de recursos e reequilíbrio econômico-financeiro previamente estabelecidos.

O artigo “Interesses e direitos fundamentais na construção democrática do estado de direito”, escrito por Jônatas Luiz Moreira de Paula e Jônatas Luiz Moreira de Paula Filho, discute, de maneira concisa, a viabilidade de estabelecer uma fundamentação teórica que permita a edificação de um Estado de Direito baseado em direitos fundamentais, a partir dos direitos individuais.

Após uma década da implementação do CPC/2015, Guilherme Lunelli busca identificar, levantar e discutir questões críticas relacionadas à aplicação prática das técnicas processuais urgentes, especialmente no que diz respeito às chamadas “medidas de urgência requeridas em caráter antecedente”, sugerindo possíveis soluções.

O artigo intitulado “da construção histórica e jurídica do conceito de cidadania”, elaborado por Thiago Caversan Antunes e Flávio Pierobon, propõe uma análise sobre os primórdios da cidadania, porém, sem estabelecer um critério de comparação com os modelos contemporâneos, mas sim fundamentar a elaboração de uma “nova cidadania” alinhada com as exigências atuais e baseada no exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana no Brasil do século XXI.

A Ação Popular proporciona uma plataforma para aqueles que não têm voz, conforme argumenta Hwidger Lourenço Ferreira em seu artigo “Natureza política da ação popular: Instrumento de Democracia Participativa”. Ela confere poder político àqueles que dele foram excluídos. Além disso, restabelece ao titular a habilidade de exercer o poder que lhe pertence, sendo nossa responsabilidade utilizá-lo, sem receios.

Ao abordar a Inteligência artificial nos processos judiciais e extrajudiciais, Fabio Fernandes Neves Benfatti e Luciene Ienke de Macedo afirmam que os princípios da IA têm como objetivo garantir que o desenvolvimento e a implementação dessas tecnologias estejam em conformidade com valores éticos e direitos fundamentais. A governança da IA deve ser fundamentada na responsabilidade, assegurando que eventuais danos resultantes de decisões automatizadas sejam devidamente atribuídos e reparados.

Destarte, a obra *Processo, Políticas Públicas e Biodireito* demonstra a complexidade e a necessidade de uma abordagem integrada para proteger os direitos individuais e coletivos diante das constantes transformações da sociedade. As-

sim, a importância desses estudos reside na forma como eles se complementam para defender a dignidade humana e o bem comum, especialmente diante dos desafios impostos pelas complexas demandas sociais.

Tereza Rodrigues Vieira

Pós Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá;
Mestra e Doutora em Direito pela PUC-SP/Doutorado Sandwich
na Université Paris; Especialista em Bioética pela Faculdade de
Medicina da USP; Docente do Mestrado em Direito Processual e
Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito na UNIPAR, Universi-
dade Paranaense.

ORGANIZADORES

Tereza Rodrigues Vieira

Pós Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá; Mestra e Doutora em Direito pela PUC-SP/Doutorado Sandwich na Université Paris; Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito na UNIPAR, Universidade Paranaense; Advogada. E-mail: terezavieira@uol.com.br <https://orcid.org/0000-0003-0333-7074>.

Jônatas Luiz Moreira de Paula

Professor Titular da UNIPAR-Universidade Paranaense nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela UEL-Universidade Estadual de Londrina, Doutorado em Direito pela UFPR-Universidade Federal do Paraná e Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Coordenador do Curso de Direito da FACCAR-Faculdade Paranaense.

Pedro Henrique Marangoni

Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor de Processo Penal na graduação na Universidade Paranaense (UNIPAR). Doutor em Direito Político e Econômico/Mackenzie. Mestre em Direito Processual e Cidadania/UNIPAR. Especialista em Docência do Ensino Superior.

COLABORADORES

Alexandre César Rodrigues da Silva

Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR, bolsista CAPES/PROSUP. Especializações em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário; Direito Educacional; Direito de Família e Sucessões; e Educação Especial, todas pela Faculdade UNINA. Graduado em Direito e em Pedagogia pela UNIPAR.

Arthur Gonçalves Cassiani

Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP, Ribeirão Preto, SP – Brasil. E-mail: a.cassiani@unesp.br. Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-3803-0640>

Eduarda Seren Braga

Discente do Curso de Direito da UNIMEO/CTESOP; E-mail: eduardaserenpr@gmail.com

Fabio Fernandes Neves Benfatti

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduação em Administração. Graduação em Direito e Mestrado em Direito Negocial, ambos pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália.

Fernando de Lima Fogaça

Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR); Bolsista PROSUP/CAPES fernando.fog@edu.unipar.br

Flávio Pierobon

Advogado, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), professor universitário. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e Membro titular da cadeira nº 7 da Academia de Letras, Ciências e Artes de Londrina (ALCAL). E-mail: flavio@caversan.adv.br.

Gabriela de Moraes Rissato

Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Pesquisadora ICETI – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC – PR. Advogada no Paraná. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3214-7715>, E-mail: gabrielamrissato@gmail.com

Giovana Agostinho Gomes

Discente do Curso de Direito da UNIMEO/CTESOP; E-mail: giovanaagos98@gmail.com

Guilherme Lunelli

Doutor em Direitos Difusos e Coletivos e mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Defensor Público de Mato Grosso do Sul.

Hwidger Lourenço Ferreira

Advogado. Procurador-Geral Adjunto do Município de Santa Fé-PR. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana/ESB com láurea acadêmica. Pós-graduado em Direito Constitucional pela PUC-PR. Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo AVM/ Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito e Gestão do Agronegócio pelo IDASP/OAB-TO.

Jeanne Carla Rodrigues Ambar

Advogada; Docente; Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Pós-graduada em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC/MG e em Direito Civil e Processo Civil pela UCAM. Graduada em Fisioterapia, especialista em UTI. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9387-4609> E-mail: ambarjeanne@gmail.com

Jônatas Luiz Moreira de Paula

Professor Titular da UNIPAR-Universidade Paranaense nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela UEL-Universidade Estadual de Londrina (1995), Doutorado em Direito pela UFPR-Universidade Federal do Paraná (1998) e Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra (2001). Coordenador do Curso de Direito da FACCAR-Faculdade Paranaense.

Jônatas Luiz Moreira de Paula Filho

Advogado.

Juliana de Fátima Moreira Costa

Advogada; Docente; Mestre em Direito pelo IDP Brasília. Especialista em Compliance e Governança corporativa pela PUC/MG. Pesquisadora no Laboratório de Inteligência Artificial do CEDIS/IDP e no DTIBR. Certificada CIPM e DPO EXIN, especialista em Proteção de Dados Pessoais e Inteligência Artificial. E-mail: mcostajuliana@gmail.com

Karem Livia Miranda de Carvalho

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense. Especialista em Criminologia pela USP. Pós-Graduada em Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Militar, Direito Ambiental e Crimes Cibernéticos. Graduada em Direito pela Universidade Paranaense – Cianorte/PR, com Láurea Acadêmica. Assessora da Promotoria de Justiça no Estado do Paraná. Docente da Universidade Paranaense. karem-livia@hotmail

Lucas Oliveira Faria

Procurador do Município de Ribeirão Preto/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio, de Mesquita Filho”, campus Franca, e-mail: lucas.faria@unesp.br. <http://lattes.cnpq.br/2385282926625440>

Luciene Ienke de Macedo

Doutoranda em Direito Constitucional pela FADISP. Mestre em Direito e Gestão de Conflito pela Universidade de Araraquara (UNIARA). Mestre em Direito, Sociedade e Tecnologias, pela Faculdades Londrina. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera Uniderp. Tabeliã e Oficiala de Registro.

Matheus Rodrigues Kallas

Mestre em Direito. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca/SP – Brasil. E-mail: matheus.kallas@unesp.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4890-4650>.

Natan Galves Santana

Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Bauru; Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR); Pós-Graduado em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto Damásio de Direito; Pós-Graduado em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale; Professor Universitário na FACO e na UNIMEO/CTESOP; Advogado no Paraná; E-mail: ngalvess@gmail.com

Patrícia Borba Marchetto

Pós doutora pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Orientadora vinculada ao PPGD/Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, campus Franca, e-mail: patricia.marchetto@unesp.br. <http://lattes.cnpq.br/9857008056151410>

Pedro Henrique Marangoni

Docente do programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor de Processo Penal na graduação na Universidade Paranaense (UNIPAR). Doutor em Direito Político e Econômico/Mackenzie. Mestre em Direito Processual e Cidadania/UNIPAR. Especialista em Docência do Ensino Superior e Processo Penal. pedromarangoni@prof.unipar.br

Rayane Amann Tozoni

Graduanda do curso de Direito e integrante do Programa de Iniciação Científica da UNIPAR, Universidade Paranaense, vinculada ao Projeto “Tutela constitucional das minorias e grupos vulneráveis em face das novas tecnologias e novos direitos”, coordenado pela Dra. Tereza Rodrigues Vieira. E-mail: rayane.t@edu.unipar.br. <https://lattes.cnpq.br/5321066490954808>. <https://orcid.org/0009-0001-0054-6404>.

Tereza Rodrigues Vieira

Pós Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá; Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP/Doutorado Sandwich Université Paris; Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito na UNIPAR, Universidade Paranaense; terezavieira@uol.com.br. <https://orcid.org/0000-0003-0333-7074>.

Thiago Caversan Antunes

Doutor e Pós-doutor em Direito pela Universidade de Marília, Mestre em Direito Negocial e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Docente do curso de graduação em Direito da Universidade Positivo em Londrina. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual, da Associação Brasileira de Direito e Economia e do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro titular da cadeira nº 26 da Academia de Letras, Ciências e Artes de Londrina. Advogado. E-mail: thiago@caversan.adv.br.

Valéria Silva Galdino Cardin

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Mestrado e Doutorado da Unicesumar – Centro Universitário Cesumar; Pesquisadora do ICETI; Advogada. valeria@galdino.adv.br

Winnicius Pereira de Góes

Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Pós-graduado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Arthur Thomas, Pós-graduado em Direitos Humanos e Democracia pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

SUMÁRIO

A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA PELA VIA JUDICIAL: INCOERÊNCIA E IATROGÊNESE ESTRUTURAL À LUZ DOS PRECEDENTES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	1
Lucas Oliveira Faria Patrícia Borba Marchetto	
BIODIREITO, FAMÍLIA ECTOGENÉTICA E A APLICAÇÃO DA BIOTECNOLOGIA NO PLANEJAMENTO FAMILIAR	17
Natan Galves Santana Tereza Rodrigues Vieira	
O DEVER DE CUIDAR SOB A ÓTICA DA FRATERNIDADE: TUTELA PROCESSUAL E OBRIGAÇÃO DE FAZER NO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO.....	29
Pedro Henrique Marangoni	
POLÍTICAS PÚBLICAS E MECANISMOS TECNOLÓGICOS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	41
Karem Livia Miranda de Carvalho	

PERSPECTIVAS ÉTICO-JURÍDICAS NO BIODIREITO APLICADAS À SOLICITAÇÃO DA EXCLUSÃO DO HISTÓRICO MÉDICO PRÉVIO À TRANSIÇÃO DE GÊNERO	55
--	-----------

Jeanne Carla Rodrigues Ambar
Juliana de Fátima Moreira Costa

OS DESAFIOS TÉCNICOS E BUROCRÁTICOS DAS PESQUISAS COM <i>CANNABIS</i> NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE O NOVO MARCO NORMATIVO E O PAPEL ESTRUTURAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	71
---	-----------

Matheus Rodrigues Kallas
Patrícia Borba Marchetto

BIODIREITO E SELEÇÃO GENÉTICA: A UTILIZAÇÃO DO BEBÊ-MEDICAMENTO PARA SALVAR VIDAS	81
--	-----------

Eduarda Seren Braga
Giovana Agostinho Gomes
Natan Galves Santana

POLÍTICAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA MAIS HUMANIZADO E PLURAL: ITINERÂNCIA E AUDIÊNCIA NA CALÇADA.	95
---	-----------

Fernando de Lima Fogaça
Tereza Rodrigues Vieira

PROCESSO ESTRUTURAL E O DESAFIO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	113
---	------------

Patrícia Borba Marchetto
Arthur Gonçalves Cassiani

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, XENOFOBIA E PROCESSO CIVIL: O ACESSO À JUSTIÇA DOS MIGRANTES E REFUGIADOS EM FACE DO DISCURSO DE ÓDIO	127
--	------------

Alexandre César Rodrigues da Silva
Tereza Rodrigues Vieira

ASPECTOS CIVIS E PROCESSUAIS DA AÇÃO DE DESERDAÇÃO DE DESCENDENTES E/OU ASCENDENTES POR ABANDONO AFETIVO	145
---	------------

Rayane Amann Tozoni
Tereza Rodrigues Vieira

DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS REFUGIADAS DESACOMPANHADAS	163
Gabriela de Moraes Rissato	
Valéria Silva Galdino Cardin	
INTERESSES E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO	181
Jônatas Luiz Moreira de Paula	
Jônatas Luiz Moreira de Paula Filho	
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA SOCIEDADE NO CONTROLE DAS DESPESAS E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONTRATUALIZADAS.....	195
Winnicius Pereira de Góes	
TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: UM RETORNO AO TEMA APÓS DEZ ANOS DE VIGÊNCIA DO CPC/2015.....	225
Guilherme Lunelli	
DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DO CONCEITO DE CIDADANIA	253
Thiago Caversan Antunes	
Flávio Pierobon	
A NATUREZA POLÍTICA DA AÇÃO POPULAR: INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	279
Hwidger Lourenço Ferreira	
DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS PROCESSOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS.....	307
Fabio Fernandes Neves Benfatti	
Luciene Ienke de Macedo	

A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA PELA VIA JUDICIAL: INCOERÊNCIA E IATROGÊNESE ESTRUTURAL À LUZ DOS PRECEDENTES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Lucas Oliveira Faria

Procurador do Município de Ribeirão Preto/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, campus Franca, e-mail: lucas.faria@unesp.br. <http://lattes.cnpq.br/2385282926625440>

Patrícia Borba Marchetto

Pós doutora pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Orientadora vinculada ao PPGD/Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, campus Franca, e-mail: patricia.marchetto@unesp.br. <http://lattes.cnpq.br/9857008056151410>

1. INTRODUÇÃO

O avanço tecno científico tem sido um motor de transformações contínuas na dinâmica social, notabilizando-se pelo vasto leque de possibilidades que inaugura, seja na otimização de processos produtivos, na potencialização da acumulação de capital ou na promoção de melhorias na qualidade de vida da população.

Um dos domínios mais significativamente impactados por esse desenvolvimento é o da extensão da longevidade humana. A narrativa de que o ser humano pode ter uma vida progressivamente mais longa e saudável é comercializada com vigor pelos grandes oligopólios da indústria farmacêutica. Tal discurso se

materializa na disponibilização incessante de novas terapias medicamentosas que prometem a cura de diversas patologias e, conseqüentemente, o adiamento da finitude da vida.

No contexto brasileiro, a elevada oferta de fármacos inovadores — frequentemente associados a custos exorbitantes devido à tecnologia empregada em seu desenvolvimento — tem gerado significativas pressões sobre os recursos orçamentários da saúde pública. Esse fenômeno é intensificado pelo arranjo constitucional pátrio, conforme aponta Barroso (2009), que faculta aos cidadãos pleitearem judicialmente o fornecimento de medicamentos experimentais, inclusive aqueles que ainda não obtiveram o devido registro junto à autoridade sanitária competente.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde sob os pilares da universalidade e da integralidade. A partir de uma interpretação extensiva do princípio da integralidade, correntes doutrinárias sustentam que recai sobre o Estado um dever irrestrito de prover toda e qualquer prestação material necessária à tutela da saúde dos indivíduos.

Contudo, essa noção de um dever estatal absoluto entra em rota de colisão com a realidade de uma oferta farmacológica em constante e crescente expansão. A ideia de que o Estado deve prover todas as alternativas terapêuticas para prolongar a vida impõe um severo obstáculo à gestão racional do sistema público de saúde, cujo escopo é, por definição, assegurar o acesso universal aos cuidados, sempre dentro das limitações fáticas e orçamentárias existentes.

Diante desse panorama, o presente estudo propõe-se a investigar a conexão entre a concessão judicial de fármacos de alto custo desprovidos de registro na ANVISA e o conceito de aprofundamento da técnica, a partir do referencial teórico de Jacques Ellul. Adicionalmente, busca-se averiguar se tal fenômeno não configuraria uma manifestação da iatrogênese estrutural, conceito formulado por Ivan Illich.

Para tanto, a metodologia empregada adotará o método de abordagem hipotético-dedutivo, complementado por procedimentos de análise documental e levantamento bibliográfico. A pesquisa será estruturada em três momentos distintos.

Inicialmente, proceder-se-á a uma exposição sobre os fundamentos da chamada “judicialização da saúde” no Brasil, com o objetivo de delinear seus contornos e esclarecer suas premissas gerais.

Sequencialmente, a análise se voltará para a questão dos medicamentos de alto custo sem registro sanitário, investigando os critérios jurisprudenciais e as balizas decisórias que fundamentam a expedição de ordens judiciais impositivas ao Poder Público para seu fornecimento.

Por fim, a partir da compreensão aprofundada da problemática e da atuação jurisdicional, buscar-se-á estabelecer as correlações teóricas entre esse fe-

nômeno, o aprofundamento da técnica (Ellul) e a iatrogênese estrutural (Illich), concluindo a análise proposta.

2. O CONTROLE JUDICIAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Embora a judicialização e o ativismo sejam comumente enquadrados como espécies de controle judicial sobre políticas públicas, a doutrina jurídica diverge quanto às suas definições e, muitas vezes, os trata como fenômenos análogos em suas causas, manifestações e consequências.

Nesse diapasão, Bernardi e Bernardi (2012, p. 87) ressaltam que o ativismo judicial encontra terreno fértil na ineficácia legislativa em cumprir sua função primordial, uma causa também atribuída à judicialização: “Umas das principais causas do crescimento do ativismo judicial no Direito brasileiro é, sem dúvida, a comprovada ineficácia do Poder Legislativo no cumprimento de sua função precípua de estabelecer regras abstratas de conduta.”

Simultaneamente, parte da teoria considera que o ativismo é similar à judicialização, e há quem o veja como uma manifestação progressista. Luís Roberto Barroso (2012, p. 25-26) os classifica como “primos”, provenientes da mesma “família”, mas com origens distintas. Para ele, a judicialização no contexto brasileiro é um fato incontornável, decorrente do modelo constitucional adotado, não um ato de vontade política deliberado.

O Judiciário decide porque sua função constitucional o exige. Em contrapartida, o ativismo judicial seria uma “atitude”, uma escolha consciente e proativa de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido e alcance. Geralmente, ele emerge em contextos de inação do Poder Legislativo, de distanciamento entre a classe política e as demandas sociais. O ativismo judicial, para Barroso, está associado a uma participação mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização de valores e objetivos constitucionais, com maior ingerência sobre as atribuições dos outros Poderes.

Ainda sobre a perspectiva de Barroso, percebe-se que, embora ambos os fenômenos sejam vistos como benéficos, a judicialização decorre do modelo constitucional, enquanto o ativismo se relaciona à postura do Judiciário, caracterizando um comprometimento com os valores constitucionais, mesmo que isso implique maior interferência em outros poderes. Ou seja, o juiz ativista seria aquele que, de forma voluntária, intervém para consagrar os anseios da Constituição.

Em linha análoga, Aragão (2013, p. 61) cita Arthur Schlesinger, que distingue o ativismo judicial como a utilização da Constituição pelo juiz para salvaguardar direitos. Isso poderia ocorrer por um ativismo “revelador” (baseado em preceitos constitucionais ou lacunas legais) ou “inovador” (criação de uma

nova norma ou direito, complementando preceitos constitucionais vagos), em um sistema de cláusulas abertas.

Entretanto, Tassinari (2013) contrapõe que os critérios de Barroso são insuficientes para clarificar a postura ativista, pois a aplicação da Constituição e o controle de constitucionalidade são deveres inerentes a qualquer juiz na atual quadra do constitucionalismo. A autora defende que uma distinção mais precisa entre ativismo e judicialização deve ser feita à luz da Teoria do Direito.

Nesse sentido, Lenio Streck (2017) argumenta que a grande diferença entre ativismo e judicialização reside na “forma de decidir”, sendo uma questão afeta à interpretação do direito e à teoria da decisão. Streck enfatiza que a judicialização da política é um fenômeno tanto inexorável quanto contingencial, decorrente de condições sociopolíticas e da intervenção do Judiciário ante as deficiências dos outros Poderes. O ativismo, por outro lado, nasce no próprio sistema jurídico, sendo um ato de vontade do julgador, um modo de corromper a lógica da entre poderes, pois extrapola os limites da atuação judicial com base em critérios não jurídicos.

A partir da compreensão de que a diferenciação entre judicialização e ativismo se situa no campo da interpretação e do ato decisório, surge uma crítica ao ativismo por seu caráter prejudicial ao Estado Democrático de Direito. Georges Abboud (2014, p. 421) é categórico:

“De nossa parte, entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.”

O ativismo, assim, materializa-se quando o magistrado, ao intervir na esfera de outro Poder, o faz fundamentado em suas convicções particulares, crendo-se apto a definir os rumos do Estado independentemente do Direito. Trata-se, na realidade, de uma afirmação das convicções políticas e morais do juiz (Peduzzi, 2015).

Assim, ativismo e judicialização não se confundem do ponto de vista da Teoria do Direito, embora compartilhem uma origem comum. O ativismo manifesta-se no bojo da judicialização, quando o juiz, ao decidir sobre questões políticas, o faz com base em suas convicções pessoais. A judicialização é um fenômeno contingencial decorrente do modelo constitucional; o ativismo, por sua vez, é uma conduta do julgador.

Nota-se, portanto, que ativismo e judicialização não podem ser confundidos – sob o ponto de vista da teoria do direito – mas se originam a partir de um ponto comum – isto porque o ativismo ocorre exatamente quando há a judicía-

lização, sendo esta última caracterizada pelo ato de chamar o Judiciário a decidir sobre causas que produzem impacto nos outros poderes. A judicialização, como já mencionado, é fenômeno contingencial que deriva do modelo constitucional adotado, entretanto, quando – no exercício da judicatura em temas da política judicializados – o juiz decide a partir de suas convicções pessoais, a partir deste ponto, estaremos tratando de ativismo.

Exatamente por isso que Clarissa Tassinari (2013) defende que a judicialização é inevitável, esta acontecerá necessariamente por força da estrutura constitucional desenhada pelo Poder Constituinte, em que cabe ao Judiciário dar a última palavra nos conflitos entre poderes e inclusive zelar pelo cumprimento da Constituição, já o ativismo ocorre pela conduta do julgador ao exercer seu múnus, veja-se:

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo no que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável (Tassinari, 2013, p. 56).

O ativismo, ressalte-se, mais se relaciona à forma como os juízes julgam os casos em que há necessária decisão acerca das funções típicas dos outros poderes do que com algo inevitável de acontecer em decorrência do sistema constitucional (Lima, 2015). O que se quer dizer é que, em um Estado Constitucional como o nosso, necessariamente ocorrerá judicialização, já o ativismo não é – por certo – uma consequência necessária do modelo constitucional adotado.

Afinal, a decisão ativista entendida como aquela em que o juiz escolhe, ao invés de decidir¹ pode ser evitada até porque não é benéfica para a democracia e não há – no Estado Democrático de Direito – autorização para sua prolação. Isto porque substituir a vontade do direito pela vontade do julgador é, por certo, malfadar o fundamento básico da democracia constitucional.

Já com relação ao exercício da magistratura, as coisas devem ser vistas por outro ângulo, pois a decisão judicial é sempre o exercício de uma função pública. Para um regime democrático, não interessa o posicionamento político-ideológico de um juiz, pois a sua atuação no âmbito do Poder Judiciário nunca poderá ser constituída como reflexo de suas preferências pessoais. A atuação no Poder

¹ O ativismo sempre é ruim para a Democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais” (Streck, 2019, p. 16).

Judiciário é superior à esfera privada do juiz. Esse é o compromisso que todo magistrado deve assumir numa república democrática (Lima, 2015, p. 125).

E entendendo o ativismo como um problema afeto à Teoria da Decisão Judicial e, também, concluindo que este não é uma consequência necessária do modelo constitucional adotado, chega-se ao pensamento de que judicialização e ativismo não são a mesma coisa, razão pela qual não podem ser assim tratados (Aragão, 2013).

E neste sentido, Lenio Streck é translúcido quanto à diferenciação:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentre do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (2019, p. 16-17).

A judicialização é, portanto, consequência própria de se adotar uma constituição normativa que consagra um rol extensivo de direitos fundamentais e propicia a intervenção do Judiciário – para fins de controle – nas funções típicas dos outros poderes, já o ativismo é gestado no seio da própria comunidade jurídica, ou seja, enquanto a judicialização é fenômeno exógeno – gerado de fora pra dentro – o ativismo é um fenômeno endógeno, que surge de dentro pra fora, a partir da conduta dos julgadores e, frise-se, ele não é consequência imprescindível do Estado Democrático de Direito.

Concebe-se a judicialização como um fenômeno exógeno – gerado de fora pra dentro – enquanto o ativismo é um fenômeno endógeno, que surge de dentro pra fora, a partir da conduta dos julgadores e que, por certo, não é consequência imprescindível do Estado Democrático de Direito, mas uma representação de uma doença do Estado Constitucional que pode, até mesmo, aniquilá-lo. (FARIA, 2024, p.178).

Com a fixação dos contornos acerca da concepção sobre o conceito de judicialização, é sabido que – em matéria de saúde pública, a partir de levantamentos bibliográficos especializados – o principal insumo de saúde buscado pelos cidadãos nas cortes judiciais são os medicamentos (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013) e, aqui, essa constatação se alinha à premissa de que o sis-

tema de saúde público, em muitas instâncias, não consegue acompanhar o ritmo das inovações da indústria farmacêutica

Os “milagres contemporâneos” citados por Maria Patrão, característicos do avanço da biotecnologia farmacêutica, não se permitem ser acompanhados pelo sistema de saúde pública, afinal, enquanto as necessidades de saúde são praticamente infinitas e as tecnologias para resolvê-las surgem de forma desenfreada, com eficácia assegurada ou não, os recursos públicos para atendê-las são finitos, e, além disso, a saúde não é o único bem que a sociedade tem interesse de usufruir (FERRAZ; VIEIRA, 2017), não se permitindo olvidar que o direito à saúde não corresponde ao direito a tudo se apresenta disponível no mercado (GADELHA, 2014). (FARIA; MARCHETTO, 2020, P.163)

Desse modo, embora existam benefícios na atuação judicial que compelem o Poder Público a fornecer medicamentos já incorporados ao SUS, a determinação judicial que obriga o fornecimento de medicamentos não incorporados e, por vezes, sequer avaliados quanto à segurança sanitária pela agência reguladora brasileira (ANVISA), pode configurar uma atuação ativista e contraproducente à efetivação da saúde pública, especialmente ao possibilitar o acesso a medicamentos de eficácia duvidosa.

No entanto, a falta de critérios do Poder Judiciário, aliada a pouco investimento na saúde pública e à constante negativa por parte do Poder Executivo em fornecer medicamentos, gera a proliferação de decisões que ocasionam uma despesa incomum aos cofres públicos, condenando a administração pública ao custeio de tratamentos descabidos ou mesmo ao fornecimento de medicamentos experimentais, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas. (SOARES, 2013, p.108)

Não se pode ignorar que a concessão judicial de medicamentos não incorporados ao SUS representa uma espécie de “burla” ao processo formal de incorporação de tecnologias no sistema público de saúde, o que, indubitavelmente, beneficia a indústria farmacêutica.

Formenti (2016) menciona investigações do Ministério da Saúde que analisaram dados de médicos, pacientes, advogados e juízes supostamente envolvidos em uma “máfia da judicialização”. Em casos de mucopolissacaridose, por exemplo, identificou-se uma rede de contatos entre pacientes e advogados. Meeiros, Diniz e Schwartz (2013) observaram uma alta concentração de casos em poucos advogados privados, sem forte correlação entre o local de residência dos pacientes e a atuação dos advogados, sugerindo a existência de uma rede que conecta pacientes e profissionais.

Há uma altíssima concentração de casos em poucos advogados privados. Por outro lado, não há forte correlação entre o local de residência ou a origem

dos pacientes e o local de atuação desses advogados concentradores. É pouco provável que a contratação atomizada de advogados privados por uma população geograficamente dispersa gerasse um padrão distributivo desse tipo, o que sugere a existência de algum tipo de rede que coloca em contato pacientes e advogados. (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013, p.1.094)

O fenômeno do controle judicial da política pública de saúde, na presente investigação, será analisado com maior profundidade quanto aos medicamentos de alto custo que não possuem registro na ANVISA e, ainda sim, são concedidos pelo Poder Judiciário, representando não só a superação da lista de incorporação do SUS, como também da apreciação da segurança sanitária do fármaco pela agência reguladora, buscando verificar como os precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal se relacionam com a questão.

3. OS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO SEM REGISTRO NA ANVISA E SUA CONCESSÃO JUDICIAL

Instituída pela Lei Federal 9.782/99, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) detém a competência legal, conforme seu artigo 7º, para conceder a autorização necessária à comercialização de fármacos no território brasileiro. Sob essa ótica, uma decisão judicial que determina o fornecimento de um medicamento não registrado pela ANVISA impõe, na prática, ao Estado a obrigação de disponibilizar um produto cuja comercialização é vedada no Brasil, precisamente pela ausência de uma avaliação conclusiva sobre sua segurança e eficácia sanitária.

Contudo, reconhece-se a existência de uma notória morosidade por parte da agência reguladora no processo de análise de novos produtos farmacêuticos, um ponto elucidado por MASS e BOSA:

O tempo médio de registro de um medicamento inovador, que são os medicamentos de referência, com qualidade, eficácia e segurança é de 1.224 dias; os genéricos e similares, que são os com a mesma fórmula dos medicamentos de marcas patenteadas é de 1.286 dias; medicamentos novos, que são os medicamentos únicos, que não possuem qualquer similar ou cópia, tem uma média para aprovação de 734 dias; e os insumos farmacêuticos ativos, que são os princípios ativos usados para fabricação de medicamentos, tem uma média de 557 dias para o deferimento ou indeferimento de seu registro (2020, p.358)

Diante desse contexto, observa-se que as demandas judiciais por medicamentos desprovidos de registro sanitário constituem uma fração expressiva das ações que tramitam no Judiciário brasileiro. A relevância do tema culminou na fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma tese com repercussão geral para nortear a concessão de tais fármacos.

Cabe chamar atenção que, em que pese a profundíssima relevância do tema, foge ao escopo do presente artigo a análise acerca da teoria dos precedentes judiciais e, especialmente, dos precedentes judiciais à brasileira e sua adequação e possibilidade de produzir bons efeitos em um país adepto à *civil law* e não ao *common law*.

Dito isto, é sabido que, ao proferir o julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, a Suprema Corte fixou o Tema 500 de Repercussão Geral, em que definiu os seguintes pressupostos para o deferimento excepcional: i) a comprovação de que houve o pedido de registro do medicamento no Brasil; ii) a existência de registro do fármaco em agências reguladoras de renome internacional; e iii) a ausência de um substituto terapêutico disponível no país.

Posteriormente houve a fixação do Tema 1.161 de Repercussão Geral em que a Suprema Corte entendeu que cabe ao Poder Público o fornecimento, em termos excepcionais, de fármacos que não possuam registro na ANVISA, mas tenham sua importação por ela autorizada, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento e a impossibilidade de substituição por outro similar que conste nas listas oficiais.

Não se pode olvidar que o Supremo, em setembro de 2024, fixou tese no Tema 06 de Repercussão Geral, em conjunto com o Tema 1.234, que – inclusive – resultaram nas Súmulas Vinculantes nº 60 e 61. Especialmente quanto aos requisitos para a concessão de fármacos aprovados pela ANVISA, mas não incorporados pelo Sistema Único de Saúde, preceituou: a) negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa, nos termos do item ‘4’ do Tema 1234 da repercussão geral; (b) ilegalidade do ato de não incorporação do medicamento pela Conitec, ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos artigos 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011; c) impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; (d) comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise; (e) imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado, descrevendo inclusive qual o tratamento já realizado; e (f) incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento.

Nota-se, portanto, que houve a exigência que critérios muito mais seletivos para os fármacos que foram aprovados pela ANVISA, mas não incorporados, do que para aqueles que nem sequer foram aprovados o que, por certo, resulta em incoerência lógica quanto ao funcionamento da regularização sanitária, além de efeitos prejudiciais de desalocação, como destaca Ronchi, leia-se:

Em termos práticos, a falta de harmonização entre os precedentes gera três problemas. Os primeiros dois problemas consistem na possibilidade da judicialização estratégica e na desigualdade de acesso: pacientes bem representados tecnicamente, com condições financeiras, ou capturados pela indústria farmacêutica, podem preferir a judicialização de medicamentos sem registro na Anvisa (Tema 500) ou, mesmo sem registro na Anvisa, com autorização de importação (Tema 1.161), numa tentativa de evitar a complexidade do Tema 6.

Por outro lado, pacientes vulneráveis atendidos pela Defensoria Pública ou pelo setor de aterração nos juizados especiais da fazenda pública, o que constitui a grande margem do público que busca o Poder Judiciário para a concessão de remédios registrados sem incorporação ao SUS, enfrentarão obstáculos quase intransponíveis. O terceiro problema pode desaguar na fragilização do SUS, enfraquecendo a capacidade institucional da Conitec e da Anvisa diante desse cenário de insegurança jurídica. (2025, online).

Inclusive, os riscos sanitários existem – exatamente porque, a título exemplificativo, a agência reguladora americana (*Food Drug Administration* – FDA) tende a avaliar os fármacos com menos rigor, quando comparada com a agência reguladora brasileira (DE OLIVEIRA *et al*, 2019).

Inclusive, há casos em que ocorre aprovação pela FDA de fármacos que não apresentam real benefício ao cidadão, visto que aprovados com escassa evidência, na contramão dos pressupostos de eficácia, acurácia, efetividade e segurança, exigidos pela legislação brasileira para a inclusão dos fármacos no SUS e que, como se nota, seriam aplicáveis para a aferição de obrigação do Poder Público em fornecimento pela via judicial em caso de fármacos aprovados pela ANVISA, mas inaplicáveis em caso de fármacos não aprovados, prestigiando, em verdade, a possibilidade de obrigação judicial de oferta de fármacos sem os pressupostos de acurácia, efetividade e segurança.

Isto, como adiante se demonstrará, muito se relaciona com a ideia de aprofundamento da técnica e de iatrogênese cultural que trataremos a seguir.

Um estudo que avaliou 68 indicações de medicamentos oncológicos aprovados pela EMA, entre 2009 e 2013, mostrou que 39 (57%) entraram no mercado europeu sem que tenham comprovado melhora na sobrevivência ou qualidade de vida dos pacientes; nos casos em que havia comprovação estatística de melhora, a maioria não representava benefício clínico (20). Cenário muito semelhante já havia sido demonstrado nos Estados Unidos, considerando as aprovações da FDA (21,22). Existe a preocupação de que a aprovação baseada em escassa evidência como última alternativa para os pacientes possa promover expectativas irreais, tanto para os prescritores quanto pacientes e familiares. Discute-se que a falta de oferta de alternativas, como cuidados paliativos, aumenta o risco de tratamento inadequado ou fútil com quimioterapia e imunoterapia (23). (DE OLIVEIRA, *et al*, 2019, P.41)

Nota-se, portanto, que a inexistência de registro na ANVISA não figura como impeditivo para a concessão judicial de fármacos, tanto pela fixação dos temas de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, como também pela maior facilidade dos fármacos serem aprovados pelas agências reguladoras no exterior, em decorrência de seu menor rigor na avaliação dos insumos.

O cenário criado pelos precedentes do Supremo, portanto, passa a ser a mais facilidade de obrigar o Poder Público a fornecer fármacos não aprovados pela ANVISA em detrimento aos aprovados.

4. IATROGÊNESE ESTRUTURAL, APROFUNDAMENTO DA TÉCNICA E PODER JUDICIÁRIO

Considerando o cenário atual da saúde pública brasileira, marcado pela evidente judicialização e pela imposição, via Poder Judiciário, do fornecimento de fármacos não homologados pela ANVISA, torna-se pertinente estabelecer uma conexão entre essa problemática e os conceitos de aprofundamento da técnica e iatrogênese estrutural.

Tal permissibilidade judicial se fundamenta, em parte, nos entendimentos firmado em sede de repercussão geral, que autorizam a concessão em casos de morosidade da agência reguladora e quando o medicamento já obteve aprovação por organismos congêneres estrangeiros, sem a exigência da demonstração de critérios que são necessários para a concessão de fármacos aprovados pela ANVISA. Contudo, a literatura especializada sugere que essas agências internacionais aplicam padrões menos rigorosos em suas avaliações, o que instiga uma análise mais aprofundada.

De acordo com o escólio de Jacques Ellul, a evolução tecnológica não apenas conferiu à humanidade um domínio sobre o planeta, mas inverteu essa relação, subjugando a própria existência humana e influenciando até mesmo sua subjetividade (LORENZETTI et al, 2021). Nesse contexto, o progresso tecnocientífico é notadamente impulsionado pela noção de eficácia, moldando a busca social pela solução mais otimizada para qualquer propósito.

Em outras palavras, o que era do domínio experimental e espontâneo passa a ser uma atividade racional com um objetivo claro e voluntário: a busca da eficácia. As técnicas são avaliadas umas em relação às outras em função do critério da eficácia. E a preocupação da imensa maioria dos seres humanos de nosso tempo passará a ser a procura do melhor meio em todos os âmbitos. (BARRIENTOS, 2015, P. 427)

Essa persistente busca pela eficácia é particularmente evidente na área da saúde, manifestada pelo processo de tecnificação da medicina. A atividade médica, nesse contexto, passa a ser percebida como um produto, e não apenas um

serviço, pois “a assistência médica, se entendida como produto social, atende também, e necessariamente, a objetivos econômicos, quando inserida em um modo de produção capitalista.” (MAIA, 1984, P.101).

Outrossim, a própria comercialização de fármacos está intrinsecamente ligada à prática médica, configurando-se como uma atividade de alto retorno financeiro em que o médico atua como elo essencial entre a produção e o consumo de medicamentos (MAIA, 1984).

É crucial ressaltar que a tecnificação da medicina, especialmente no que tange à prescrição e dispensação de fármacos, privilegia uma abordagem curativa, negligenciando a necessária ênfase na prevenção de doenças – um dos pilares do sistema de saúde pública.

A medicina de alto padrão tecnológico tem-se demonstrado bastante seletiva e proporciona serviços basicamente na área de diagnóstico e/ou de cunho estritamente curativo. Com isto, a crescente tecnificação da medicina não tem logrado respostas convincentes na área de prevenção das doenças de maior incidência na população do país, não exercendo, portanto, grandes impactos na melhoria de seu nível de saúde. (MAIA, 1984, P.122)

Desse modo, a recorrente desalocação orçamentária, impulsionada pela concessão judicial de inovações farmacêuticas não incorporadas ao SUS e sem registro na ANVISA, beneficia a expansão de capital dos oligopólios farmacêuticos. Essa prática favorece os interesses de poucos, em detrimento de uma contribuição mais significativa para o avanço do nível de saúde da nação. Conforme Maia (1984, p. 124), o Estado, ao atuar nesse processo de tecnificação da medicina, converte-se em um instrumento que legitima e viabiliza os interesses de grupos econômicos, impedindo que a tecnologia médica contribua de forma mais expressiva para a saúde coletiva.

Há também necessidade de se refletir, à guisa de conclusões, que o Estado, se analisado em seu papel no processo de tecnificação da medicina, funciona igualmente nesta área como aparelho que viabiliza os interesses dos grupos comprometidos com a expansão do capital e, portanto, se transforma ao corporificar esta tendência, em valioso instrumento do capital, bloqueando desta forma as possibilidades de que a tecnologia na área médica contribuía de forma mais significativa para o aumento do nível de saúde da população do país. (MAIA, 1984, p.124)

Nesse contexto, torna-se imperativo retomar o conceito de iatrogênese, introduzido por Ivan Illich, com particular atenção à sua vertente estrutural. Esta se manifesta no uso indiscriminado da medicina e na dificuldade cultural da sociedade em aceitar a doença, a dor e a morte (TABET, 2017), o que fragiliza consideravelmente a autonomia individual.

A iatrogênese, em sua essência, compromete a percepção e a qualidade de vida em saúde, gerando uma série de dilemas para os cidadãos, como:

alguns problemas atuais relacionados à qualidade em saúde envolvem: a angústia frente à incerteza acerca da conduta médica mais adequada, os relatos enviesados de achados de pesquisa nas revistas médicas, a pressão dos pacientes por mais exames e tratamentos, o pagamento por serviços (consultas e prescrições), o marketing da indústria farmacêutica e de equipamentos, e a falta de compreensão do significado das estatísticas de saúde e de risco, entre outros eventos. (TABET, 2017, *online*)

Adicionalmente, o caráter iatrogênico das inovações farmacológicas é inegável, dado que não priorizam a prevenção ou o tratamento etiológico das patologias, resultando, paradoxalmente, em um aumento significativo dos custos da assistência à saúde.

Do ponto de vista econômico, as tecnologias, incluindo as mais inovadoras, têm gerado uma elevação acentuada dos custos da atenção à saúde, tanto para as famílias, quanto para os sistemas de serviços. No Brasil, o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar calcula que, em 2012, o índice de variação do custo médico e hospitalar foi de 15,4%, três vezes a inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (IPCA), sendo a alta de materiais usados em internações a principal responsável por esse aumento. (DE SOUZA, 2016, *online*)

Essa preponderância de um modelo de saúde alicerçado na tecnologia reflete um fenômeno abrangente da sociedade contemporânea, onde a técnica permeia todas as esferas. Conforme Jacques Ellul, a técnica representa a “totalidade dos métodos pelos quais se chega racionalmente e que têm uma eficácia absoluta para um tempo de uma forma de desenvolvimento determinado, em qualquer das áreas da atividade comunitária” (ELLUL, 1960, P. 25).

A medicina, nesse cenário, é vista como o principal meio pelo qual o ser humano busca a solução mais inovadora e supostamente eficiente para suas enfermidades. Tal abordagem submete os métodos de tratamento ao imperativo da eficácia, resultando na adoção do meio considerado mais conveniente e no rigoroso descarte das demais alternativas. Contudo, Ellul (1960) adverte que a técnica não é determinada por necessidades externas, como a racionalidade do sistema público de saúde ou a melhoria da saúde coletiva, mas sim por suas próprias exigências internas, configurando-se como uma realidade autônoma, com leis e determinações próprias.

No campo da saúde, especialmente no que se refere a fármacos inovadores ainda sem registro, essa autonomia da técnica manifesta-se no privilégio de seu império em detrimento da racionalidade sistêmica. A prática médica tende a priorizar as alternativas mais recentes e, em tese, mais eficazes para a resolução

de moléstias, mesmo que a efetividade de tais opções não seja comprovada por dados robustos e que representem um elevado ônus para o orçamento público.

É precisamente neste ponto que se evidencia a iatrogênese estrutural, decorrente da dificuldade cultural e social em lidar com a dor e com a morte. A sociedade, nesse cenário, torna-se refém da própria técnica médica, de modo que o tratamento – independentemente de sua eficácia real – é percebido como um dever inescusável. Essa percepção culmina no interesse da justiça em intervir, inclusive para assegurar tratamentos que, embora incertos, representam uma esperança.

A imagem que uma sociedade cria da morte reflete o grau de independência de seus membros, de sua autonomia e de seu querer viver individual. Tal imagem da morte leva a um controle social, no qual a sociedade torna-se responsável pela sua prevenção, e o tratamento médico, eficaz ou não, é assimilado como um dever. Sendo assim, toda morte que sobrevém na ausência de tratamento médico é suscetível de interessar à justiça. (TABET, 2017, *online*)

A judicialização dessas demandas individuais, ao mobilizar o sistema de justiça, impõe notórias desalocações orçamentárias ao sistema público de saúde. Tais despesas, ao privilegiarem o atendimento individualizado de alto custo, comprometem a visão macrossistêmica da saúde e a capacidade de oferta de tratamentos para a coletividade, principalmente quando se referem a medicamentos com baixa evidência de custo-efetividade, aprovados exclusivamente por agências reguladoras estrangeiras que, como se sabe, utilizam critérios menos rigorosos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização dessas demandas individuais, ao mobilizar o sistema de justiça, impõe notórias desalocações orçamentárias ao sistema público de saúde. Tais despesas, ao privilegiarem o atendimento individualizado de alto custo, comprometem a visão macrossistêmica da saúde e a capacidade de oferta de tratamentos para a coletividade. Essa dinâmica é complexificada pela atuação do Supremo Tribunal Federal, que, através de teses de repercussão geral, estabeleceu um panorama peculiar para a concessão judicial de fármacos sem registro na ANVISA.

Especificamente, o Tema 500 delinea as condições para tal deferimento excepcional, que incluem a existência de pedido de registro no Brasil, o registro em agências internacionais de renome, a ausência de substituto terapêutica. Já com o Tema 1.161, versando sobre fármacos não autorizados pela ANVISA, mas de importação autorizada, exige-se apenas a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento e a impossibilidade de substituição por similar em listas oficiais.

Paradoxalmente, os critérios para a obtenção judicial de medicamentos sequer aprovados pela ANVISA mostram-se, em certos aspectos, menos rigorosos do que aqueles aplicáveis a fármacos já registrados no país, mas não incorporados ao SUS, conforme estipulado pelos Temas 06 e 1.234. Essa incoerência lógica entre os precedentes gera a possibilidade de uma utilização estratégica do Poder Judiciário de forma a acentuar a desigualdade do acesso, minando a racionalidade regulatória.

A situação é agravada pela constatação de que agências reguladoras estrangeiras, frequentemente utilizadas como parâmetro, tendem a aprovar fármacos com menor rigor e base em evidências mais escassas, sem comprovar benefício clínico substancial. Este panorama colabora com a problemática da iatrogênese estrutural, na qual a incessante busca pela cura individual, impulsionada pelo aprofundamento da técnica e pela dificuldade social em aceitar a finitude da vida, sobrepõe-se à racionalidade e aos pilares da saúde pública.

Em última análise, a facilidade de obtenção judicial de medicamentos sem registro, amparada por precedentes que flexibilizam as exigências sanitárias, não apenas beneficia oligopólios farmacêuticos e contribui para a ineficácia das políticas públicas, mas também compromete a integralidade e a equidade do Sistema Único de Saúde, desviando recursos essenciais de políticas de saúde coletiva para intervenções de eficácia e segurança incertas, em detrimento do bem-estar social da coletividade.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discrecionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmim; NASCIMENTO, Paulo Roberto do. DALLARI, Sueli
- ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.
- BARRIENTOS-PARRA, Jorge. Revisitando o pensamento de Jacques Ellul na sociedade do século XXI. **Scientiae Studia [online]**. 2015, v. 13, n. 2, pp. 425-430. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1678-31662015000200008>> Acesso em 11 de setembro de 2025.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a 60, nº 188, p.29-60, jan/mar 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- DE OLIVEIRA, Daniel Buffone et al. A judicialização de medicamentos imunoterápicos sem registro na Anvisa: o caso do Estado de São Paulo. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 8, n. 3, p. 27-47, 2019. Disponível em < <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/571>> Acesso em 11 set. 2025.
- DE SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes. Saúde, desenvolvimento e inovação: uma contribuição da teoria crítica da tecnologia ao debate Health, development and innovation: a contribution of the critical theory. **Cad. Saúde Pública**, v. 32, n. Sup 2, p. e00029615, 2016. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/csp/a/Bf6G7dKpKDKhNV9NsgPML9z/?format=pdf&lang=pt>> . Acesso em 11 set. 2025.

ELLUL, Jacques. **El Siglo XX y la técnica**. Barcelona, Editorial Labor, 1960, p.25

FARIA, Lucas Oliveira. **O Judiciário e a Incorporação de Tecnologias em Saúde**: uma análise de decisões sobre fármacos não incorporados ao SUS sob o paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024

FARIA, Lucas Oliveira; MARCHETTO, Patrícia Borba. A judicialização da saúde: atores e contextos de um fenômeno crescente. **Revista Brasileira de Direito**, v. 26, p. 161-177, 2020.

FORMENTI, Lúgia. Saúde cruza dados contra suposta “máfia da judicialização”. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 16 de outubro de 2016. Disponível em <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,saude-cruza-dados-contra-suposta-mafia-da-judicializacao,10000082413>. Acesso em 11 set. 2025

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **Judicialização do direito à saúde: prós e contras**. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (org). *Direito à vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

LORENZETTI, Jorge et al. Tecnologia, inovação tecnológica e saúde: uma reflexão necessária. **Texto & Contexto – Enfermagem** [online]. 2012, v. 21, n. 2, pp. 432-439. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-07072012000200023>>. Acesso em 11 set. 2025.

MAAS, Rosana Helena; BOSA, Anderson Carlos. O fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa: uma análise frente aos critérios estabelecidos pelo STF. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 2, p. 340-370, 2020. 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-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.12.pdf> Acesso em 11 set. 2025.

MAIA, P. R. da S. Reflexões sobre o processo de tecnificação da medicina no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, RJ, v. 18, n. 4, p. 100 a 124, 1984. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/10418>. Acesso em 11 set. 2025.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**. V.18, n.4, p.1.089-1.098, 2013

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI. **Revista LTr: legislação do trabalho**. Ano 79, nº 7. São Paulo. Julho. 2015.

RONCHI, Renzzo Giacomo. Eclipse da racionalidade dos precedentes: incoerência e desproporcionalidade no direito à saúde. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de março de 2025. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2025-mar-27/o-eclipse-da-razionalidade-dos-precedentes-incoerencia-e-desproporcionalidade-no-direito-a-saude/>> Acesso em 11 set. 2025

SOARES, Hector Cury. A racionalização de recursos voltados às políticas públicas de saúde: a

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista Consultor Jurídico**, 13 de junho de 2013. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em 11 set. 2025

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TABET, Livia Penna et al. Ivan Illich: da expropriação à desmedicalização da saúde. **Saúde em Debate** [online]. 2017, v. 41, n. 115, pp. 1187-1198. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0103-1104201711516>> Acesso em 11 set. 2025.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BIODIREITO, FAMÍLIA ECTOGENÉTICA E A APLICAÇÃO DA BIOTECNOLOGIA NO PLANEJAMENTO FAMILIAR²

Natan Galves Santana

Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Bauru; Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR); Pós-Graduado em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto Damásio de Direito; Professor Universitário; Advogado; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6248-8070>; E-mail: ngalvess@gmail.com

Tereza Rodrigues Vieira

Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal; Doutora e Mestre em Direito pela PUCSP; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos Cursos de Direito e Medicina da Universidade Paranaense (UNIPAR); ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0333-7074>; E-mail: terezavieira@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

A população do Brasil é diversa, e essa pluralidade se manifesta em todas as suas regiões, sendo uma característica que merece reconhecimento. No entanto, ainda existem vários desafios a serem enfrentados, pois indivíduos diferentes frequentemente são vistos como inferiores, colocando-os em situações de vulnerabilidade. Isso ocorre apesar da Constituição Federal de 1988 garantir a igualdade formal perante a lei e o acesso equitativo a todos os direitos.

² Texto parcialmente publicado no E-book: SANTANA, N.G; VIEIRA, T.R. Biodireito e seleção genética: a utilização do bebê-medicamento para salvar vidas. In_VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; TOBBIN, Raíssa Arantes (organizadoras). **Inteligência Artificial e Biotecnologia: Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade**. 1ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2025.

A legislação brasileira garante a liberdade de planejamento familiar, permitindo que os indivíduos decidam sobre o casamento e a filiação. Contudo, algumas pessoas encontram dificuldades em realizar esse planejamento de forma natural devido à infertilidade ou esterilidade, além da presença de casais homoafetivos. Portanto, é essencial investigar as técnicas de reprodução assistida disponíveis na medicina através da biotecnologia e assegurar a implementação dos direitos fundamentais relacionados.

Com o uso das técnicas de reprodução assistida, é viável formar uma família ectogenética. Para compreender essa evolução no contexto do Direito brasileiro, este estudo busca abordar indiretamente algumas questões: A Constituição Federal de 1988 protege adequadamente os vulneráveis em todas as circunstâncias? As minorias sociais e sexuais têm direito à procriação quando não conseguem fazê-lo naturalmente? Quais técnicas de Reprodução Assistida estão acessíveis no Brasil? O planejamento familiar é realmente livre diante da infertilidade ou da homoafetividade? O Estado deve custear essas técnicas para aqueles que enfrentam dificuldades financeiras? Todas as famílias necessitam dessa proteção?

A metodologia utilizada para responder a essas perguntas, com base nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, foi a dedutiva, fundamentada em uma revisão bibliográfica composta por doutrinas, artigos acadêmicos e legislações pertinentes do Brasil.

2. A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na sociedade brasileira, é evidente a distinção social e cultural, resultando na situação de desigualdade que afeta muitas pessoas. Frequentemente, essa disparidade coloca esses indivíduos entre os grupos vulneráveis. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, estabelece que todos são iguais perante a lei (Brasil, 1988), enfatizando a igualdade formal; no entanto, essa não é suficiente para garantir a plena realização dos direitos fundamentais. Para isso, é necessária a promoção da igualdade material, o que implica reconhecer as desigualdades existentes para que o Estado possa criar condições que proporcionem oportunidades equitativas para todos.

Em relação à vulnerabilidade, destacam-se tanto as pessoas em situações financeiras adversas quanto as minorias sexuais e outros grupos desprotegidos. Este estudo se concentrará nas duas formas de vulnerabilidade mencionadas anteriormente.

No tocante às minorias sexuais, é importante ressaltar os esforços significativos para garantir direitos à comunidade LGBTQIA+ (lésbica, gay, bissexual, transgênero, queer, intersexo e assexual) devido à intensa discriminação enfren-

tada por esses indivíduos que os coloca em uma posição inferior. Vecchiatti (2012) observa que na Antiguidade Clássica as relações sexuais entre homens eram comuns e entendidas como um meio para alcançar masculinidade e fertilidade. O autor aponta que o homem mais velho assumia o papel ativo enquanto o adolescente ocupava o papel passivo. Nesse contexto já existia machismo, pois ser passivo era associado a características femininas e vistas como inferiores; contudo, essas práticas não refletem a homossexualidade contemporânea.

Durante um longo período, a homossexualidade foi considerada uma doença mental até 1990; diversas tentativas de classificar sua patologização falharam. Da mesma forma, a transexualidade era registrada na Classificação Internacional de Doenças (CID) como transtorno mental até 2022 quando passou a ser reconhecida como uma incongruência de gênero.

Com a evolução da sociedade veio também uma mudança no pensamento humano; atualmente há uma valorização da racionalidade sobre argumentos religiosos que já não são adequados para explicar a sexualidade humana. No entanto, ainda persiste uma influência negativa desse tipo de pensamento sobre as minorias sexuais e perpetua a ideia de homossexualidade como uma condição que deve ser tratada juntamente com discursos homofóbicos (Silva Netto, 2021), representando um dos principais desafios da sociedade atual.

Para esclarecer: gays são homens atraídos por outros homens e lésbicas são mulheres atraídas por outras mulheres; ambos mantêm relacionamentos afetivos e sexuais com pessoas do mesmo sexo (Brasil, 2022). É evidente que isso gera um obstáculo natural à procriação biológica; portanto esses casais frequentemente recorrem à Biotecnologia através de técnicas de reprodução assistida para formar suas famílias.

Percebe-se uma lacuna legislativa na proteção das minorias sexuais que perpetua sua vulnerabilidade, conforme salientaram Paula, Silva e Bittar (2017, p. 3847):

[...] a característica da vulnerabilidade jurídico-social, descrita por Sodré, encontra-se em consonância com o grupo LGBT, pois a falta de leis protetivas desse grupo minoritário os torna vulneráveis sob o aspecto legislativo. Logo, o exercício de seus direitos tem sido submetido pelo Judiciário, cuja intervenção apresenta peculiaridades, sobretudo porque as decisões, em regra, apresentam amplo grau de variabilidade e, por isso, o que se aplica a um caso não se aplica, necessariamente, a outro. Ademais, as decisões judiciais, em regra, não vinculam a administração pública como um todo nem garantem a estabilidade das relações sociais. Logo, é possível resgatar e aplicar integralmente o entendimento de Sodré de que o grupo LGBT se encontra à margem da lei.

Também fazem parte das minorias que o Estado brasileiro se propõe a proteger os indivíduos em situação de vulnerabilidade econômica, que necessitam de apoio financeiro estatal para assegurar uma vida digna com o básico.

No contexto atual, a vulnerabilidade financeira está associada aos casais heterossexuais que, devido à infertilidade ou esterilidade, não conseguem conceber filhos por métodos naturais; portanto, também precisam da assistência do Estado para financiar tratamentos médicos destinados a formar uma família com filhos por meio de técnicas de reprodução assistida.

É evidente a necessidade de proteção aos vulneráveis; no entanto, observa-se que até agora não há uma salvaguarda abrangente para as classes minoritárias mencionadas. Isso ocorre mesmo considerando que o Direito Privado contemporâneo valoriza a autonomia e busca formas de proteção (Brauner, 2021), como é o caso dos direitos da personalidade. A atualização legislativa ocorre de maneira lenta e gradual e muitas vezes cabe ao Judiciário garantir a proteção das minorias, pois “o verdadeiro sentido da igualdade, no contexto do Direito Privado solidário, não é apenas tolerar, mas sim viabilizar a convivência com a diversidade enquanto se protegem as vulnerabilidades” (Brauner, 2021, [s.p.]).

Assim, embora exista uma preocupação com grupos considerados vulneráveis e minoritários, é possível observar que seus direitos fundamentais ainda não estão sendo plenamente efetivados. Isso é especialmente relevante atualmente com as várias técnicas de reprodução assistida disponíveis na Medicina devido aos avanços da Biotecnologia; contudo, esses procedimentos costumam ser acessíveis apenas para aqueles que têm recursos financeiros, já que poucos hospitais públicos oferecem tais serviços. Portanto, fica claro que os direitos da personalidade dos indivíduos mencionados estão sendo violados.

É imprescindível garantir os direitos de todas as pessoas conforme estipulado na Constituição Federal de 1988, uma vez que todos são iguais perante a lei sem qualquer discriminação—especialmente no tocante à realização do tão almejado planejamento familiar.

3. REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

A evolução da Biotecnologia transformou de maneira significativa a vida em sociedade, proporcionando maior conforto à população. Contudo, essa mesma tecnologia suscita preocupações, especialmente no âmbito da Bioética, uma vez que seu uso inadequado pode resultar em efeitos adversos e expor indivíduos a situações de vulnerabilidade.

No contexto do Direito de Família, é evidente que a tecnologia tem sido amplamente utilizada para viabilizar o planejamento familiar, garantido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental e integrando os direitos da personalidade (Reis, 2008).

Nos últimos cinquenta anos, houve um avanço tanto científico quanto tecnológico, além de uma desconexão entre sexualidade e reprodução humana, possibilitando a procriação sem depender do ato sexual. Dessa forma, a maternidade e a paternidade podem ser estabelecidas independentemente da relação sexual (Sartori, 2021).

A engenharia genética possibilita a reprodução humana, a clonagem e outras técnicas, todavia, considerando a omissão do Poder Legislativo em legislar sobre a temática, a obrigação recaiu sobre o Conselho Federal de Medicina (CFM) que, por meio da Resolução nº 2.320/2022, menciona que é vedado o uso de técnicas de reprodução assistida (RA) para a escolha do sexo da criança (Brasil, 2022). Tal técnica é conhecida como “eugenismo sexista”, todavia, é permitida se a intenção for a de evitar a transmissão de uma doença hereditária (Chaves, 2022).

Em tempos remotos, a infertilidade e a esterilidade eram consideradas pelo senso comum como um castigo divino e tal culpa recaía exclusivamente sobre as mulheres, haja vista que o homem poderia se separar e casar novamente em caso de esterilidade da mulher e o casamento poderia ocorrer até o momento em que esse homem conseguisse ter filhos. Nota-se que a mulher nesse ensejo da história era considerada única e exclusivamente para fins de procriação (Chaves, 2022; Aguiar, 2022). Porém, atualmente, graças à Biotecnologia, as pessoas inférteis podem fazer uso de técnicas de reprodução assistida para ter filhos, portanto, a Medicina, aliada à Tecnologia, é a solução para as pessoas que não conseguem se reproduzir de forma natural.

Há, também, as pessoas homossexuais, que não conseguem gerar prole por meios naturais. Assim, precisam recorrer às técnicas de reprodução assistida. Essas pessoas podem se submeter à diversas técnicas, tais como: a reprodução *in vitro* (FIV), a gestação de substituição (conhecida vulgarmente como “barriga de aluguel” ou, ainda, como “barriga solidária”), a transferência de gametas para dentro da trompa (GIFT), a transferência do zigoto pra dentro da trompa (ZIFT), a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI), o diagnóstico genético pré-implantacional (PGD), a inseminação intrauterina (IIU), entre outras técnicas que a Medicina coloca à disposição da população.

A técnica GIFT consiste na seleção do óvulo e dos espermatozoides que serão transferidos diretamente para a trompa. Essa modalidade acontece principalmente considerando problemas com a saúde da mulher, como é o caso da endometriose; por sua vez, a técnica ZIFT acontece quando ocorre o encontro do óvulo com o espermatozoide nas trompas, todavia, a transferência acontece após a segmentação do zigoto, logo, constata-se uma diferença mínima entre a ZIFT e a GIFT (Sá; Naves, 2021).

A FIV é uma das técnicas que mais se desenvolveu e é utilizada tanto na inseminação artificial homóloga como na heteróloga, uma vez que tem como

objetivo “aumentar a taxa de gravidez e melhorar a viabilidade dos embriões a serem implantados” (Silva Netto, 2021, p. 234). A FIV ou Fivete é a técnica que possibilita o encontro do óvulo com o espermatozoide fora do corpo da mulher para a formação do embrião que, em momento posterior, será implantado no útero (Nousa, 2021; Sá, Neves, 2021).

Diante da baixa produção de espermatozoides pelo homem, a técnica de RA mais adequada para o caso é a ICSI, ou seja, com o amparo de uma injeção ocorre a introdução no óvulo. A PGD é a técnica que tem como finalidade cessar a transmissão de uma doença. Assim, analisa-se qual embrião não terá a doença hereditária, sendo esse o único motivo pelo qual o CFM autoriza a escolha do sexo da criança. Já o método IIU ocorre quando o espermatozoide é inserido no útero da mulher no momento da ovulação (Sá; Naves, 2021; Haddad-Filho, 2014).

O Código Civil brasileiro, em seu art. 1597, especificamente nos incisos III, IV e V, dispõe sobre o reconhecimento da filiação por meio de reprodução assistida, que poderá ocorrer mediante a reprodução artificial homóloga, quando é utilizado o material genético do próprio casal idealizador do projeto parental, ou da inseminação artificial heteróloga, situação em que é utilizado o material genético de um doador, sendo necessária a autorização dos envolvidos, por meio da assinatura de um termo (Brasil, 2002).

Sartori (2021) destaca que na Medicina há um extenso rol de técnicas de reprodução assistida que podem ser aplicadas conforme a necessidade de cada caso, mas todas têm por escopo gerar uma vida humana. Evidente que a Medicina e a Biotecnologia são fatores importantes para a sociedade, pois, por meio delas, é possível a concretização do sonho de ter filhos, seja por um casal ou diante de paternidade/maternidade solo, bastando o respeito à autonomia individual das pessoas, bem como ao princípio da paternidade/maternidade responsável.

4. NOVAS FAMÍLIAS NO DIREITO BRASILEIRO

Atualmente, o Direito de Família pode ser visto como passando por um renascimento científico, especialmente devido ao avanço da Biotecnologia, que levou a uma reconfiguração da instituição familiar. Como resultado, interesses dos profissionais do Direito agora englobam não apenas os sentimentos envolvidos, mas também as diferenças culturais e sociais presentes nas dinâmicas familiares. Assim, tem-se utilizado o termo “Direito das Famílias”, que desafia a noção de uma única família tradicional e patriarcal (Marques; Miragem, 2014).

Com o auxílio de técnicas de reprodução assistida, é viável criar novos arranjos familiares, conhecidos como “família ectogenética”. É importante destacar que a família é fundamental para a sociedade e merece atenção por parte de todos os agentes do Estado de Direito. A Constituição Federal de 1988 esclare-

ce isso em seu art. 226, que apresenta um rol exemplificativo e não exaustivo sobre a possibilidade surgimento de novas configurações familiares (Brasil, 1988).

Entretanto, a sociedade brasileira enfrenta dificuldades para reconhecer essas novas formas familiares. Na ausência de uma ação legislativa efetiva sobre esse reconhecimento, muitas vezes cabe ao Poder Judiciário validar a formação dessas novas famílias. Um exemplo disso ocorreu em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) aceitou o reconhecimento da união homoafetiva — ou seja, do casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo — com base na liberdade e no direito à busca pela felicidade, fundamentando sua decisão no macrop princípio da dignidade humana (Brasil, 2011). Nenhuma entidade ou pessoa deve exercer discriminação negativa.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a paternidade se presume daquele que contrai matrimônio. Portanto, se um homem casado tem um filho com sua esposa, assume-se automaticamente sua paternidade. Essa presunção também se aplica à mãe em razão das evidências físicas associadas à gestação. Tais premissas derivam da crença na presunção resultante do ato sexual (Silva Netto, 2021), mas as diversas técnicas de reprodução assistida questionam essas suposições sobre a necessidade do ato sexual para constituir uma família.

A procriação medicamente assistida apresenta-se “como uma alternativa legítima e eficaz para viabilizar projetos parentais antes considerados inimagináveis” (Silva Netto, 2021, p. 230), tornando a Biotecnologia crucial para possibilitar o surgimento das novas famílias.

A família ectogenética emerge como um produto da modernidade e rompe com o conceito tradicional de família matrimonializada e patriarcal — fortemente influenciado pela Igreja Católica — em um contexto onde existia grande preconceito. As famílias que não se enquadravam nesse padrão eram rotuladas como ilegítimas e suas filiações eram igualmente desvalorizadas em comparação aos filhos considerados legítimos (Gonçalves, 2017).

Atualmente, os aspectos centrais da família incluem dignidade, liberdade e afetividade; esta última sendo entendida como um núcleo formado principalmente pelo afeto entre seus membros que buscam realizar plenamente uns aos outros promovendo igualdade e felicidade coletiva (Pamplona Filho; Gagliano; 2020).

As famílias originadas através da reprodução assistida são referidas como famílias ectogenéticas; segundo Pereira (2018), este termo provém do grego “ektós”, significando “fora” ou “exterior”, referindo-se assim às famílias com filhos gerados por meio dessas técnicas assistidas. A Biotecnologia possibilitou inovações como inseminações artificiais. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) analisa essa temática com responsabilidade ao afirmar que as famílias ectogenéticas podem surgir sob diversas circunstâncias; há múltiplas possibilidades que constantemente desafiam campos como Bioética

e Biodireito—especialmente no contexto de casais inférteis ou homoafetivos e indivíduos solitários desejosos por filhos sem recorrer à procriação natural (IBDFAM; 2022).

Observa-se ainda que as famílias ectogenéticas enfrentam preconceitos sociais decorrentes da moral religiosa predominante que valoriza apenas a filiação natural como válida; assim parte da população considera imoral ou vergonhosa a reprodução humana realizada em laboratório. É evidente que as relações familiares não estão restritas unicamente ao laço biológico mas estão intrinsecamente ligadas ao vínculo afetivo. Dessa forma, é imprescindível que o Direito acompanhe esses avanços sociais regulando novas configurações familiares como a ectogenética para garantir direitos iguais a todas as pessoas conforme preconiza a Constituição Federal de 1988 e entendimentos jurisprudenciais contra discriminações.

5. DIREITOS DA PERSONALIDADE NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Primeiramente, cabe destacar o que o Código Civil de 2002 estabelece que toda pessoa é capaz de direitos e deveres, bem como possui um capítulo específico sobre os direitos da personalidade, sendo que esses direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis. Diante disso, não poderá ocorrer nenhuma limitação voluntária e, em caso de lesão, o indivíduo poderá exigir que cesse a violação a qualquer tempo, além de reclamar perdas e danos (Brasil, 2002).

É de suma importância lembrar as características dos direitos das personalidades, eles são: i) gerais, pois todas as pessoas são titulares dos direitos da personalidade; ii) extrapatrimoniais, eis que não possuem valor comercial; iii) imprescritíveis, já que a qualquer momento o titular pode exigir o fim da violação; além de: iv) vitalícios e v) impenhoráveis (Mello, 2023).

Os direitos da personalidade podem ser analisados como um instrumento de defesa frente a outros indivíduo; por outro lado, os direitos fundamentais possibilitam a defesa do indivíduo contra o Estado; por essa razão, os direitos da personalidade são encontrados principalmente no Código Civil, enquanto os direitos fundamentais são encontrados na Constituição Federal (Lago, 2018). Para outros autores, os direitos da personalidade são direitos fundamentais e têm como finalidade essencial a dignidade da pessoa humana (Lago, 2018). A dignidade é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e está codificada no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Diante disso, nota-se que os direitos da personalidade têm como finalidade a efetivação dos direitos ao planejamento familiar, à liberdade, à autonomia familiar e à reprodução. A Constituição Federal de 1988 assegura o livre planejamento familiar, no mesmo sentido que o Código Civil estabelece que é vedada

qualquer interferência na formação familiar, seja por entidade pública ou privada, além de tal instituto ser protegido pela Lei do Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/1996), sendo obrigação do Estado efetivar o planejamento familiar por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) (Brasil, 1996).

Percebe-se que essa efetivação se dará por meio do SUS, com auxílio da Biotecnologia e de técnicas de reprodução humana assistida. Ainda, é visível que o planejamento familiar pode ser realizado de forma composta ou de modo individual, respeitando a liberdade e a autonomia das pessoas.

Nesse sentido, Reis (2008, p. 424) aponta que:

[...] o ponto fundamental dessa regra reside no fato de que o legislador lhe conferiu status constitucional ao atrelar o princípio da dignidade da pessoa humana ao da paternidade responsável – ambos inclusos na categoria de direitos da personalidade. A regra constitucional, na medida em que prescreve esse direito, assegura igualmente às famílias os recursos educacionais e científicos do Estado, para tornar efetivo esse direito sagrado.

Nota-se que a formação familiar é um direito da personalidade, pois também diz respeito à autonomia individual, bem como à paternidade responsável, pois trará dignidade aos filhos, cabendo ao Estado possibilitar às pessoas o direito de ter filhos, seja por meio natural ou artificial, com o apoio da tecnologia. A autodeterminação é um dos elementos mais importantes para o ser humano racional, pois harmoniza a materialidade e a espiritualidade, logo, possibilita a consolidação dos planos e dos projetos individuais, sendo essencial para o desenvolvimento das pessoas. Ainda, frisa-se que a intimidade também é um direito personalíssimo, sendo um dos fundamentos para o desenvolvimento humano (Menezes, 2018), como é o caso do direito à filiação.

Dias (2017) afirma que o direito à filiação tem ligação com o direito à identidade, por sua vez, faz parte do rol de direitos da personalidade, portanto, a filiação é personalíssima, indisponível e imprescritível. Cabe destacar que os direitos da personalidade não possuem um rol taxativo, ou seja, não são *numerus clausus*, pois estão em constante evolução na sociedade. Assim, sempre haverá possibilidade de novos direitos da personalidade, pois, se o rol fosse taxativo, isso acarretaria sérios problemas para garantir a proteção da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a atual família, a contemporânea, é pautada também no afeto, a fim de promover os direitos da personalidade (Hogemann, 2015).

O direito à filiação é parte integrante do planejamento familiar, assim como o princípio da paternidade responsável, que se encontra entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Portanto, ao permitir que o Estado facilite a reprodução humana por meio de técnicas artificiais para indivíduos em situação de vulnerabilidade, está-se garantindo o acesso completo aos direitos fundamentais e à personalidade, contribuindo para o desenvolvimento pessoal.

6 CONCLUSÃO

A sociedade brasileira está em constante transformação, rejeitando qualquer forma de discriminação, especialmente aquelas relacionadas à orientação sexual. Assim, todos os indivíduos devem gozar de direitos iguais, e é responsabilidade do Estado implementar políticas que garantam esses direitos.

No Brasil, existem diversos grupos minoritários, entre os quais se destacam as minorias sexuais e aqueles em situação de vulnerabilidade econômica. Esses grupos merecem atenção especial ao desejarem exercer seu direito ao planejamento familiar, especialmente quando a procriação natural não é uma opção viável devido a relações entre pessoas do mesmo sexo ou problemas de saúde como infertilidade e esterilidade. Essas condições também podem afetar casais heterossexuais, limitando sua capacidade de conceber naturalmente.

O direito à formação de uma família com filhos é garantido constitucionalmente pelos direitos fundamentais e pelos direitos da personalidade. Dessa forma, se um indivíduo não puder ter filhos por meios naturais, deve ter acesso a técnicas de reprodução assistida. O Estado tem a obrigação de assegurar esse direito conforme estabelecido na Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/1996). A utilização dessas técnicas por parte de quem deseja formar uma família representa o exercício da autonomia individual e possibilita a criação de famílias ectogenéticas, apoiadas pela Biotecnologia e Medicina.

Caso o Estado não forneça as técnicas necessárias para a reprodução assistida, isso configura uma violação dos direitos fundamentais da população e fere o que está previsto na Constituição Federal de 1988. Todas as pessoas têm o direito constitucional de constituir uma família, sendo todas as formas familiares protegidas sem distinção ou preconceito.

Dessa maneira, cabe ao Estado desenvolver políticas públicas e alocar recursos financeiros para que mais instituições hospitalares possam realizar procedimentos de reprodução assistida. A lentidão no tratamento pode comprometer o planejamento familiar dos indivíduos. Além disso, é essencial garantir acesso eficaz aos recursos médicos disponíveis; caso contrário, essas pessoas sofrerão penalizações devido à impossibilidade do pleno exercício do direito ao planejamento familiar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, José Fabio Rodrigues Maciel. **Manual de História do Direito**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Direito das pessoas LGBTQQIAP+**. Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos. Brasília, DF: STF, 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263. Acesso em: 5 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 6 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de**

Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: Min. Ayres Britto, 5 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 abr. 2025.

BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. **Igualdade, diversidade e vulnerabilidade:** revisitando o regime das incapacidades rumo a um direito privado solidário de proteção à pessoa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CHAVES, Marianna. Tecnologia e o admirável mundo novo da reprodução humana assistida. In: CAIUBY, Celia (coord.). **Família 4.0:** reflexões sobre a era da conectividade e tecnologia nas relações familiares. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.320/2022.** Brasília, DF: CFM, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 8 abr. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HADDAD-FILHO, Jorge. O que faz uma inseminação intrauterina dar certo. **Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina**, 2014. Disponível em: <https://spdm.org.br/blogs/reproducao-humana/44o-que-faz-uma-inseminacao-intrauterina-dar-certo>. Acesso em: 8 abr. 2025.

HOGEMANN, Edna Raquel. O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade. **Espaço Jurídico:** Journal of Law, v. 16, n. 1, p. 89-106, 2015. Disponível: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2363>. Acesso em: 13 maio 2025.

IBDFAM. Famílias ectogenéticas. **Revista IBDFAM**, v. 66, Belo Horizonte, 2022.

LAGO, Áurea Pedrollo. **Os direitos da personalidade dos concebidos por meio das técnicas de reprodução assistida.** 2018. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197653/TCC%20%c3%81udrea%20%28reposit%20%20b3rio%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 jun. 2025.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direitos da personalidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/54303/1/2016_art_direito%20de%20personalidade_jbmenezes.pdf. Acesso em: 13 maio 2025.

NOUSA, Ludmilla Pedroza. **Inseminação artificial caseira:** o reconhecimento da filiação aplicada aos filhos concebidos por intermédio da autoinseminação. 2021. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF. 2021. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15680/1/Ludmilla%20Nousa%20%20RA%2021604568.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2025.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; SILVA, Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Vulnerabilidade legislativa de grupos minoritários. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, p. 3841-3848, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/QjTmxmdVTNvtN8YNGvx7d8N/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 maio 2025.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v. 8, n. 2, p. 415-435, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/890/672>. Acesso em: 23 abr. 2025.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaia-tuba: Foco, 2021.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?** 2. ed. Curitiba: Appris, 2021.

SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da. **Planejamento familiar nas famílias LGBT: desafios sociais e jurídicos do recurso à reprodução humana assistida no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

O DEVER DE CUIDAR SOB A ÓTICA DA FRATERNIDADE: TUTELA PROCESSUAL E OBRIGAÇÃO DE FAZER NO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

Pedro Henrique Marangoni

Docente do programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor de Processo Penal na graduação na Universidade Paranaense (UNIPAR). Doutor em Direito Político e Econômico/Mackenzie. Mestre em Direito Processual e Cidadania/UNIPAR. Especialista em Docência do Ensino Superior e Processo Penal. pedromarangoni@prof.unipar.br

1. INTRODUÇÃO

O abandono afetivo do idoso ou, como também é conhecido, abandono afetivo inverso, traduz uma das faces mais dolorosas da negligência humana: aquela que se volta geralmente contra quem um dia cuidou, educou e amparou. Trata-se da omissão emocional e, muitas vezes, material sofrida por pessoas idosas, especialmente por parte de seus próprios filhos ou familiares próximos. Esse fenômeno, que ganha cada vez mais visibilidade num cenário de envelhecimento populacional e transformação das dinâmicas familiares leva-nos a questionar os deveres afetivos e jurídicos que cercam as relações entre pais e filhos.

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 229, determina que os filhos têm o dever de amparar os pais na velhice, na carência ou na enfermidade. O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), por sua vez, reforça essa obrigação, estabelecendo que tanto a família quanto o Estado devem zelar pela dignidade e pelo bem-estar da pessoa idosa. Ainda assim, a realidade insiste em desafiar o texto da lei: multiplicam-se casos em que o idoso é deixado à margem do convívio familiar, esquecido nos silêncios das casas vazias, privado do cuidado, da atenção e, sobretudo, do afeto, o alimento invisível da dignidade.

Esta pesquisa propõe-se a investigar o abandono afetivo do idoso sob a perspectiva jurídica, com especial atenção às tutelas processuais, isto é, às medidas de proteção e responsabilização que o Direito oferece diante desse tipo de violência silenciosa. Busca-se compreender de que forma os tribunais têm enfrentado a questão, seja por meio da responsabilização civil, com indenizações por danos morais, seja no campo penal ou em outras modalidades de tutela jurídica voltadas à defesa da dignidade do idoso abandonado.

Mais do que um estudo técnico, trata-se de uma reflexão sobre o valor do cuidado, o peso da omissão e a necessidade de reafirmar, no seio da sociedade, que o envelhecer não pode jamais significar o esquecimento.

2. O ABANDONO AFETIVO DA PESSOA IDOSA: UMA VISÃO POR MEIO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Calderón (2017) defende que a afetividade se tornou o novo paradigma do Direito de Família no Brasil, consolidando-se como um princípio jurídico implícito na Constituição Federal e amplamente reconhecido tanto pelo Código Civil quanto pela jurisprudência pátria. Segundo o autor, a família contemporânea deixou de ser vista apenas sob a ótica dos vínculos biológicos, matrimoniais ou patrimoniais, passando a se estruturar sobre bases mais humanas e subjetivas, laços de afeto, liberdade e dignidade. O Direito, influenciado pelas transformações sociais e pela chamada constitucionalização do direito civil, passou, assim, a valorizar o elemento emocional das relações familiares, legitimando juridicamente uniões e vínculos sustentados pelo amor e pela convivência, como as relações socioafetivas.

Calderón (2017) observa que o princípio da afetividade possui duas dimensões complementares: a objetiva, manifestada em atitudes concretas de cuidado, convivência e solidariedade, a qual compreende-se que pode ser requerida judicialmente; e a subjetiva, ligada ao sentimento interno que se presume pela presença da primeira. Em sua concepção, a afetividade desempenha dupla função, é, ao mesmo tempo, um dever jurídico entre pessoas com laços familiares reconhecidos (como pais e filhos) e um fundamento para o surgimento de novos vínculos familiares, sempre que o afeto se revela de maneira pública, contínua e estável. Dessa forma, o princípio da afetividade atua como uma ponte entre o Direito e a vida, humanizando as relações jurídicas e permitindo soluções mais sensíveis e justas diante da complexidade das relações familiares contemporâneas.

Nessa mesma linha, Lima (2015) analisa o abandono afetivo inverso e a consequente responsabilidade civil dos filhos diante da omissão no dever de cuidado para com os pais idosos. A autora destaca que muitos idosos têm recorrido ao Judiciário em busca de indenização por danos morais, em razão da viola-

ção de direitos personalíssimos, como a integridade moral e psíquica. Segundo a autora, a negligência no cumprimento desse dever configura ato ilícito, gerando obrigação de indenizar, não para “quantificar o amor”, mas para amenizar o sofrimento do idoso e prevenir novas omissões.

Trata-se, portanto, de reconhecer no âmbito do Direito de Família a responsabilidade civil dos filhos pelo abandono afetivo, como forma de tutela à pessoa idosa negligenciada. Lima (2015) fundamenta seu entendimento na Constituição Federal de 1988 (arts. 229 e 230), na Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) e no Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/2003), guiando-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade, solidariedade familiar e função social da família. A distinção essencial proposta pela autora é cristalina: amar é faculdade; cuidar é dever jurídico. Assim, a violação do dever objetivo de cuidado, expressa na ausência de presença, atenção e apoio moral, configura ato ilícito sempre que houver omissão, nexo causal e dano comprovado.

Para comprovar o abalo moral, admitem-se provas como laudos psicológicos ou psiquiátricos, relatórios sociais e testemunhos. A indenização, nesses casos, tem caráter duplo: compensatório e pedagógico, servindo tanto para reparar o sofrimento do idoso quanto para desestimular novas condutas de abandono. A autora ainda demonstra que a evolução histórica da proteção ao idoso e a jurisprudência sobre o abandono afetivo “tradicional”, dos pais em relação aos filhos, servem de base para legitimar o movimento inverso, reconhecendo a possibilidade de condenação por danos morais quando o abandono parte dos filhos.

No mesmo sentido, Viegas e Barros (2017) e Nunes (2025) sustentam que o abandono afetivo inverso, isto é, a negligência dos filhos em relação a seus pais idosos, constitui grave violação do dever de cuidado e pode gerar responsabilidade civil. Embora o amor não possa ser imposto, o cuidar é um dever jurídico e constitucional, previsto no artigo 229 da Constituição Federal e reafirmado pelo Estatuto da Pessoa Idosa. As autoras destacam que a omissão dos filhos, seja material (ausência de sustento) ou afetiva (falta de atenção, carinho e presença), fere a dignidade da pessoa idosa, um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, pode ensejar indenização por danos morais.

Em síntese, a perspectiva central é inequívoca: o dever de cuidado não é mera faculdade, mas uma obrigação moral e legal. O abandono afetivo inverso, ao romper esse dever, constitui uma violação direta aos direitos da personalidade do idoso. A reparação civil, nesses casos, não deve ser vista apenas como compensação financeira, mas como instrumento de conscientização e prevenção, reafirmando que envelhecer com dignidade é um direito inalienável.

Ribeiro Filho e Wrobel (2022) reforçam que há sólido fundamento jurídico e constitucional para reconhecer a responsabilidade civil dos filhos pelo abandono afetivo dos pais idosos. Reiteram que “amar é faculdade, mas cuidar

é dever”, e que tal responsabilidade não impõe sentimentos, mas obrigações éticas e jurídicas de amparo e proteção, voltadas à preservação da dignidade e da integridade emocional do idoso.

Os autores citam, como exemplo paradigmático, decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação Cível n. 0900012-05.2014.8.24.0050), na qual o Ministério Público ajuizou uma Ação Civil Pública em defesa de um idoso abandonado. O tribunal reconheceu a responsabilidade solidária da família e do Estado na garantia da dignidade e do bem-estar do idoso, reafirmando que o dever de cuidado não é apenas um imperativo moral, mas um compromisso jurídico coletivo.

Com isso, uma verdade se impõe de maneira inquestionável: há direito à indenização no sistema jurídico brasileiro para os casos de abandono afetivo inverso. Tal reconhecimento representa um passo rumo à humanização do Direito e ao resgate da empatia nas relações familiares. Entretanto, se há dever de indenizar é porque uma obrigação não foi cumprida.

3. O ABANDONO AFETIVO NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

Conforme Cabezas e Bustos (2025), o ordenamento jurídico chileno revela deficiências significativas na proteção penal das pessoas idosas contra o abandono. Os autores sustentam que, embora existam instrumentos legais e políticas públicas, como a Ley sobre Violencia Intrafamiliar e a Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, sua aplicação prática ainda é limitada e ineficaz. Para eles, o abandono deve ser reconhecido como uma forma grave de violência intrafamiliar, dotada de potencial destrutivo sobre a vida, a saúde e a dignidade das pessoas idosas. No entanto, o Código Penal chileno trata o tema de forma restrita, exigindo resultados concretos, como lesões graves ou morte, para a configuração do delito de abandono. Essa exigência, segundo os autores, reduz injustificadamente o alcance da tutela penal e deixa inúmeros casos sem resposta jurídica adequada.

Em síntese, Cabezas e Bustos (2025) defendem a reforma da legislação penal chilena, de modo que o abandono de pessoas idosas seja punido mesmo quando não resulte em lesões físicas graves. O foco, segundo os autores, deve recair na violação da dignidade e da integridade moral do idoso como bens jurídicos autônomos. Propõem, portanto, uma abordagem mais ampla, humanizada e preventiva, que conjugue proteção jurídica eficaz, respeito à autonomia e promoção da inclusão social.

De acordo com o estudo, o abandono de uma pessoa idosa é atualmente enquadrado no Chile como violência intrafamiliar, conforme a Lei nº 20.066, a qual prevê medidas administrativas como multas e proteção assistencial, in-

cluindo o acolhimento da vítima em estabelecimentos de longa permanência (ELEAM). Contudo, tais medidas não configuram resposta penal propriamente dita, sendo aplicáveis apenas quando o risco à saúde ou à vida do idoso é considerado “abstrato”.

No âmbito penal, os autores observam que o abandono físico, entendido como a omissão de cuidados essenciais, só é criminalizado quando produz lesões graves ou morte, nos termos do artigo 352 do Código Penal chileno, que tipifica o “abandono de pariente desvalido”. O tipo penal, por exigir resultado concreto de perigo ou dano, acaba restringindo sua aplicação a situações extremas, como o caso de um filho que deixa de cuidar da mãe acamada, expondo-a a risco de morte. Na prática, portanto, o abandono que não causa consequências físicas graves é tratado como violência intrafamiliar, mas não como crime autônomo, lacuna que, segundo os autores, fragiliza a proteção penal dos idosos.

No campo comparado, a jurisprudência espanhola oferece um precedente. Segundo Barceló Doménech (2015), a Espanha vivenciou um avanço notável no Direito Sucessório ao admitir a deserdação por abandono. O Código Civil espanhol, em seu art. 853.2º, autoriza que um ascendente deserde um filho por “maltrato de obra ou injúria grave”. Tradicionalmente, os tribunais interpretavam esse dispositivo de maneira restritiva, não reconhecendo o abandono afetivo como forma de maltrato. Contudo, duas decisões emblemáticas do Tribunal Supremo da Espanha, de 3 de junho de 2014 e 30 de janeiro de 2015, reformularam essa visão.

Nelas, a Corte entendeu que o filho que abandona emocionalmente um pai idoso, causando-lhe sofrimento psíquico relevante, pratica maltrato psicológico, apto a justificar a exclusão da herança. Em outras palavras, a ausência prolongada de cuidado e convivência, quando gera dor e humilhação, pode ser equiparada a uma forma de violência moral. Esse entendimento ampliou a tutela civil das pessoas idosas na Espanha, permitindo que pais desamparados neguem a herança a filhos negligentes, um remédio jurídico que, além de punitivo, tem caráter simbólico e ético. A doutrina espanhola, entretanto, alerta que nem todo distanciamento familiar enseja deserdação: é preciso avaliar, caso a caso, se a conduta do filho violou de modo grave a dignidade e o bem-estar do genitor.

Em outros ordenamentos, nota-se igualmente o fortalecimento do dever legal de cuidado. Na Colômbia, a Lei 1850/2017 alterou o Código Penal colombiano, criando o art. 229A, que tipifica o crime de “maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años”. A norma prevê pena de 4 a 8 anos de prisão para quem submeter uma pessoa idosa a condições de abandono, descuido ou negligência que afetem suas necessidades básicas de alimentação, higiene, vestuário ou saúde. A lei também responsabiliza instituições que deixem de prestar cuidados adequados aos idosos sob sua tutela.

Por sua vez, o Estados Unidos, embora não haja lei federal sobre o tema, 26 estados e Porto Rico possuem filial responsibility laws, que impõem aos filhos o dever legal de prover sustento e cuidados aos pais idosos necessitados. Estados como Califórnia e Pensilvânia preveem inclusive ações de cobrança e, em alguns casos, sanções penais. O California Family Code § 4400 estabelece que “um filho adulto deve, dentro de suas possibilidades, sustentar um pai necessitado e incapaz de prover o próprio sustento”.

Bem como, na China, desde a emenda de 2013 à Lei de Proteção dos Direitos dos Idosos, a tradicional “piedade filial” ganhou força de lei. Filhos adultos são legalmente obrigados a visitar e cuidar regularmente de seus pais. Em 2016, reportou-se que o descumprimento poderia gerar sanções públicas, inclusive restrições na pontuação de crédito social, numa abordagem que combina moral, direito e cultura, reconhecendo o convívio afetivo como direito jurídico da pessoa idosa.

Outros países europeus, como a França, também consagram o dever de alimentos dos filhos em relação aos pais em seus Códigos Civis. Já no plano internacional, instrumentos como a Declaração de Brasília (2007) e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (2015) reafirmam o princípio da solidariedade intergeracional como base da convivência humana e da justiça social.

Por fim, estudos recentes, como os de Aucapiña, Fernández & Urgiles (2023) e Guilcamaigua & del Salto (2023), analisando a realidade do Equador, revelam que a dificuldade não está apenas na criação de normas, mas na efetividade de sua aplicação, o que exige políticas públicas robustas e atuação judicial proativa.

O panorama internacional demonstra que o abandono afetivo do idoso deixou de ser visto apenas como uma questão moral ou de foro íntimo e passou a integrar o cerne dos debates jurídicos contemporâneos. As legislações, as decisões judiciais e os estudos acadêmicos demonstram um consenso: é indispensável que o Direito assegure mecanismos eficazes de proteção, tanto no âmbito civil (por meio de indenizações e cumprimento de deveres familiares) quanto no penal (para os casos mais graves de negligência).

Mais do que punir, o objetivo é prevenir e conscientizar, reafirmando que o envelhecer com cuidado, respeito e convivência é um direito fundamental, e que a solidariedade entre gerações deve deixar de ser uma mera aspiração moral para se tornar realidade garantida pela lei e pela consciência social.

4. A PROPOSTA PROCESSUAL PARA O SISTEMA BRASILEIRO: A OBRIGAÇÃO DE FAZER E A FRATERNIDADE NO DIREITO

Em nossa percepção, a reparação pecuniária, por si só, revela-se limitada, e, em muitos casos, quase simbólica, diante da dura realidade do abandono afeti-

vo que atinge tantas pessoas idosas. Em grande parte das situações, o idoso que recorre ao Judiciário não o faz movido pelo desejo de obter uma compensação financeira. O que ele busca, na verdade, é algo muito mais profundo e imensurável: o reconhecimento, a presença, o cuidado, expressões concretas de um afeto que o tempo e a negligência tornaram ausentes.

Muitos desses idosos já possuem estabilidade econômica, aposentadoria ou mesmo patrimônio consolidado. O que lhes falta não é o dinheiro, mas o calor humano que dá sentido à velhice. O amor, o zelo e a convivência não se compram nem se substituem: são bens existenciais, e sua ausência fere não apenas o corpo, mas sobretudo o espírito.

Como observa Stocco Betiol (2005), as demandas que envolvem o direito de família possuem uma “tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros”, o que impõe a superação das categorias processuais de cunho patrimonialista. Assim, no abandono afetivo do idoso, a tutela específica, fundada em obrigações de fazer, não é apenas uma opção procedimental, mas uma exigência da dignidade humana, pois o que se busca proteger não é o patrimônio, mas o afeto e a convivência como expressões jurídicas da solidariedade. Segundo Stocco Betiol (2005):

[...]a natureza do direito tratado nestas demandas (isto é, o direito de família), bem como o objetivo ínsito a ela (isto é, a tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros), acaba por repercutir na aplicabilidade das regras processuais de cunho eminentemente patrimonialistas, derogando algumas regras em benefício do bem maior a ser protegido.

Por essa razão, a reparação puramente pecuniária mostra-se insuficiente para restaurar o dano causado pela omissão afetiva. É preciso que o Direito vá além, que ultrapasse a lógica compensatória e alcance uma dimensão verdadeiramente restauradora. Assim, revela-se plenamente cabível que a prestação jurisdicional reconheça, ao lado da indenização, tutelas de obrigações de fazer fundadas no dever de cuidado e convivência familiar, claramente acompanhadas psicologicamente e com equipe assistencial.

Como observa Eduardo de Avelar Lamy (2005), nas obrigações de fazer de natureza infungível, “as medidas coercitivas objetivam exatamente colaborar para a proteção dos direitos humanitários coletivamente compreendidos”, influenciando na vontade do devedor e assumindo função educativa e restauradora. Nesse sentido, quando o dever omitido é o cuidado familiar, o descumprimento não é apenas uma infração jurídica, mas uma violação à boa-fé e à confiança que estruturam o próprio vínculo humano e social. Assim, a tutela judicial que impõe a obrigação de cuidar não apenas repara, mas reafirma o valor jurídico do afeto e da fraternidade.

Nessa perspectiva, o juiz pode determinar que o filho, ou o familiar responsável, assuma deveres concretos, compatíveis com as necessidades e a dignidade da pessoa idosa. Entre eles, visitas periódicas, acompanhamento médico, auxílio nas tarefas cotidianas ou outras formas de apoio afetivo e material. Em caso de descumprimento injustificado, poderão ser fixadas astreintes (multas diárias), a fim de compelir o cumprimento da obrigação, sem afastar a possibilidade de indenização subsidiária com caráter reparatório e pedagógico.

Como destacam Macêdo e Carvalho Góis (2023, p. 174), a multa judicial coercitiva constitui “meio de pressão psicológica a incidir sobre o devedor, de forma a compeli-lo a cumprir a obrigação devida, entregando ao credor a tutela específica a que tem direito”. Trata-se, portanto, de instrumento que atua sobre a vontade do obrigado, conferindo efetividade prática ao dever jurídico de cuidado. Nesse contexto, a utilização de astreintes em ações que envolvem abandono afetivo do idoso não visa punir o descumpridor, mas restaurar o vínculo e concretizar a função social e fraterna da família, conforme impõe o art. 229 da Constituição Federal.

Transformar o pedido judicial em obrigação de fazer significa, em última instância, devolver humanidade ao Direito. Sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do dever de solidariedade familiar previsto no art. 229 da Constituição Federal, o que se protege não é o patrimônio, mas o vínculo. O idoso não quer dinheiro, quer cuidado. E é justamente esse cuidado, de natureza personalíssima, inflúgível e insubstituível, que o Estado deve assegurar, para que o envelhecer não seja sinônimo de solidão, mas de reconhecimento, amparo e continuidade do afeto.

4.1. A fraternidade como fundamento jurídico no enfrentamento do abandono afetivo do idoso

Conforme Jaborandy (2016) a fraternidade, redescoberta no horizonte jurídico contemporâneo, desponta como um farol capaz de iluminar e remodelar a própria essência do Direito, especialmente no modo como compreendemos a responsabilidade e o cuidado. Vinda das raízes mais profundas do patrimônio constitucional e investida de funções de equilíbrio, reconhecimento e limite, ela deixa de ocupar o terreno etéreo dos ideais morais para assumir corpo e voz como categoria normativa. Nesse novo papel, a fraternidade não apenas inspira, mas transforma, orientando a criação e a aplicação das normas que buscam proteger a pessoa humana em sua vulnerabilidade mais íntima.

No cenário do abandono afetivo do idoso, esse princípio se ergue como eixo central de sentido. Ele exige que o “outro”, aqui, o idoso, seja percebido não sob o manto da piedade, mas como sujeito pleno de direitos, destinatário legítimo da proteção e da normatividade jurídicas. Reconhece-se, assim, o seu

direito fundamental à convivência, ao afeto e à dignidade. À luz da fraternidade, o cuidado deixa de ser mera benevolência: torna-se ato de justiça, gesto ético e jurídico que procura recompor o laço esgarçado pela indiferença.

Como explica Machado (2014), a fraternidade marca a terceira etapa do constitucionalismo, o “constitucionalismo fraternal”, que sucede os paradigmas liberal, fundado na liberdade, e social, ancorado na igualdade. Nesse novo patamar, ela atua como ponto de encontro entre esses valores, promovendo um humanismo integral, solidário e profundamente relacional. No âmbito familiar, essa visão confere ao dever de cuidar do idoso uma densidade jurídica e simbólica ainda maior: não se trata apenas de uma extensão da solidariedade doméstica, mas da concretização de uma fraternidade constitucional que se infiltra nos laços afetivos, devolvendo-lhes o sentido coletivo da dignidade humana.

Essa abordagem propõe, portanto, uma mudança de lente. O abandono afetivo não deve ser visto apenas pelo ângulo da punição ou da indenização, mas como a fratura de um elo essencial à condição humana. A fraternidade, nesse contexto, inspira a adoção de medidas preventivas e restaurativas, caminhos que buscam reconstruir os laços e reeducar as relações familiares. Antes de sancionar, é preciso oferecer o diálogo, o reconhecimento e a possibilidade de reencontro. O Direito, então, se converte em mediador do afeto e promotor da convivência, não apenas em distribuidor de reparações monetárias.

Essa leitura ecoa em Faria (2021), para quem a fraternidade, inspirada no pensamento de Chiara Lubich, manifesta-se em valores como reciprocidade, dialogicidade e responsabilidade, revelando-se como um método de justiça pautado na “entrega fraterna inteligente de direitos”. No campo do abandono afetivo, tal ideia convida o Judiciário, e a própria sociedade, a enxergar o cuidado com o idoso como uma troca consciente, um ato de reconhecimento da interdependência humana. Cuidar passa a significar estar presente, ouvir, dialogar; mais que cumprir deveres, é um modo de existir junto.

Assim, a fraternidade oferece ao Direito de Família uma nova hermenêutica: a que privilegia a reconstrução sobre a punição, o reencontro sobre a ruptura, o cuidado sobre a culpa. Sob essa luz, a omissão afetiva deixa de ser um dano apenas mensurável, e passa a ser compreendida como uma ferida que só se cicatriza com a restauração do vínculo humano que lhe dá sentido.

Nessa direção, Jaborandy (2016) defende que a fraternidade deve ser reconhecida como instrumento de tutela dos direitos fundamentais de natureza transindividual, capaz de abrir novas vias hermenêuticas para sua efetivação. Esse entendimento é especialmente pertinente quando se trata do idoso, cuja dignidade não pode ficar restrita ao âmbito doméstico, mas requer uma corresponsabilidade entre Estado, sociedade e indivíduo. A fraternidade, assim, deixa de ser apenas um valor moral: torna-se critério jurídico que impõe de-

veres concretos de cuidado e convivência, incorporando o afeto à arquitetura mesma da justiça.

Em última instância, aplicar o princípio da fraternidade ao abandono afetivo do idoso é dar um passo além da lógica punitiva, é construir um Direito que restaure, e não apenas sancione. É fazer com que a lei não se limite a reconhecer o descuido, mas promova uma verdadeira cultura do cuidado; que o Judiciário não apenas aponte a dor, mas participe de sua cura; e que a sociedade aprenda a ver o envelhecimento não como um fardo, mas como o reflexo mais fiel de sua própria humanidade.

Desse modo, envelhecer com dignidade passa a ser a expressão mais nítida da fraternidade constitucional: um direito que não se impõe pela força, mas se cumpre na presença, no gesto que acolhe, na palavra que reconcilia e no compromisso silencioso de reconhecer, no outro, uma parte inseparável de si mesmo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abandono afetivo do idoso é, talvez, uma das feridas mais profundas que a sociedade pode infligir à própria essência da dignidade humana. Ele fere silenciosamente aqueles que, em tempos passados, dedicaram seus dias, e muitas vezes suas noites, a cuidar, ensinar e amar. O que antes era um gesto espontâneo de retribuição familiar, hoje se revela como um verdadeiro dever jurídico, um chamado à consciência coletiva amparado pelos pilares constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade.

No cenário brasileiro, o Direito vem, pouco a pouco, reconhecendo a gravidade dessa omissão. A jurisprudência tem fortalecido a ideia de que os filhos que se afastam, negligenciando o cuidado com seus pais idosos, respondem não apenas diante da moral, mas também da lei. A indenização por danos morais surge, nesse contexto, como um alerta, um lembrete de que a indiferença tem consequências. No entanto, o dinheiro, por si só, não consola nem reconstrói laços. Ele não preenche o vazio deixado por anos de silêncio. Por isso, ganha força a proposta de medidas que vão além da reparação financeira: ações que imponham a convivência, o acompanhamento, o retorno à presença. Afinal, mais do que punir, o Judiciário deve tentar recompor, costurar com gestos o tecido esgarçado das relações familiares.

Ao olhar para além das fronteiras, vê-se que essa preocupação é universal. Experiências da Espanha, da Colômbia, do Chile, da China e dos Estados Unidos demonstram um movimento convergente: o reconhecimento do abandono afetivo como forma de violência contra o idoso, merecedora de respostas firmes e humanas, tanto na esfera civil quanto na penal. Envelhecer com dignidade, portanto, não é privilégio nem concessão, é um direito fundamental,

um compromisso ético que o Estado e a família devem compartilhar, unindo esforços para garantir amparo, respeito e amor.

Em última instância, o tema vai muito além da frieza das indenizações. Ele nos convida a refletir sobre o sentido do afeto num mundo cada vez mais apressado e distante. O abandono afetivo do idoso não é apenas um erro pessoal, é um espelho social que reflete a perda de sensibilidade de uma época. O grande desafio contemporâneo é justamente transformar a ternura e a fraternidade em deveres concretos, vivos, palpáveis. Que o Direito, então, não se limite a punir, mas inspire: que nenhum idoso seja condenado ao silêncio da solidão quando mais precisa de companhia, carinho e reconhecimento.

7. REFERÊNCIAS:

AUCAPIÑA SINCHI, Tania Cecibel; FERNÁNDEZ AUCAPIÑA, Nancy Yolanda; URGILES LEÓN, Sandra Jackeline. El abandono del adulto mayor y la desintegración familiar: caso San Cristóbal, cantón Paute provincia del Azuay. **Conciencia Digital**, Cuenca, v. 6, n. 3, p. 49-64, jul./set. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.33262/concienciadigital.v6i3.2622>. Acesso em: 28 out. 2024.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. **Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico**. Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), 27 out. 2015. Disponível em: <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/abandono-de-las-personas-mayores-y-reciente-doctrina-del-tribunal-supremo-espanol-sobre-la-desheredacion-por-causa-de-maltrato-psicologico/>. Acesso em: 20 out. 2025.

BETIOL, Luciana Stocco. Aspectos processuais da regulamentação de guarda e visitas e a influência que a natureza deste direito material provoca no aspecto legislativo processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 128, p. 5–30, abr. 2005.

CABEZAS CABEZAS, Carlos; ACUÑA BUSTOS, Andrés. Maltrato a personas mayores a través del abandono en la legislación penal chilena. **Revista de Derecho** (Universidad de Concepción), Concepción, n. 257, p. 159-184, ene./jun. 2025.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. *Revista da Unicorp*, p. 138-153, s.d.

COLOMBIA. **Ley 1850 de 2017 (19 de julio)**. Por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las Leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, n. 50.299, Bogotá, D.C., 19 jul. 2017. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=82845>. Acesso em: 24 out. 2025.

DONG, XinQi. Elder rights in China: care for your parents or suffer public shaming and desecrate your credit scores. **JAMA Internal Medicine**, Chicago, v. 176, n. 10, p. 1429-1430, out. 2016. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/article-abstract/2542425>. Acesso em: 25 out. 2025.

FARIA, GERALDA Magella de. **O conceito de fraternidade em Chiara Lubich**: contributo à diáde da teoria e prática da justiça. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

GERHARD & GERHARD, P.C. Pennsylvania's Filial Support Law: Children Can Be Held Responsible for Parent's Unpaid Nursing Home Bill? **Gerhard & Gerhard Elder Law, Jenkintown, PA**, [s.d.]. Disponível em: https://www.paelderlaw.net/pennsylvanias-filial-support-law-children-can-be-held-responsible-for-parents-unpaid-nursing-home-bill/?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 28 out. 2025.

GUILCAMAIGUA ESPINOSA, Norma Janeth; DEL SALTO PAZMIÑO, Wilson Napoleón. El delito de abandono de personas y su incidencia en los adultos mayores como grupo de atención prioritaria. **Tesla Revista Científica**, Ambato, v. 3, n. 1, e148, p. 1-12, jan./jun. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.55204/trc.v3i1.e148>. Acesso em: 25 out. 2025.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2016. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

LAMY, Eduardo de Avelar. O dever de boa-fé na execução de fazer infungível. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 140, p. 300–315, out. 2006.

LIMA, Joyce Cibelly de Moraes. **Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos**. Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 12 ago. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1055/Abandono+afetivo+inverso;+%3Fa+responsabilidade+civil+dos+filhos+em+rela%C3%A7%C3%A3o+aos+pais+idosos>. Acesso em: 27 de out. 2025.

MACÊDO, Lucas Buril de; GÓIS, Filiph de Carvalho. Multa coercitiva no direito brasileiro (parte 1 de 3): características gerais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 342, ano 48, p. 155–191, ago. 2023.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

NUNES, Ana Paula Bastos. Uma análise dos critérios legais de responsabilização civil do filho em caso abandono afetivo inverso. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v. 9, n. 11, p. 2738-2755, nov. 2023. DOI: 10.51891/rease.v9i11.12578. Disponível em: <https://doi.org/10.51891/rease.v9i11.12578>. Acesso em: 28 out. 2025.

RIBEIRO FILHO, Júlio César Correia; WROBEL, Fernando Luiz de Nadai. A responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais idosos. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, v. 2, n. 9, p. 11-33, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.51896/CCS/PZAQ4071>. Acesso em: 20 out. 2025.

UNDERWOOD LAW FIRM, P.C. **What Is Filial Responsibility?** (*Fam. Code § 4400*). California Partition Law Blog, 12 fev. 2025. Disponível em: <https://underwood.law/blog/what-is-filial-responsibility-fam-code-4400/>. Acesso em: 28 out. 2025.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, p. 168-193, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.60523>. Acesso em: 20 out. 2025.

POLÍTICAS PÚBLICAS E MECANISMOS TECNOLÓGICOS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

KAREM LÍVIA MIRANDA DE CARVALHO

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense. Especialista em Criminologia pela USP. Pós-Graduada em Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Militar, Direito Ambiental e Crimes Cibernéticos. Graduada em Direito pela Universidade Paranaense – Cianorte/PR, com Láurea Acadêmica. Assessora da Promotoria de Justiça no Estado do Paraná. Docente da Universidade Paranaense. karem-livia@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher representa uma das mais graves formas de violação dos direitos fundamentais da pessoa humana, atingindo diretamente valores como a vida, a dignidade, a liberdade e a segurança, garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Apesar da conquista em relação ao tema, com a promulgação da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que estabelece formas de proteção às vítimas e repressão em caso de violação, a efetividade das medidas protetivas de urgência, ainda é frágil, pois muitas vezes não impedem violação das condições por parte dos agressores.

A implementação de novos mecanismos garantidores do cumprimento das medidas protetivas é essencial. Com o avanço das tecnologias e sua incorporação às políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica, novas soluções têm surgido para ampliar a proteção às vítimas, dentre elas o Botão do Pânico Virtual, a monitoração eletrônica e o sistema de Monitoração Eletrônica Simultânea (MES).

Tais instrumentos tecnológicos representam um marco no fortalecimento da tutela jurisdicional efetiva, possibilitando o acompanhamento em tempo real das situações de risco e garantindo respostas rápidas do Estado diante do descumprimento das medidas protetivas, com a possibilidade de chegada mais célere das equipes policiais, garantindo a proteção da vítima.

O presente artigo, busca analisar de forma breve os mecanismos utilizados para efetivação das medidas de proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, inclusive os meios digitais para tanto, demonstrando também que se trata de questão não apenas penal, mas civil e constitucional, de garantia dos direitos das mulheres em situação de vulnerabilidade pela violência vivenciada, principalmente visando garantir a elas a vida, a segurança e a liberdade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INFRINGÊNCIA COM A PRÁTICA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê direitos e garantias fundamentais a todo indivíduo. O artigo 5^a da Carta Magna estabelece que *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”*.

Ela ainda prevê que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5^o, I da CF).

As mesmas garantias já eram previstas na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948). Vejamos:

Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

(...)

Artigo 3

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

A prática da violência doméstica, além de ser considerada crime, também é uma violadora desses direitos fundamentais previstos constitucionalmente, ao romper com a segurança das vítimas e, muitas vezes, violar também o direito à vida delas e dos seus familiares.

Tanto é que a Lei 11.340/2006. reafirma tais direitos e garantias especificamente as mulheres, ao estabelecer em seu art. 2^o que:

“Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais

inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”.

Asseguradas às mulheres, ainda, “condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade” (art. 5º), além de outros.

A mesma Lei especifica reafirma que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º).

Embora a Constituição estabeleça que todos os indivíduos são iguais, independente do sexo, a violência contra a mulher também é um problema fundamentado nas relações de poder dos homens sobre as mulheres e em desigualdades entre eles construídas ao longo da história, na qual as mulheres eram vistas como propriedades dos esposos que, em atitudes machistas e patriarcais, admitiam as formas de violência como controle e soberania.

Gianvecchio e Gonçalves (2024) descrevem que o instituto do machismo estabelece o modelo de identidade dominador/autoridade para os homens e de dominada/subordinada às mulheres.

Diversos são os fatores que podem influenciar na prática da violência doméstica contra a mulher, dentre eles o consumo de álcool e drogas e os ciúmes.

Ristum (1996), já estabelecia que o vetor causador da violência doméstica e familiar era uma complexa constelação de fatores, dentre os quais, fatores socioeconômicos. Fazendo-se relação da pobreza e fome com a criminalidade, além de fatores por conta da falta de atuação do Estado na repressão e punição das ações violentas contra as mulheres, ocorridas no âmbito doméstico.

Além disso, existem alguns fatores que podem levar com que as vítimas tenham dificuldade em romper com a violência sofrida ou denunciar os seus praticantes, como as chantagens e dependência emocional, envoltas em pedidos de perdão e promessas de não repetição das condutas, além da dependência financeira de algumas, que não possuem local para se refugiarem ou mesmo condições de se manterem sozinhas ou com os filhos, se deixar a residência onde sofre a violência.

Sentimentos como medo e até falta de conhecimento das vítimas como as formas de violência e como ocorrem também são situações que podem prolongar o ciclo da violência.

Neste ponto, não apenas algumas mulheres podem não ter consciência de que estão sendo vítimas de violência doméstica, mas, também, agressores podem não terem a percepção de que a violência doméstica vai além da violência física, podendo se apresentar de diversas formas.

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha conceitua violência doméstica em seu art. 5º. Vejamos:

5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

O art. 7º do mesmo dispositivo legal ainda especifica as formas de ocorrência de tais violências e exemplos delas.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Assim, a violência doméstica contra a mulher pode se apresentar em diversas facetas, algumas muito mais difíceis de serem identificadas do que a física, que deixa marcas visíveis, como a psicológica, patrimonial e moral, que deixam cicatrizes não visíveis ainda mais severas.

3. MEDIDAS EM FAVOR DAS VÍTIMAS MULHERES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO

Além da responsabilização criminal do autor da prática de violência doméstica contra a mulher após o devido processo legal e, independente dela, necessário é garantir os direitos fundamentais da vítima, de proteção da vida e integridade física dela.

Visando tal situação, independente da configuração e registro criminal, a Lei Maria da Penha implementou as chamadas medidas protetivas de urgência de caráter provisional a serem aplicadas em face dos agressores e em favor das mulheres vítimas de violência doméstica.

Previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, dentre as condições restritivas possíveis ao agressor, está a de afastamento do agressor do lar ou local de convivência com a vítima e a fixação de limite mínimo de distância do agressor à vítima e proibição de manter contato com esta e os familiares dela e de frequentar determinados lugares, além da restrição de visitas aos dependentes, comparecimento do agressor em programas de repercussão e reclusão.

Além das medidas protetivas em desfavor do agressor, a mesma legislação ainda prevê outras que podem ser concedidas à vítima.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos.

V – determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

VI – conceder à ofendida auxílio-aluguel, com valor fixado em função de sua situação de vulnerabilidade social e econômica, por período não superior a 6 (seis) meses.

Importante destacar que a proteção patrimonial também é crucial a vítima de violência doméstica, pois o agressor pode se valer de eventual dependência patrimonial ou financeira desta, para continuar com a prática violadora dos direitos dela e impedir que se encerre o ciclo, além de violar direitos constitucionais dela, conforme já mencionado.

Neste ponto o art. 24 da Lei Maria da Penha representa uma considerável proteção à vítima de violência doméstica, em seu estado vulnerável após a prática da conduta criminosa, já que estabelece que:

Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

- I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
- II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
- III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
- IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Deste modo, dada a natureza das medidas protetivas, pode-se dizer que elas não são restritamente de caráter criminal, até mesmo porque não se vinculam à existência de processo em razão dos fatos, mas de caráter protetivo, garantidor e que garantam a efetivação dos direitos fundamentais da vítima.

4. MEIOS DE EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Ainda que as medidas protetivas tenham sido uma evolução na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, elas ainda precisam ser adequadas para serem eficazes em garantir os seus direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção, já que em muitos casos, mesmo com a concessão das condições, as ofendidas se isolam no medo de serem agredidas ou sofrerem novas violências por parte do agressor, bem como serem perseguidas por eles, deixando de viver suas rotinas e vidas, o que viola totalmente os direitos fundamentais à liberdade e segurança.

O trauma da ação sofrida e o medo de reviver a situação ou algo ainda mais grave, somado ao fato de se sentirem desprotegidas apenas com uma decisão judicial que não garantia fisicamente, a proibição contra os agressores, foram sendo desenvolvidos mecanismos que pudessem efetivar a finalidade das condições das medidas protetivas, garantindo que os agressores de fato as cumprissem, gerando sensação de maior segurança e proteção às ofendidas.

4.1. Patrulha Maria da Penha

Dessa necessidade de garantir a efetivação das medidas protetivas de forma prática, houve a criação das patrulhas Maria da Penha, empenhadas em fiscalizar o cumprimento das medidas, visitando as vítimas e os agressores para verificar a situação dos envolvidos.

A Polícia Militar do Paraná explica, ainda, que a Patrulha Maria da Penha instrui e orienta as partes evitando-se eventuais reiteraões. Ela esclareceu que:

“Faz parte da política de Prevenção e Repressão à violência doméstica e familiar da Polícia Militar do Paraná. É composta por policiais militares, mulheres e homens, que realizam visitas preventivas pós-delito com base em boletins de ocorrência registrados tanto na Polícia Militar quanto na Polícia Civil ou motivados por denúncias anônimas recebidas de outras fontes, como do disque denúncia 181 (telefone ou site – <https://www.181.pr.gov.br/>). Ainda, as equipes policiais realizam visitas de fiscalização de medidas protetivas de urgência determinadas pelo Poder Judiciário.

4.2. Códigos para solicitar auxílio em público

Também foi estabelecido como meio de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, o Código Internacional de pedido de ajuda que pode ser feito pelas mulheres quando estiverem em perigo, inclusive com o descumprimento das medidas protetivas e não consigam acionar a Polícia naquele momento.

Silencioso, a vítima pode fazer um gesto simples com a mão como forma de alerta de que precisa de ajuda.

Além desse código, também há o sinal vermelho em formato de X que pode ser feito pela vítima em sua mão, e mostrado a terceiros, pedindo socorro silenciosamente em locais públicos.

5. MEIOS DIGITAIS DE GARANTIA DE EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A evolução da tecnologia possibilitou a inovação nas formas de prática de crimes, como a utilização de redes sociais para propagar a violência, praticar crimes contra a honra ou até mesmo a violência psicológica e a perseguição das mulheres nas redes.

Entretanto, a tecnologia também pode ser utilizada em favor das vítimas, para tentar coibir ainda mais a violência e garantir a eficácia das medidas de proteção e os direitos fundamentais.

5.1. Botão do Pânico

Uma das formas de garantia da efetivação das medidas protetivas de urgência, foi com a implementação do chamado botão do pânico.

O “botão do pânico” que é um dispositivo físico para as mulheres vítimas de violência doméstica acionarem a polícia em situações que estejam em risco,

surgiu em 2013, em Vitória/ES, e implementado no Paraná em 2016 com a Lei nº 18.868/2016.

É um instrumento ágil e ao ser acionado pela mulher, imediatamente a Polícia Militar é comunicada como um chamado prioritário e emergencial, sendo encaminhada uma equipe de policiais para o endereço do localizador do aparelho que acionou o botão.

Entretanto, o botão do pânico a ser implementado deve ser medida deferida judicialmente e, após a concessão, a vítima consegue, de seu celular, baixar aplicativo no qual é possível acionar o chamado urgente.

No Estado do Paraná o botão do pânico é uma ação conjunta entre CEVID/TJPR, SESP/ Polícia Militar, SEJUF e CELEPAR, esclarecendo o Tribunal de Justiça, a funcionalidade da medida, ao relatar que (2021):

O Botão do Pânico Virtual Paranaense – APP 190-PR é uma funcionalidade inserida no APP 190 da Polícia Militar que permite o acionamento emergencial por vítimas de violência doméstica e familiar, previamente cadastradas, que possuem medidas protetivas de urgência vigentes. A iniciativa é uma parceria entre o TJ-PR, a Secretaria de Estado da Justiça, Família e Trabalho (SEJUF), a Secretaria de Estado de Segurança Pública/Polícia Militar do Paraná e a Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná (CELEPAR).

O Governo do Paraná ainda orienta como baixar e utilizar o aplicativo do botão do pânico (2021).

COMO BAIXAR – Uma vez com a liberação judicial, a vítima deve fazer o download do aplicativo 190 PR, disponível para celulares Android (via Google Play) ou iPhone (via App Store). No primeiro acesso ao app será necessário fazer um cadastro com informações básicas, confirmando os dados informados na medida protetiva, e liberar o uso do GPS pelo aplicativo – o que é essencial para o atendimento emergencial por parte da PM. Após o cadastro e liberação, o Botão do Pânico é automaticamente liberado no aplicativo para quem já possuir a autorização para usá-lo.

COMO ACIONAR – Após o cadastro, o botão do pânico pode ser acionado pela vítima a qualquer momento do dia. Para isso, basta abrir o aplicativo. O botão estará visível em vermelho na parte inferior da tela inicial do app. Para acioná-lo, a vítima deve deslizar o botão e, em seguida, selecionar o nome do agressor que está violando a medida naquele momento.

“Quando a vítima desliza o botão, surgem na tela as informações do agressor [contra quem ela possui a medida protetiva]. Se ela tiver mais de um mandado, todos os nomes aparecem para que ela selecione o autor da agressão. A partir desse momento, a PM já é acionada, recebendo a localização em que ela se encontra”, diz Jurandir Cordeiro Gonçalves, analista sênior e gerente de projetos na Celepar que participou de todas as etapas de desenvolvimento da ferramenta.

A agilidade que o sistema permite em não necessitar que a vítima ligue diretamente para os órgãos de segurança para noticiar um descumprimento de medida garante um atendimento mais célere e eficaz.

Destaca-se que não se trata de mecanismo exclusivo do Brasil, já sendo utilizado em Portugal há muitos anos, onde o serviço é gratuito e oferece comunicação 24 horas, aos técnicos especializados. Ligado ao Centro de Atendimento Telefónico da Cruz Vermelha “São eles que fazem a ligação às autoridades policiais para prestarem auxílio às vítimas, quando o sistema é acionado”.

Sob o prisma jurídico, esse mecanismo processual de caráter preventivo e protetivo, é uma expressão do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e da proteção integral à mulher, que concretiza o direito fundamental à segurança e à dignidade da mulher em situação de vulnerabilidade.

5.2. Monitoração eletrônica através da tornozeleira

Outra recente medida inovadora, foi a possibilidade de aplicação de monitoração eletrônica aos agressores no âmbito da violência doméstica.

Sancionada em 24 de abril de 2025, a Lei 15.125, incluiu na Lei 11.340, o §5º do art. 22, estabeleceu que “a medida protetiva de urgência poderá ser cumulada com a sujeição do agressor a monitoração eletrônica, disponibilizando-se à vítima dispositivo de segurança que alerte sobre sua eventual aproximação.

Além de ser eficaz para coibir a prática da violência doméstica, também mantém os registros dos passos do agressor, que poderão ser utilizados em eventual processo existente, como meio de prova de que violou ou não as medidas protetivas, se aproximando da vítima ou mantendo contato com ela, mesmo estando proibido de tal ação.

5.3. Monitoração Eletrônica Simultânea

Recentemente, em maio de 2025, o Estado do Paraná desenvolveu tecnologia inédita para combater a violência doméstica e garantir a efetivação das medidas protetivas de urgência.

O novo sistema será capaz de monitorar simultaneamente e em tempo real a mulher que está com medida protetiva de urgência expedida pelo Poder Judiciário e o respectivo agressor. Entre os recursos do programa está a emissão de alertas rápidos para facilitar eventuais intervenções das forças de segurança, quando necessárias, aumentando a segurança das mulheres que convivem com essa situação.

No caso, além da monitoração eletrônica dos agressores, através da tornozeleira, as vítimas receberão celulares para acompanhamento da medida, estando sujeita a adesão voluntária do programa e a decisão judicial a respeito.

O Secretário de Segurança Pública do Paraná, Hudson Teixeira, explicou a importância da medida, destacando que não se trata apenas de um sistema de monitoramento, mas de resposta a cada mulher paranaense que “ela não está sozinha. Este é o tipo de política pública que transforma e salva vidas”, afirmando que “Segurança é acolhimento, é presença do Estado”.

O Estado do Paraná também informou e orientou como funcionará o programa, que dentro de um ano deve ser instado em todo Estado, detalhando que (2025):

COMO FUNCIONA – A mulher que aceitar fazer parte do monitoramento receberá um celular, chamado de Unidade Portátil de Rastreamento (UPR), voltado exclusivamente ao alerta sobre a proximidade do agressor e a comunicação com as autoridades. Esse alerta será encaminhado tanto para a vítima, por meio de SMS, WhatsApp e ligação, quanto para as forças policiais, em uma central de monitoramento, que deslocarão a viatura mais próxima para atendimento da ocorrência.

Além do aviso, a vítima receberá informações importantes em tempo real, como a visualização em um mapa e chat, sempre que o agressor ultrapassar o raio de exclusão estabelecido. O sistema atua como um canal de comunicação direto com a polícia, permitindo à vítima solicitar ajuda imediata e oferecendo recursos para que ela se afaste e proteja-se do agressor.

O monitoramento do agressor é realizado por meio de uma tornozeleira eletrônica. Ele está proibido de se aproximar das áreas de exclusão (definidas previamente na decisão judicial como locais de afastamento obrigatório) e dos raios de advertência (distâncias específicas determinadas na decisão judicial que devem ser mantidas entre ele e a pessoa protegida). A distância mínima estipulada é de 700 metros, somando as áreas de exclusão e advertência.

Se o agressor invadir o raio de advertência, a vítima receberá um alerta no número registrado, enquanto o infrator será notificado sobre sua aproximação indevida tanto pelo celular quanto pela tornozeleira, que vibrará ao detectar essa violação. As forças de segurança também serão alertadas através do sistema.

Quando o agressor adentra o raio de exclusão (mais próximo da vítima), ela terá acesso à localização dele em tempo real. O smartphone permite gravar vídeos do ambiente, enviando imagens e sons diretamente para o banco de dados do sistema. A unidade policial mais próxima é acionada com prioridade, deslocando-se até a vítima com base em sua localização.

Caso o agressor remova a tornozeleira eletrônica ou haja perda de sinal devido a isolamento, a vítima será notificada imediatamente. Simultaneamente, a polícia irá até sua localização para garantir sua segurança. Mesmo em áreas sem sinal, a mulher poderá acessar a localização do agressor pelo smartphone,

pois o dispositivo se conecta automaticamente à tornoeleira via Bluetooth, alcançando distâncias de até 100 metros.

Explicou o secretário da Segurança Pública:

“O rompimento da tornoeleira para nós é prioridade máxima. Se isso ocorrer, uma vez que nós não teremos mais o controle da localização daquele indivíduo, as forças de segurança vão até a mulher que está com a medida protetiva de urgência para informá-la que houve o rompimento e seguir os protocolos para garantir a sua segurança”.

O TJPR será responsável por determinar quais vítimas são elegíveis para o programa, sendo necessário que elas possuam uma medida protetiva de urgência emitida pelo Poder Judiciário. Além disso, o órgão estabelecerá as distâncias mínimas entre a mulher e o agressor, conforme a análise individual de cada caso.

A contratação da empresa também abrange o software destinado ao monitoramento ativo do agressor e da vítima, permitindo rastrear suas localizações e identificar qualquer violação das áreas seguras determinadas pelas medidas protetivas de urgência. Este sistema oferece uma interface para que agentes de segurança pública e autoridades judiciais possam acompanhar a situação em tempo real, favorecendo uma resposta ágil e eficaz em situações de descumprimento da ordem judicial.

Além disso, a contratação inclui a configuração de centros de monitoramento, com instalação de servidores para armazenamento e registro dos eventos, assim como a criação de protocolos de comunicação eficientes entre todas as partes envolvidas. A iniciativa contempla serviços relacionados a data centers e nuvem; sistemas para armazenamento de dados, equipamentos de rede (como switches e roteadores) e conexões comunicativas.

O projeto está em fase de implementação e representará um grande avanço para a proteção, garantia da liberdade e segurança das vítimas, uma vez que, tanto ela quanto o agressor poderão ser monitorados, com o cruzamento de dados e impedimento de aproximação entre eles, ou seja, tem tudo para ser eficaz não na repreensão do descumprimento, mas na efetiva inibição da sua prática, o que traz ainda mais paz e tranquilidade às ofendidas.

6. A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Lei Maria da Penha que cria mecanismos de proteção a mulher vítima de violência doméstica possui natureza híbrida, abrangendo normas que se relacionam ao âmbito cível ou criminal.

No âmbito criminal ela diz respeito a tipificação e punição quando da prática de crimes e outras determinações relacionadas e reflexas.

Mas, ela também possui vertente processual civil, quando tratam de demandas advindas da violência, como divórcio, guarda e pensão da prole, dentre outras questões relacionadas.

Por sua vez, as medidas protetivas de urgência possuem natureza de tutela inibitória autônoma independente de reflexos criminais, tendo dentre as condições possíveis de serem aplicadas, aquelas de caráter cível, como a suspensão de visitas dos filhos, ou questões relacionadas ao direito de propriedade, que abarca o Direito de Família e Civil de forma ampla.

Além disso, a aplicação de medidas protetivas de urgência no âmbito da Lei Maria da Penha, também abarca a proteção dos princípios Constitucionais, visando garantir os direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos, principalmente a liberdade plena de locomoção (sem medo de repreensão ou perseguição), bem como de garantia da vida e segurança.

Tratando-se de uma questão não apenas criminal, mas, sim, envolvendo direitos fundamentais constitucionais e protegidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, certo que cabe ao Estado e, a sociedade como um todo, o dever de garantia e proteção, em todas as esferas e searas do Direito

7. CONCLUSÃO

Todo indivíduo possui proteção constitucional e internacional em relação aos direitos basilares, dentre eles a liberdade, a vida e a segurança.

A prática da violência doméstica contra a mulher, em qualquer de sua modalidade, afronta gravemente esses princípios e direitos, colocando as ofendidas em situação de vulnerabilidade.

A Lei Maria da Penha, que possui natureza híbrida, tanto penal como cível, foi um mecanismo de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, incluindo formas de procedimento, orientações e até mesmo definição dos crimes e a forma de concretização.

Além da questão criminal, mencionada legislação também estabeleceu medidas protetivas como forma de garantia da vida e integridade física das mulheres vítimas de violência doméstica, como o afastamento do lar e proibição de aproximação e manter contato com a ofendida, além de medidas de caráter cível, como suspensão do direito de visitas e bloqueio de bens do casal, além de outros.

Ocorre que, a simples determinação judicial de concessão das medidas protetivas de urgência não garante, por si só, a efetivação na prática, com o impedimento de aproximação do agressor ou mesmo a comunicação imediata as Autoridades, para as providências cabíveis.

Neste ponto, foram sendo criadas formas de melhor efetivação das medidas, como a criação das patrulhas Maria da Penha, com fiscalização cons-

tante nos endereços dos agressores e vítimas, para verificarem a situação e orientar as partes.

Entretanto, é com o avanço da tecnologia que mecanismos cada vez mais eficazes e céleres estão sendo adaptados para garantir a proteção das mulheres vítimas de violência e garantia de proteção de seus direitos fundamentais, como é o caso da criação do botão do pânico e a monitoração eletrônica dos agressores, inclusive com novo projeto de cruzamento de sinais de localização entre ofendida e ofensor, para que as polícias sejam acionadas rapidamente com a aproximação deles, impedindo a reiteração da violência e a sua evolução para crimes ainda mais graves como o feminicídio.

A implementação eficaz e apropriada de medidas protetivas de urgência para mulheres que sofrem violência doméstica não deve ser uma preocupação exclusiva do Direito Penal ou do Processo Penal. É igualmente relevante no âmbito do Direito Civil e, acima de tudo, nos Direitos Fundamentais de todos os cidadãos, uma vez que estes desempenham um papel crucial na proteção da liberdade e da vida das mulheres, princípios essenciais consagrados na Constituição.

8. REFERÊNCIAS

BORIN, T. B. **Violência doméstica contra a mulher: percepções sobre violência em mulheres agredidas**. 2007. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Psicologia, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências*. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 28 out. 2025.

BRASIL. **Lei nº 15.125, de 24 de abril de 2025**. *Altera a Lei nº 11.340/2006, para permitir a cumulatividade de medida protetiva com monitoração eletrônica*. *Diário Oficial do Estado do Paraná*, Curitiba, PR, 24 abr. 2025.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CASIQUE, L. C.; FUREGATO, A.R.F. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**. Ribeirão Preto, v. 14, 2006.

CNN Portugal. **Violência doméstica: quase 200 mulheres usam “botão do pânico”**. *CNN Portugal*, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://cnnportugal.iol.pt/sociedade/teleassistencia/violencia-domestica-quase-200-mulheres-usam-botao-de-panico>. Acesso em: 29 out. 2025.

DIAS, Maria Berenice. **A lei maria da penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: UNICEF Brasil, [s.d.]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 out. 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da Violência 2025**. São Paulo: FBSP/IPEA, 2025. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 28 out. 2025.

GIANVECCHIO, Larissa Angelini de Andrade; GONÇALVES, Josiane Peres; *Machismo, violência doméstica e influência das mídias na cultura brasileira. Trayectorias Humanas Trascontinentales*, n. 12, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.25965/trahs.6069>. Acesso em: 29 out. 2025.

ONU MULHERES. **Violência contra as mulheres no Brasil: desafios e políticas públicas**. Brasília: ONU Mulheres Brasil, 2023.

PARANÁ (Estado). **Governo do Paraná lança sistema de Monitoração Eletrônica Simultânea para combate à violência doméstica**. Secretaria de Segurança Pública do Paraná – SESP, 2025. Disponível em: <https://www.parana.pr.gov.br/Noticia/Monitoracao-Eletronica-Simultanea-para-combate-a-violencia-domestica>. Acesso em: 28 out. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Botão do Pânico Virtual Paranaense é disponibilizado em todo o Estado do Paraná**. CEVID/TJPR, 2024. Disponível em: https://inovacao.tjpr.jus.br/web/cevid/noticias/-/asset_publisher/b0bN0gNEc6Uo/content/botao-do-panico-virtual-paranaense-e-disponibilizado-em-todo-o-estado-do-parana. Acesso em: 28 out. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (TJDFT). **A grande causa da violência contra a mulher está no machismo estruturante da sociedade brasileira**. Brasília: TJDFT, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-causa-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>. Acesso em: 29 out. 2025.

PERSPECTIVAS ÉTICO-JURÍDICAS NO BIODIREITO APLICADAS À SOLICITAÇÃO DA EXCLUSÃO DO HISTÓRICO MÉDICO PRÉVIO À TRANSIÇÃO DE GÊNERO

Jeanne Carla Rodrigues Ambar

Advogada; Docente; Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Pós-graduada em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC/MG e em Direito Civil e Processo Civil pela UCAM. Graduada em Fisioterapia, especialista em UTI. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9387-4609> E-mail: ambarjeanne@gmail.com

Juliana de Fátima Moreira Costa

Advogada; Docente; Mestre em Direito pelo IDP Brasília. Especialista em Compliance e Governança corporativa pela PUC/MG. Pesquisadora no Laboratório de Inteligência Artificial do CEDIS/IDP e no DTIBR. Certificada CIPM e DPO EXIN, especialista em Proteção de Dados Pessoais e Inteligência Artificial. E-mail: mcosta-juliana@gmail.com

INTRODUÇÃO

A questão da exclusão de registros médicos anteriores à transição de gênero é um tema que toca e atravessa múltiplas dimensões da identidade, da privacidade e do respeito aos direitos fundamentais e individuais de uma pessoa trans. Trata-se de uma demanda que, mais do que administrativa, assume contornos éticos, jurídicos e políticos, especialmente quando vinculada ao direito à autodeterminação e à não discriminação.

A decisão de modificar ou excluir informações do histórico médico, especialmente as relacionadas ao sexo biológico – designado durante o nascimento da criança – configura uma etapa significativa no processo identitário. O ato de se pedir o apagamento destes registros busca garantir que o passado não se sobreponha e não defina o presente ou o futuro, permitindo, assim, que pessoas trans se sintam respeitadas e representadas, tanto no contexto social quanto no sistema de saúde.

Embora os registros médicos sejam fundamentais para a quantificação, prevenção e tratamento de doenças relacionadas ao sexo biológico, como determinados tipos de câncer ou doenças prevalentes em um gênero específico, é crescente o número de pessoas trans que buscam o apagamento desses arquivos ou a restrição de acesso a tais dados como uma maneira de afirmação identitária e mecanismo de proteção frente a estigmas, constrangimentos ou violações de direitos, uma vez que visam garantir que sua história pregressa não interfira em sua vivência atual.

Contudo, a viabilidade desse apagamento implica reflexões complexas e debates sobre como o sistema de saúde e seus profissionais podem contribuir para a construção de um ambiente acolhedor e inclusivo às necessidades específicas da população trans, bem como equilibrar a preservação de dados clínicos essenciais para a continuidade do cuidado médico, com o respeito à identidade de gênero e ao direito à autodeterminação, sem comprometer os princípios éticos da prática médica.

O presente capítulo objetiva examinar a possibilidade de exclusão do histórico médico anterior à transição de gênero, à luz dos desdobramentos jurídicos, médicos e relacionados ao Biodireito que tal exclusão pode provocar. A análise será orientada pelos pilares do direito à autodeterminação, do princípio da igualdade, do direito antidiscriminatório, da ética médica, da Bioética e do direito à continuidade do cuidado em saúde, considerando o Biodireito como campo normativo que regula a conexão entre saúde, identidade e autonomia.

Pretende-se, assim, contribuir para a construção de um entendimento equilibrado entre a proteção da identidade de gênero e a garantia de um cuidado de saúde integral e não discriminatório face ao pedido de exclusão de registro médico prévio à transição.

1. CONSTRUÇÃO JURÍDICA, SOCIAL E MÉDICA DA IDENTIDADE DE GÊNERO

1.1. Identidade de gênero como direito fundamental

A identidade de gênero, entendida como a vivência individual com a qual a pessoa se identifica, independentemente do sexo atribuído ao nascimento, constitui elemento central da dignidade humana e deve ser reconhecida como um

direito fundamental. Este reconhecimento tem se fortalecido no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, sendo pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pelo direito à autodeterminação e pelo respeito à diversidade.

Porém, no Brasil, até o ano de 1997, pessoas transexuais e travestis eram juridicamente invisibilizadas, sem qualquer respaldo legal para o reconhecimento de sua identidade de gênero ou para o acesso a procedimentos de transgenitalização. Essa realidade começou a se transformar com a Resolução nº 1.482/1997 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que autorizou, em caráter experimental, a realização da cirurgia de redesignação sexual mediante critérios específicos³. Antes disso, tais procedimentos eram enquadrados como lesão corporal gravíssima, nos termos do artigo 129 do Código Penal, mesmo quando realizados com consentimento da pessoa interessada⁴.

A Resolução representou um marco ao reconhecer que a intervenção visava à adequação entre o sexo físico e o sexo psíquico, atribuindo-lhe caráter terapêutico e não mais mutilador. Esse entendimento abriu caminho para o reconhecimento jurídico e médico da transgeneridade, afastando o estigma penal e legitimando o acesso à saúde dessa população.

Contudo, o CFM desempenhou papel ambíguo: embora tenha dado um passo importante ao permitir a realização dessas cirurgias sem que fossem consideradas crime de mutilação, também contribuiu para perpetuar o estigma ao exigir diagnóstico e tratamento psiquiátrico como condição para o procedimento. Essa exigência consolidou a ideia de que pessoas trans seriam doentes mentais, aprofundando o preconceito e restringindo a autodeterminação. Apenas recentemente o CFM tem promovido, de forma ainda tímida, uma reparação histórica, com medidas que buscam retirar a transgeneridade do campo da patologia e reconhecer a legitimidade das vivências trans com base nos direitos humanos e no respeito à identidade de gênero⁵.

Esse movimento de despatologização das identidades trans precisa ser compreendido dentro de um marco jurídico mais amplo, pautado pelo direito à autodeterminação, pelo princípio da igualdade e pelo dever do Estado de combater todas as formas de discriminação. O reconhecimento da identidade de gênero não pode depender de validação médica ou psiquiátrica, pois se trata de uma expressão legítima da autonomia individual, protegida constitucionalmente.

³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.482/97*. Revogada pela Resolução CFM nº 1.652/2002. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1997/1482_1997.pdf.

⁴ CAMPOS, Lígia Fabris. Pessoas trans no Brasil e na Alemanha: a cisheteronormatividade entre dano e bem-estar. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transgêneros*. Brasília: Zakarewicz, 2019.

⁵ AMBAR, Jeanne. *O assassinato da mulher transexual e travesti – reflexões acerca da Lei do Femicídio*. Londrina: Editora Thoth, 2024.

A ética médica, nesse contexto, deve alinhar-se aos direitos humanos, reconhecendo as pessoas trans como sujeitos de direitos, não como pacientes portadores de desvios. Além disso, garantir o direito à continuidade do cuidado em saúde exige que os sistemas de informação e atendimento acolham essas identidades sem reproduzir estigmas ou barreiras institucionais, o que implica rever práticas e registros que, historicamente, reforçaram desigualdades. Assim, o avanço jurídico e médico em direção ao respeito à identidade de gênero não é apenas uma questão de reconhecimento simbólico, mas uma exigência concreta de justiça, equidade e dignidade.

Desta forma, ao assegurar às pessoas trans o direito de serem reconhecidas segundo sua identidade de gênero, o Estado promove não apenas a inclusão social, mas também a proteção contra práticas discriminatórias e a promoção do bem-estar físico, mental e emocional, especialmente em espaços institucionais, como o sistema de saúde.

O reconhecimento da identidade de gênero como direito fundamental se articula com outros direitos previstos constitucionalmente, como o direito à intimidade, à vida privada, à liberdade e à igualdade. A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III), impõe ao Estado o dever de respeitar e proteger a identidade de todos os cidadãos, incluindo as identidades de gênero dissidentes do binarismo cis heteronormativo.

Mas, para além da Carta Magna, o caso de transexuais é bastante significativo para suscitar reflexões sobre a Bioética e o poder da pessoa sobre seu próprio corpo, ou seja, o direito à autodeterminação. Da mesma maneira, a cirurgia de redesignação sexual encontra morada no Biodireito. Vale ressaltar que mencionar Bioética e Biodireito, no que tange às pessoas trans, é de suma importância, uma vez que a Bioética, apesar de não ter força normativa, é uma extensão da Filosofia Moral, cuidando das questões morais e sociais das técnicas decorrentes do avanço das ciências biológicas⁶.

Sobre a Bioética, Barreto e Mota afirmam:

Na bioética a referência ao direito de cada um ao respeito do seu corpo é referido modernamente como sendo um “direito subjetivo primordial”, isto é, um direito sem o qual o ser humano não poderia afirmar-se como sujeito de direitos, capaz de ser a fonte de seus atos, mas tornar-se-ia um objeto, uma coisa⁷.

⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo; MOTA, Mauricio. *Por que estudar Filosofia do Direito? Aplicações da Filosofia do Direito nas decisões judiciais*. Brasília: ENFAM, 2011. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Filosofia-do-direito_site.pdf.

Já o Biodireito, surge, em muitos contextos, como uma resposta normativa a dilemas propostos pela Bioética – por exemplo, a regulamentação para realização de cirurgia de redesignação sexual para quem decide realizar tal procedimento em seu próprio corpo. Ou seja, este ramo do Direito, define os parâmetros legais da Bioética. Assim, “o Biodireito pode ser compreendido como um sistema de regras jurídicas, constituindo-se, portanto, no direito que visa estabelecer a obrigatoriedade de observância de regras da Bioética”⁸.

Em vista disso, quando o assunto gira em torno de pessoas trans, estão em jogo os valores, a história e a identidade, bem como a convergência entre Bioética, Biodireito e direitos fundamentais. Então, negar o reconhecimento da identidade de gênero de uma pessoa trans, inclusive nos registros médicos, configura manifesta afronta ao direito à autodeterminação, ao direito antidiscriminatório, ao princípio da igualdade e à dignidade da pessoa humana, além de potencializar situações de exclusão, estigmatização e violência institucional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n° 24/2017⁹, já afirmou que a identidade de gênero integra o conceito de vida privada e, portanto, está protegida pelo artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁰. Essa interpretação também foi incorporada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 de 2018, reconheceu o direito de pessoas trans à retificação de prenome e sexo no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou de laudos médicos e psicológicos¹¹. Essa decisão foi um divisor de águas no reconhecimento da autodeterminação de gênero, estabelecendo a premissa de que o Estado não pode impor critérios médicos ou biológicos para validar a identidade de alguém.

Logo, o direito à identidade de gênero não se submete a exames clínicos, pareceres psiquiátricos ou cirurgias, pois trata-se de uma manifestação da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana. Qualquer exigência estatal

⁸ CAMPOS JUNIOR, Antonio da Silva. Biodireito e desenvolvimento sustentável. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, v. 49, n. 196, p. 224, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496624>.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017: Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

¹⁰ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275*. Julgamento em 1º mar. 2018. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>.

ou institucional nesse sentido viola o princípio da igualdade material, ao impor barreiras adicionais a um grupo já historicamente marginalizado e permeado de interseccionalidades. Assim, a autodeterminação de gênero deve ser reconhecida como direito inalienável, não condicionado à conformidade com expectativas biomédicas ou normativas de gênero.

Nesse cenário, o papel das instituições jurídicas e médicas deve ser o de garantir o exercício pleno dos direitos das pessoas trans, promovendo um ambiente livre de discriminação, baseado no respeito e na equidade. Isso implica reconhecer a identidade de gênero como um fator legítimo de proteção jurídica, com efeitos concretos sobre o acesso à saúde, ao trabalho, à educação e ao reconhecimento civil. A consolidação desse direito fundamental exige a reformulação de práticas institucionais ainda marcadas por estigmas, inclusive no campo da saúde, em que o tratamento de dados sensíveis relacionados à identidade de gênero demanda atenção especial aos princípios da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da autonomia e da não discriminação.

É imprescindível que tais práticas estejam em conformidade com os marcos constitucionais e legais que protegem os direitos fundamentais de todas as pessoas, garantindo segurança jurídica, respeito à identidade e continuidade do cuidado em saúde. Desse modo, a identidade de gênero deve ser compreendida como fundamento legítimo e deve ser guiada pelos pilares do direito à autodeterminação, do princípio da igualdade, do direito antidiscriminatório, da ética médica, da Bioética, do Biodireito e do direito à continuidade do cuidado em saúde para a construção de políticas públicas inclusivas, éticas e comprometidas com a valorização da diversidade humana.

1.2. Importância clínica do sexo biológico e a identidade de gênero

No Brasil, o início do século XXI foi marcado por diversas conquistas de direitos para pessoas LGBTQIAP+, há décadas reivindicados pelo grupo e reconhecidos, em sua maioria, pelo STF. Destacam-se aqui o reconhecimento à união estável para pessoas do mesmo sexo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de 2011 (ADI); o direito à identidade de gênero perante o cartório, dispensando-se a cirurgia de redesignação sexual, hormonioterapia ou decisão judicial (ADI 4275); criminalização da LGBTfobia pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, de 2019 (ADO) com enquadramento no crime de racismo (Lei nº 7716, de 1989) e, mais recentemente, o reconhecimento do STF para aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres trans.

Ainda que, até aqui o Poder Judiciário tenha contribuído para a evolução dos direitos das pessoas trans na esfera formal, conceitos básicos ainda são um entrave para a população que se prende ao heterocisnormativo, ao padronizado

como norma ou regra para “conduzir a sociedade”, inviabilizando, em alguns casos, a efetivação dos direitos na esfera material.

Mas, quais conceitos básicos seriam esses? Primeiramente, deve-se entender que gênero é uma construção diária e nascer com o cromossomo XX ou XY não definirá a orientação sexual (heterossexual, bissexual, homossexual e etc.), tampouco esta genética definirá a identidade de uma pessoa, pois o gênero vai além, desafiando a fisiologia humana¹².

Geneticamente, o cromossomo fornecido pela genitora, chamado de X e o do genitor, conhecido por Y, se cruzam formando os pares XX, originando o sexo feminino e XY, o sexo masculino¹³. Assim, o sexo biológico, definido pela medicina durante o nascimento da pessoa, tem como propósito determinar os órgãos sexuais primários (testículos e ovários) – por estarem diretamente ligados à função reprodutiva – e determinar as características secundárias, que variam de acordo com o sexo, por exemplo, no sexo feminino, as características secundárias abrangem o clitóris, a vulva, o útero, a vagina, as mamas, a estrutura pélvica mais ampla que do sexo masculino, a voz mais aguda e a distribuição de pelos em padrões femininos. Já no caso do sexo masculino, as características secundárias determinam o pênis, o escroto, a próstata, a distribuição de pelos nos padrões típicos masculinos e o timbre da voz¹⁴.

Outra importância do sexo biológico se dá no fato de que algumas patologias podem ser relacionadas aos hormônios sexuais, sistemas reprodutivos e certas condições específicas de cada sexo, a exemplo da Síndrome de Turner (ou Monossomia do X), que é uma condição genética rara do sexo feminino, mediante ausência total ou parcial de um dos dois cromossomos sexuais X. Ou seja, a pessoa tem o cariótipo 45X em vez dos habituais 46XX. Em alguns casos, pode haver mosaicos, como 45X/46XX, com manifestações clínicas mais leves¹⁵.

Ainda que a Síndrome de Turner não envolva diretamente questões de identidade de gênero, ela evidencia a complexidade do conceito de sexo biológico e sua distinção em relação à identidade de gênero. Embora essas pessoas sejam designadas como do sexo feminino ao nascimento e se identifiquem comumente como mulheres, seus corpos não seguem os padrões típicos do

¹² AMBAR, op cit.

¹³ SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

¹⁴ LOPES, André Côrtes Vieira. *Transexualidade: reflexos da redesignação sexual*. Anais do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Rio de Janeiro: IBDFAM, 2009. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas: Síndrome de Turner*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: https://www.saudedireta.com.br/docsupload/1339891435pcdt_sindrome_turner_livro_2010.pdf.

desenvolvimento sexual feminino. Casos assim reforçam a necessidade de uma abordagem médica e jurídica que reconheça a diversidade corporal e genética, sem reduzir a identidade da pessoa à sua constituição cromossômica. Da mesma forma, tais fatos corroboram que o sexo biológico não é binário nem simples, sendo um aspecto importante nos debates sobre saúde, gênero e identidade.

Essa constatação de que o sexo biológico não é uma realidade binária e imutável, mas sim um espectro de variações genéticas, hormonais e anatômicas, amplia a compreensão sobre a diversidade corporal humana. Deste modo, a distinção entre sexo biológico e identidade de gênero torna-se central: enquanto o primeiro diz respeito a características anatômicas e cromossômicas, a segunda refere-se à vivência subjetiva e social do ser.

Assim como a Síndrome de Turner desafia os padrões tradicionais do desenvolvimento sexual feminino, a vivência de pessoas trans também questiona a rigidez das categorias médico-legais de sexo e gênero. No caso das pessoas trans, a identidade de gênero não corresponde ao sexo designado ao nascimento, o que demonstra que a experiência de ser homem, mulher ou pessoa não binária vai além da biologia e envolve aspectos psicológicos, sociais e existenciais. Essa perspectiva reforça a urgência de um olhar jurídico e médico que reconheça e respeite a autodeterminação de gênero como um direito fundamental, desvinculado da conformidade com padrões corporais normativos.

O reconhecimento dessa diferença é essencial não apenas para garantir direitos, mas para assegurar o respeito à dignidade humana em todas as instâncias, especialmente no campo da saúde, onde o não reconhecimento da identidade de gênero pode resultar em discriminação, violação de direitos e interrupção do cuidado contínuo.

Há que se frisar que quantificar, prevenir e tratar doenças associadas às características biológicas pode ser essencial para a formulação de diagnósticos precisos e para a adoção de condutas terapêuticas adequadas. No entanto, é fundamental que a abordagem biomédica não se sobreponha ao reconhecimento da identidade de gênero da pessoa, evitando práticas discriminatórias ou invasivas que desconsiderem sua vivência e autodeterminação.

O desafio, portanto, está em equilibrar a importância clínica do sexo biológico com o respeito integral à identidade de gênero, promovendo um cuidado em saúde verdadeiramente inclusivo, ético e centrado na pessoa em ambientes médico-hospitalares.

2. HISTÓRICO MÉDICO E REGISTRO DE SAÚDE

O histórico médico, como parte do prontuário, é protegido constitucionalmente através da garantia do direito fundamental à intimidade e à vida privada, assim como também é garantida a sua proteção por meio do Código de Ética

Médica, Código Penal, Código Civil e pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), como principais leis federais, além dos inúmeros Pareceres e Resoluções dos Conselhos Federais e Regionais de Medicina, e decisões análogas, as quais têm como principal diretriz a garantia do sigilo e da privacidade do cidadão.

Atualmente, um paciente trans que tenha ou não sido submetido a uma cirurgia de transição de gênero e que necessite de um atendimento médico, tem garantido seu direito constitucional a utilização do seu nome social em respeito a sua identidade de gênero, sem que tenha que passar por qualquer constrangimento¹⁶. Muitas clínicas e hospitais já se encontram adaptados para situações em que o nome social e a identidade de gênero preponderam em respeito ao direito fundamental.

Além disso, a Resolução CFM número 1.605 de 2000, a qual dispõe sobre a revelação do conteúdo do prontuário ou ficha médica, estabelece o sigilo do prontuário, proibindo a revelação de seu conteúdo sem o consentimento do paciente¹⁷. Já a Resolução CFM número 1.638 de 2002 define o prontuário médico como um documento único, de caráter legal, sigiloso e científico, essencial para a comunicação entre a equipe de saúde e a continuidade da assistência¹⁸.

Existe ainda a Lei n. 13.787 de 2018, que dispõe, especificamente, sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuários de pacientes¹⁹. Por si só esta Lei pode ser considerada como um avanço tecnológico, modernizando substancialmente a gestão dos registros de saúde e auxiliando muitos hospitais e clínicas na migração das documentações físicas para as digitais.

O ponto de destaque nesta Lei é a proteção do processo de digitalização que, sobretudo, deve garantir a integridade, a autenticidade e a confidencialidade das informações ali contidas. Para tanto, é ainda exigida a utilização

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 8.727, de 6 de novembro de 1992. *Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*, de 28 de abril de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm.

¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução CFM n. 1.605, de 15 de setembro de 2000. Dispõe sobre o sigilo do prontuário médico e sua revelação mediante consentimento do paciente. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 set. 2000. Seção 1. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2000/1605_2000.pdf.

¹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.638, de 10 de julho de 2002. Define as atribuições do médico-residente. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Seção 1. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2002/1638_2002.pdf.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.787, de 27 de dezembro de 2018. *Dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113787.htm.

de certificado digital (ICP-Brasil) garantindo ainda mais a proteção contra acessos não autorizados e possuindo o mesmo valor probatório que possui o documento físico.

E seguindo a linha da Lei 13.787, a Resolução CFM número 1.821/2007, anterior a esta Lei, traz técnicas de digitalização e acrescenta que, embora os dados pessoais que integram um prontuário sejam de responsabilidade de uma instituição de saúde, os dados pessoais que nele estão contidos pertencem ao paciente²⁰. O sigilo é sempre uma prioridade e, apesar de se considerar o prazo mínimo de 20 anos de guarda, não há um prazo máximo, sendo este armazenamento caracterizado como permanente.

A LGPD reforça toda essa proteção, tendo em vista que os dados de saúde são considerados sensíveis. O médico, pelo seu dever legal de sigilo, não pode revelar informações do prontuário sem o consentimento do paciente, exceto em situações específicas, como casos de doença contagiosa (situação em que a comunicação deverá, obrigatoriamente, ser compartilhada com a autoridade competente) ou nos casos de investigação criminal.

Desse modo, mesmo que o paciente seja o dono dos seus dados, o hospital tem um dever de guarda legal e, por isso, resguardando as próprias informações a respeito de diagnósticos anteriores – que poderiam auxiliar diagnósticos futuros – não poderia, simplesmente, descartar estas informações sensíveis em um pedido de exclusão do paciente, titular dos dados pessoais.

Sabe-se, ainda, que é direito do titular dos dados pessoais, obter do controlador, a qualquer momento e mediante um pedido expresso, a eliminação dos dados tratados²¹. No entanto, havendo obrigação legal ou regulatória do hospital (também chamado de controlador), este deverá recusá-lo e será autorizada a conservação do prontuário do paciente.

De maneira mais clara, o hospital pode se recusar a excluir os dados do paciente, mesmo a pedido deste e, uma vez que manter o prontuário é uma premissa determinante da Lei, obrigatória a sua conservação e necessária para atender exigências legais, regulatórias e administrativas.

No entanto, após o prazo de 20 anos contados do último registro no prontuário, o paciente pode requerer a eliminação segura desses dados, relati-

²⁰ Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.821/2007. *Aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes*. Disponível em: <https://www.gov.br/conarq/pt-br/legislacao-arquivistica/resolucoes/resolucao-cfm-no-1-821-de-11-de-julho-de-2007>.

²¹ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da União: Brasília, DF, 15 ago. 2018. Art. 18, VI. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm.

vos ao período anterior, desde que não haja outra exigência legal que justifique sua manutenção.

Além disso, o tratamento de dados de saúde é permitido para a tutela da saúde, exclusivamente em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária^{22 23}. Estas premissas ou base legal já inviabilizam o pedido de exclusão.

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO HISTÓRICO MÉDICO: DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

De maneira equivalente à Lei Geral de Proteção de Dados, o GDPR ou Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu entende os dados sensíveis de um paciente como dados de categorias especiais. Neste caso, o direito ao apagamento (ou direito ao esquecimento), previsto no seu art. 17, também não é absoluto²⁴.

Notadamente, quando se fala sobre a identidade de gênero e sua relevância como um direito humano fundamental, a garantia do acesso a saúde sem qualquer discriminação e com total respeito a sua dignidade e identidade estão no centro da questão inserida no combate à discriminação²⁵. Também por esse motivo, a manutenção dos direitos médicos destas pessoas é necessária, pois, em muitos casos, a terapêutica permanece, a exemplo da utilização de hormônios, exames periódicos etc., visando manter a continuidade do seu tratamento. Cumpre destacar que a terapêutica de uma pessoa trans pode auxiliar na pesquisa de novos tratamentos e na criação de políticas públicas voltadas à saúde que possam auxiliar outras pessoas que realizaram a mesma transição²⁶.

É compreensível o desejo de apagar um passado doloroso ou que não reflita mais a identidade atual, promovendo um senso de privacidade. No entanto, há que se entender que a exclusão de dados essenciais – como histórico de saúde pré-cirúrgico, alergias, uso de medicações prévias, condições crônicas ou intercorrências – pode levar a diagnósticos equivocados, tratamentos inade-

²² Lei nº 13.709/2018, art. 7º, VIII. op. cit.

²³ Lei nº 13.709/2018, art. 11, II, f. op. cit.

²⁴ GDPR Info. *General Data Protection Regulation (GDPR) – Legal Text*. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>.

²⁵ ONU Mulheres. *Visibilidade Trans: 5 coisas que você precisa saber sobre os direitos humanos das pessoas trans*. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/visibilidade-trans-5-coisas-que-voce-precisa-saber-sobre-os-direitos-humanos-das-pessoas-trans/>.

²⁶ Organização dos Estados Americanos (OEA). Os Estados devem garantir o direito à saúde das pessoas trans. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2025/064.asp>.

quados e riscos à segurança do paciente em futuras intervenções ou consultas. Em outras palavras, a história clínica completa é vital para a tomada de decisões médicas informadas.

Ao passo que também para a proteção do paciente, no sentido de reivindicar ausência de tratamento, direitos relacionados a eventuais seguros contratados e para fins de indenização, sem qualquer registro oficial, seus interesses ficarão prejudicados.

O prontuário é a principal prova em casos de alegações de erro médico. Ou seja, ele permanece como instrumento essencial em determinadas situações, para que haja proteção do próprio paciente que realiza a solicitação de exclusão. De modo equivalente, o prontuário é uma ferramenta de proteção dos profissionais da saúde, uma vez que não é apenas um registro clínico, atuando como instrumento de defesa legal na comprovação de horários de atendimentos, medicamentos, dosagens, intercorrências, tratamento ético etc.

Sabendo que este direito de pedir a eliminação dos dados não é absoluto, uma solução, em muitos casos, é o pedido de anonimização destes dados pessoais naquilo que for possível. Contudo, já é pacífico o entendimento de que a própria anonimização é ato passível de reversão e, sendo assim, ainda não seria eficaz.

Ainda que a anonimização fosse uma alternativa, ela não seria uma solução, tendo em vista a dificuldade de sua reversibilidade e a eventual desobediência à Lei do Prontuário Médico. Neste caso, a alternativa menos invasiva seria a utilização de técnicas de segurança cibernética para fins de sigilo dos dados de saúde sensíveis constantes de todos os prontuários médicos de maneira geral, que não só os que estejam sob a guarda de pacientes que sejam transgênero. Pelo caráter especial da Lei do Prontuário Médico, esta deverá ser prioritária em face da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

A adoção de medidas de segurança robustas, a obtenção de consentimento informado, o treinamento contínuo da equipe e a transparência com os pacientes são pilares essenciais para a conformidade. Isso inclui a criptografia de dados, controle de acesso baseado em perfis e necessidade, *firewalls*, sistemas de detecção de intrusão, *backups* regulares e seguros, e a utilização de sistemas de gerenciamento eletrônico de documentos (GED) que atendam a padrões de segurança reconhecidos, como o Nível de Garantia de Segurança 2 (NGS2) do CFM²⁷.

²⁷ NGS2 é uma classificação que estabelece requisitos técnicos e operacionais para garantir a integridade, autenticidade e confidencialidade dos registros eletrônicos de saúde. Esse nível faz parte do processo de certificação de sistemas de prontuário eletrônico de saúde, conforme definido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em parceria com a Sociedade Brasileira de Informática em Saúde (SBIS). O NGS2 exige que o sistema: i) utilize assinatura digital com certificado padrão ICP-Brasil para garantir a autenticidade dos do-

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans, enquanto expressão social da pessoa e sua vivência, representa elemento essencial da dignidade humana e é basilar para o exercício de direitos fundamentais. É também a concretude da justiça e da equidade, envolvendo o direito à autodeterminação e à proteção contra discriminações. Negar o reconhecimento da identidade de gênero, inclusive pela manutenção de registros médicos que contrariem a identidade vivida, configura violação direta aos direitos da personalidade e à liberdade individual, bem como promove a perpetuação de práticas excludentes.

Paralelamente aos fundamentos constitucionais e aos direitos humanos, a ética médica e a Bioética cumprem papel vital na construção de práticas clínicas não patologizantes, centradas na autonomia e na autodeterminação. O Biodireito, por seu turno, manifesta esses princípios em parâmetros normativos e garantias jurídicas, constituindo deveres institucionais e limites de atuação para profissionais e serviços de saúde, o que inclui, por exemplo, garantir tratamento digno, proteção de dados sensíveis e impedir formas discriminatórias institucionais.

Tratar o paciente conforme sua identidade de gênero é direito assegurado por lei. No entanto, quando um hospital ou uma clínica médica, ao atender o pedido de um titular de dados pessoais versando sobre o pedido de exclusão de todos os dados pessoais constantes de histórico médico anterior a cirurgia de redesignação sexual ou da transição de gênero, eis que surgem limitações de ordem legal e também relacionadas ao próprio direito fundamental do indivíduo.

O histórico de saúde de um paciente é um documento único e contínuo, cuja informação é clinicamente relevante para o futuro e, por tal motivo, é indispensável que haja um controle, uma segurança jurídica de um direito fundamental que se harmoniza e complementa outros direitos.

A Lei n. 13.787 de 2018, no entanto, flexibiliza prazos diferenciados para exclusão e armazenamento destas informações pessoais, desde que estes prazos sejam fixados em regulamentações. E isso pode ocorrer quando existir justificativa para que estes dados sejam utilizados para fins de pesquisa, ou até mesmo nos casos de ordens judiciais e fins probatórios. Aqui, sempre se deve garantir a anonimização ou pseudonimização quando possível. Outrossim, existem situações em que a devolução destes dados contidos no prontuário possa acontecer para o paciente como uma alternativa à eliminação, o que demonstra ser respeitoso, por procurar resguardar a intimidade daquele paciente.

cumentos; ii) implemente mecanismos de controle de acesso, como autenticação forte e rastreabilidade das ações dos usuários; iii) garanta a integridade dos dados, impedindo alterações não autorizadas nos registros, e iv) adote políticas de segurança da informação, incluindo backup, criptografia e proteção contra falhas ou invasões.

Considerando a legislação brasileira (Lei nº 13.787/2018, LGPD, Resoluções CFM) e internacional (GDPR, Direitos Humanos) que impõem o dever de guarda do prontuário médico por prazos determinados e em caráter permanente para registros eletrônicos, bem como as graves consequências negativas que a exclusão acarretaria para o paciente, para o hospital e para a saúde pública, o pedido de apagamento integral dos dados de histórico e prontuário médico não pode ser atendido, pois caracterizaria a violação direta destas disposições legais, sujeitando os profissionais de saúde a sanções judiciais, éticas e administrativas.

O dever legal de retenção é real nestes casos e esta obrigatoriedade deverá ser informada com clareza ao paciente que solicitar esta exclusão.

REFERÊNCIAS

AMBAR, Jeanne Carla Rodrigues. *O assassinato da mulher transexual e travesti – reflexões acerca da aplicação da Lei do Feminicídio*. Londrina: Thoth, 2024.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo; MOTA, Mauricio. *Por que estudar Filosofia do Direito? Aplicações da Filosofia do Direito nas decisões judiciais*. Brasília: ENFAM, 2011. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Filosofia-do-direito_site.pdf. Acesso em: 20 out. 2025.

BRASIL. *Lei nº 13.787, de 27 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113787.htm. Acesso em: 22 ago. 2025.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da União: Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 22 ago. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275*. Julgamento em 1º mar. 2018. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 28 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*. Julgamento em 5 maio 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=4277>. Acesso em: 29 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO 26: voto do Ministro Luís Roberto Barroso*. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2021/03/ADO-26-Voto-Min.-Luis-Roberto-Barroso.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF amplia proteção da Lei Maria da Penha a casais homoafetivos do sexo masculino, travestis e transexuais*. Brasília, DF, 24 fev. 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-amplia-protecao-da-lei-maria-da-penha-a-casais-homoafetivos-do-sexo-masculino-travestis-e-transexuais/>. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas: Síndrome de Turner*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: https://www.saudedireta.com.br/docsupload/1339891435pcdt_sindrome_turner_livro_2010.pdf. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.482/97*. Revogada pela Resolução CFM nº 1.652/2002. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1997/1482_1997.pdf. Acesso em: 29 maio 2025.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 1 jun. 2025.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 8.727, de 6 de novembro de 1992*. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, de 28 de abril de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 12 jul. 2025.

CAMPOS JUNIOR, Antonio da Silva. *Biodireito e desenvolvimento sustentável*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 196, p. 221-231, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496624>. Acesso em: 20 out. 2025.

CAMPOS, Ligia Fabris. Pessoas trans no Brasil e na Alemanha: a cisheteronormatividade entre dano e bem-estar. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transgêneros*. Brasília: Zakarewicz, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.821/2007*. Aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes. Disponível em: <https://www.gov.br/conarq/pt-br/legislacao-arquivistica/resolucoes/resolucao-cfm-no-1-821-de-11-de-julho-de-2007>. Acesso em: 22 ago. 2025.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.605, de 15 de setembro de 2000*. Dispõe sobre o sigilo do prontuário médico e sua revelação mediante consentimento do paciente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 set. 2000. Seção 1. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2000/1605_2000.pdf. Acesso em: 22 ago. 2025.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.638, de 10 de julho de 2002*. Define as atribuições do médico-residente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Seção 1. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2002/1638_2002.pdf. Acesso em: 22 ago. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017: Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 1 jun. 2025.

GDPR Info. *General Data Protection Regulation (GDPR) – Legal Text*. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 23 set. 2025.

LOPES, André Côrtes Vieira. *Transsexualidade: reflexos da redesignação sexual*. Anais do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Rio de Janeiro: IBDFAM, 2009. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf. Acesso em: 10 mai. 2025.

ONU MULHERES. Visibilidade Trans: 5 coisas que você precisa saber sobre os direitos humanos das pessoas trans. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/visibilidade-trans-5-coisas-que-voce-precisa-saber-sobre-os-direitos-humanos-das-pessoas-trans/>. Acesso em 23 set. 2025.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Os Estados devem garantir o direito à saúde das pessoas trans. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2025/064.asp>. Acesso em: 23 set. 2025.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

OS DESAFIOS TÉCNICOS E BUROCRÁTICOS DAS PESQUISAS COM *CANNABIS* NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE O NOVO MARCO NORMATIVO E O PAPEL ESTRUTURAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Matheus Rodrigues Kallas

Mestre em Direito. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca/SP – Brasil. E-mail: matheus.kallas@unesp.br.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4890-4650>.

Patrícia Borba Marchetto

Pós doutora pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Orientadora vinculada ao PPGD/Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, campus Franca, e-mail: patricia.marchetto@unesp.br. <http://lattes.cnpq.br/> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7507-961X>.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de pesquisas científicas com *Cannabis* no Brasil enfrenta significativos obstáculos decorrentes de um cenário regulatório marcado por lacunas e entraves que dificultam o avanço dos estudos nessa área. A desconexão entre as demandas da pesquisa científica e as limitações impostas pelo atual sistema normativo influenciam no direito à saúde da população (principalmente aquela economicamente vulnerável) que necessita dos benefícios terapêuticos da *Cannabis*, além de questões como a proibição do cultivo para fins acadêmicos, as dificuldades na importação de insumos e os longos processos de aprovação em comitês de ética que esbarram no direito ao pleno desenvolvimento científico e sustentam a constante judicialização do tema.

Tal panorama, entretanto, está na eminência de uma mudança inédita: por determinação judicial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decorrente da decisão do Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº 16, um Plano de Ação deverá implementado pela União em vínculo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e publicado até o dia 30 de setembro de 2025, com o objetivo de reavaliar e modernizar as normas que regem esse campo de pesquisa. Porém, para a superação dos antigos paradigmas e para a efetivação de um cenário de segurança jurídica, faz-se necessário compreender o conteúdo da nova regulamentação a partir de seu aspecto processual civil.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo localizar os principais entraves burocráticos e técnicos relacionados ao desenvolvimento de pesquisas científicas com *Cannabis* e investigar como a normatividade do processo civil será fundamental para sustentar a legislação que entrará em vigor, promovendo um ambiente mais favorável à produção científica. Para tanto, o artigo constrói-se a partir de uma metodologia exploratória que combina a argumentação dedutiva e análise documental, legal e jurisprudencial, destacando: a) a Nota Técnica elaborada pelo Grupo de Trabalho de Regulamentação Científica da Cannabis em agosto de 2025, que reúne problemáticas voltadas à temática; b) dispositivos do CPC que tratam de procedimentos específicos e princípios processuais; e c) o caso que levou ao IAC nº 16 e a ementa da respectiva decisão.

O resultado obtido visa expandir a compreensão crítica do papel instrumental do processo civil como alicerce para a efetividade da nova legislação prometida, contribuindo para a consolidação de um marco legal no Brasil sobre a *Cannabis* de maneira adequada às necessidades da produção científica e da saúde pública.

1. O CENÁRIO REGULATÓRIO ATUAL

O primeiro passo rumo à reformulação normativa sobre a exploração comercial e científica dos componentes da *Cannabis* foi dado em 2019, através de uma Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) publicada pela ANVISA: a RDC nº 327/2019, que autorizou a importação, fabricação e comercialização de produtos à base de extratos *Cannabis* para fins medicinais; posteriormente, em 2022, através da RDC nº 660, a ANVISA buscou simplificar o processo de solicitação de importação excepcional de produtos à base de canabidiol (CBD), um dos principais compostos de ação terapêutica da *Cannabis*.

Esse conjunto normativo, embora represente um avanço em relação à proibição pura e simples, ainda não é suficiente para sanar uma série de barreiras que operam em diferentes níveis, uma vez que seu conteúdo gera imprecisões interpretativas que restringem o avanço de investigações científicas com *Cannabis*. Essas ambiguidades tornam-se particularmente críticas no que tange aos

limites de tetrahidrocanabinol (THC), à aplicação de nanotecnologia e à aprovação de vias de administração inovadoras (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2019; 2022). Tal cenário de insegurança normativa evidencia a necessidade de um marco regulatório específico, capaz de atender às demandas da pesquisa e, simultaneamente, projetar o Brasil como protagonista no cenário global.

No plano burocrático, o pesquisador ou instituição depara-se com um labirinto de autorizações sequenciais e interdependentes caso seu projeto envolva investigações com a *Cannabis*. O processo inicia-se com a aprovação por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) e pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), segue para a Anvisa, que avalia o aspecto de controle sanitário e importação de insumos, e muitas vezes requer anuência da Polícia Federal para manipulação e custódia de substâncias psicoativas (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2019; 2022). Cada uma dessas etapas possui prazos próprios, frequentemente não cumpridos devido à sobrecarga dos órgãos e à complexidade das análises, gerando uma demora média que pode se estender por anos entre a concepção do projeto e seu início efetivo.

A dificuldade de acesso a insumos padronizados e de qualidade farmacêutica é um dos maiores gargalos. A importação de extratos ou flores de *Cannabis* para pesquisa esbarra em exigências da Anvisa e em tratados internacionais, como a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, da qual o Brasil é signatário desde 1964. A produção nacional, por sua vez, é incipiente e igualmente sujeita a um rígido controle, limitando a diversidade de quimiotipos disponíveis para estudo. Essa escassez de material de pesquisa impede a realização de estudos de larga escala, comparativos e de longo prazo, essenciais para a consolidação de evidências científicas. A regulação atual cria insegurança jurídica para investidores e instituições de fomento, que hesitam em alocar recursos em um campo onde a conclusão e a aplicabilidade dos estudos estão constantemente sob a ameaça de interpretações normativas restritivas e alterações legislativas abruptas.

Este cenário de obstrução sistemática não apenas retarda o progresso científico, mas também força os pacientes e a comunidade médica a recorrerem ao Poder Judiciário em busca de acesso a tratamentos, gerando o fenômeno conhecido como judicialização, que emerge como uma consequência direta da ineficiência do sistema administrativo-regulatório (Faria; Marchetto, 2020).

No contexto das pesquisas com *Cannabis*, a judicialização ocorre em duas frentes principais: a) por parte de pacientes e associações, que buscam garantir o acesso a medicamentos experimentais ou compassivos; e b) por parte de pesquisadores e instituições de pesquisa, que pleiteiam a importação ou o cultivo autorizado de insumos necessários para a condução de estudos já aprovados pelos comitês de ética, mas paralisados na esfera administrativa.

Foi neste cenário de litigiosidade crescente e de conflitos de competência sobre quem teria a atribuição para decidir sobre tais questões que se inseriu o IAC n.º 16 perante o STJ. O IAC é um instrumento processual civil previsto no art. 947 do Código de Processo Civil (CPC/2015), destinado a resolver conflito de competência negativo entre órgãos judiciários e, principalmente, para uniformizar a interpretação da lei federal em casos repetitivos. O STJ, ao assumir a competência para julgamento do tema, reconheceu a existência de uma questão jurídica de relevante magnitude e de recorrente litigiosidade em torno da interpretação das normas de controle para exploração da *Cannabis*.

Derivado do Recurso Especial n.º 2024250/PR, em que uma empresa que buscava autorização para o cultivo da *Cannabis* para exploração de seus fins medicinais, o IAC n.º 16 resultou em uma decisão judicial para que a União, através do Ministério da Saúde, em conjunto com a ANVISA, deverão apresentar um Plano de Ação até o prazo estabelecido de 30 de setembro de 2025, cuja execução alterará a Portaria 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, ato administrativo que originalmente proibiu o cânhamo industrial em todo o território nacional (Superior Tribunal de Justiça, 2024).

Assim, a elaboração do Plano de Ação representa um teste para a capacidade do sistema jurídico brasileiro de responder a demandas emergentes da biotecnologia, assegurando que as inovações terapêuticas e o acesso social de seus resultados não sejam sufocados por burocracias excessivas ou por visões moralizantes.

2. OS PRINCIPAIS ENTRAVES TÉCNICOS E BUROCRÁTICOS

Apesar de não ser uma novidade o excesso de limitações enfrentadas por pesquisadores e instituições que tem a *Cannabis* como objeto de estudo (inclusive já mapeados através de relatórios como o E-Participa n.º 01/2022), a atual conjuntura que enuncia um paradigma inédito levou o Grupo de Trabalho de Regulamentação Científica da *Cannabis* a elaborar uma Nota Técnica destinada ao Ministério da Saúde e à ANVISA, publicada em 14 de agosto de 2025, elencando os principais desafios técnicos e burocráticos e também propostas para a consolidação da pesquisa com *Cannabis* no Brasil:

Esta Nota Técnica é resultado do esforço colaborativo coordenado pelo Grupo de Trabalho [GT], denominado GT de Regulamentação Científica da *Cannabis* – composto por 31 instituições acadêmicas e de pesquisa brasileiras, cujos representantes foram oficialmente indicados por Reitores ou Pró-Reitores das respectivas universidades e centros de pesquisa. As instituições signatárias, listadas no Anexo I, apresentam reconhecida atuação no desenvolvimento científico e tecnológico da cannabis e abrangem todas as regiões do país e áreas estraté-

gicas do conhecimento, garantindo representatividade técnica e geográfica na identificação dos desafios aqui sistematizados (Grupo de Trabalho de Regulamentação Científica da Cannabis, 2025, p. 01).

O GT em questão reuniu membros representantes de todas as regiões do Brasil para elaborar a Nota Técnica, na qual participaram da consulta institucional a soma de 132 pesquisadores, apontando um total de 481 problemas e entraves para a realização de suas pesquisas com *Cannabis*. Os problemas foram analisados, agrupados e categorizados nos seguintes eixos: 1) autorização para pesquisa; 2) acesso a insumos padronizados; 3) restrições ao cultivo; 4) limitações do THC; 5) fluxo de materiais entre as instituições; 6) uso de coprodutos e derivados; e 7) protocolos para pesquisa com animais de produção.

O primeiro entrave refere-se aos procedimentos de autorização para a realização de pesquisas, os quais são caracterizados por excessiva morosidade, elevado grau de subjetividade, exigências burocráticas desproporcionais e sobreposição de demandas entre diferentes instâncias regulatórias – entre as quais se destacam a ANVISA, o Ministério da Saúde, a Polícia Federal e comitês internos institucionais – resultando em significativa insegurança jurídica. A solução proposta volta-se para a unificação do sistema de licenciamento, estabelecimento de prazos máximos e etapas claras de acompanhamento online:

A implementação de sistema unificado de autorizações eliminaria retrabalhos e a duplicidade documental, resultando em maior eficiência administrativa e otimização de recursos, além de assegurar transparência e rastreabilidade integral dos processos. Adotar um prazo máximo de três meses para análises para garantir alinhamento aos cronogramas de editais de fomento e proteger os interesses das Instituições Científicas e Tecnológicas [ICTs] ao garantir previsibilidade. Já a concessão de licenças por instituição – em vez de por projeto – representa um avanço significativo: reduziria a carga burocrática para pesquisadores e agências, bem como permitiria flexibilidade para ajustes metodológicos, desdobramentos naturais da pesquisa [como estabelecimento de parcerias] e adaptações a novos editais, tudo isso sem exigir trâmites adicionais (Grupo de Trabalho de Regulamentação Científica da Cannabis, 2025, p.04).

Em segundo lugar, verifica-se acentuada dependência de importação e grandes dificuldades de acesso a insumos padronizados, tais como padrões de referência, canabinoides purificados, kits para análise genética, extratos, sementes e cultivares, o que limita a autonomia nacional e eleva substancialmente os custos da pesquisa. Como solução, propõe-se flexibilizar a aquisição e manipulação de substâncias canabinoides destinadas à realização de pesquisa científica e a permissão de laboratórios e indústrias químicas para fornecer padrões analíticos (Grupo de Trabalho de Regulamentação Científica da Cannabis, 2025).

O terceiro ponto crítico reside nas restrições impostas ao cultivo da planta para fins científicos, agravado pelo quarto entrave: a imposição de limites arbitrários ao teor de tetraidrocannabinol (THC), os quais inviabilizam a realização de estudos comparativos e a reprodução de protocolos experimentais. A espécie *Cannabis* exibe sensibilidade significativa a variações ambientais, características que possuem implicações diretas no seu desenvolvimento e perfil fitoquímico. A restrição legal ao cultivo para fins científicos representa um obstáculo considerável ao progresso da pesquisa, juntamente com as limitações da investigação do THC. Tal limitação restringe a capacidade das ICTs de produzirem seus próprios insumos, como extratos, óleos, cannabinoides purificados, sementes selecionadas e outros materiais botânicos essenciais. Como consequência, essas instituições tornam-se dependentes de importações ou de fornecedores externos, situação que introduz variáveis críticas de incerteza e fragilidade operacional. A justificativa técnica destaca os avanços em biotecnologia e farmácia que podem ser alcançados ao remover restrições quanto ao teor do THC nas pesquisas:

Pesquisas com THC podem impulsionar o desenvolvimento de análogos sintéticos ou semissintéticos com maior eficácia ou menor psicoatividade, além de formulações inovadoras, como nanoencapsulação e sistemas transdérmicos, capazes de melhorar a biodisponibilidade e a adesão terapêutica. Entretanto, a atual restrição do uso de nanotecnologia pela RDC 327/2019 configura outro entrave relevante, limitando a aplicação de estratégias avançadas de liberação de fármacos (Grupo de Trabalho de Regulamentação Científica da Cannabis, 2025, p.06).

O quinto obstáculo diz respeito à excessiva burocracia envolvida no fluxo de materiais entre instituições, enquanto o sexto relaciona-se às incertezas normativas quanto à utilização de coprodutos e derivados canábicos em pesquisa, dificultando a colaboração interinstitucional, impondo barreiras logísticas e comprometendo o desenvolvimento de cadeias produtivas sustentáveis. A solução de ambos obstáculos idealiza um marco regulatório que reconheça a natureza interdisciplinar da pesquisa com *Cannabis* e remova quaisquer barreiras relacionadas ao transporte e o aproveitamento de coprodutos e derivados da cadeia produtiva de cannabis medicinal, gerados durante o cultivo, processamento e extração, para pesquisa científica e desenvolvimento de bioprodutos de uso diverso (Grupo de Trabalho de Regulamentação Científica da Cannabis, 2025).

Por fim, como sétima limitação, destaca-se a ausência de protocolos claros para a realização de pesquisas com animais de produção, o que impede avanços em áreas estratégicas como a veterinária e a agropecuária. O estabelecimento destes protocolos permitiria “[...] a geração de dados consistentes sobre dosagens seguras, períodos de carência e eficácia zootécnica, essenciais para o

desenvolvimento de produtos veterinários baseados em evidências.” (Grupo de Trabalho de Regulamentação Científica da *Cannabis*, 2025, p.08).

Esses entraves de natureza regulatória alimentam um ciclo vicioso: desestimulam a atuação de pesquisadores, limitam a capacidade inovativa e aprofundam a dependência tecnológica do país em um setor considerado estratégico. Enquanto o Brasil permanece imerso em debates normativos, demais nações do globo já reconheceram o potencial da *Cannabis*, reformulando suas legislações para impulsionar todos os benefícios econômicos, sanitários e sociais. Paradoxalmente, esse cenário de desvantagem regulatória coexiste com um ambiente acadêmico vigoroso, marcado pela expansão contínua de grupos de pesquisa, expressiva participação de discentes de pós-graduação e reconhecido potencial científico.

A superação desse descompasso exige ação imediata por meio da implementação de um marco regulatório ágil e eficiente, complementado por incentivos estratégicos, com vistas a converter os desafios atuais em vantagens competitivas. Essa transformação é condição necessária para que o país supere sua defasagem tecnológica e se posicione como ator relevante no cenário internacional da *Cannabis*, assegurando soberania tecnológica, fomentando o desenvolvimento sustentável e permitindo participação ativa na cadeia global de inovação e propriedade intelectual.

O momento atual é crucial para que pesquisadores e empresas nacionais possam não apenas acompanhar, mas contribuir de forma decisiva para esse mercado em expansão, garantindo ao Brasil autonomia e competitividade nessa área de importância estratégica crescente.

3. O PAPEL ESTRUTURANTE DO PROCESSO CIVIL NA NOVA LEGISLAÇÃO

A expectativa é que o Plano de Ação determinado pelo STJ resulte em uma nova legislação mais ágil e menos burocrática. No entanto, a mera edição de novas normas pela ANVISA não garante, por si só, a superação dos entraves históricos. É aqui que o processo civil assume um papel fundamental, não mais apenas como instrumento de correção, mas como estrutura de sustentação e efetividade da nova normatividade. Este papel pode ser analisado sob três perspectivas principais: a) o processo como garantia de efetividade; b) os princípios processuais como orientadores da interpretação; e c) os mecanismos de controle judicial.

Em primeiro lugar, o processo civil funciona como uma garantia de efetividade. Uma legislação moderna pode entrar em vigor, mas se a Administração Pública permanecer morosa ou se recusar a conceder autorizações com base em interpretações restritivas, a nova norma se tornará letra morta. O CPC/2015, em

sintonia com a Constituição Federal de 1988, oferece instrumentos para combater a inércia ou a resistência da Administração. O Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX, CF/88 e Lei nº 12.016/2009), integrado ao sistema processual civil, será crucial para impor o cumprimento de prazos administrativos definidos na nova regulação ou para garantir que licenças sejam concedidas quando preenchidos todos os requisitos legais. A Ação de Obrigar Fazer, prevista no art. 497 do CPC, pode ser manejada por instituições de pesquisa para compelir a AN-VISA ou outros órgãos a praticarem os atos necessários à liberação de insumos.

Em segundo lugar, os princípios processuais civis devem orientar a interpretação e a aplicação da nova legislação pela Administração e pelo Judiciário. O princípio da eficiência (art. 8º, CPC) deve levar à interpretação das novas normas de forma a privilegiar a celeridade e a economicidade dos procedimentos de autorização. O princípio da cooperação (art. 6º, CPC) pode ser invocado para exigir que os diversos órgãos envolvidos atuem de forma coordenada e integrada, evitando a duplicidade de exigências e a transferência de responsabilidades. A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), que se aplica também aos processos administrativos, deve ser o parâmetro para aferir a legitimidade dos prazos estabelecidos pela nova regulação.

Em terceiro lugar, os mecanismos de controle judicial previstos no CPC serão essenciais para a adaptação contínua da normativa. A via do IAC e dos Recursos Repetitivos (art. 1.036, CPC) permitirá que o STJ continue a exercer um papel uniformizador, pacificando eventuais controvérsias que surjam na interpretação da nova legislação. Isso é vital para manter a segurança jurídica e evitar que novos entraves surjam a partir de disputas interpretativas. Além disso, a possibilidade de se discutir a legalidade e a constitucionalidade dos atos administrativos que neguem autorizações de pesquisa permanece como uma salvaguarda última, assegurando que a discricionariedade da Administração seja exercida dentro dos limites da lei e em conformidade com a finalidade pública de fomento à pesquisa.

Dessa forma, interpretar o novo marco regulatório sob a ótica do CPC não apenas assegurará o cumprimento forçado da norma, mas também contribuirá para a construção de uma jurisprudência coerente e previsível, condição indispensável para o planejamento de pesquisas de longo prazo e para a atração de investimentos privados em um setor que demanda segurança jurídica para florescer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A biotecnologia envolvida na pesquisa dos compostos das variadas espécies da planta *Cannabis* para fins medicinais representa um campo de vanguarda com potencial revolucionário para a o direito à saúde no Brasil, mas esbarra em

uma legislação ainda marcada pelo paradigma proibicionista, que ignora tanto as evidências científicas quanto as demandas sociais por acesso a tratamentos específicos de saúde. Essa dissonância entre avanço tecnológico e regulamentação defasada foi o tema central da decisão do STJ no IAC nº 16, em novembro de 2024, que determinou a criação de um Plano de Ação para regulamentar a cadeia de atividades relacionadas à produção e ao acesso a derivados de *Cannabis* para fins medicinais, bem como seu uso em pesquisas científicas.

A superação dos obstáculos regulatórios e científicos na área canábica configura, para o Brasil, uma oportunidade estratégica de caráter multidimensional. Em primeiro lugar, permitiria ao país diminuir sua tradicional dependência externa em um segmento farmacêutico e agroindustrial de elevado valor agregado, promovendo a substituição de importações por produção e conhecimento nacional. A formação de um ecossistema de inovação coeso, articulando universidades, institutos de pesquisa, associações de pacientes, agricultores e indústria, estabeleceria os alicerces para uma cadeia produtiva robusta e internacionalmente competitiva.

A adoção de parâmetros regulatórios contemporâneos e seguros atuaria como um catalisador determinante para o amadurecimento do setor. Um ambiente normativo transparente e previsível tende a captar investimentos privados em pesquisa e desenvolvimento, elementos indispensáveis para a conversão de achados científicos em bens e serviços comercializáveis. Paralelamente, estimularia colaborações estratégicas entre academia e setor produtivo, potencializando a velocidade e o impacto das inovações.

Essa perspectiva integrada reforçaria a soberania nacional em três dimensões inter-relacionadas: tecnológica, ao assegurar o controle das cadeias produtivas integradas — do melhoramento genético ao produto acabado; científica, ao inserir o país na vanguarda do conhecimento internacional sobre aplicações medicinais e industriais da cannabis; e cultural, ao reconhecer e incorporar, de forma ética e sustentável, os saberes tradicionais associados ao uso da planta. Em conjunto, tais dimensões forneceriam a base para uma política nacional coerente e estratégica sobre a cannabis.

No entanto, a mera promulgação de uma nova legislação pela Anvisa, por mais bem-intencionada que seja, não será suficiente para desatar os nós que por anos obstruíram o avanço da ciência neste campo. O processo civil emerge, portanto, não como uma figura coadjuvante, mas como um pilar central na arquitetura desta transformação. Atuou inicialmente como instrumento de correção e uniformização através do IAC nº 16 do STJ, e agora se prepara para desempenhar um papel ainda mais crucial como garantia de efetividade e sustentação da nova normatividade. Seus princípios (eficiência, cooperação, duração razoável) devem servir de bússola para a interpretação das novas regras, e seus mecanismos (mandado de segurança, ação de obrigar fazer, recursos re-

petitivos) serão os guardiões contra a volta da morosidade e da arbitrariedade administrativa.

A superação da judicialização de insumos depende diretamente da capacidade do novo sistema em ser previsível, ágil e seguro. A interface com o direito do consumidor reforça a necessidade de que essa agilidade não comprometa a segurança dos participantes de pesquisa e beneficie o consumidor final com medicamentos eficazes e de qualidade. O processo civil, assim, é uma ferramenta capaz de conectar a promessa de uma legislação moderna à realidade tangível de pesquisas realizadas, insumos disponíveis e, finalmente, tratamentos acessíveis e baseados em evidências sólidas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Resolução da diretoria colegiada – RDC nº 327, de 9 de dezembro de 2019**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-de-dezembro-de-2019-232669072>. Acesso em 04 set. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Resolução da diretoria colegiada – RDC nº 660, de 30 de março de 2022**. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/6415139/RDC_660_2022_.pdf/cddad7b2-6a6c-4fbd-b30b-d56f38c50755. Acesso em 04 set. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Relatório do E-Participa EP nº 01/2022 – Produtos de Cannabis para fins medicinais**. Gerência de Medicamentos Específicos, Notificados, Fitoterápicos, Dinamizados e Gases Medicinais (GMESP). Disponível em: <https://anexosportal.datalegis.net/arquivos/1887754.pdf>. Acesso em 04 set. 2025.

GRUPO DE TRABALHO DE REGULAMENTAÇÃO CIENTÍFICA DA CANNABIS. **Nota Técnica – Propostas para a consolidação da pesquisa com cannabis no Brasil**. 14 de agosto de 2025. Disponível em: <https://jornal.unicamp.br/wp-content/uploads/sites/32/2025/08/Nota-Tecnica-GT-de-Regulamentacao-Cientifica-da-Cannabis-assinada.pdf>. Acesso em 04 set. 2025.

MARCHETTO, Patrícia Borba; FÁRIA, Lucas Oliveira. **A Judicialização da Saúde: Atores e Contextos de um fenômeno crescente**. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC. v. 26, nº 10, p.161-177, Mai./Ago. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v26i10.4660>. Acesso em 04 set. 2025.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **IAC n. 16 – RESP n. 2024250/PR**. Relatora: Regina Helena Costa. 1ª Seção. Julgado em: 13/11/2024. Publicado em: 19/11/2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=16&cod_tema_final=16. Acesso em 04 set. 2025.

BIODIREITO E SELEÇÃO GENÉTICA: A UTILIZAÇÃO DO BEBÊ-MEDICAMENTO PARA SALVAR VIDAS²⁸

Eduarda Seren Braga

Discente do Curso de Direito da UNIMEO/CTESOP; E-mail: eduardaserenpr@gmail.com

Giovana Agostinho Gomes

Discente do Curso de Direito da UNIMEO/CTESOP; E-mail: giovanaagos98@gmail.com

Natan Galves Santana

Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Bauru; Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR); Pós-Graduado em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto Damásio de Direito; Pós-Graduado em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale; Professor Universitário na FACO e na UNIMEO/CTESOP; Advogado no Paraná; E-mail: ngalvess@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Abordar o tema do bebê-medicamento no contexto jurídico brasileiro implica considerar questões que vão além das esferas legislativa e processual. Para uma compreensão adequada, é crucial examinar elementos médicos, especialmente aqueles ligados à reprodução assistida e à seleção genética de embriões, que levantam relevantes dilemas éticos.

²⁸ Texto parcialmente publicado no E-book: BRAGA, E.S.; GOMES, G.A.; SANTANA, N.G. Vidas por um propósito: os limites jurídicos do bebê-medicamento. VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; TOBBIN, Raíssa Arantes (organizadoras). **Inteligência Artificial e Biotecnologia: Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade**. 1ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2025.

A questão do bebê-medicamento suscita várias inquietações que exigem uma análise cuidadosa antes da criação de precedentes que possam prejudicar os direitos do nascituro. Esses direitos são resguardados pelo Código Civil, que reconhece o início da vida como o ponto de partida para a proteção desses direitos.

O debate sobre a seleção genética de embriões, realizada através da fertilização *in vitro*, provoca reflexões que levam à discussão sobre eugenia e os limites jurídicos. A Constituição Federal (CF) garante o direito ao planejamento familiar, devendo este ser baseado na dignidade, autonomia e liberdade dos indivíduos. Neste cenário, a intervenção estatal é limitada, não se intrometendo diretamente nos assuntos familiares. Entretanto, em algumas situações, o planejamento familiar pode ser visto como uma alternativa para preservar a vida de um membro da família com auxílio da biotecnologia.

Com os avanços médicos e as diversas enfermidades presentes na sociedade atual, muitos pais recorrem a todos os recursos disponíveis para salvar seus filhos acometidos por doenças graves. Frequentemente, isso envolve procedimentos como transfusões sanguíneas, doações de órgãos e outras intervenções que necessitam de material genético completamente compatível.

Neste contexto, este artigo tem como principal objetivo analisar a técnica da reprodução humana assistida com foco no conceito de bebê-medicamento. Especificamente, busca-se investigar os limites éticos e legais dessas práticas e avaliar os riscos associados a tendências eugenistas, levando em conta os direitos do nascituro.

O estudo pretende abordar essa temática com prudência para evitar retrocessos aos tempos de movimentos eugênicos ou violações dos direitos do nascituro e da criança gerada para fins terapêuticos. Simultaneamente, deve-se reconhecer o avanço médico como um aspecto positivo na sociedade.

A discussão sobre o bebê-medicamento também requer reflexão sob a perspectiva do processo civil, especialmente em relação à proteção jurídica das crianças e dos nascituros. O sistema jurídico brasileiro é orientado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo direito à vida, saúde e dignidade; cabe ao Poder Judiciário intervir sempre que esses direitos estiverem ameaçados.

Assim sendo, o processo judicial torna-se um instrumento fundamental para assegurar uma proteção abrangente, permitindo ao Estado agir efetivamente diante das lacunas legislativas relacionadas à biotecnologia e reprodução assistida.

Para conduzir a discussão sobre esta temática e alcançar os objetivos delineados neste trabalho será utilizada uma metodologia descritiva. Essa abordagem facilitará a análise do ordenamento jurídico brasileiro quanto à possibilidade de legalização da prática do bebê-medicamento e permitirá identificar quais

limites devem ser impostos pelo Estado. Para tanto, o estudo contará com fundamentação bibliográfica baseada em doutrinas pertinentes, legislação aplicável e jurisprudência relevante.

2. DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

A reprodução humana, em sua maioria, acontece de forma natural. No entanto, há indivíduos que enfrentam dificuldades para se reproduzir naturalmente devido a questões como doenças, orientação sexual ou a aspiração de ter um filho com traços específicos. Diante dessas circunstâncias, a Medicina e a Biotecnologia trabalharam em conjunto para viabilizar o planejamento familiar desejado.

Destaca-se que a Lei do Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96), estabelece que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, garantindo a liberdade de limitar ou aumentar a prole, sem interferências externas (Brasil, 1996). No mesmo sentido, estabelece o Código Civil de 2002, afirmando que é vedada a interferência no planejamento familiar, seja ela pública ou privada (Brasil, 2002). Logo, todos os indivíduos poderão fazer uso da reprodução, seja natural ou artificial, para efetivar o planejamento familiar.

A reprodução humana assistida pode ser definida como o conjunto de “procedimentos médicos utilizados para suprir fatores biológicos, médicos ou psíquicos que impedem a união permanente dos gametas masculino e feminino, gerando a esterilidade ou a incapacidade para procriar” (Pereira, 2018, p. 679).

O primeiro registro da reprodução medicamente assistida data de 1785, quando uma mulher conseguiu engravidar de seu marido por meio de uma seringa de estanho (Ferraz, 2016). A partir dessa data, houve vários casos de reprodução assistida, cabendo destacar que esta técnica nem sempre foi bem-vista, uma vez que a Igreja Católica não economizava críticas a esses procedimentos alegando que a prática afrontava a vontade de Deus (Luna, 2008). Considerando a sua influência no mundo ocidental, a regulamentação e o uso desses procedimentos foram dificultados.

Em complemento à perseguição sofrida pela técnica da reprodução humana assistida, Leite (1995, p. 74) aponta que “se a procriação de uma nova vida só pode ser fruto do casamento, a fecundação artificial”, fora do casamento seria “pura e simplesmente condenada como imoral”. Superada, ao menos parcialmente, a influência da religião no cenário da medicina reprodutiva, constata-se que a procriação medicamente assistida possui relevância significativa para a plena efetivação do planejamento familiar, posto que viabiliza a procriação de pessoas, tanto homens como mulheres inférteis, assegura a igualdade para todas as orientações sexuais, possibilita a filiação solo e, principalmente, corrobora

com o direito à vida, ao permitir a manipulação genética para a compatibilização em tratamentos humanos.

A reprodução assistida foi uma inovação médica que possibilitou a milhares de pessoas a oportunidade de gerar uma vida biologicamente, sem a necessidade de realizar o ato sexual, um feito antes considerado impossível até a descoberta desta técnica revolucionária por Louise Brown. A partir de 1992, essa técnica foi amplamente disseminada pelo mundo. No Brasil, o primeiro bebê gerado por esse método nasceu em outubro de 1983, em São José dos Pinhais (Paraná), recebendo o nome de Anna Paula Caldeira (Pereira, 2011).

Este método é amplamente aplicado e, de acordo com o 34º Congresso da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia, cerca de 8 milhões de bebês já foram gerados por meio dele. Identificou-se que, em 2003, cerca de 13.6% partos foram atribuídos à reprodução humana assistida (Freitas *et al.* 2008). A técnica de reprodução humana assistida também é utilizada por pessoas que possuem um filho com alguma doença e necessitam que o outro filho seja compatível para realizar a doação de material genético, portanto, o bebê será utilizado para a cura de determinada pessoa.

Desde os primórdios da humanidade, a morte tem sido uma das maiores fontes de perplexidade para o ser humano, já que “o medo é uma disposição central na nossa existência pelo fato de que manifesta o mundo no ato de fuga do ser-aí de si mesmo” (Werle, 2003, p.9). Por isso, a tentativa de postergação da morte é intrínseca ao ser humano e, no caso de crianças, todas as medidas de tratamento, ao adoecerem, são tomadas de forma intensa, inclusive como a manipulação genética para se ter uma criança compatível com a outra.

Nesse cenário, aparece o conceito de “bebê-medicamento”, que se refere a um embrião escolhido através da reprodução assistida, compatível com um outro filho do casal que sofre de uma doença grave e necessita de um doador compatível. Diante da dificuldade em encontrar doadores e da urgência da situação, os pais optam por ter outra criança para que ela possa servir como doadora.

As críticas em relação a esse procedimento levantam várias questões: é possível garantir a saúde mental da criança concebida nesse contexto? A vida dessa criança pode ser reduzida a um mero instrumento? É ético trazer ao mundo um filho com o propósito de salvar outro? O amor e cuidado dos pais pelo primeiro filho serão igualmente aplicados ao filho doador? Estão os pais emocionalmente prontos para essa responsabilidade? Além disso, no que diz respeito à manipulação genética e à seleção de embriões, essas técnicas podem estabelecer precedentes para práticas eugênicas? Há muitas discussões relevantes sobre este tema recente e pouco explorado, que serão examinadas cuidadosamente neste estudo.

3. A DIGNIDADE NA FORMAÇÃO DA VIDA

Ao discutir a reprodução assistida, é fundamental abordar a dignidade, uma vez que este princípio é um dos pilares da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, Alarcón (2004) afirma que a dignidade não se limita a um valor de princípio, mas também assume um valor interpretativo que orienta todo o sistema jurídico brasileiro. De maneira semelhante, Moraes (2014) expressa que a dignidade se reflete na autonomia individual, sendo essencial para o acesso ao direito à felicidade.

Dias (2017) argumenta que a dignidade encontra um terreno fértil nas relações familiares, sempre permitindo novas interpretações nesse âmbito. Observa-se que a dignidade abre espaço para outros princípios nas dinâmicas familiares, como a autonomia individual e a igualdade. O caput do art. 5º da Constituição Federal aborda a igualdade ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (Brasil, 1988). O nascituro é também um ser portador de direitos e garantias; segundo Maria Helena Diniz (1998 p. 334), ele é “aquele que ainda irá nascer e cuja proteção de direitos é assegurada pela lei”. Portanto, o bebê-medicamento apresenta os mesmos direitos e proteção legal que os indivíduos já nascidos desde sua concepção no útero materno. Assim sendo, desde o momento em que é introduzido no útero materno, o bebê como medicamento já possui amparo jurídico; portanto, é essencial considerar seus direitos durante esse processo.

A análise do início da vida está diretamente relacionada ao início da personalidade jurídica. Tartuce (2007) discute em sua teoria concepcionista que todos “possuem direitos desde a concepção”. Da mesma forma, o Código Civil menciona em seu art. 2º que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei protege os direitos do nascituro desde a concepção” (Brasil, 2002). Assim sendo, assim que ocorre a fecundação do óvulo pelo espermatozoide inicia-se a concepção e forma-se o embrião. A necessidade de garantir os direitos desde esse momento inicial é crucial; caso contrário, os direitos do embrião resultante da reprodução assistida ficariam em uma situação jurídica indefinida e as práticas relacionadas à reprodução seriam apenas reguladas pelas normas médicas existentes.

Em regra, quem pode salvaguardar os direitos do nascituro é a sua família, por isso a importância de os pais estarem cientes de que o bebê-medicamento não é um mero instrumento para o fim que se desejam, mas uma nova vida, que merece todos os cuidados intrínsecos que há no núcleo familiar, assim como relatam Lopes e Aguera (2014, p. 4):

[...] é neste ambiente que o ser humano encontra o lugar adequado para o desenvolvimento de sua personalidade, é na família que a pessoa tem as primeiras noções de respeito e amor, de proteção e segurança, nela desenvolve-se biológica e psicologicamente, e começa a entender o que é viver em sociedade.

Sarmento (2020) apresenta a importante reflexão de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, e não pode ser utilizado como um meio ou um objeto para terceiros, mesmo diante de atitudes nobres. Verifica-se que a filiação não deve apenas ser um instrumento ou meio para atingir fins, devendo ser assegurada a dignidade e a vida a todos os seres humanos, de modo que qualquer violação à dignidade humana ataca diretamente o texto da Constituição Federal de 1988.

Considerando que cada indivíduo não pode ser utilizado como objeto para terceiro, já que todos têm direito a uma vida digna, é preciso constatar como a seleção genética pode ser utilizada, sem causar riscos aos envolvidos, pois todos os participantes, sejam eles os pais, o filho doente ou o filho que será utilizado como medicamento, em momento algum poderão ter seus direitos violados.

4. SELEÇÃO GENÉTICA: ENTRE A SAÚDE E A EUGENIA

São várias as técnicas de reprodução assistida, entretanto, para o presente caso, a técnica analisada é a fertilização *in vitro*, conhecida também como bebê de proveta. Este método reprodutivo consiste na fecundação extracorpórea, unindo o espermatozoide a um ou mais óvulos da mulher, que formarão o embrião, que é mantido em uma estufa e, posteriormente, após a divisão celular, transferido para a cavidade uterina da mulher (FEBRASGO, 2017).

No contexto do planejamento familiar, quando um casal decide pela reprodução assistida, inicia-se o aconselhamento pré-implantacional. Nesse processo, os pacientes recebem informações sobre as implicações médicas associadas às chances de ter filhos com doenças genéticas ou cromossômicas graves, que podem ser transmitidas por herança genética. Dessa forma, caso decidam, é possível escolher embriões próprios ou doados que não apresentem características indesejáveis, sendo que aqueles com ‘anomalias’ podem ser descartados. Conforme afirmam Bernal e Bejarano (2018, p. 21):

[...] selecionar embriões com características genéticas específicas de um complexo de genes conhecido como antígeno leucocitário humano HLA, que está em uma pequena região do cromossomo. Nesse caso, o diagnóstico pré-implantacional não se limita a procurar no embrião genes que possuam mutações, mas também uma carga genética idêntica nos genes HLA [...] isso possibilita que um casal cujo filho tenha uma neoplasia maligna selecione um embrião geneticamente correspondente e possa realizar um procedimento chamado transplante halogênico, usando células-tronco hematopoiéticas, aumentando as chances de sucesso no procedimento.

A discussão acerca de tal procedimento se inicia neste ponto: embora os pais, ao decidirem conceber um bebê-medicamento não tenham intenções de gerar um indivíduo ‘geneticamente melhorado’, o procedimento pode abrir precedentes para práticas eugênicas? O sistema jurídico brasileiro é insuficiente quando se trata de normas que regulamentem a reprodução assistida. No caso dos pais que visam ter um filho sem uma doença genética, estes devem respeitar as normas técnicas do Conselho Federal de Medicina (CFM), todavia, essas possuem caráter deontológico, ou seja, apenas obrigam a classe médica, e não possuem competência punitiva.

Conceituada por Cardin, Cazelatto e Guimarães (2018, p. 175), a eugenia, “termo criado por Galton em 1883, denomina as ações tendentes a promover melhorias raciais ou características sociais desejadas por determinado grupo, podendo ser classificada em positiva e negativa”. O movimento eugenista deu início às atrocidades de Adolf Hitler, líder dos genocídios ocorridos por ocasião do Holocausto, bem como outras acometidas no território latino e ao redor do mundo.

Gonçalves (2006) esclarece que a eugenia é gênero que pode ser dividido em eugenia negativa e eugenia positiva. A primeira visa eliminar indivíduos que são tratados como inferiores ou que visava que os considerados inferiores não se reproduzissem; por sua vez, a eugenia positiva é a seleção artificial para produzir pessoas consideradas geneticamente superiores. Vieira e Féo (2009), nos mesmos ditames, afirmam que a eugenia positiva ocorre quando pais desejam eliminar uma característica indesejável, como uma doença, ou ter uma característica específica, como um casal nos Estados Unidos que queria utilizar a técnica de reprodução assistida para ter um filho com surdez, visto que suas mães eram surdas e consideravam a surdez uma manifestação cultural, e não uma doença.

Com o avanço da Biotecnologia surgiu o conceito de neoeugenia, que, diferentemente da eugenia do século XIX e do início do século XX, que incluía práticas como a esterilização de pessoas com deficiências físicas ou mentais, a eliminação de grupos étnicos considerados inferiores e o extermínio de indivíduos com determinadas orientações sexuais, para Ferraz (2018, p. 172), ela se apresenta como questão médica “restrita à esfera médico-paciente, como assunto de natureza individual, de um direito à saúde – de nascer saudável – em relação aos seus progenitores e suas faculdades reprodutivas”.

A definição do termo utilizado determina se a prática da fertilização *in vitro* pode ser considerada eugênica ou não. Se tal procedimento for realizado como questão médica, de decisão autônoma dos pais, de modo que a possibilidade de selecionar embriões geneticamente compatíveis para que nasça um filho que possa auxiliar o tratamento de um irmão já vivo e com uma doença grave não é considerada eugenista, contudo, se a eugenia for vista como uma

forma do Estado de impor determinado ideal genético, desconsiderando a autonomia dos indivíduos, esta medida será caracterizada como eugenia (Bernal; Bejarano, 2018).

No Brasil, como narrado, há ausência de leis sobre o assunto, entretanto, a Resolução CFM nº 2.320/2022 menciona que é vedada qualquer escolha de características biológicas da criança, salvo a seleção de sexo para evitar doenças no possível descendente. Assim, a técnica do bebê-medicamento não constitui uma prática eugênica, pois não se trata de uma política de Estado. Ela é fruto do planejamento familiar, no qual a família não busca um indivíduo “melhorado”, mas sim alguém do próprio núcleo familiar que possa ajudar na recuperação de um filho doente. Esse procedimento é visto, muitas vezes, como a última alternativa para salvar a vida do membro fragilizado. Em tempo, destaca-se a ausência legislativa sobre a temática, ficando a cargo do CFM, que não dispõe de força punitiva, salvo para os médicos no âmbito administrativo, gera insegurança jurídica. Os legisladores precisam desenvolver uma lei para regular a temática e garantir maior proteção aos envolvidos, assegurando que não haverá movimentos eugênicos, que visem escolher uma classe superior ou propagar discriminação no seio social.

5. O BEBÊ-MEDICAMENTO E O LIMITE PARA A CURA

A maternidade e a paternidade eram tradicionalmente vistas como formas de os indivíduos se abrirem ao inesperado, pois os filhos não devem ser considerados produtos, objetos pessoais ou meios para que os pais alcancem suas ambições ou superem frustrações. Nesse sentido, a manipulação genética com o objetivo de criar filhos perfeitos questiona o conceito de amor incondicional que os pais deveriam nutrir pelos filhos (Coutinho, 2024). Todavia, em algumas situações, a manipulação genética torna-se necessária, não com o propósito de criar um filho perfeito, com características físicas diferenciadas ou superiores às de outras pessoas, mas com o objetivo de ajudar a salvar um membro da família. Nesse caso, o material genético do novo filho é utilizado como parte do tratamento para curar a pessoa que se encontra doente.

O primeiro caso registrado de uso dessa técnica ocorreu no ano 2000, quando Adam Nash foi concebido por meio da reprodução humana assistida com o objetivo de salvar sua irmã Molly, que sofria de anemia de Fanconi, uma condição grave, que impedia a produção de células de medula óssea e colocava sua vida em risco iminente. O material genético retirado do cordão umbilical de Adam era totalmente compatível e não apresentava risco de rejeição no corpo de sua irmã (Beltoldo; Monteiro; Gomes, 2024).

Na América Latina, o primeiro registro de bebê-medicamento ocorreu em 2012, no Brasil. Nesse caso, Maria Clara foi concebida em laboratório para não

herdar a mesma doença genética e ser compatível com sua irmã, Maria Vitória, que sofria de Talassemia Major, uma doença rara e grave do sangue e que causa anemias severas. Após o nascimento, foram coletadas células-tronco do cordão umbilical de Maria Clara, mas o material não foi suficiente para realizar o transplante. Foi necessário aguardar que ela completasse um ano de idade para uma nova coleta.

Esses casos ilustram situações em que a manipulação genética foi utilizada com o objetivo de salvar uma pessoa. No entanto, levantam discussões éticas importantes, especialmente em relação à dignidade do doador, como no caso de Maria Clara, que precisou se submeter a outro procedimento ainda muito jovem, devido à insuficiência do material coletado inicialmente (Beltoldo; Monteiro; Gomes, 2024).

Atualmente, não existem normas específicas que regulamentem a manipulação genética com o objetivo de salvar uma terceira pessoa. Essa questão é regulada pelo CFM, que estabelece, no item VI.2 da Resolução vigente, que “as técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião”, no intuito de “selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente” (CFM, 2022). Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) assegura que toda criança tem direito a uma vida digna e não pode ser submetida à exploração, à violência ou à crueldade. Dessa forma, é essencial analisar cada caso para garantir que a criança concebida em laboratório com o objetivo de salvar outra pessoa não seja explorada ou tenha seus direitos violados. Em hipótese alguma ela deve ser tratada como um meio para que outros atinjam seus próprios fins.

No mesmo sentido, estabelece o Código Civil de 2002 que os direitos da personalidade são irrenunciáveis. Desse modo, não podem ser limitados. Ademais, o artigo 15 do Código dispõe que ninguém pode ser constrangido a realizar procedimento médico que lhe cause danos ou risco de vida (Brasil, 2002). Além dos debates éticos e legais, é importante considerar o impacto psicológico e emocional que essa condição pode gerar na criança concebida para salvar outra pessoa. A pressão implícita de corresponder às expectativas dos pais e de cumprir com um papel predefinido dentro da família pode interferir no desenvolvimento da sua identidade e da autoestima.

Não se pode ignorar que o filho concebido com a finalidade de salvar outra pessoa pode carregar o sentimento de instrumentalização, acreditando que sua vida tem valor apenas em função do benefício que proporcionou a outrem. Maroja e Lainé (2011, p. 584) destacam que a gravidez é, geralmente, um projeto voltado para a criança. Algumas mulheres sonham com a experiência de estar grávidas, outras idealizam o ato de se tornarem mães, enquanto há aquelas que

veem na gravidez a possibilidade de procriar uma solução ou cura. Segundo as autoras, quando a gravidez ocorre com o objetivo de salvar um filho mais velho, algumas mães relatam que não vivenciaram o prazer do período gestacional, mas o encararam como um meio para alcançar um resultado. Surge, então, uma questão ética e emocional: se a criança concebida não conseguir curar o irmão mais velho, será ela igualmente amada pelos pais? Ainda não há respostas definitivas para essas questões, mas é essencial compreender como esse novo núcleo familiar se forma, garantindo que não ocorram violações aos direitos da criança concebida para salvar outra. Afinal, como pontuam as autoras, “não parece aceitável que o tratamento da doença de um imponha uma ameaça à integridade do corpo do outro”.

A sociedade e os legisladores devem refletir sobre a necessidade de proteger os direitos dessas crianças, garantindo que elas sejam vistas e tratadas como indivíduos com valor intrínseco, independentemente do motivo pelo qual foram concebidas. Moreira (2023) aponta que o Estado deve dispor de instrumentos efetivos para garantir que as crianças e os adolescentes possam expressar sua opinião, inclusive em processos judiciais. Esse entendimento está em harmonia com o princípio da proteção integral, previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no ECA, que assegura o direito à participação e à escuta qualificada dos menores de idade em decisões que lhes digam respeito. Assim, é imprescindível reconhecer-lhes o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, mesmo quando representados ou assistidos por seus responsáveis legais.

Nessa ótica, o Judiciário possui a responsabilidade de assegurar a primazia dos interesses de crianças e adolescentes, podendo atuar sempre que houver risco à sua integridade física, psicológica ou moral, mesmo na presença de consentimento dos pais ou responsáveis. A atuação do tribunal nessas situações não é uma afronta ao poder familiar, mas sim um exercício legítimo da função jurisdicional voltada à proteção dos direitos fundamentais. Ademais, a legislação processual e constitucional impõe ao juiz a necessidade de considerar os objetivos sociais e o bem-estar coletivo, aplicando o Direito de maneira a resguardar os mais vulneráveis e garantir que a dignidade humana prevaleça sobre decisões que se baseiem unicamente na vontade dos adultos (Moreira, 2023).

Esse entendimento reforça a ideia de que o processo civil deve ser um meio eficaz para assegurar os direitos humanos nas situações que envolvem crianças e adolescentes. Ele deve funcionar não apenas como uma ferramenta técnica para resolução de disputas, mas também como um dispositivo para implementar políticas públicas e proteger a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O debate acerca da técnica do bebê-medicamento ainda não chegou a uma resolução definitiva, devido à fragilidade das pesquisas disponíveis sobre o assunto. Este estudo teve como objetivo esclarecer as complexidades associadas a esse procedimento. Os direitos do nascituro, especialmente no contexto da concepção assistida e da utilização do bebê-medicamento, são diversos e abarcam questões éticas, legais e sociais. A Constituição Federal de 1988 assegura que todos são iguais perante a lei, abrangendo também o nascituro e conferindo-lhe direitos desde o momento da concepção. Essa proteção é crucial para prevenir a violação dos direitos dos embriões gerados por meio da reprodução assistida.

No Brasil, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) quanto o Código Civil oferecem mecanismos destinados à proteção dos direitos das crianças, enfatizando sempre o melhor interesse infantil e garantindo proteção contra negligência e abusos. Contudo, nenhuma norma aborda diretamente a técnica do bebê-medicamento; assim, essa questão fica sob responsabilidade do Conselho Federal de Medicina (CFM). É importante ressaltar que este órgão apenas fornece orientações aos médicos e não possui autoridade normativa para aplicar punições penais ou civis; portanto, suas resoluções carecem de caráter obrigatório.

O planejamento familiar, conforme a Lei nº 9.263/1996, permite técnicas de reprodução assistida, mas é crucial que os pais sejam plenamente informados e preparados para não instrumentalizar a criança concebida, devendo lembrar que o planejamento familiar envolve os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança. O processo de seleção genética de embriões, por meio da fertilização *in vitro*, embora tecnicamente avançado, deve ser manejado com cuidado para evitar práticas eugênicas, que têm um histórico sombrio e implicações éticas profundas.

Considerando a legalização e a necessidade de regulamentação da técnica do bebê-medicamento no Brasil, é imperativo garantir que os direitos do nascituro sejam salvaguardados desde a concepção, que os pais recebam o suporte necessário para tratar a criança como um fim em si mesma e que qualquer forma de seleção genética seja cuidadosamente monitorada para se evitar práticas eugênicas.

A análise do conceito de bebê-medicamento deve transcender a visão individual, considerando as repercussões sociais e seu efeito sobre a noção de dignidade humana. É crucial que a sociedade brasileira busque um equilíbrio entre os avanços científicos e os princípios éticos, desenvolvendo soluções que favoreçam não apenas a cura de doenças, mas também a proteção integral de todos os envolvidos. O papel do Estado é fundamental na regulação desse assunto, sendo necessário não apenas criar legislações claras e abrangentes, mas também

fomentar pesquisas e estudos sobre as implicações éticas e psicológicas dessa prática. A implementação de programas educacionais é igualmente importante para informar a população acerca dos desafios e das responsabilidades inerentes à escolha pela reprodução assistida.

A elaboração da legislação deve ser feita com cuidado e sensibilidade, visando proteger todas as partes envolvidas e assegurar que as práticas de reprodução assistida promovam o bem-estar das famílias, sem comprometer princípios éticos essenciais. A regulamentação da técnica do bebê-medicamento no Brasil precisa vir acompanhada de salvaguardas que garantam a dignidade e os direitos de todos os envolvidos. É vital equilibrar os progressos médicos com princípios éticos fundamentais para prevenir que as práticas atuais gerem novas formas de discriminação ou instrumentalização da vida humana.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano**: e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.

BELTOLDO, Polliany Dominga; MONTEIRO, Eva Mendes; GOMES, Lorena Caixeta. A utilização do diagnóstico pré-implantacional na geração de bebê medicamento: Um estudo multidisciplinar. **Scientia Generalis**, v. 5, n. 2, p. 151-157, 2024. Disponível em: <https://scientiageneralis.com.br/index.php/SG/article/view/592>. Acesso em: 9 ago. 2025.

BERNAL, Luque; BEJARANO, Buitrago. O aconselhamento genético é uma forma de eugenia? **Revista Ciencias de la Salud**, v. 16, n. 1, p. 10-41, 2018. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/revsalud/article/view/6475>. Acesso em: 10 jul. 2024. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/revsalud/article/view/6475>. Acesso em: 8 ago. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jun. 2025.

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, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 9 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.263%2C%20DE%2012%20DE%20JANEIRO%20DE%201996.&text=Regula%20o%20C2%A7%207%C2%BA%20do,penalidades%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&text=DO%20PLANejamento%20FAMILIAR-,Art.,observado%20o%20disposto%20nesta%20Lei. Acesso em: 15 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 jun. 2025.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa Cazellatto; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis Guimarães. Do bebê-medicamento sob o enfoque do Biodireito e da Bioética. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 13 n. 1, p. 169-195, 2018. Disponível em: <https://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/5878>. Acesso em: 8 jun. 2025.

CASAL produz embrião para salvar outro filho. **Bioética**. **Folha de São Paulo**, 4 out. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe0410200003.htm>. Acesso em: 8 dez. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2320, de 14 de julho de 2022**. Dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, DF: CFM, 2022.

Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 14 dez. 2024.

COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. **Sexismo e edição genética**: novas práticas em reprodução humana assistida, novas formas discriminatórias de eugenia privatizada. In: BARBOZA, Heloiza Helena; ALMEIDA, Vitor (orgs.). **Novas fronteiras da reprodução assistida**: acessos; direitos e responsabilidades. Indaiatuba: Foco, 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA (FEBRASGO). **Inseminação artificial e fertilização *in vitro***. 2017. Disponível em: <https://www.febasgo.org.br/pt/noticias/item/182-inseminacao-artificial-e-fertilizacao-in-vitro>. Acesso em: 10 jul. 2025.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **O “bebê salvador” e a sua proteção como sujeito de direito intergeracional**. 2018. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/35264>. Acesso em: 5 jul. 2025.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FREITAS, Marcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A. F.; SEGRE, Conceição A. M. Avanços em reprodução assistida. **Journal of Human Growth and Development**, v. 18, n. 1, p. 93-97, 2008. Disponível em: <https://revistas.usp.br/jhgd/article/view/19870>. Acesso em: 7 jul. 2024.

GONÇALVES, Antonio Baptista. A eugenia de Hitler e o racismo da ciência. **Migalhas**, 7 ago. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/26157/a-eugenia-de-hitler-e-o-racismo-da-ciencia>. Acesso em: 14 dez. 2024.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES, Claudia Aparecida Costa; AGUERA, Pedro Henrique Sanches. Do bebê medicamento: “instrumento” de dignidade familiar. In: CONGRESSO NACIONAL

CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

2014. Disponível em: publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ec959b57278128a. Acesso em: 7 jul. 2024.

MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnès. Esperando o Messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. **Mental**, v. 9, n. 17, p. 571-587, 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/420/42023679005.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Manuela Medauar Reis de Andrade. **A (im)possibilidade jurídica de procriação terapêutica**: bebês podem servir como medicamentos? 2023. 94 f. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea) – Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2023. Disponível em: <https://ri.ucsal.br/server/api/core/bitstreams/43a240ab-cdcc-4824-9514-79a84b6ee5ab/content>. Acesso em: 8 jun. 2025.

PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. A história da reprodução humana no Brasil. **Saúde & Ciência em Ação**: Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde, v. 39, n. 2, p. 59-64, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182>. Acesso em: 7 jul. 2025.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 33, p. 155-177, 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Christina. Eugenia às avessas: o uso de embriões com mal genético. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 241, 2007.

WERLE, Marco Aurélio. A angústia, o nada e a morte em Heidegger. **Trans/Form/ Ação**, v. 26, n. 1, p. 97-113, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/JLXMqcxLdXLsBdmwKwFbTHg/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 8 jun. 2025.

POLÍTICAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA MAIS HUMANIZADO E PLURAL: ITINERÂNCIA E AUDIÊNCIA NA CALÇADA

Fernando de Lima Fogaça

Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR); Bolsista PROSUP/CAPES fernando.fog@edu.unipar.br

Tereza Rodrigues Vieira

Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal; Doutorado e Mestrado pela PUC-São Paulo/Université de Paris; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania na UNIPAR (Universidade Paranaense). terezavieira@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

Existem diversas políticas públicas e iniciativas que buscam aproximar a justiça da população, especialmente da mais carente e promover uma atuação judicial mais acessível e empática. Essas ações incluem desde programas de assistência jurídica gratuita até mudanças na forma como a justiça é comunicada e praticada.

Assistência jurídica, defensoria pública, Juizados Especiais Cíveis e Criminais são importantes, contudo, nesse artigo destacamos a justiça itinerante que leva serviços judiciais e orientação jurídica a comunidades remotas e carentes, onde o acesso aos tribunais é mais difícil.

A humanização do judiciário exige que os juízes se aproximem da realidade do povo. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem incentivado o uso de linguagem mais clara e acessível em documentos e audiências, facilitando a compreensão dos processos pela população.

Políticas públicas de justiça itinerante visam levar serviços judiciais e de cidadania a populações vulneráveis e de baixa renda, que encontram barreiras

geográficas, econômicas ou sociais para acessar a Justiça. As ações buscam democratizar o acesso ao sistema de justiça e promover a inclusão social.

A Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua (Resolução nº 425 do CNJ) prevê a realização de visitas a serviços de acolhimento e a locais de alta concentração desse público.

A justiça itinerante busca resolver conflitos de forma célere, muitas vezes por meio da conciliação, e evitar que as pessoas precisem se deslocar para fóruns.

A colaboração entre o Judiciário, a sociedade civil, movimentos sociais, Defensoria Pública e outros órgãos do sistema de justiça é fundamental para o sucesso dessas iniciativas.

A justiça é levada para onde a população está, superando a distância geográfica, os custos de transporte e a invisibilidade social que dificultam o acesso aos serviços.

Ao serem atendidas de forma humanizada e em suas próprias comunidades, as pessoas vulneráveis se sentem mais valorizadas e menos estigmatizadas.

Assim, o artigo analisa o acesso à justiça como direito fundamental e princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva das pessoas em situação de vulnerabilidade social. Examina-se como as barreiras econômicas, tecnológicas e socioculturais ainda restringem o exercício desse direito, transformando a promessa constitucional em desafio concreto.

A pesquisa, de caráter bibliográfico e documental, destaca experiências institucionais inovadoras, como os projetos “Direitos na Rua”, “Defensoria em Movimento” e a “Audiência na Calçada”, que exemplificam práticas de itinerância e humanização voltadas à inclusão e à efetividade dos direitos fundamentais. Tais iniciativas demonstram que a aproximação do sistema de justiça com as comunidades vulneráveis consolida a dignidade da pessoa humana e reforça princípios constitucionais como a igualdade e a cidadania.

2. ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito e representa condição indispensável à concretização da cidadania. Entretanto, para grande parcela da população brasileira, especialmente as pessoas em situação de vulnerabilidade social, esse acesso permanece restrito, distante e, muitas vezes, simbólico. As barreiras econômicas, tecnológicas e culturais impõem limites concretos à fruição de direitos fundamentais, resultando em exclusão jurídica e social. Obstáculos que vão desde a ausência de documentação civil até a falta de confiança nas instituições do Estado.

A literatura clássica sobre o tema, especialmente Cappelletti e Garth (2002, p.7) destacam que “o acesso a justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico

moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”, ou seja, a efetividade desse direito, vai desde a assistência judiciária gratuita até a busca por uma ordem jurídica justa, apta a considerar a realidade dos hipossuficientes.

Kazuo Watanabe, reforça a ideia de que o acesso à justiça não se limita ao ingresso em juízo, mas abrange a efetividade dos resultados e a adequação das soluções oferecidas pelo sistema de justiça. Ou seja, “o direito de acesso à Justiça é, portanto, direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização de direito” (Watanabe, 2019, p. 9).

Nessa perspectiva, Vieira e Santos (2018, p. 39) lecionam que:

Os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma extensiva e ampla, garantindo maior eficácia e máxima aplicabilidade, pois de nada adiantaria permanecerem exclusivamente positivadas, insurgindo-se apenas como resistência à inclusão dos direitos básicos para todos, ou seja, o direito mínimo de dignidade.

Nesse cenário, emergem com relevância as práticas de itinerância e humanização no sistema de justiça, que têm buscado reduzir as distâncias físicas e simbólicas entre o Estado e as populações vulneráveis. Iniciativas como os projetos “Direitos na Rua” e “Defensoria em Movimento”, promovidos pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, e a emblemática “audiência na calçada” realizada pela Justiça Federal e pela Advocacia-Geral da União em Maceió (AL), exemplificam uma nova forma de atuação estatal: descentralizada, empática e voltada à dignidade da pessoa humana. Nessas experiências, o Estado sai de suas estruturas tradicionais e vai ao encontro das pessoas, aproximando-se das realidades sociais e transformando diferentes espaços públicos, comunitários ou institucionais em ambientes de efetivação de direitos. Assim, a itinerância e a humanização configuram-se como instrumentos de concretização da dignidade humana e de fortalecimento do compromisso constitucional de promoção da justiça social.

3. VULNERABILIDADE SOCIAL: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

A noção de vulnerabilidade social está diretamente relacionada às condições que limitam o exercício efetivo dos direitos fundamentais e comprometem a plena participação do indivíduo na vida em sociedade. Neste sentido pode-se compreender [...] “que os grupos vulneráveis são compostos por grupos de pessoas que enfrentam um risco maior de sofrer danos, discriminação, ou desvantagens devido a circunstâncias específicas em suas vidas” (Simões, 2024, p. 62). Trata-se de uma situação em que pessoas ou grupos encontram-se expostos

a fatores econômicos, sociais, culturais ou institucionais que os colocam em desvantagem diante das oportunidades e das proteções oferecidas pelo Estado.

Segundo as Regras de Brasília sobre o Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade (2008), são consideradas vulneráveis “todas aquelas pessoas que, por razão de sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e culturais, encontram especiais dificuldades para exercitar seus direitos perante o sistema de justiça” (Brasília, 2008, p. 5). Assim, a vulnerabilidade não se resume à pobreza material, abrangendo também dimensões simbólicas e estruturais, como a exclusão educacional, a discriminação, a falta de informação e o distanciamento das instituições públicas.

Do ponto de vista jurídico, a vulnerabilidade impõe ao Estado o dever de atuar de maneira diferenciada e protetiva, em respeito ao princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. Esse tratamento não se traduz em privilégio, mas em medida necessária para garantir a equidade e a efetividade dos direitos.

Em consonância com esse entendimento, as Regras de Brasília afirmam que as pessoas vulneráveis demandam uma atuação do sistema de justiça orientada pela acessibilidade, simplificação dos procedimentos e linguagem compreensível, de modo a remover barreiras que impedem o exercício da cidadania.

Nesse sentido, incluem-se entre os grupos em condição de vulnerabilidade social: a população em situação de rua, as pessoas idosas, as crianças e adolescentes, as mulheres vítimas de violência, as pessoas com deficiência, os migrantes e refugiados, os povos indígenas, bem como todos aqueles que, por razões de desigualdade econômica, discriminação ou invisibilidade social, enfrentam obstáculos no acesso à justiça.

Compreender o conceito de vulnerabilidade social é reconhecer que o acesso à justiça não é uniforme, mas deve ser garantido de forma diferenciada e humanizada, com atenção às especificidades de cada grupo. A vulnerabilidade, longe de ser um atributo individual, é o reflexo de estruturas sociais excludentes que demandam do Estado uma resposta institucional sensível, inclusiva e orientada pela dignidade da pessoa humana.

4. AS DIFICULDADES DE ACESSO À JUSTIÇA EM CONTEXTOS DE VULNERABILIDADE SOCIAL

O acesso à justiça, previsto na Constituição Federal de 1988 como uma das garantias fundamentais da cidadania, encontra-se consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa previsão constitucional assegura que nenhuma norma ou obstáculo legal pode impedir o indivíduo de buscar tutela jurisdicional sempre que houver violação ou risco de violação de um direito. O mesmo

princípio é reafirmado pelo artigo 3º do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), que estabelece que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, reforçando o compromisso do Estado brasileiro com a universalidade da jurisdição e a efetividade da tutela judicial.

Contudo, embora esse direito esteja formalmente garantido, sua concretização ainda enfrenta sérios desafios. As desigualdades estruturais e históricas que marcam a sociedade brasileira tornam o sistema de justiça distante da realidade social de grande parte da população, especialmente daqueles que vivem em situação de vulnerabilidade social, evidenciando que o princípio constitucional do acesso à justiça ainda não se realiza de forma plena e equitativa.

A barreira econômica é uma das mais persistentes e visíveis. A escassez de recursos financeiros impede o cidadão em situação de vulnerabilidade de arcar com custas processuais, honorários advocatícios, transporte até os fóruns ou deslocamentos para audiências. Embora o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal assegure que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, a efetividade dessa garantia ainda encontra limitações na prática. Em diversos municípios, especialmente nas regiões mais afastadas, sequer há unidades da Defensoria Pública, o que obriga os moradores a percorrer longas distâncias, muitas vezes a custos inviáveis para buscar atendimento jurídico. Essa distância entre o que é assegurado pela norma e o que se realiza na realidade cotidiana revela a persistência de desigualdades estruturais que dificultam o acesso efetivo à justiça.

Dados da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2025) evidenciam essa desigualdade estrutural: o território brasileiro conta atualmente com 2.563 comarcas regularmente instaladas, mas apenas 1.334 delas são efetivamente atendidas pela Defensoria Pública, o que corresponde a 52% do total. Essa cobertura limitada demonstra que praticamente metade do país ainda se encontra desassistida de um serviço essencial à garantia do acesso à justiça. Assim, a pobreza e o isolamento territorial transformam o direito constitucional de acesso à justiça em uma promessa ainda de difícil alcance. Mesmo os mecanismos criados para reduzir essas desigualdades, como os métodos itinerantes de atendimento e assistência jurídica, enfrentam limitações estruturais e humanas que restringem sua capacidade de atuação e dificultam a ampliação efetiva da cobertura institucional.

Outro obstáculo relevante é a barreira tecnológica, resultante do processo de digitalização do sistema de justiça brasileiro. Embora as inovações tecnológicas tenham contribuído para a celeridade e a modernização processual, elas também criaram uma nova forma de exclusão: a exclusão digital. Parte significativa da população não possui acesso à internet de qualidade, dispositivos adequados ou habilidades para utilizar plataformas eletrônicas e participar de audiências virtuais.

Essa realidade reflete um fenômeno mais amplo, em que a sociedade contemporânea se divide entre os incluídos e os excluídos digitalmente.

Nesse sentido:

Como não seria diferente, o mundo digital atual comporta uma divisão muito clara entre os incluídos e os excluídos. As dificuldades econômicas e culturais classificam os sujeitos naqueles em que têm computador e os que não o possuem; e entre os primeiros, aqueles que têm acesso à internet e os que não. É o plano da exclusão digital, que ocorre num campo fora do processo judicial, mas nele se repercute, por conta das limitações sofridas pelas pessoas que não tem o conhecimento necessário e/ou não estão dotadas de acesso à internet para um acompanhamento processual adequado (Iocohama et al. 2010, p. 32).

Em muitos casos, o cidadão sequer possui endereço eletrônico ou familiaridade mínima com os sistemas digitais utilizados pelo Judiciário. Assim, o que deveria democratizar o acesso acaba, paradoxalmente, reforçando desigualdades já existentes e afastando ainda mais os grupos vulneráveis do exercício de seus direitos.

Por fim, destacam-se as barreiras socioculturais, as quais configuram um dos fatores mais persistentes de exclusão no sistema de justiça brasileiro. Entre as camadas mais vulneráveis, observa-se um desconhecimento generalizado sobre direitos básicos e sobre as formas institucionais de exercê-los. O direito, que deveria representar um instrumento de emancipação, acaba se tornando um campo distante, dominado por poucos e inacessível à maioria.

A ausência de iniciativas contínuas de conscientização social reforça essa distância entre a população e o sistema de justiça. Em muitas regiões, principalmente nas mais afastadas, onde o poder público pouco se faz presente, o déficit educacional e informacional impede o desenvolvimento de uma cultura de direitos. Nessas áreas, a desinformação se perpetua de geração em geração, e o desconhecimento sobre o papel das instituições jurídicas contribui para a manutenção da exclusão social.

Esse quadro se agrava diante do baixo nível de escolarização e das deficiências históricas do sistema educacional brasileiro, que limitam a compreensão de textos legais e o entendimento de procedimentos básicos. Indivíduos com maior escolaridade e melhores condições econômicas conseguem identificar e reivindicar seus direitos com maior facilidade, enquanto aqueles com menos acesso à educação permanecem invisíveis e silenciosos frente às violações que sofrem.

Há ainda um componente simbólico que reforça a exclusão: o excesso de formalismo e a linguagem do meio jurídico. Assim, “no contexto jurídico, o “juridiquês” é caracterizado pelo uso de linguagem técnica, rebuscada e repleta de termos em latim, comum entre operadores do direito, porém de difícil enten-

dimento para pessoas leigas” (França et al., 2025, p. 10). Essa forma de comunicação elitizada, produz um efeito de alienação, dificultando a aproximação da sociedade com as instituições que deveriam representá-la.

Em reconhecimento a esse problema histórico, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, em 2023, o Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, que propõe a adoção de uma comunicação clara, direta e compreensível em todas as esferas do Poder Judiciário. O documento estabelece diretrizes para que magistrados, servidores e demais agentes públicos utilizem uma linguagem acessível, sem prejuízo da técnica jurídica, de modo a garantir compreensão efetiva e inclusão comunicacional. O Pacto prevê cinco eixos principais de atuação, sendo eles: simplificação da linguagem, brevidade nas comunicações, educação, conscientização e capacitação de servidores, uso de tecnologia acessível e articulação interinstitucional, todos voltados a tornar a justiça mais transparente, inclusiva e humanizada.

Diante desse cenário, o acesso à justiça não se limita apenas à presença física de órgãos públicos, mas também à compreensão efetiva do direito como linguagem, valor e prática social. Reduzir as barreiras socioculturais exige o investimento em políticas públicas voltadas à formação cidadã, à simplificação da linguagem jurídica e à criação de canais de comunicação mais acessíveis, capazes de tornar o sistema de justiça inteligível e acolhedor para todos os segmentos da população.

5. HUMANIZAÇÃO E ITINERÂNCIA

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental e expressão direta da dignidade humana, exige mais do que a simples abertura das portas do Poder Judiciário. Ele requer que o Estado se faça presente de forma acessível, empática e efetiva, sobretudo junto às pessoas e grupos que vivem à margem da sociedade. É nesse contexto que as práticas de humanização e itinerância ganham destaque como instrumentos transformadores do modelo tradicional de prestação jurisdicional, possibilitando um contato mais direto entre o sistema de justiça e as realidades sociais invisibilizadas.

A humanização do acesso à justiça pressupõe o reconhecimento de que cada cidadão que procura uma instituição pública não é apenas portador de um problema jurídico, mas de uma história de vida marcada por desigualdades, vulnerabilidades e carências múltiplas. Humanizar é, compreender que a justiça não se limita à aplicação fria da lei, mas envolve a capacidade institucional de ouvir, acolher e responder às necessidades concretas de quem busca proteção estatal.

Neste cenário, “é fundamental que o sistema de justiça trabalhe para garantir que todos os cidadãos tenham igualdade de acesso à justiça, independentemente de onde vivam ou da classe social a que pertençam” (Souza, Pagani,

Thamay, 2024, p. 6). Essa perspectiva redefine o papel do operador do direito, que deixa de ser mero executor de procedimentos para tornar-se um agente de transformação social, comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais e com a valorização da pessoa humana em toda a sua complexidade.

A itinerância, por sua vez, representa a materialização concreta dessa nova postura institucional. Levar o sistema de justiça até os territórios da exclusão, como ruas, abrigos, centros de acolhimento e comunidades periféricas, rompe com a lógica tradicional e centralizadora que sempre caracterizou as instituições judiciais. Quando o Estado vai ao encontro do cidadão, especialmente daqueles que não têm condições de deslocar-se até os espaços formais, o direito deixa de ser uma promessa distante e torna-se presença real e tangível. Ainda nessa perspectiva, Souza, Pagani e Thamay explanam que:

As possíveis políticas públicas que poderiam vislumbrar soluções para as dificuldades de acesso físico ao judiciário incluem: maiores investimentos em justiça itinerante, maior número de defensores públicos, inclusive nos rincões mais distantes e expansão dos meios alternativos de solução das controvérsias (Souza, Pagani e Thamay, 2024, p. 6).

A itinerância aproxima o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública das demandas cotidianas da população, permitindo que a justiça seja percebida como um serviço público essencial, e não como um privilégio reservado a poucos. Com isso [...] “as instituições diferentes passam a conhecer mais a fundo a operabilidade das demais, permitindo que construam soluções conjuntas para o atendimento pleno e caminhem de mãos dadas na busca do interesse comum” [...] (Sorrentino, 2022, p. 50).

Essas práticas encontram respaldo em instrumentos normativos recentes que orientam o poder público a adotar uma atuação mais inclusiva e empática, estabelece diretrizes para que o atendimento desse público seja realizado de maneira acolhedora, desburocratizada e interinstitucional, reconhecendo que a vulnerabilidade social exige respostas coordenadas e humanizadas.

A itinerância e a humanização, portanto, transcendem o caráter assistencialista e assumem papel estruturante no fortalecimento da democracia e na promoção da cidadania. Ao descentralizar o atendimento e transformar o espaço público em ambiente de efetivação de direitos, essas práticas revelam a face mais humana do Estado, aquela que se dispõe a dialogar e a construir soluções a partir das necessidades reais das pessoas.

Quando o serviço jurídico se desloca até o cidadão, estabelece-se um novo tipo de vínculo entre o poder público e a sociedade, baseado na confiança, na escuta ativa e no respeito à diversidade de experiências humanas.

Além de ampliar o alcance territorial do sistema de justiça, a itinerância e a humanização têm um papel pedagógico e simbólico relevante: elas educam

para a cidadania, fortalecem a percepção de pertencimento social e ajudam a reconstruir a imagem das instituições públicas perante os grupos mais fragilizados. Essas iniciativas demonstram que o Estado não é uma entidade distante, mas um agente de proteção e inclusão. Ao adotar uma postura de proximidade, o poder público devolve voz e visibilidade àqueles que, por muito tempo, foram excluídos dos espaços formais de decisão e de participação.

Em síntese, a humanização e a itinerância configuram novas portas de entrada ao sistema de justiça, pois ampliam a compreensão do acesso à justiça para além do aspecto processual. A verdadeira efetividade desse direito se concretiza quando o Estado consegue unir técnica e sensibilidade, assegurando não apenas o direito de ingressar em juízo, mas também o direito de ser ouvido, compreendido e respeitado. Assim, mais do que medidas administrativas, essas práticas simbolizam uma mudança de paradigma na relação entre o Estado e a sociedade, pois, trata-se de uma justiça que caminha, que escuta e que reconhece o outro como sujeito de direitos.

6. EXPERIÊNCIAS INSTITUCIONAIS DE ACESSO HUMANIZADO E ITINERANTE

As práticas de humanização e itinerância, quando incorporadas às rotinas institucionais, revelam o potencial transformador do sistema de justiça em contextos de vulnerabilidade social. No Brasil, experiências desenvolvidas pela Defensoria Pública e pelo Poder Judiciário têm se destacado por romper barreiras históricas de exclusão e levar a presença do Estado até os espaços da invisibilidade. Mais do que ações pontuais, essas iniciativas representam a consolidação de uma nova lógica de atuação, ou seja, uma justiça que se aproxima, escuta e acolhe.

A Defensoria Pública do Estado do Paraná tem desempenhado papel central nesse movimento por meio de projetos que aliam empatia, descentralização e compromisso com a dignidade humana. Entre essas iniciativas, no Paraná destaca-se o projeto “Direitos na Rua”, desenvolvido pela Defensoria Pública do Estado e implementado no município de Cianorte, que promove atendimentos jurídicos e rodas de conversa voltadas à população em situação de rua, realizados diretamente nos espaços de convivência e acolhimento. A proposta busca democratizar o conhecimento jurídico e assegurar que o acesso à justiça ocorra em ambiente de escuta, acolhimento e respeito, rompendo com a formalidade e o distanciamento característicos dos prédios públicos.

A iniciativa também se distingue por oferecer informações didáticas sobre direitos e deveres, seguidas de atendimentos individualizados, em um formato acessível e humanizado. Sua atuação no Centro POP, local já procurado por essa população para acesso a serviços essenciais como alimentação e higiene,

revela uma estratégia eficaz de aproximação e inclusão. Idealizado pelas defensoras públicas Amanda Oliari Melotto e Mariana Teixeira da Silva, em parceria com a assistente social Grazielle Ganhão, o projeto tem como propósito mapear demandas coletivas, fortalecer a presença institucional da Defensoria e consolidá-la como um verdadeiro pilar de apoio para esse grupo vulnerável e historicamente marginalizado.

Ao relatar sua experiência no projeto, Grazielle Ganhão enfatiza a importância de compreender as demandas a partir da perspectiva das próprias pessoas atendidas, afirmando: “Tenho aprendido bastante com eles e tentado olhar através das demandas, pois as políticas públicas precisam ser voltadas para suas prioridades e necessidades, e não uma política verticalizada” (DPE, 2025). A fala sintetiza a essência humanizadora da iniciativa, que não se limita à prestação de atendimento jurídico, mas se compromete com a escuta ativa e a construção coletiva de soluções, reafirmando a função social e cidadã da Defensoria Pública. Essa postura está em plena consonância com a Resolução nº 460/2022 do Conselho Nacional de Justiça, que, em seu artigo 2º, inciso V, estabelece como princípio da Justiça Itinerante a aproximação dos serviços do sistema de Justiça da sociedade vulnerável ou residente em locais de difícil acesso, e, no inciso VII, a promoção de atos de cidadania e a garantia dos direitos humanos.

Outro exemplo é o projeto “Defensoria em Movimento Cidadania e Direitos na Casa da Sopa”, desenvolvido pela Defensoria Pública no município de Umuarama, em parceria com a Defensoria Pública da União (DPU). A iniciativa oferece atendimento jurídico gratuito a pessoas em situação de vulnerabilidade social que frequentam a Casa da Sopa Dr. Leopoldino, instituição que fornece diariamente refeições a pessoas em situação de vulnerabilidade.

A inovação do projeto está na descentralização do atendimento, com a Defensoria deslocando-se até o próprio espaço comunitário da Casa da Sopa, um ambiente de confiança para o público atendido, o que elimina barreiras como a falta de recursos financeiros, a ausência de documentos e o desconhecimento sobre os serviços jurídicos disponíveis. Nesses encontros, os cidadãos recebem orientação jurídica, encaminhamentos administrativos e acompanhamento processual, tanto na esfera estadual quanto na federal, em um ambiente acolhedor e desburocratizado.

O atendimento ocorre mensalmente, sem a necessidade de agendamento prévio, senhas ou formalidades excessivas, o que assegura um acesso direto, ágil e humanizado à justiça. A experiência também reflete uma resposta concreta ao aumento das demandas sociais após o período pandêmico, que ampliou as situações de vulnerabilidade e exigiu novas formas de atuação institucional. Como destaca o defensor público Cauê Bouzon, “acredito que seja importantíssimo a Defensoria Pública estar pronta para atender essa demanda, que aumentou

e mudou de cara. Com esse projeto, a gente leva a Defensoria até quem mais precisa” (DPE, 2025).

O projeto “Defensoria em Movimento” traduz, em escala local, a concretização do ideal de uma justiça itinerante, humanizada e empática, demonstrando que a efetivação dos direitos fundamentais depende, acima de tudo, da disposição institucional de ir ao encontro do cidadão e oferecer atendimento digno, simples e inclusivo.

Além da Defensoria Pública, o Poder Judiciário também tem protagonizando experiências relevantes de humanização e itinerância. Um caso emblemático ocorreu em Maceió/AL, onde a Justiça Federal, em parceria com a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), realizou uma audiência na calçada para garantir o direito de um homem em situação de rua que aguardava há anos a concessão de um benefício assistencial. Diante da impossibilidade física do requerente comparecer ao fórum, o juiz, acompanhado dos representantes institucionais, deslocou-se até o local em que o cidadão vivia, conduzindo a audiência em espaço público e homologando o acordo que assegurou o benefício.

Durante entrevista concedida ao portal de notícias Migalhas, o juiz destacou que a audiência teve dois efeitos centrais: o concreto, materializado pela concessão de um salário-mínimo mensal ao senhor Amarildo, e o simbólico, ao aproximar o Judiciário de quem mais precisa. O magistrado afirmou:

Eu acredito que um norte dessa questão toda é o valor simbólico do Judiciário nas ruas. [...] O que esperamos dos juízes? Nós temos uma Constituição com um leque de direitos sociais que precisam de orçamento, de políticas públicas. Se não, vira só letra na lei. Uma folha de papel não serve de nada (Migalhas, 2025).

Esse episódio, amplamente noticiado, representa um marco simbólico de acessibilidade judicial e empatia institucional. Ao sair do espaço formal do tribunal para realizar uma audiência na rua, o magistrado materializou o princípio de que o acesso à justiça não pode ser condicionado à estrutura física do Estado, mas deve alcançar qualquer pessoa, independentemente de suas condições materiais ou sociais. A iniciativa também demonstrou a importância da atuação conjunta entre diferentes órgãos, sejam eles: Judiciário, AGU e INSS na efetivação dos direitos fundamentais.

Essas experiências, tanto da Defensoria Pública quanto do Poder Judiciário, concretizam os fundamentos estabelecidos na Resolução nº 460/2022 do CNJ, que define os princípios e diretrizes da Justiça Itinerante em todo o território nacional.

O referido normativo reconhece a itinerância como instrumento essencial para superar barreiras geográficas, socioeconômicas e institucionais, garantindo o exercício pleno do direito fundamental de acesso à justiça. Conforme o artigo

2º, inciso V, os serviços da Justiça Itinerante devem promover a “aproximação do sistema de justiça com as comunidades vulneráveis e aquelas situadas em locais de difícil acesso”, assegurando que a presença do Estado alcance os territórios onde a exclusão social se manifesta com maior intensidade. Já o artigo 3º, inciso III, estabelece que os tribunais devem promover ações integradas e de cooperação interinstitucional, celebrando convênios e parcerias com órgãos públicos, entidades privadas e instituições essenciais ao sistema de justiça, de modo a garantir a efetividade e a continuidade das atividades itinerantes (CNJ, 2022).

Dessa forma, a Resolução nº 460/2022 consolida a itinerância como política pública permanente, comprometida com a descentralização dos serviços, a inclusão social e a concretização da cidadania, reafirmando que a justiça deve ir ao encontro de quem mais precisa dela.

Além disso, tais práticas também encontram respaldo no que dispõe a Resolução nº 296/2019 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários.

O artigo 10 dessa resolução dispõe que compete à comissão propor estudos que visem à democratização do acesso à Justiça; monitorar as políticas judiciais de custas, despesas processuais e assistência judiciária gratuita; promover ações voltadas a ampliar a conscientização sobre direitos, deveres e valores do cidadão; propor parcerias com os demais Poderes, setores e instituições para aperfeiçoamento dos serviços judiciais; disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva no Judiciário, em universidades, faculdades, centros de pesquisas, bem como junto às funções essenciais à Justiça e associações de classe; e propor ações e projetos destinados ao combate da discriminação, do preconceito e de outras expressões da desigualdade de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela Constituição Federal de 1988.

Essas diretrizes reforçam o compromisso institucional do CNJ com a democratização do sistema de justiça, evidenciando que as ações de humanização e itinerância analisadas, como os projetos “Direitos na Rua”, “Defensoria em Movimento” e a “Audiência na Calçada”, materializam, na prática, os princípios de cidadania ativa, transparência, empatia e inclusão social previstos nas políticas nacionais de democratização da justiça.

Portanto, as ações itinerantes e humanizadas analisadas neste estudo evidenciam que a democratização do sistema de justiça não se dá apenas por meio de reformas legislativas, mas, sobretudo, pela mudança de postura institucional. Quando o Estado reconhece que o cidadão vulnerável não é um número, mas uma vida em condição de desigualdade, e decide encontrá-lo onde ele está, transforma o acesso à justiça em um instrumento de cidadania, inclusão e dignidade.

7. PERSPECTIVAS PARA UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL E HUMANIZADO

As experiências de itinerância e humanização analisadas evidenciam que a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça exige muito mais do que a simples existência de estruturas judiciais ou de instrumentos legais. Trata-se de um processo contínuo de reconstrução institucional, em que o Estado reconhece a pluralidade das realidades sociais e busca atuar de forma proativa, empática e descentralizada.

Nesse sentido, iniciativas como o programa “Justiça no Bairro”, idealizado pela Desembargadora Joeci Machado Camargo, do Tribunal de Justiça do Paraná, representam um exemplo notável de como o judiciário pode se reinventar para promover uma justiça inclusiva e próxima da população. Ao refletir sobre o propósito de sua atuação, a magistrada afirmou:

No fórum, você só vai ver as pessoas que têm que ir buscar os seus direitos, mas não aquelas pessoas que estão escondidas, aquelas que estão invisíveis para nós e que precisam ser resgatadas. Tanto o seu direito à proteção, à sua dignidade, à sua afetividade, à sua ordem emocional, que é muito importante — e principalmente regularizar a família (Amapar, 2025).

A fala da Desembargadora traduz, de forma sensível e precisa, o verdadeiro sentido da humanização do acesso à justiça, que é alcançar as pessoas invisibilizadas e devolver-lhes o sentimento de pertencimento e de dignidade. Programas como o Justiça no Bairro evidenciam que a justiça se torna efetiva quando deixa de esperar o cidadão em seus prédios e passa a encontrá-lo onde ele está, reconhecendo que o direito à cidadania começa pelo olhar empático e pela escuta atenta.

A consolidação de um sistema de justiça mais acessível depende, sobretudo, da integração entre os diversos órgãos que o compõem. A cooperação entre Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e órgãos administrativos é condição essencial para a ampliação da rede de atendimento e para o fortalecimento da cidadania. Esse dever de colaboração está expressamente previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil, ao dispor que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Brasil, 2015). No mesmo sentido, a Resolução nº 460/2022 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 3º, inciso III, reforça a importância das ações integradas e de cooperação interinstitucional como meio de garantir o pleno exercício do direito de acesso à justiça, consolidando a atuação conjunta dos órgãos públicos como instrumento de eficiência, inclusão e efetividade processual.

Além da cooperação institucional, é imprescindível o investimento na formação humanizada dos operadores do direito. A itinerância e a humanização exigem profissionais sensíveis às diversidades sociais, preparados para atuar fora do ambiente formal e conscientes de que cada atendimento representa um ato de cidadania e dignidade. A inclusão de conteúdos relacionados aos direitos humanos, justiça social e escuta ativa nos programas de capacitação de magistrados, defensores, promotores e servidores contribuiria para consolidar uma nova cultura jurídica, voltada ao serviço público e à transformação social.

Outro eixo essencial é o fortalecimento da educação em direitos, voltada à população em geral. A democratização do conhecimento jurídico é condição indispensável para que o cidadão compreenda seus direitos e saiba como exercê-los. Campanhas educativas, oficinas comunitárias, atendimentos itinerantes e projetos de extensão jurídica popular podem funcionar como ferramentas eficazes para reduzir a distância entre o povo e o sistema de justiça.

A respeito, França et al. (2025, p. 9) explana que:

A implementação de conteúdos básicos de Direito nas escolas brasileiras poderia representar um instrumento eficiente para minimizar essas dificuldades. Disciplinas como Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito do Trabalho deveriam integrar o currículo do ensino fundamental e médio das instituições públicas.

Nessa perspectiva, o acesso à justiça deixa de ser apenas um ato simbólico e passa a constituir um processo pedagógico e emancipatório.

É igualmente necessário assegurar continuidade administrativa e planejamento institucional das ações itinerantes e humanizadas. Projetos como “Direitos na Rua”, “Defensoria em Movimento” e a “Audiência na Calçada” demonstram resultados concretos, mas também revelam a importância de políticas que garantam sua manutenção e expansão. A elaboração de planos estratégicos interinstitucionais, com metas, indicadores de impacto social e acompanhamento periódico, é passo decisivo para que essas experiências deixem de depender da vontade de gestões específicas e se consolidem como instrumentos permanentes de inclusão e cidadania.

Por fim, a construção de um sistema de justiça mais acessível e humanizado exige o fortalecimento de uma cultura institucional pautada pela empatia, transparência e proximidade com a sociedade. A presença do Estado nas ruas, nas comunidades e nos espaços de vulnerabilidade reafirma o compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana e com a promoção da igualdade. Mais do que uma inovação administrativa, a itinerância representa um gesto ético, que é o reconhecimento de que o direito só cumpre sua função quando alcança aqueles que mais dele necessitam.

Assim, as perspectivas para o futuro do acesso à justiça no Brasil passam pela consolidação de uma justiça itinerante, inclusiva e cidadã, capaz de dialogar com a sociedade e de se reinventar para servir com humanidade. Essa é a verdadeira essência do princípio constitucional do acesso à justiça, ou seja, um Estado que escuta, caminha e age ao lado do povo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos avanços, o acesso à justiça ainda enfrenta desafios significativos, incluindo a falta de informação, custos altos, burocracia excessiva, morosidade dos processos e desigualdades estruturais. A superação desses obstáculos exige um esforço contínuo e coordenado de todas as instituições envolvidas.

Este estudo evidenciou que o acesso à justiça, enquanto direito fundamental e princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito, ainda enfrenta obstáculos que refletem as desigualdades históricas da sociedade brasileira. As barreiras econômicas, tecnológicas e socioculturais analisadas demonstram que a mera previsão normativa é insuficiente para garantir a efetividade do direito de acesso à justiça, exigindo do Estado uma atuação ativa, empática e inclusiva.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da cidadania revelam-se como eixos essenciais para orientar a atuação dos poderes públicos e das instituições do sistema de justiça. Tais valores impõem ao Estado o dever de adotar políticas e práticas que assegurem não apenas a existência formal de direitos, mas sua efetiva realização, especialmente para aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

Nessa perspectiva, o Código de Processo Civil de 2015, ao dispor em seu artigo 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, reforça o caráter colaborativo e humanizado que deve nortear a atividade jurisdicional. O processo, portanto, deixa de ser um instrumento meramente técnico e passa a representar um espaço de diálogo, cooperação e solidariedade, voltado à concretização dos direitos fundamentais.

As práticas analisadas, “Direitos na Rua”, “Defensoria em Movimento” e a “Audiência na Calçada”, materializam esse ideal de cooperação e inclusão. Elas traduzem, em atos concretos, a aplicação dos princípios constitucionais e processuais que orientam o sistema jurídico brasileiro, transformando o acesso à justiça em um exercício de cidadania ativa e de respeito à dignidade humana.

Essas iniciativas também encontram amparo nas Resoluções nº 296/2019 e nº 460/2022 do Conselho Nacional de Justiça, que consolidam a Justiça Itinerante e a democratização dos serviços judiciais como políticas públicas permanentes. Ao promover a aproximação do Estado com os sujeitos vulneráveis e

incentivar a cooperação interinstitucional, o CNJ reafirma que a justiça deve ser instrumento de transformação social e não privilégio de poucos.

Conclui-se, portanto, que a verdadeira efetividade do direito de acesso à justiça se concretiza quando o Estado adota uma postura humanizada e proativa, capaz de reconhecer as desigualdades e enfrentá-las com políticas baseadas na empatia, no diálogo e na presença institucional. Mais do que abrir as portas dos tribunais, é preciso que a justiça caminhe até o cidadão, escute suas demandas e traduza o ideal constitucional em realidade tangível.

Assim, a itinerância e a humanização não representam apenas estratégias de gestão, mas expressões do dever constitucional de promoção da dignidade humana e da justiça social. Quando o Estado se dispõe a sair de seus espaços formais e a encontrar o cidadão onde ele está, o direito deixa de ser promessa e se transforma em presença, e o acesso à justiça, em instrumento concreto de cidadania, igualdade e esperança.

Evidentemente, a abordagem não pode se limitar ao acesso formal. É preciso combater as desigualdades sociais e econômicas que são a raiz de muitos problemas, alinhando a justiça à pauta dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AMAPAR. Curitiba/Pr: **Associação dos Magistrados do Paraná**, 07 jul. 2025. Disponível em: <https://www.amapar.com.br/noticia-rss/item/desembargadora-joeci-camargo-e-a-mais-nova-cidadã-honorária-de-paranavaí.html>. Acesso em: 20 ago. 2025.

ASSOCIAÇÃO IBERO-AMERICANA DE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. **REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE**: Brasília: Projecto Eurosocial Justiça, 2008. 24 p. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2025.

BRASIL. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 de Agosto de 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 460**, de 06 de maio de 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1733252022060862a0dd650ca53.pdf>. Acesso em: 10 de ago. de 2025.

BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. **Defensoria Pública leva atendimento jurídico e cidadania a pessoas em situação de rua no interior do Paraná**. 2025. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Defensoria-Publica-leva-atendimento-juridico-e-cidadania-pessoas-em-situacao-de-rua-no>. Acesso em: 09 set. 2025.

BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública**. Brasília: DPU, 2025. 196 p. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2025-ebook.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CNJ. **PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELA LINGUAGEM SIMPLES**: PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELA LINGUAGEM SIMPLES. Brasília: Cnj, 2023. 9 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/11/pacto-nacional-do-judiciario-pela-linguagem-simples.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

FRANÇA, Elivone Nascimento; SOUSA, Francisco Wesley Gonçalves da Silva; CAVALCANTE, Máira Melo; DE OLIVEIRA, Luiz Carlos Carvalho; SANTOS, Jane Karla de Oliveira. ACESSO À JUSTIÇA: DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO CIDADÃO HIPOSSUFICIENTE NA LUTA POR SEUS DIREITOS. **ARACÊ**, [S. l.], v. 7, n. 9, p. e8459, 2025. DOI: 10.56238/arev7n9-247. Disponível em: <https://periodicos.newssciencepubl.com/arace/article/view/8459>. Acesso em: 10 out. 2025.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi; JUNIOR, Jesuíno Pereira de Oliveira; SELETI, Karine de Paula; MENDES, Náiali Cris Oliveira; SCHIMITT, Viviane. A INFORMATIZAÇÃO JUDICIAL E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS REPRESENTADAS PELOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, [S. l.], v. 13, n. 1, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/3432>. Acesso em: 11 set. 2025.

SIMÕES, Paula Cristina de Oliveira. **O ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**: os excluídos digitais e o papel do conselho nacional de justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2025. 206 p.

SORRENTINO, Luciana Yuki F. Acesso à justiça para os invisíveis. **Revista Eletrônica Direito Exponencial – Diex**, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-18, 7 abr. 2022. Revista Juventude e Políticas Publicas. <http://dx.doi.org/10.22477/diex.v1i1.797>. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/diex/article/download/797/154&ved=2ahUKEwj8xaaU85qQAxVSILkGHskzMHAQFnoECB4QAQ&usq=AOvVaw0JkOvIJRXitENfp_Gm2zEy. Acesso em: 10 set. 2025.

SOUZA, Luciane Leão de; PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; THAMAY, Rennan. Políticas públicas de acesso à justiça e seu impacto nas camadas populacionais mais vulneráveis. **Revista dos Tribunais**. vol. 1067. ano 113. São Paulo: Ed. RT, setembro 2024.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Vanessa Carvalho. Bioética e Direito: Vulnerabilidade da Pessoa em Situação de Rua. Será que alguém se importa? In: VIEIRA, Tereza Rodrigues;

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA**: Invisibilidade,

Preconceitos e Direitos. 1. ed. Brasília: Zakarewicz, 2018. 320 p.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

PROCESSO ESTRUTURAL E O DESAFIO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Patricia Borba Marchetto

Pós doutora pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Orientadora vinculada ao PPGD/Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, campus Franca, e-mail: patricia.marchetto@unesp.br. <http://lattes.cnpq.br/9857008056151410>

Arthur Gonçalves Cassiani

Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP, Ribeirão Preto, SP – Brasil. E-mail: a.cassiani@unesp.br. Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-3803-0640>

INTRODUÇÃO

O controle judicial das políticas públicas é um mecanismo jurídico que visa assegurar a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, particularmente quando a Administração Pública demonstra ineficiência ou se omite na oferta de serviços essenciais como os de saúde (Rodrigues, 2024, p. 02).

Nesse contexto, ganham destaque as decisões judiciais com caráter dialógico e estrutural, que vão além da proteção do direito individual à saúde e passam a enfrentar problemas coletivos e sistêmicos. Essas decisões promovem um diálogo constante entre os poderes, os agentes públicos e a sociedade, fomentando a construção conjunta de soluções que transformem e reorganizem as políticas públicas de forma efetiva e duradoura.

O direito à saúde, garantido pela Constituição, está intrinsecamente ligado à proteção da vida e à dignidade humana. Trata-se de uma obrigação do Estado, que deve agir ativamente para desenvolver políticas públicas capazes de prevenir doenças e assegurar o acesso universal e igualitário aos serviços de

saúde, e esse direito configura um componente essencial para a manutenção do mínimo existencial, condição básica para que o indivíduo possa viver com dignidade, refletindo a necessidade das políticas sociais de ir além do simples atendimento mínimo, buscando garantir o máximo desse patamar fundamental (Ibidem, 2024, p. 05).

O reconhecimento da saúde como direito fundamental evidencia a responsabilidade do Estado em promover ações concretas que garantam condições mínimas de vida digna para toda a população. Mais do que um formalismo legal, essa compreensão exige um comprometimento efetivo na formulação e execução de políticas públicas que não apenas atendam às necessidades básicas, mas também promovam a ampliação do acesso e a melhoria contínua dos serviços de saúde.

Contudo, a grave insuficiência de investimentos no Sistema Único de Saúde (SUS) revela uma crise estrutural que ultrapassa falhas pontuais e exige uma resposta coordenada e abrangente. Essa realidade pode ser compreendida como um cenário de violação contínua e sistemática de direitos fundamentais, no qual o Estado mostra-se incapaz de garantir condições mínimas adequadas para a proteção da saúde da população, e que demanda um novo olhar jurídico que transcenda ações isoladas, incorporando um modelo de controle que promova o diálogo entre os poderes e permita soluções estruturais, capazes de corrigir omissões históricas e assegurar, de maneira efetiva, o direito à saúde para todos.

Nesse contexto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595 (ADI 5595) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 866 (ADPF 866) constituem marcos relevantes no debate jurídico sobre o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. A ADI 5595, proposta pela Procuradoria-Geral da República, contestou dispositivos da Emenda Constitucional 86/2015 que estabeleceram critérios progressivos para o piso mínimo de investimento federal em saúde, sob o argumento de que tais medidas configurariam retrocesso no financiamento público e, conseqüentemente, violação aos direitos fundamentais à saúde e à vida. Apesar de a Suprema Corte ter julgado improcedente o pedido de inconstitucionalidade, o caso suscitou reflexões importantes sobre os limites da vedação ao retrocesso social em políticas públicas.

Por sua vez, a ADPF 866 busca o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional (ECI) decorrente do subfinanciamento estrutural da saúde pública, demandando uma resposta judicial mais efetiva diante das omissões persistentes do Estado em garantir recursos adequados para o SUS, ilustrando a complexidade e os desafios da judicialização do financiamento da saúde.

Em suma, a aplicação do conceito de ECI no financiamento da saúde pública destaca a importância dos processos estruturais como ferramenta crítica para corrigir disfunções que comprometem a capacidade do Estado em assegurar di-

reitos fundamentais. Ao reconhecer que o subfinanciamento do SUS representa uma violação sistêmica dos direitos à saúde, o Judiciário fortalece seu papel na promoção de políticas mais equitativas e integradas, exigindo que o Legislativo e o Executivo adotem medidas concretas para superar essas barreiras e garantir que os recursos destinados ao SUS sejam aplicados com planejamento e coerência (Campos, 2024, p. 24).

O financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil é marcado por desafios arraigados que comprometem sua plena efetivação. Embora a Constituição de 1988 tenha estabelecido a saúde como um direito universal, assegurando fontes específicas de recursos por meio da seguridade social, a prática tem se distanciado desse ideal. Um exemplo crucial dessa desconexão é a Desvinculação de Receitas da União (DRU), que permite que parte significativa das contribuições sociais seja desviada para outras áreas, enfraquecendo os recursos destinados à saúde pública, o que impõe uma sobrecarga financeira sobre estados e municípios, que muitas vezes precisam compensar os cortes da esfera federal, comprometendo a estabilidade e a continuidade das políticas de saúde (Ibidem, 2020, p. 25).

Esse quadro evidencia a complexidade de garantir um financiamento adequado e sustentável para o SUS, mostrando que, além de dispositivos legais, é necessária uma articulação político-institucional efetiva para assegurar a aplicação dos recursos conforme previsto, e a persistência dessas dificuldades aponta para a necessidade de revisões estruturais nas políticas orçamentárias, visando não só o cumprimento formal das normas, mas a garantia real e ampla do direito à saúde para toda a população.

A problemática dos processos estruturais relacionados ao financiamento do SUS e à aplicação do conceito de estado de coisas inconstitucional (ECI) revela uma série de desafios sistêmicos que comprometem a efetividade do direito à saúde no Brasil. Apesar da previsão constitucional que assegura universalidade e equidade no acesso aos serviços, como visto, o SUS enfrenta um subfinanciamento crônico, agravado por dispositivos como a Desvinculação de Receitas da União (DRU) e o congelamento de gastos imposto pela Emenda Constitucional 95, que restringem severamente a capacidade de investimento do sistema.

Essa escassez de recursos afeta diretamente a qualidade e a abrangência dos serviços, ampliando as desigualdades regionais e sociais no acesso à saúde, de modo que a atuação judicial por meio dos processos estruturais busca corrigir essas falhas, reconhecendo o caráter sistêmico do problema e promovendo decisões que exigem mudanças nas políticas públicas.

Entretanto, essa intervenção enfrenta limitações práticas e institucionais, uma vez que o financiamento da saúde depende de decisões políticas complexas e do equilíbrio entre os poderes. Assim, a tensão entre o papel corretor do Judiciário e os limites da autonomia administrativa e orçamentária evidencia a

necessidade de um diálogo mais amplo e articulado para superar as vulnerabilidades estruturais do SUS, garantindo, de fato, a efetivação dos direitos fundamentais à saúde.

O desenvolvimento deste artigo seguirá uma abordagem metodológica fundamentada em revisão bibliográfica, que contemplará uma seleção criteriosa de obras acadêmicas abrangendo livros, artigos científicos, monografias e outras publicações pertinentes ao tema, o que visa garantir uma análise aprofundada, com respaldo teórico consistente que sustente a investigação de forma rigorosa.

A escolha cuidadosa das fontes buscará assegurar o acesso a informação atualizada, relevante e confiável, produzida por autores reconhecidos na área de estudo. Além disso, a pesquisa contemplará múltiplos enfoques teóricos para promover uma compreensão ampla e crítica do tema, enriquecendo o debate e consolidando uma base reflexiva para o desenvolvimento do trabalho.

1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A noção de saúde enquanto direito coletivo, cuja realização exige ação efetiva do Estado, se consolidou como base dos sistemas públicos de cuidado social adotados internacionalmente após grandes conflitos. Esse princípio ganhou força a partir de iniciativas britânicas como o relatório de Beveridge (1942, p. 06), marco que definiu padrões para promover acessibilidade e cobertura universal sem custos diretos aos cidadãos, servindo de inspiração para o modelo brasileiro do SUS. Beveridge propôs enfrentar os principais obstáculos à reconstrução social por meio de políticas integradas de seguridade, destacando a saúde como serviço essencial garantido a todos, não condicionado à capacidade contributiva individual (1942, p. 158-159).

A Constituição de 1988 trouxe um avanço significativo ao consolidar a saúde como um direito fundamental de todos e um dever do Estado brasileiro. Inspirada por experiências internacionais e pelo desejo de construir uma ordem social mais justa, a Carta Magna conferiu clareza às obrigações públicas, afastando interpretações vagas sobre o alcance da proteção estatal em saúde. Diferentes visões sobre o que a sociedade pode ou deve financiar, indo do atendimento integral a todas as necessidades individuais até a priorização de ações coletivas, tornam ainda mais relevante o papel ordenador da Constituição nesse contexto.

O artigo 196, de forma decisiva, estabelece que o acesso à saúde deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas orientadas para a promoção do bem-estar, a prevenção de riscos e o atendimento universal, igualitário e integral. Esse dispositivo não promete a resolução milagrosa de todas as questões de saúde, mas institui a obrigação estatal de organizar um sistema público fundamentado em princípios claros, como a universalidade, a igualdade e a integralidade, cabendo ao Estado estruturar políticas amplas e eficientes, e

não responder de modo ilimitado a demandas individuais, consolidando um modelo coletivo de proteção social por meio do Sistema Único de Saúde (Menezes 2023, p. 13).

Nesse contexto, importante resgatar a teoria da reserva do possível, inicialmente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão nos anos 1960, no sentido de que a efetivação de direitos sociais pelo Estado está condicionada à existência de recursos financeiros disponíveis, ou seja, o atendimento das demandas só é exigível dentro de limites razoáveis, considerando-se a disponibilidade orçamentária e os recursos públicos (Sarlet, 2001, p. 265), não havendo um direito subjetivo à satisfação de todas as necessidades do cidadão se não houver razoabilidade quanto às suas expectativas e disponibilidade efetiva dos meios necessários.

Quando o cidadão não consegue acessar o direito à saúde por meio administrativo, recorre ao Judiciário para garantir esse direito constitucional. Essas demandas, sejam individuais ou coletivas, têm crescido nas instâncias estaduais e federais, e o processo judicial, embora tradicionalmente voltado ao litígio, deve ser compreendido como meio para efetivar a prestação do serviço de saúde, sendo fundamental, por parte da doutrina, compreender que a reserva do possível não deve ser encarada como um obstáculo absoluto para a efetivação do direito à saúde. Ao contrário, o Judiciário precisa atuar de forma proativa para garantir que as limitações orçamentárias não se convertam em desculpas para a violação de direitos fundamentais, tratando-se a judicialização como o mecanismo legítimo que corrige falhas estatais e assegura que políticas públicas cumpram o seu verdadeiro propósito.

O protagonismo do Judiciário em matéria de direito à saúde é também uma das facetas da crise do Estado Brasileiro. Ou seja, se o setor público não funciona adequadamente, o caminho natural é a judicialização, pois é necessário buscar o direito à saúde pela via judicial para que o direito seja efetivado. Contudo, é fundamental buscar um equilíbrio, pois a inclusão de determinados tratamentos ou insumos pela via judicial pode comprometer o planejamento e a racionalidade dos gastos públicos, influenciando outras políticas sanitárias.

A ponderação requerida entre limitações de recursos públicos e a efetividade dos direitos fundamentais leva, em casos envolvendo o mínimo necessário para preservar a vida e a dignidade da pessoa humana, à prevalência desses valores sobre alegações meramente financeiras. Assim, diante da necessidade de cuidados médicos essenciais, o direito a essas prestações deve ser considerado subjetivo e plenamente exigível em juízo, desde que o ordenamento jurídico contemple o tipo de provimento buscado pelo autor, sem afronta às normas existentes (Luque, 2020, p. 30).

2. PROCESSO ESTRUTURAL

Processo estrutural é um conceito originado nos Estados Unidos, emergindo do ativismo judicial que marcou o Poder Judiciário americano entre as décadas de 1950 e 1970, com um enfoque pragmático mais do que acadêmico. Tudo começa com o emblemático caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), quando a Suprema Corte declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas, provocando uma profunda reforma no sistema educacional. Essa decisão inaugurou o chamado “*structural reform*”, princípio pelo qual o Judiciário pode impor reformas amplas em instituições públicas para garantir direitos fundamentais. Com o tempo, essa abordagem foi estendida a outras áreas, como o sistema prisional, serviços sociais e cuidados à saúde mental, transformando o modelo em instrumento para promover mudanças estruturais em órgãos públicos por meio de decisões judiciais (Didier *et al.*, 2023, p. 104).

O ponto central do processo estrutural é a existência de um problema estrutural, uma situação de desconformidade permanente ou contínua, que não necessariamente implica ilegalidade, mas que representa um afastamento do estado ideal das coisas e exige reorganização ou reestruturação. Tal problema se manifesta em contextos como a inadequação de acessibilidade para pessoas com deficiência, a falta de políticas de combate a doenças, a ausência de conteúdo curricular que reconheça minorias étnicas ou condições precárias em centros prisionais. Além disso, problemas estruturais também aparecem fora da esfera pública, como em casos de falência ou recuperação judicial, onde a normalidade financeira da empresa está comprometida e demanda uma intervenção reorganizadora (Ibidem, 2023, p. 105), geralmente relacionado ao chamado litígio coletivo.

O objetivo imediato do processo estrutural é alcançar o estado ideal de coisas – um sistema educacional livre de segregação, um sistema prisional em que sejam asseguradas a dignidade do preso e a possibilidade de ressocialização, um sistema de saúde universal e isonômico, e, também, por exemplo, a preservação da empresa recuperanda. Nesses casos, busca-se remover o estado de desconformidade, promovendo uma transição para o estado de conformidade (Ibidem, 2023, p. 108).

Nesse caso, importante destacar que litígio coletivo refere-se a conflitos jurídicos que envolvem grupos de pessoas afetadas como um todo, diferentemente dos litígios individuais, que dizem respeito a relações pessoais específicas. Essa coletividade pode ser entendida sob três prismas: como estrutura, quando o impacto é difuso e pouco relevante individualmente; como solidariedade, quando há vínculos sociais entre os afetados; e como criação, no caso de grupos heterogêneos e mutáveis. Dessa concepção derivam três tipos principais

de litígios coletivos: globais, que apresentam baixa conflituosidade e impacto reduzido; locais, com laços sociais e conflito moderado; e irradiados, marcados por alta conflituosidade e diversidade nos danos, como no desastre ambiental de Mariana (Vitorelli, 2018, p. 03).

Além disso, a complexidade da reparação varia entre litígios simples, com soluções diretas, e complexos, que demandam análise multidisciplinar. No cenário jurídico, enquanto litígios coletivos são comuns e inevitáveis devido às relações massificadas, os processos coletivos que buscam garantir a tutela desses direitos dependem do ordenamento jurídico de cada país, com sistemas variados quanto à abrangência e aplicabilidade, e com o fenômeno da litigância de massa trazendo desafios adicionais, de modo que o o sistema de precedentes representa uma ferramenta que traduz decisões individuais em soluções aplicáveis à coletividade, reforçando a conexão entre litígios individuais e coletivos (Ibidem, 2018, p. 04).

Em resumo, processo estrutural é aquele que busca, por meio da atuação judicial, promover reformas amplas e profundas em instituições ou políticas, visando corrigir estados duradouros de desorganização que prejudicam a efetividade de direitos constitucionais e sociais, configurando-se como ferramenta essencial para enfrentar problemas sistêmicos complexos.

Dado esse contexto, torna-se imperativo refletir sobre a capacidade dos sistemas judiciais em ajustar-se às especificidades de cada tipo de litígio coletivo, sobretudo quando a fragmentação social e a complexidade dos danos acarretam desafios inéditos à representação e à efetividade da justiça. Em particular, a distinção entre processos individuais e coletivos evidencia uma tensão estrutural que pode comprometer a resolução eficaz de demandas sociais amplas. Ademais, a globalização dos conflitos e a natureza transnacional de muitos litígios coletivos indicam a urgência de repensar não apenas a jurisdição tradicional, mas também os conceitos de soberania e cooperação internacional entre sistemas jurídicos.

O Supremo Tribunal Federal, em diferentes momentos, apresentou decisões que podem ser enquadradas na categoria das chamadas decisões estruturais, em razão de seu impacto sistêmico e da tentativa de reorganização institucional frente a contextos de lacuna normativa ou de indefinição procedimental. No julgamento da Ação Popular nº 3.388/RR, também conhecida como caso Raposa Serra do Sol, a Corte reconheceu a demarcação contínua das terras de um povo indígena, mas condicionou o usufruto dessas terras a determinadas diretrizes, dentre elas a primazia dos interesses da Política de Defesa Nacional, em virtude de sua localização em área fronteira do território brasileiro (Idem, 2020, p. 06).

Desse modo, o Tribunal não apenas assegurou o direito ao usufruto, mas também instituiu parâmetros administrativos e jurídicos a serem observados

nos processos de identificação e demarcação de terras indígenas. Esse episódio revela a natureza modular das decisões estruturais, que frequentemente impõem um regime de transição normativa com vistas a preservar a segurança jurídica (Idem, 2020, p. 06).

Outro precedente de relevo é o Mandado de Injunção 708/DF, no qual o Tribunal Constitucional interveio diante da persistência da omissão legislativa em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis. Para evitar a perpetuação de um estado de inércia jurídica, o STF determinou a aplicação provisória da Lei nº 7.783/1989, originalmente destinada aos trabalhadores celetistas, adaptando-a às especificidades do funcionalismo público, até que uma disciplina normativa própria fosse estabelecida. Além disso, em sede da ADPF 378, relativa ao rito do processo de impeachment presidencial, o Supremo detalhou etapas essenciais do procedimento, esclarecendo a divisão de competências entre Câmara dos Deputados e Senado Federal, definindo o quórum de votação em cada fase e reafirmando a publicidade do processo de formação da comissão especial (Idem, 2020, p. 07).

Em todos esses casos, nota-se que não se tratava propriamente de situações de ilegalidade prévia, mas de zonas cinzentas normativas ou procedimentais, que o STF buscou substituir por um modelo jurídico e interpretativo dotado de maior clareza, estabilidade e operacionalidade (Idem, 2020, p. 07).

3. DESAFIOS E PERSPECTIVAS

É interessante destacar, à guisa de reflexão crítica, que esse protagonismo do Supremo Tribunal Federal na formulação de decisões estruturais levanta tensões importantes no equilíbrio entre os Poderes da República. Se, por um lado, tais decisões cumprem uma função de preenchimento normativo em face de omissões legislativas e incertezas procedimentais, por outro, abrem margem para questionamentos sobre a extensão da legitimidade judicial na reconstrução do ordenamento jurídico.

Essa tensão desnuda o paradoxo entre a necessidade de assegurar a efetividade constitucional e os riscos de hipertrofia judicial. Nesse sentido, seria oportuno que a doutrina e a prática institucional evoluíssem no sentido de delimitar os parâmetros do que deve ser considerado uma decisão estrutural, evitando a banalização do instituto e reservando-o a hipóteses em que a ausência regulatória comprometa, em grau elevado, a estabilização de direitos fundamentais ou de procedimentos de alta relevância democrática. Assim, projeta-se como campo fértil de pesquisa futura a investigação sobre como conciliar a urgência de plena eficácia constitucional com mecanismos de deferência e cooperação interinstitucional que mitiguem os riscos de um ativismo jurídico excessivo.

No cenário brasileiro, a doutrina processual vem delineando aspectos essenciais do processo estrutural que facilitam sua compreensão e aplicação. Destacam-se características como a complexidade, a multiplicidade de atores envolvidos (multipolaridade), a dimensão prospectiva das decisões, a flexibilidade procedimental e a dissolução da separação tradicional entre as fases de cognição (análise do mérito) e execução (cumprimento da decisão). Em especial, a flexibilidade procedimental e a alternância contínua entre as etapas de cognição e execução são fundamentais para lidar com a dinâmica do litígio estrutural, que exige adaptações constantes para garantir a efetividade das decisões (Campa-nharo *et al.*, 2022, p. 15).

Complexidade refere-se à existência de múltiplas pretensões e possibilidades de tutela, tornando o litígio multifacetado. A conflituosidade surge da presença de vários grupos com interesses pessoais divergentes e interligados dentro do mesmo processo. O policentrismo se evidencia na interconexão e sobreposição desses diversos interesses, tornando necessária a articulação de soluções para múltiplas partes afetadas. Já a prospectividade é a busca por soluções judiciais voltadas para o futuro, com decisões progressivas que alteram a realidade social a fim de cessar violações de direitos (Vieira, 2024, p. 06).

Essas características implicam numa atuação judicial dinâmica: a causa de pedir e os pedidos devem ser adaptáveis, as partes representadas adequadamente e o juiz assumir postura ativa, promovendo decisões graduais e permitindo efetiva participação de todos: a principal peculiaridade do processo estrutural é sua capacidade de adaptação constante ao contexto em transformação, permitindo a reorganização de instituições públicas ou privadas para efetivar direitos fundamentais e políticas públicas estruturais.

Contudo, o sistema vigente carece de técnicas e bases próprias para lidar com os desafios desses litígios, o que pode gerar ineficácia e riscos como a má representação e o atendimento insuficiente dos interesses coletivos. Propostas legislativas, incluindo o Projeto de Lei nº 8.058/2014 e o PL 1.641/21, buscam regulamentar o processo estrutural, enfatizando a necessidade de uma cognição mais profunda, contraditório ampliado, diálogo institucional e participação ampla, além da flexibilização das fases processuais e da reunião de múltiplos processos. Tal movimento representa a busca por um modelo processual que supere o individualismo clássico, reconhecendo a judicialização da política como espaço público para formulação, fiscalização e execução de políticas públicas de forma democrática, dialogal e colaborativa.

A insuficiência do ordenamento processual atual para comportar a singularidade dos litígios estruturais não apenas revela lacunas técnicas, mas também desafia concepções tradicionais acerca do papel do Judiciário e da própria noção de justiça. Nesse viés, é oportuno refletir se a implementação de um processo estrutural efetivo demandará, além de reformas legislativas, uma mudança cul-

tural no âmbito jurídico, com capacitação e preparação dos operadores do Direito para uma atuação que extrapole a simples aplicação normativa e incorpore habilidades de gestão, mediação e diálogo social.

Em contrapartida, dado esse contexto, urge analisar como as propostas legislativas em tramitação conciliam a necessária flexibilidade processual com garantias fundamentais como o contraditório e a segurança jurídica, sem sucumbir a riscos de judicialização excessiva ou interferência indevida em políticas públicas. Por fim, essa temática abre campo para pesquisas futuras que examinem os impactos práticos da adoção de processos estruturais nos tribunais brasileiros, a partir do acompanhamento de casos concretos e das consequências institucionais sobre o sistema de justiça e a proteção dos direitos coletivos.

A concepção de um paradigma processual de larga escala para o Sistema Único de Saúde (SUS) revela-se não apenas pertinente, mas urgente, quando se considera a complexidade inerente à gestão de uma rede de saúde de proporções continentais. A natureza coletiva e massiva do sistema impõe desafios que transcendem as lides individuais, demandando respostas judiciais igualmente abrangentes e estruturais. Nesse contexto, o processo estrutural surge como um mecanismo potencialmente capaz de catalisar transformações profundas, orientando-se não para o caso pontual, mas para a reformulação de políticas públicas e a correção de falhas sistêmicas que impactam milhões de cidadãos.

Não se pode ignorar, contudo, que a operacionalização desse modelo esbarra em uma teia complexa de obstáculos federativos e administrativos, especialmente porque a efetiva implementação de decisões estruturais pressupõe um diálogo permanente e institucionalizado entre os entes da federação, cada qual com suas competências e realidades socioeconômicas específicas. Sem protocolos claros de cooperação e mecanismos ágeis de monitoramento, há um risco tangível de que as ordens judiciais se tornem letra morta, ampliando o abismo entre a normatização e a prática concreta nos territórios.

Outro ponto de crítica reside na tensão inevitável entre a uniformidade desejada nas respostas judiciais e a heterogeneidade profunda das realidades sanitárias brasileiras. Um processo estrutural nacional, para ser efetivo, precisa necessariamente estabelecer parâmetros gerais e metas sistêmicas. No entanto, a aplicação cega desses comandos, sem um olhar apurado para as disparidades regionais, que vão desde a disponibilidade de insumos até a capacidade técnica dos gestores locais, pode, paradoxalmente, exacerbá-las. O grande risco é que uma intervenção bem-intencionada, mas excessivamente centralizadora, acabe por engessar a gestão, sufocando as soluções criativas e contextualizadas que frequentemente emergem nos municípios. A verdadeira eficácia, portanto, talvez não esteja na imposição de um modelo único, mas na construção de uma arquitetura flexível que oriente e responsabilize os entes federativos, ao mesmo

tempo em que lhes confira a autonomia necessária para adaptar as soluções à concretude de seus territórios.

Assim, a grande questão que se coloca é se o atual arcabouço jurídico e a cultura de gestão pública estão maduros o suficiente para assimilar um instrumento de tal magnitude, ou se, ao contrário, estaríamos fadados a replicar em larga escala as mesmas disfunções que hoje paralisam a solução de problemas locais. O potencial transformador do processo estrutural é inegável, mas sua viabilidade depende de uma vontade política coordenada que até agora tem sido mais a exceção do que a regra na administração pública brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle judicial das políticas públicas, especialmente no âmbito do direito à saúde, assume papel imprescindível para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira. Diante da crise estrutural do Sistema Único de Saúde (SUS), marcada pelo subfinanciamento crônico e insuficiência de investimentos, torna-se evidente a necessidade de decisões judiciais que ultrapassem a tutela individual e promovam reformas institucionais estruturais. Nesse cenário, os processos judiciais com caráter dialógico e estrutural revelam-se ferramentas cruciais para fomentar o diálogo entre os poderes, a sociedade e os gestores públicos, buscando soluções duradouras que garantam o acesso universal, igualitário e de qualidade à saúde, conforme os princípios constitucionais estabelecidos.

Entretanto, o protagonismo do Judiciário no enfrentamento desses problemas sistêmicos gera desafios significativos, em especial no equilíbrio entre a atuação judicial e a autonomia político-administrativa dos demais poderes. A judicialização da saúde, ainda que necessária para preencher omissões e corrigir falhas, deve ser acompanhada de cuidados para não comprometer a racionalidade e a sustentabilidade das políticas públicas. A tensão entre a efetividade dos direitos fundamentais e a separação de poderes exige um modelo processual flexível e participativo, capaz de incorporar a pluralidade de atores sociais e promover o diálogo institucional, de modo a legitimar e viabilizar as transformações estruturais necessárias ao aprimoramento do SUS.

Além disso, a insuficiência do ordenamento jurídico vigente para lidar integralmente com a complexidade dos litígios estruturais evidencia a urgência de inovações legislativas e culturais. Projetos de lei recentes, voltados para regular procedimentos processuais adequados ao enfrentamento dessas demandas, sinalizam avanços importantes, especialmente na ampliação do contraditório, na flexibilização de fases processuais e na promoção de uma atuação judicial mais proativa e colaborativa. Contudo, sua implementação efetiva demanda um esforço conjunto de capacitação dos operadores do direito e de integração in-

terinstitucional, superando visões tradicionais e promovendo uma justiça mais democrática, reflexiva e socialmente responsiva.

Por fim, a consolidação do processo estrutural como instrumento eficaz de tutela coletiva no Brasil está diretamente ligada à capacidade do sistema jurídico de se adaptar às demandas sociais contemporâneas, ampliando a participação popular e garantindo respostas ágeis e adequadas à complexidade dos problemas enfrentados. O diálogo entre doutrina, jurisprudência, legislativo e sociedade civil será fundamental para superar os dilemas presentes, preservando a efetividade dos direitos sociais sem perder de vista os limites institucionais e normativos indispensáveis ao equilíbrio democrático. Assim, a justiça estrutural desponta como um caminho promissor para transformar efetivamente a realidade das políticas públicas, sobretudo no que tange ao direito à saúde, promovendo a dignidade humana e a cidadania em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

BEVERIDGE, William. **O Plano Beveridge**: Relatório sobre o seguro social e serviços afins. Rio de Janeiro: José Olympio, 1942.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595. Requerente: Procuradoria Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: STF, 2016.

CAMPANHARO, Jorge Luiz Rodrigues; SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. Processo estrutural e o problema da coisa julgada. **Civil Procedure Review**, 2022. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/download/271/228/580>. Acesso em: 19 jun. 2025.

CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. Processos estruturais e o papel do STF no financiamento do SUS: uma análise constitucional do estado de coisas inconstitucional. **Revista Jurídica da Ebserh**, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh-intensifica-assistencia-a-distancia-como-estra/pt-br/ensino-e-pesquisa/revista-juridica-da-ebserh/numeros-antiores/volume-1-numero-2-dezembro-2024/artigos-de-autores-convidados/processos-estruturais-e-o-papel-do-stf-no-financiamento-do-sus-uma-analise-constitucional-do-estado-de-coisas-inconstitucional-thiago-lopes-cardoso-campos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2025.

DIDIER JR, Freddie.; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 303, p. 45-81, maio 2020. Disponível em: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 15 ago. 2025.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao direito à saúde. **Ministério Público do Rio de Janeiro**, 2023. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_&_Hermes_Zaneti_Jr_&_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 18 ago. 2025.

LUQUE, Fernando da Silva. O processo estrutural nas políticas públicas de saúde. Dissertação (Mestrado). Universidade Nove de Julho, 2020. Disponível em: <https://bibliotecade.uninove.br/handle/tede/2386>. Acesso em: 10 set. 2025.

MENEGUIM, LPS. O processo estrutural e a incorporação de tecnologias no Sistema Único de Saúde brasileiro. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2023. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/items/59f8a811-5fa9-4be1-8a3f-3e6922118d0a>. Acesso em: 10 ago. 2025.

RODRIGUES, Leonardo Alves. Decisões dialógicas estruturantes e saúde pública: controle judicial de políticas públicas. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 23, n. 62, 2024. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/download/809/660/2202> Acesso em: 2 set. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIEIRA, Leandra Araujo. O Processo Estrutural Como Instrumento Adequado para Prestação Jurisdicional Eficaz. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, 2024. Disponível em: <https://escoladaajuris.org.br/wp-content/uploads/2024/11/3o-colocado-Leandra-Araujo-Vieira.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2025.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 284, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 12 ago. 2025.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, XENOFOBIA E PROCESSO CIVIL: O ACESSO À JUSTIÇA DOS MIGRANTES E REFUGIADOS EM FACE DO DISCURSO DE ÓDIO

Alexandre César Rodrigues da Silva

Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR, bolsista CAPES/PROSUP. Especializações em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário; Direito Educacional; Direito de Família e Sucessões; e Educação Especial, todas pela Faculdade UNINA. Graduado em Direito e em Pedagogia pela UNIPAR.

Tereza Rodrigues Vieira

Pós Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá; Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP/Doutorado Sandwich Université Paris; Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito na UNIPAR, Universidade Paranaense; terezavieira@uol.com.br . <https://orcid.org/0000-0003-0333-7074>.

1 INTRODUÇÃO

É fundamental refletir sobre a interseção entre liberdade de expressão, xenofobia e processo civil, especialmente no que se refere ao acesso à justiça para migrantes e refugiados. A questão reside em como o discurso de ódio, disfarçado como liberdade de expressão, afeta e viola os direitos dessas populações, e como o sistema judiciário pode atuar para garantir a proteção e a reparação.

O Brasil contemporâneo experimenta um crescimento significativo no fluxo de migrantes e refugiados, especialmente em decorrência de crises regionais, como a da Venezuela. Em contraste com a política de acolhimento legalmente estabelecida, este movimento demográfico é acompanhado por um agravamen-

to dos discursos xenofóbicos, manifestados com especial virulência no ambiente digital, onde as denúncias de ódio online apresentam elevação notável.

Este contexto dual impõe ao sistema jurídico nacional, e em especial ao Direito Processual Brasileiro, o desafio de equacionar garantias fundamentais intrinsecamente tensionadas: a liberdade de expressão, garantida na Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu art. 5º, IX, e a proteção de grupos vulneráveis contra o discurso de ódio. O Brasil, enquanto signatário de tratados internacionais, deve equilibrar este direito com a responsabilidade ulterior de proteger a ordem pública e os direitos de terceiros.

A CF/88 estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu artigo 5º, XXXV, assegurando que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Contudo, o mero reconhecimento formal deste direito não elimina as barreiras fáticas que impedem migrantes e refugiados de acessarem a justiça em sua plenitude, como o idioma, os custos processuais e o medo de retaliação.

Nesse contexto, a presente análise propõe-se a discutir a aplicação da legislação e da jurisprudência brasileira no enfrentamento da xenofobia e do discurso de ódio. Um dos objetivos centrais deste trabalho é examinar a resposta do ordenamento jurídico frente a esta problemática, analisando a aplicação de leis específicas, como a Lei de Migração (13.445/17), e da jurisprudência que, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 do Supremo Tribunal Federal (STF), equiparou a xenofobia ao crime de racismo.

O estudo aproveita a oportunidade para discorrer sobre a aplicação do Direito Processual Brasileiro e a necessidade de se criar mecanismos céleres e eficazes que garantam a efetividade da tutela jurisdicional na remoção de conteúdo online e na responsabilização de autores e plataformas. Dessa forma, o foco recai sobre a criação de instrumentos processuais que garantam o acesso à justiça a essa população vulnerável, promovendo o equilíbrio exigido entre a garantia de expressão e o combate à hostilidade, uma vez que, como reitera a máxima, “onde começa o ódio, termina o direito”.

2. O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO: FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO

O Direito Humanitário ou Direito de Genebra, está incluído em uma face dos Direitos Humanos, mais precisamente como um ramo do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo objeto principal é mitigar a violência inerente aos conflitos armados e, consequentemente, minimizar o impacto das hostilidades entre os seres humanos, vítimas desses conflitos.

Historicamente, foi a partir do século XVIII, com o surgimento do Estado Liberal e a necessidade de se fortalecer a atuação negativa do Estado aliado a uma visão individualista que enfatizava e fortalecia os direitos civis, cujo fundamento era a defesa da liberdade, da segurança e da propriedade. Era a consolidação da reação antiabsolutista de cunho racional e defendida por filósofos e pensadores como John Locke, que prega “a limitação da autoridade real pela soberania do povo, a limitação dos riscos da prepotência e do arbítrio”. (Maluf, 2018, p. 129).

Em que pese as conquistas sociais e políticas ao longo dos tempos, apenas no século XIX ocorre a efetiva formação do Direito Humanitário. O progresso tecnológico fazia com que, a par dos importantes conquistas da era industrial, os conflitos armados tornaram-se efetivamente mais cruéis e destrutivos. Antagonicamente, foi a partir deste contexto que o mundo se via marcado por ideias humanistas que nasceram e se fortaleceram com o movimento iluminista a partir da Revolução Francesa que tinha por mote a premissa da “liberdade, igualdade e fraternidade” (Ramos, 2018).

Foi após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), que os Direitos Humanos passaram a ter destaque nas discussões dos grandes líderes mundiais e em nível internacional. No século XX, mais precisamente em 1920, as nações vitoriosas daquele conflito armado mundial, se reúnem e estabelecem a criação da Liga das Nações, cujo objetivo maior era evitar um novo e cruel embate entre as nações e, portanto, promover a proteção da paz, segurança e cooperação entre os Estados. Assim destaca Flávia Piovesan:

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Como se verá, para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional (2010, p. 115).

No mesmo século, na década de 1940 desenvolveu-se a Segunda Guerra Mundial, ficando evidente a desconsideração com a Liga das Nações e, consequentemente, com o princípio da dignidade da pessoa humana ficando, portanto, evidente a necessidade de fortalecer a proteção da pessoa por ocasião de conflitos armados. (Piovesan, 2010). Em outras palavras, a Segunda Guerra Mundial expôs o fracasso da Liga das Nações e a necessidade urgente de fortalecer o resguardo da dignidade humana em conflitos armados, levando a importantes desenvolvimentos no direito internacional.

2.1. Princípios Estruturantes: A Não Discriminação e a Evolução da Responsabilidade

Não cabe ao Direito de Genebra eliminar toda a hostilidade que marca os conflitos armados, mas sim restringir essa violência. Assim, a essência desse instrumento normativo é a proteção das vítimas da guerra.

Segundo Francisco Rezek, o Direito de Genebra tem três princípios: a) o da neutralidade, pelo qual a assistência humanitária não pode ser vista como intromissão no conflito; b) a não discriminação, significando que suas normas se aplicam a todas as pessoas; e c) a responsabilidade, o que se aplica ao Estado em relação ao cumprimento das normas de Direito Humanitário e não aos indivíduos que fazem parte da tropa.

De nossa parte, entendemos que o princípio da responsabilidade puramente estatal se encontra parcialmente superado, em vista do fato de que, à luz do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, vários atos contrários ao Direito Humanitário geram também responsabilidade dos indivíduos, militares ou civis, que os praticam (Rezek, 2010, 390).

Portanto, o Direito Humanitário tem como princípios a neutralidade, a não discriminação e a humanidade. Neste contexto, as Convenções de Genebra devem ser aplicadas em todas as situações de conflitos armados, interno ou externo, ainda que o estado de guerra não seja reconhecido por uma das partes. A prioridade deverá ser sempre a proteção das pessoas, áreas e instalações alheias às hostilidades.

O princípio da responsabilidade estende-se, além do Estado, aos exércitos e tropas que devem igualmente respeitar e aplicar as normas de Direito Humanitário e que, caso sejam violadas vão repercutir perante as cortes nacionais ou tribunais internacionais, imputando consequências aos indivíduos militares ou civis violadores do Direito Humanitário.

Cabe às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos a tarefa de proteger e promover a dignidade humana em todas as circunstâncias. Aplicando-se também, aos conflitos armados. Efetiva-se a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos às guerras, “direitos de crise” cujo propósito é ordenar e disciplinar os instantes emergenciais que podem ser vividos pelos povos, (Portela, 2019).

Portanto, sendo o Direito Humanitário ramo do Direito Internacional, faz incidir sobre o Direito de Genebra princípios do Direito das Gentes, a saber, o *pacta sunt servanda*, a boa fé e a ênfase na proteção da dignidade humana.

2.2. Destinatários da Proteção e a Tutela de Grupos Prioritários

O escopo do Direito Internacional Humanitário, também conhecido como Direito de Genebra, é fundamentalmente voltado à proteção das vítimas de conflitos armados. A essência desse instrumento normativo não é eliminar a hostilidade inerente à guerra, mas sim impor restrições à violência, garantindo um tratamento mínimo de dignidade aos afetados (CICV, 2022).

A proteção é direcionada a dois grupos essenciais: os não combatentes e os combatentes fora de combate. Conforme a doutrina, serão especialmente tutelados pelas Convenções de Genebra os feridos, os doentes, os náufragos, os prisioneiros de guerra e os civis. Este rol de beneficiários reflete a prioridade do Direito das Gentes em resguardar a vida e a integridade física de quem não participa ou não pode mais participar ativamente das hostilidades (Protocolos de Genebra, 1977).

O rol de destinatários da proteção estende-se também a profissionais que atuam em zonas de conflito em missões de apoio ou assistência. Fazem parte deste rol os socorristas, os médicos, os enfermeiros e os responsáveis por meios de transporte usados em ações humanitárias. A essa lista somam-se os religiosos (militares ou civis), os jornalistas e, inclusive, os mortos, que devem ter seus corpos e bens respeitados (Protocolos de Genebra, 1977).

É crucial ressaltar a prioridade absoluta conferida a certas categorias de vulnerabilidade. A proteção legal é maximizada para as crianças, mulheres grávidas, parturientes, mães de filhos de tenra idade e ou lactentes. Esta estratificação de proteção demonstra o compromisso do Direito Humanitário em reconhecer e atenuar a desigualdade intrínseca da condição de vítima em um cenário de crise (Protocolos de Genebra, 1977). Ademais, a máxima proteção legal para esses grupos reflete a compreensão de que, devido à sua condição, eles estão mais suscetíveis a riscos e precisam de salvaguardas adicionais para garantir seu pleno desenvolvimento e bem-estar.

2.3. As Exigências Normativas: Tratamento Humanitário e Garantias Judiciais

Inúmeras são as normas do Direito Humanitário, sendo essenciais aquelas que garantem o respeito e a integridade da pessoa humana em situações de hostilidade. O presente trabalho destaca as regras mais importantes que permitem a melhor compreensão de seus objetivos protetivos.

O tratamento humanitário é a norma fundamental aplicável a todos os combatentes e não combatentes. Tais indivíduos não podem ser vítimas de ações e atos que ameacem ou violem sua vida e integridade física, sendo expressamente vedados atos como a tortura, tratamentos degradantes e a tomada de

reféns (Portela, 2019). Este tratamento digno deve ser estendido, inclusive, aos feridos e doentes, sejam eles inimigos ou não.

No tocante ao pessoal auxiliar, o Direito Humanitário estabelece regras rígidas. Se houver aprisionamento de pessoal sanitário, exige-se a libertação imediata, não podendo os mesmos ser usados como escudos humanos de alvos militares. A mesma proteção se aplica aos religiosos e jornalistas.

Os mortos deverão ser tratados com dignidade. Nesse sentido, encontram-se vedados atos de vilipêndio a seus corpos e a seus bens. As mortes deverão ser objeto de registro, e os mortos devem ser identificados e receber funeral digno por parte do Estado inimigo. Suas sepulturas devem ser marcadas e protegidas e, quando possível, seus corpos devem ser repatriados, juntamente com seus bens, ou deve ser facilitado o acesso de suas famílias às sepulturas (Portela, 2019, p. 1150).

Por fim, no campo do Direito Processual Internacional, as normas humanitárias exigem que, para condução de processos judiciais, sejam constituídos tribunais especiais pautados pelas garantias judiciais reconhecidas. O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa são imperativos, sendo expressamente vedados os juízos de exceção. Entende-se que as normas de Direito Humanitário devem ser aplicadas por todos os Estados envolvidos, por Estados neutros e por todas as entidades nacionais e internacionais comprometidas com o propósito de proteção.

3. O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO COMO TUTELA DE MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

O enfrentamento da xenofobia e do discurso de ódio exige, preliminarmente, a compreensão dos pilares teóricos que sustentam o Direito Antidiscriminatório. Conforme aponta Moreira (2025), esta disciplina jurídica desempenha um papel fundamental na promoção e no fortalecimento de uma sociedade democrática, atuando como resposta às transformações sociais e às mobilizações políticas por justiça. O escopo desta área é, fundamentalmente, a erradicação de práticas de exclusão que, historicamente, criam desvantagens para grupos minoritários, como os migrantes e refugiados.

Esta abordagem teórica é crucial porque as manifestações de discriminação são complexas e multidimensionais, não se limitando a aspectos raciais ou de gênero, mas abrangendo, de forma notória, a discriminação de etnia e de origem. O autor é enfático ao afirmar que a discriminação não é um mero desvio de conduta individual, mas sim um problema estrutural e sistêmico que exige, por parte do Estado, uma resposta igualmente estruturada. Nesse sentido, a Lei de Migração (13.445/17) estabeleceu um novo marco legal que rege o tema

no Brasil, consagrando expressamente os direitos e garantias dos migrantes, o que reforça o compromisso do ordenamento jurídico em combater a exclusão desses grupos ela “efetivamente repudia a xenofobia, o racismo e quaisquer formas de discriminação e é reconhecida a condição de igualdade humana” (Silva, Hasse, 2019).

A sua atuação não se pode limitar à repressão penal ou à remoção de conteúdo, mas deve se guiar pelo princípio da igualdade substancial e pela tutela da dignidade da pessoa humana, prevista na Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III. Essa exigência constitucional demanda que o sistema de justiça utilize seus instrumentos processuais para dismantelar as estruturas de exclusão que incidem sobre esta minoria, garantindo que o direito de ação não seja apenas um direito formalmente reconhecido, mas efetivamente acessível (Brasil, 1988).

3.1. A Função e o Escopo do Direito Antidiscriminatório

A atuação do Direito Antidiscriminatório se mostra crucial ao reconhecer a complexidade das práticas de exclusão, que transcendem a mera conduta individual. A xenofobia, enquanto manifestação de preconceito contra indivíduos por sua origem ou etnia, é perpetuada por barreiras estruturais que exigem intervenção jurídica para serem removidas, e não apenas corrigidas pontualmente. O reconhecimento da multidimensionalidade do problema é o ponto de partida para a construção de uma tutela jurídica eficaz (Moreira. 2020).

Essa tutela exige que o sistema de justiça vá além da proibição formal de atos discriminatórios diretos. A relevância maior do Direito Antidiscriminatório reside na obrigação de remover as desvantagens sistêmicas que afetam os grupos vulneráveis. Para que as normas tenham impacto real, é essencial que haja uma transformação na mentalidade coletiva e, sobretudo, no aparato processual que permite a desconstrução dessas narrativas e a eliminação das barreiras institucionais.

A efetividade desta área do direito está, por sua vez, umbilicalmente ligada à capacidade do Poder Judiciário em fornecer instrumentos que garantam a proteção integral. Segundo o entendimento de Moreira (2020), a tutela da dignidade humana exige um sistema de proteção que seja efetivo na prática, e não apenas na teoria. O foco, portanto, é no imperativo ético e jurídico de o Estado atuar ativamente, assegurando que o acesso à justiça não seja obstaculizado pelas mesmas estruturas de discriminação que se busca combater.

Consequentemente, o Direito Processual, nesta ótica, torna-se uma peça-chave na construção de uma sociedade mais justa e equitativa, pois permite que a jurisprudência ativa e as legislações específicas cumpram seu papel de transformação social, garantindo que os migrantes e refugiados tenham a tutela jurisdicional efetiva em face do discurso de ódio.

O reconhecimento dessas diversas formas de exclusão é um passo essencial para a construção de um Estado verdadeiramente democrático e igualitário, em conformidade com o princípio da igualdade substancial previsto na Carta Magna.

3.2. Os Princípios Estruturantes da Proteção Antidiscriminatória

A legislação antidiscriminatória brasileira é sustentada por uma série de princípios fundamentais que refletem a busca pela promoção da igualdade e respeito à dignidade humana. Dentre estes, destaca-se, em primeiro plano, o princípio da igualdade, expressamente consagrado no artigo 5º do Texto Constitucional. Este princípio exige o tratamento com equidade e a inaceitabilidade de qualquer forma de discriminação, estabelecendo um padrão ético e jurídico para a convivência social. De forma complementar, o princípio da não discriminação implica a vedação de tratamento desigual em razão de características específicas, sendo entendido não apenas como uma proibição, mas como uma chamada à ação para fomentar a igualdade de oportunidades e resultados, combatendo a opressão institucional (Brasil, 1988).

A dignidade da pessoa humana, incluída na Lei Maior em seu artigo 1º, inciso III, atua como a pedra angular de todo o ordenamento jurídico e da legislação antidiscriminatória. Este princípio orienta as políticas públicas e as decisões judiciais, reconhecendo que todos os seres humanos possuem um valor intrínseco que deve ser respeitado e protegido, independentemente de suas condições sociais, econômicas ou culturais. Essa diretriz fundamental impõe ao Estado a obrigação de ir além da igualdade formal, exigindo a prática da justiça distributiva (ou igualdade substancial), a qual busca assegurar que os benefícios e recursos da sociedade sejam distribuídos de forma justa, revertendo desigualdades estruturais (Brasil, 1988).

Neste arcabouço, o princípio da efetividade da tutela assume uma relevância crítica para o Direito Processual, assegurando que os direitos estabelecidos nas leis antidiscriminatórias não sejam meramente teóricos, mas aplicáveis na realidade dos indivíduos. Segundo a perspectiva de diversos juristas, este princípio exige a implementação de mecanismos adequados e o fortalecimento do sistema judiciário. É indispensável que o Judiciário esteja preparado para lidar com casos complexos de discriminação de maneira justa e expedita, superando desafios como a morosidade processual e a falta de sensibilidade. O cumprimento deste princípio é vital para garantir o pleno acesso à justiça aos grupos vulneráveis, como migrantes e refugiados, e a real proteção contra o discurso de ódio.

O reconhecimento e a aplicação desses princípios são cruciais para a construção de um quadro normativo que combate a discriminação em suas diversas formas, ancorando-se nas bases da Constituição Cidadã. Eles formam a base

moral e legal para que o Direito Processual atue de maneira transformadora, garantindo que a proteção dos direitos humanos seja uma realidade e que a exclusão não tenha lugar na sociedade.

3.3. A Exigência de Acesso à Justiça: Conexão com o Direito Processual

A necessidade de tutela antidiscriminatória deságua, invariavelmente, no campo do Direito Processual, que atua como instrumento de concretização do direito material. A análise do Direito Processual Brasileiro no combate à xenofobia não se pode limitar à repressão penal ou à remoção de conteúdo, mas se insere em um contexto mais amplo de promoção da igualdade substancial. A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, prevista na Lei Fundamental em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (Brasil, 1988). No entanto, a garantia legal mais robusta para a população migrante é fornecida pela Lei de Migração (13.445/17), a qual consolida o princípio da não discriminação e assegura, explicitamente, a igualdade de tratamento e o pleno acesso à justiça em território nacional. Este reconhecimento formal, contudo, deve ser confrontado com a realidade das minorias.

Para migrantes e refugiados, o acesso à justiça é mitigado por diversas barreiras fáticas que impedem a plena efetivação do direito de ação. Dentre estes obstáculos, destacam-se o idioma, os custos processuais e, de maneira proeminente, o desconhecimento de seus direitos e o medo de retaliação ou de prejuízo a seu status migratório. Tais fatores configuram, na prática, uma violação direta do princípio da efetividade da tutela, mesmo diante da expressa previsão na Lei de Migração. Por essa razão, a atuação de órgãos como a Defensoria Pública da União (DPU), que oferece atendimento especializado e gratuito, torna-se essencial, cumprindo um papel estratégico na mitigação da barreira do custo e na garantia do acolhimento.

Em face desses desafios, a tutela da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República e previsto em nossa Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III, exige que o sistema de justiça utilize seus instrumentos processuais para dismantlar as estruturas de exclusão que incidem sobre esta minoria. A efetividade processual é o meio pelo qual o direito material antidiscriminatório se concretiza, demandando a criação de instrumentos processuais céleres e sensíveis à vulnerabilidade do grupo. É fundamental que o direito de ação não seja apenas formalmente reconhecido pelo Texto Constitucional, mas sim efetivamente acessível, garantindo a proteção plena e o acolhimento desta população vulnerável em território nacional.

4. O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PROCESSUAL DO DISCURSO DE ÓDIO

O tratamento do discurso de ódio, em particular de suas manifestações xenofóbicas, impõe ao sistema de justiça brasileiro um dos seus mais complexos desafios hermenêuticos: traçar a fronteira ética e legal entre garantias fundamentais. A ascensão da hostilidade contra migrantes e refugiados, potencializada pelo ambiente digital, confronta a liberdade de expressão, pilar inegociável do Estado Democrático de Direito, com o imperativo constitucional de proteger a dignidade da pessoa humana e o princípio da não discriminação. É nesse choque entre direitos que reside a necessidade de um enquadramento jurídico-processual firme e inequívoco. Nessa perspectiva, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos contribui para o fortalecimento do Estado de Direito e da democracia, proporcionando o aperfeiçoamento do próprio regime democrático (Piovesan, 2025).

A solução para essa tensão fundamental foi construída pela jurisprudência do STF, que interveio para arbitrar o alcance da garantia constitucional. Por meio de precedentes de alta relevância, como o emblemático Habeas Corpus (HC) 82.424 (caso Ellwanger), a Suprema Corte sedimentou a tese de que o discurso que incita a discriminação, a hostilidade ou a violência é uma manifestação intrinsecamente incompatível com a Constituição Cidadã. O direito à livre manifestação, portanto, não é um escudo para a perpetuação da opressão, alinhando o Direito Constitucional brasileiro aos ditames do Direito Convencional, como o Pacto de San José. O julgamento do HC 82.424/RS representou uma mudança de paradigma na jurisprudência do STF ao relativizar a liberdade de expressão em nome da proteção de direitos fundamentais (Borges, 2016, p. 230).

É a partir desta deslegitimação constitucional do discurso de ódio que se articula a resposta processual penal do Estado. O Direito Processual, neste contexto, assume a função de instrumento de concretização do direito material antidiscriminatório, fornecendo a base para a repressão. A criminalização da xenofobia através da sua equiparação ao crime de racismo, consolidada por decisões como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, representa o reconhecimento de que a exclusão por procedência nacional atinge a essência da igualdade material, demandando a máxima severidade punitiva e legitimidade processual.

4.1. O Conflito Constitucional: Liberdade de Expressão *versus* Proteção à Dignidade Humana

A liberdade de expressão, alçada a pilar inegociável do Estado Democrático de Direito e assegurada pelo art. 5º, IX, da Carta Política, não se configura,

em hipótese alguma, como um direito de natureza absoluta. Essa premissa é o ponto de partida para a contenção jurídica de manifestações que ameaçam a coesão social e os direitos de grupos vulneráveis, como migrantes e refugiados.

A fronteira limitadora da liberdade de manifestação é definida, de modo irrefutável, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 1º, III, da Lei Maior. Este princípio atua como um vetor axiológico, impondo que qualquer exercício de direito individual deve ser compatível com a preservação do valor intrínseco de cada indivíduo, invalidando discursos que promovam a desumanização.

Neste diapasão, a jurisprudência do STF firmou o entendimento definitivo de que o discurso que incita o ódio é uma manifestação intrinsecamente incompatível com o espírito da Constituição Cidadã. A Suprema Corte reconheceu que a proteção constitucional não abrange ideias que servem apenas para negar a igualdade e fomentar a violência ou a exclusão.

O marco jurisprudencial para a solução desse conflito de princípios foi o emblemático julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.424 (caso Ellwanger). Neste precedente, a Suprema Corte sedimentou que a expressão promotora de discriminação, hostilidade ou violência contra grupos vulneráveis cede espaço à tutela da dignidade, configurando ilícito penal e sendo passível de punição, em uma clara ponderação de valores.

Essa interpretação harmoniza-se plenamente com o Direito Convencional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Pacto de San José da Costa Rica (art. 13), por exemplo, nega explicitamente a proteção à propaganda a favor da guerra e a qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência (Brasil, 1992).

Ademais, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos organismos da Organização das Nações Unidas (ONU) é uníssono ao negar a proteção da liberdade de expressão à incitação direta ou indireta à discriminação. O reconhecimento de que o discurso de ódio é uma forma de ataque à própria estrutura democrática solidifica a base para a atuação do sistema processual penal no combate à xenofobia (Corte IDH, 2018).

4.2. A Resposta Processual Penal: O Enquadramento da Xenofobia como Racismo

No âmbito da tutela infraconstitucional, a Lei 7.716/89 (Lei do Racismo) já oferecia um nível inicial de proteção ao criminalizar o preconceito por procedência nacional. No entanto, a insuficiência dessa previsão legal era notória, pois não abordava a xenofobia em sua complexidade nem garantia o tratamento constitucionalmente rigoroso devido a crimes de intolerância. A procedência nacional, na prática, permanecia desassociada da imprescritibilidade e inafiança-

bilidade características do racismo (CF/88, art. 5º, XLII), expondo migrantes e refugiados a um vácuo de proteção efetiva.

O marco de ampliação e rigor da resposta penal foi estabelecido, de forma definitiva, pelo julgamento da ADO 26 pelo STF (Brasil, 2019). O tema chegou ao Judiciário em razão de uma omissão legislativa na criminalização da homofobia e da transfobia, mas abriu caminho para a interpretação extensiva da Lei 7.716/89.

Neste histórico precedente, a Corte reconheceu a equiparação da xenofobia ao crime de racismo. Esta decisão de efeitos erga omnes e vinculantes garantiu que a discriminação por origem ou nacionalidade passasse a receber o tratamento mais rigoroso previsto no ordenamento jurídico.

A equiparação implica consequências processuais de máxima severidade, que servem como ferramenta fundamental do Direito Processual na tutela das minorias. O crime de racismo, e por consequência a xenofobia, passou a ser legalmente inafiançável e imprescritível, conforme previsto no art. 5º, XLII, da Lei Fundamental.

Esta sólida base jurídica habilita o Ministério Público e o Poder Judiciário a atuarem com a devida rigidez nas ações penais. A tipificação como crime de racismo confere maior legitimidade e força à persecução penal, inibindo a impunidade e reforçando a mensagem de intolerância zero do Estado contra a discriminação.

Finalmente, a evolução legislativa é complementada pela recente Lei 14.532/2023, que não apenas equiparou a injúria racial ao crime de racismo, mas também previu o agravamento da pena para delitos cometidos por meio de redes sociais e ambientes digitais. O Direito Processual assume, assim, a função de instrumento de concretização do direito material antidiscriminatório, adaptando-se à realidade da violência digital e aplicando a sanção àqueles que transgridem a dignidade humana sob o falso pretexto da liberdade de manifestação.

5. A TUTELA PROCESSUAL E A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

Superada a análise do enquadramento penal e constitucional do discurso de ódio, o foco do estudo recai agora sobre a função instrumental do Direito Processual na garantia concreta dos direitos dos migrantes e refugiados. A Lei de Migração (13.445/17) estabeleceu um novo patamar de proteção material, exigindo, em contrapartida, que o sistema de justiça brasileiro se mobilize para ir além do mero formalismo legal. O cerne desta seção reside em avaliar a real efetividade da tutela jurisdicional e como o Direito Processual pode assegurar a igualdade substancial.

A materialização dessa proteção é posta à prova em duas frentes distintas, mas interligadas, que demandam uma atuação sensível e adaptada do Judiciário. De um lado, existem as barreiras fáticas que, por sua natureza cultural, econômica e psicológica, obstaculizam o acesso pleno à justiça, transformando a garantia legal em uma utopia para grupos vulneráveis. De outro, a escalada da xenofobia no ambiente digital exige uma resposta processual célere, capaz de acompanhar a velocidade da rede e frear a disseminação da hostilidade online (CNJ, 2025).

Neste contexto, o Direito Processual é convocado a demonstrar sua capacidade de transformação social. A análise que se segue explorará como a superação desses impedimentos práticos, desde a atuação de órgãos de assistência jurídica até o combate ao receio de retaliação e a resposta ágil à violência nas plataformas são imperativos para que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto na Carta Magna, seja integralmente cumprido em favor desta minoria.

5.1 As Barreiras Fáticas e a Função do Direito Processual

A materialização dos direitos e garantias expressamente assegurados pela Lei de Migração (13.445/17), como a igualdade de tratamento e o acesso à justiça, exige que o Direito Processual atue de forma a neutralizar as estruturas de exclusão. A efetividade da tutela jurisdicional para migrantes e refugiados é, contudo, mitigada por diversos fatores de ordem prática que transformam a proteção legal em uma mera expectativa, configurando uma forma de exclusão indireta. Tais barreiras são inerentes à condição migratória e atingem a capacidade do indivíduo de exercer sua cidadania plena perante o Estado.

Dentre os principais obstáculos, destacam-se as barreiras de natureza cultural e econômica, que atuam como um filtro impenetrável no acesso à jurisdição. A dificuldade inerente ao idioma, somada à complexidade dos ritos processuais, exige do litigante um conhecimento técnico incompatível com sua vulnerabilidade. Em uma perspectiva de Justiça Distributiva, os custos inerentes à litigância revelam uma falha na equidade: a vulnerabilidade financeira impede que o indivíduo arrisque seus recursos em um processo judicial, resultando na tolerância à injustiça sofrida (Mialhe, Zedes, 2018).

Neste cenário, a atuação de órgãos como a Defensoria Pública da União (DPU) é fundamental e estratégica, pois transcende a mera mitigação de custos. A DPU atua como um baluarte processual, fornecendo o suporte técnico indispensável e desmistificando o sistema judicial, o que é crucial para garantir a assistência jurídica integral. Não obstante, as barreiras mais críticas são de ordem psicológica e institucional: o medo de retaliação, o receio de que a abertura de um processo judicial possa influenciar negativamente o status migratório, e o desconhecimento dos próprios direitos (OIM, 2022).

Estes impedimentos exigem uma atuação processual mais ativa e sensível do Estado. A Lei Fundamental (art. 5º, XXXV) estabelece a inafastabilidade da jurisdição, o que implica que a cidadania plena dos migrantes e refugiados só será alcançada com a superação efetiva e proativa desses impedimentos fáticos. O Direito Processual, portanto, deve ser adaptado para acolher essa vulnerabilidade, garantindo que o direito de ação não seja apenas formalmente reconhecido, mas sim efetivamente acessível e destituído de ameaças institucionais.

5.2. A Efetividade da Tutela Jurisdicional no Ambiente Digital

O crescimento exponencial da xenofobia nas plataformas digitais impõe ao Direito Processual o mais urgente dos desafios: garantir a celeridade na concessão da tutela inibitória e ressarcitória. A migração do discurso de ódio para o ambiente virtual transformou a natureza do litígio, demandando uma resposta jurídica que seja tão rápida quanto a propagação da informação na rede.

Diferente do processo tradicional, a velocidade vertiginosa com que o discurso de ódio online é propagado exige uma resposta jurisdicional quase imediata. A morosidade processual, neste cenário, eleva-se ao status de violação de direitos, uma vez que a demora na intervenção do Judiciário permite que o dano se torne irreparável ou amplamente distribuído, especialmente contra a minoria vulnerável.

A tutela jurisdicional no ambiente virtual deve ser, portanto, célere e incisiva para garantir que a lesão ou ameaça a direito seja prontamente cessada. É imperativo que o sistema processual aborde a questão da responsabilidade das plataformas e dos autores com maior rigor e rapidez, dado o potencial de amplificação da discriminação na rede e a natureza transfronteiriça do problema. Contudo, esta busca por celeridade e eficiência deve ser ponderada, garantindo que a tecnologia sirva à proteção da dignidade humana, e não apenas à padronização processual (Tobbin; Cardin; Vieira, 2024).

A inércia na identificação e remoção de conteúdo xenofóbico configura, na prática, uma negação do princípio da efetividade. O Direito Processual deve evoluir, estabelecendo a necessidade de protocolos rápidos de remoção de conteúdo, que funcionem como tutelas de urgência específicas para o ambiente digital, em conformidade com o Marco Civil da internet, evitando que o ônus da prova ou a burocracia judicial atue em favor do perpetrador (Brasil, 2014).

Neste sentido, as ações prioritárias processuais envolvem o aperfeiçoamento das ferramentas cíveis e criminais já existentes, buscando a responsabilização civil e criminal efetiva dos agentes e das próprias plataformas que negligenciam o controle. A Lei 14.532/2023, ao prever o agravamento da pena para delitos cometidos por redes sociais, já aponta para essa adaptação da legislação processual penal à realidade da violência digital (Brasil, 2023).

Finalmente, essa demanda processual exige uma atuação integrada e coordenada. É vital que a sociedade civil, órgãos de justiça (Ministério Público e DPU) e as plataformas digitais trabalhem em conjunto, fortalecendo as redes de proteção para que o Direito Processual seja, de fato, um instrumento de acesso à justiça no ambiente digital e cumpra o papel de transformação social a ele delegado (CNJ, 2025).

CONCLUSÃO

Pode ser observado ao longo deste artigo que a ascensão dos discursos xenofóbicos oportuniza à sociedade e ao sistema de justiça a reflexão acerca da realidade cotidiana da minoria de migrantes e refugiados, a qual ainda se encontra em condições de desigualdade no tocante aos direitos básicos e ao acesso à tutela jurisdicional. A vulnerabilidade dessa minoria demonstra que a atuação do Poder Público na proteção e garantia do acesso aos direitos essenciais exige uma resposta que vá além do plano material.

Refletir sobre a relação entre liberdade de expressão, xenofobia e processo é essencial para a construção de uma sociedade mais inclusiva e justa, no entanto, é preciso entender que a liberdade de expressão não pode ser utilizada como escudo para disseminar ódio e discriminação. O processo civil, por sua vez, deve ser um instrumento acessível para que as vítimas, especialmente migrantes e refugiados, possam buscar reparação e ter seus direitos protegidos, garantindo que o sistema de justiça seja, de fato, para todos.

No âmbito da proteção material, a análise demonstrou que o Direito Processual Brasileiro possui um arcabouço legal robusto para coibir a discriminação. A Lei de Migração (13.445/17) estabeleceu o marco legal que garante a igualdade de direitos e acesso à justiça. Além disso, o STF, por meio da ADO 26 e do julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.424, sedimentou a tese de que o discurso xenofóbico é incompatível com a Carta Magna, equiparando-o ao crime de racismo e conferindo-lhe a máxima severidade punitiva.

Contudo, apesar de todo o avanço legal e jurisprudencial, a efetividade da tutela ainda reside no campo dos desafios. A população de migrantes e refugiados continua a enfrentar vulnerabilidades e barreiras fáticas que transformam o direito formal em uma mera expectativa, tais como o medo de retaliação e a dificuldade em superar os obstáculos culturais e econômicos.

Ademais, a discriminação sistemática, especialmente a propagada no ambiente digital, exige uma adaptação urgente do aparato processual. A morosidade na identificação e remoção de conteúdo online atua como uma falha na justiça, impondo ao Direito Processual a obrigação de aprimorar seus mecanismos.

A superação dos desafios fáticos e digitais demonstra que a defesa dos direitos dos migrantes e refugiados firma-se como um imperativo processual

e não apenas um desígnio de proteção material, para a construção de uma sociedade mais igualitária. A efetividade processual no ambiente digital, por sua vez, exige a adoção urgente de protocolos rápidos de remoção de conteúdo e a responsabilização civil e penal rigorosa de agentes e plataformas. Essa demanda final reafirma o papel do Direito Processual como instrumento de concretização da dignidade humana, sendo crucial para garantir o acesso pleno e efetivo à justiça.

5. REFERÊNCIAS

BORGES, Nayara Gallieta. **Os Limites da Liberdade de Expressão**: Análise do HC 82.424/RS. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 230–248, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 23 set. 2025

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 23 set. 2025

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 23 out. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017**. *In: VadeMecum*. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime de Racismo), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial e prever pena para o racismo religioso e o praticado por funcionário público; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm. Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 13 de junho de 2019. Ementa: Reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em editar legislação que criminalize atos de homofobia e de transfobia e enquadramento da homofobia e da transfobia, para todos os efeitos, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 (Lei do Crime de Racismo), até que sobrevenha legislação específica. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 23 out. 2025.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). **O que é o Direito Internacional Humanitário?** Genebra: CICV, 2022. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/o-que-e-o-direito-internacional-humanitario>. Acesso em: 22 out 2025

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Políticas de Proteção de Migrantes, Refugiados, Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais: Relatório Final de Grupo de Trabalho**. Brasília, DF: CNJ, 2025. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/relatorio-fianl-gt-protacao-imigrantes.pdf>. Acesso em:

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017**: Identidade de Gênero, e Igualdade e Não Discriminação a Pessoas que Não Estão na Posse da Nacionalidade. Série A, n. 24. San José: CIDH, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 23 out 2025

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIALHE, Jorge Luís; ZEDES, Carolina Marzola Hirata. Devido Processo Legal e Trabalhadores Migrantes no Brasil. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Santa Maria**, Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 411-432, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7277477.pdf>. Acesso em: 23 out. 2025

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). **Manual de Atendimento Jurídico a Migrantes e Refugiados**: Volume Único. Brasília, DF: OIM Brasil, 2022. Disponível em: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/documents/Manual%20de%20Atendimento%20Jur%C3%ADdico%20-%20Volume%20%C3%A9Anico.pdf>. Acesso em: 23 out. 2025

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 23 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Jur, 2025

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 11 ed. rev., atual. e ampl., Salvador-Bahia: EDITORA Jus PODIVM, 2019.

PROTOCOLO ADICIONAL I às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, e relativo à Proteção Adicional das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Genebra, 8 de junho de 1977. In: COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/normas-fundamentais-das-convencoes-de-genebra-e-seus-protocolos-adicionais>. Acesso em: 22 out. 2025.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2018

SILVA, Alexandre Cesar Rodrigues da; HASSE, Dorita Ziemann. **As novas políticas públicas para o imigrante segundo o art. 3º inciso X da nova Lei de Migração 13.445/17**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO; ENCONTRO ANUAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIPAR, 15., 2016, Umuarama. Anais [...]. Umuarama: UNIPAR, 2019. Disponível em: <https://sisweb02.unipar.br/eventos/anais/4354/html/18735.html>. Acesso em: 28 ago. 2025.

TOBBIN, Raissa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino; VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Inteligência Artificial e Prestação Jurisdicional no Âmbito do Direito de Família**: Apoio, Substituição e Disrupção à Luz dos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 66–81, jan./jul. 2024. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/10646>. Acesso em: 23 out. 2025.

ASPECTOS CIVIS E PROCESSUAIS DA AÇÃO DE DESERDAÇÃO DE DESCENDENTES E/OU ASCENDENTES POR ABANDONO AFETIVO

Rayane Amann Tozoni

Graduanda do curso de Direito e integrante do Programa de Iniciação Científica da UNIPAR, Universidade Paranaense, vinculada ao Projeto “Tutela constitucional das minorias e grupos vulneráveis em face das novas tecnologias e novos direitos”, coordenado pela Dra. Tereza Rodrigues Vieira. E-mail: rayane.t@edu.unipar.br. <https://lattes.cnpq.br/5321066490954808>. <https://orcid.org/0009-0001-0054-6404>.

Tereza Rodrigues Vieira

Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá. Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP. Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e na graduação em Medicina e Direito, na UNIPAR – Universidade Paranaense, onde coordena o Projeto “Tutela constitucional das minorias e grupos vulneráveis em face das novas tecnologias e novos direitos”. E-mail: terezavieira@uol.com.br. <https://orcid.org/0000-0003-0333-7074>.

1. INTRODUÇÃO

Estudar os aspectos processuais da ação de deserdação por abandono afetivo de descendentes e/ou ascendentes é importante devido à complexidade e relevância social do tema. A questão envolve o conflito entre o direito hereditário, a autonomia da vontade e os deveres familiares, refletindo as mudanças na concepção de família e a crescente valorização do afeto como base das relações.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve diversas mudanças e evolução no ordenamento jurídico nacional, especialmente no âmbito do Direito das Famílias. O texto constitucional passou a reconhecer os princípios da afetividade e da solidariedade familiar como pilares das relações contemporâneas e fatores essenciais para o desenvolvimento e a manutenção de vínculos saudáveis. Além disso, também ressaltou as obrigações jurídicas existentes entre os membros da família, as quais devem ser cumpridas pelos pais e filhos, tanto em relação ao aspecto material quanto o imaterial.

O afeto passou a ser reconhecido como um elemento fundamental nos vínculos familiares, uma vez que sua ausência pode acarretar diversas consequências negativas, como ocorre na hipótese de abandono afetivo, em que um indivíduo que possui o dever de cuidado para com outro membro da família deixa de cumprir com suas obrigações, sendo omissor nas relações parentais ou filiais, ou seja, tal conduta desabonadora pode ocorrer dos pais em relação aos filhos menores e incapazes, bem como dos filhos maiores e capazes em relação aos pais.

A deserção, por sua vez, é um mecanismo legal no direito brasileiro que permite a remoção forçada do direito de herança de um herdeiro em circunstâncias específicas. Esse processo é regido pelo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), que descreve as condições em que a deserção pode ocorrer, bem como os aspectos processuais do ajuizamento de tal ação.

A responsabilidade de apresentar provas do que foi alegado recai sobre aquele que possui legitimidade processual para iniciar uma ação de deserção, definindo assim quem tem o direito de levar essa questão à justiça e o dever de demonstrar sua veracidade.

Assim, com base em uma revisão da literatura, este estudo tem como finalidade analisar os aspectos civis e processuais relacionados à ação de deserção de descendentes e/ou ascendentes devido ao abandono afetivo.

2. DIREITO DAS FAMÍLIAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 promoveu profundas transformações no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito do Direito das Famílias. Dentre essas mudanças, destaca-se a proclamação da igualdade jurídica entre as entidades familiares no país. Outra significativa alteração ocorreu quanto ao conceito de unidade familiar, o qual sempre foi pautado na ideia de pais unidos a partir do matrimônio, regulado pelo Estado. Todavia, com o advento da Constituição de 1988, essa percepção foi ampliada. Esse novo entendimento proporcionou maior aproximação com a realidade social, ao se desvincular

do modelo de relação familiar formado exclusivamente a partir do casamento (Pereira, 2024).

Nesse sentido, Dias (2017) defende que as relações familiares podem ser compreendidas de acordo com a sociedade na qual estão inseridas, contudo, para o seu atual entendimento foi necessária uma verdadeira transição pragmática, que acarretou algumas mudanças estruturais e funcionais, uma vez que seus conceitos clássicos eram relacionados à ideia de legitimidade, ligada ao matrimônio e aos laços biológicos e registrais. Felizmente, suas novas concepções estão cada vez mais desassociadas desses aspectos, sendo possível reconhecer a tutela jurídica do afeto, concedida pela Constituição de 1988.

Diante dessa perspectiva, pode-se afirmar que a atual Constituição modificou o objeto da tutela jurídica na esfera das relações familiares. Anteriormente, a regulamentação priorizava a proteção da paz doméstica, enaltecendo a instituição matrimonial. Atualmente, há maior preocupação quanto à funcionalização da comunidade familiar para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, sendo essencial que esta seja preservada como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a Constituição adotou o modelo democrático de família, que assegura a igualdade, a liberdade e a solidariedade, tendo o afeto como elemento primordial para sua formação e a manutenção (Tepedino; Teixeira, 2025).

No final do século XX, novas formas de relacionamento familiar foram verificadas, a partir das quais a afetividade ganhou grande relevo, passando a ser o vetor desses vínculos. Em consonância com essas mudanças, o ordenamento jurídico buscou acompanhar esse processo construtivo e interpretativo da contemporaneidade (Calderón, 2023).

Tal evolução foi e continua sendo essencial para a adaptação normativa às dinâmicas das relações pessoais e familiares atuais. A aplicação coerente das regras legais aos casos concretos proporciona maior segurança ao sistema de justiça e aos próprios sujeitos envolvidos, assegurando-lhes direitos e proteção igualitária, sem qualquer tipo de discriminação.

2.1. Dos princípios da afetividade e da solidariedade familiar

A Constituição Federal de 1988 apresenta diversos princípios em seu texto, alguns explícitos e outros implícitos, que também orientam todas as demais normas jurídicas, inclusive aquelas que regulam as relações interprivadas. Dessa forma, o Direito das Famílias não pode ser observado de maneira isolada, sendo imprescindível uma análise de acordo com os ditames constitucionais, respeitando os preceitos e as garantias fundamentais previstos na Lei Maior. Essa percepção corrobora a busca de respostas para os casos complexos que envolvem as relações familiares, como os de abandono afetivo (Calderón, 2023).

Destaca-se o princípio da afetividade, o qual está implícito na Constituição de 1988 e resultou da evolução social da família brasileira, uma vez que as relações familiares contemporâneas são movidas por diversos fatores, entre eles, o afeto (Lôbo, 2024), o qual passou a ser considerado o elemento fundamental para a manutenção saudável dos relacionamentos, sendo reputado como o único elo capaz de preservar os vínculos familiares.

As relações entre pais e filhos possuem caráter permanente, podendo ser interpretadas como o dever recíproco quanto ao vínculo entre os ascendentes e descendentes, que se mantêm independentemente dos sentimentos que nutram entre si e da relação de convivência, uma vez que deixa de incidir apenas com o óbito de um dos sujeitos da relação ou com a perda da autoridade parental (Lôbo, 2024).

O princípio da afetividade se consagrou a partir do momento em que as pessoas começaram a construir uma família tendo como base o amor, que tem como objetivo principal estruturar e formar os sujeitos de sua relação. Logo, se não há afeto, não há que se falar em família (Pereira, 2024), já que o amor é o elemento fundamental para o laço parental e filial. Todavia, apenas com a análise do caso concreto é que é possível mensurar a presença da afetividade familiar geradora de efeitos jurídicos, a partir da percepção de cada relação (Calderón, 2023).

Outro princípio fundamental no Direito das Famílias, com base constitucional, é o da solidariedade familiar, que possui origem nos vínculos afetivos, sendo compreendido a partir da fraternidade e da reciprocidade entre os integrantes de uma família (Dias, 2017). Dessa forma, o dever dos pais de assistência aos filhos e o de amparo às pessoas idosas, previstos nos artigos 229 e 230 da Constituição Federal, decorrem desse princípio.

Além de ser a afetividade essencial para o fortalecimento do vínculo, a solidariedade familiar também consolida uma forma de responsabilidade social entre os membros de uma relação. Assim, busca-se determinar o amparo e a assistência material e moral recíproca entre todos os indivíduos de uma mesma família (Gagliano; Pamplona Filho, 2025). Outrossim, a solidariedade familiar pode ser compreendida como o ato humano de responder pelo outro, preocupar-se e cuidar de outra pessoa (Tartuce, 2025). Ademais, está relacionada ao respeito e à consideração mútua existente em uma relação familiar.

Diante disso, Pereira (2024) define que a solidariedade está presente em uma relação de corresponsabilidade entre pessoas unidas, por meio de sentimentos morais e sociais, que se transformam em um dever ético. Essa ligação se manifesta tanto no plano do auxílio material quanto no afetivo, podendo ser imposta como obrigação jurídica em casos de abandono afetivo.

Diante do exposto, torna-se nítido que os princípios da afetividade e da solidariedade familiar constituem pilares fundamentais para a compreensão das

relações familiares contemporâneas, visto que adotam uma postura mais sensível no que tange à realidade social. Ambos rompem com antigos ideais baseados exclusivamente em vínculos jurídicos ou biológicos, reconhecendo o valor do afeto, do cuidado e da corresponsabilidade, como elementos essenciais para a construção e a manutenção de relacionamentos harmoniosos e duradouros.

2.2. O abandono afetivo e suas consequências

As relações familiares, após grande evolução ao longo da história e com a influência dos princípios constitucionais, passaram a ser fundadas no elemento essencial da afetividade, portanto, não estão restritas apenas à assistência material entre os indivíduos da relação, uma vez que os laços de afeto também são imprescindíveis para o desenvolvimento familiar saudável (Souto; Ferreira; Pereira, 2021).

No Direito das Famílias, o abandono afetivo se configura quando ocorre o descuido por parte daquele que possui a responsabilidade e o dever de cuidado para com um outro membro da família. Essa conduta omissiva pode suceder dos pais em relação aos filhos menores, bem como dos filhos maiores e capazes em relação aos pais. Dessa forma, o dever de assistência no exercício da função parental ou filial é uma imposição jurídica, sendo que o seu descumprimento caracteriza um ato ilícito, passível de reparação civil, conforme previsto no Projeto de Lei nº 3012/2023 (Pereira, 2024).

Nesse sentido, Souza, Ferraro e Tomasevicius Filho (2022) apontam que o indivíduo que se sente abandonado afetivamente possui uma grande angústia que o incomoda, mesmo que tenha recebido apoio financeiro do seu familiar. Além disso, diante dessa situação, cada pessoa reage de uma forma, visto que se trata de uma sensação subjetiva, mas que traz diversas consequências.

A discussão a respeito do abandono afetivo se torna necessária para a compreensão da importância do afeto na estrutura familiar contemporânea, uma vez que o descuido por parte dos pais acarreta diversos danos à vida da criança e do adolescente, que estão em plena fase de desenvolvimento físico e emocional (Pinheiro, 2024).

Desse modo, todas as pessoas, desde à infância até a velhice, necessitam de alimentos para terem um desenvolvimento saudável, de modo que os alimentos fundamentais para a alma de cada sujeito são o amor e o afeto, os quais se inserem em um contexto de cuidado. Todavia, a ausência desses sentimentos não afasta a responsabilidade e a obrigação do cuidado dos pais em relação aos seus filhos, assim como dos filhos maiores em relação aos pais (Pereira, 2024).

O abandono afetivo parental cria inegável deficiência afetiva para a criança ou o adolescente, causando diversos traumas, os quais prejudicam o menor em seus aspectos biopsicossociais. Essa forma de abandono deve ser entendida

como uma lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, acarretada pela omissão do pai ou da mãe no cumprimento de suas obrigações parentais (Pereira, 2024).

O ordenamento jurídico brasileiro prevê os direitos dos menores e a responsabilidade dos genitores. Assim, o art. 227 da Constituição de 1988 defende que os pais têm o dever de assegurar aos filhos a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O art. 1642 do Código Civil estabelece a obrigação de cuidado entre os ascendentes e descendentes. Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê em seu art. 4º os deveres da família em relação aos infantes (Brasil, 1988; 1990; 2002).

Em 2012, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, reconheceu a possibilidade jurídica de pretensão à reparação civil em razão da não convivência familiar. A Ministra sustentou o dever de cuidado, afirmando: “aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”. Diante do exposto, torna-se nítido que a relação parental não está pautada apenas nos sentimentos, pois essa corresponde a uma obrigação jurídica, uma vez que, de acordo com a Min. Nancy Andrighi, “amar é faculdade, cuidar é dever” (Brasil, 2012).

Evidentemente, o dever jurídico que os genitores possuem em relação à sua prole não se limita apenas à responsabilidade civil de cunho meramente reparatório. Tal obrigação abrange também uma dimensão ética, voltada para a conduta desejável no processo de criação dos filhos. Nesse sentido, a omissão por parte dos pais que culmina no abandono afetivo não se restringe à mera reparação do dano causado, sendo igualmente necessário adotar medidas que evitem o prejuízo existencial decorrente dessa negligência (Calderón, 2023).

Outrossim, o abandono afetivo inverso ocorre quando os filhos não cumprem com a responsabilidade de cuidar de seus pais na velhice, fase esta que necessita de muita atenção. O avançar da idade pode acarretar alguns problemas relacionados à saúde do indivíduo, deixando-o ainda mais frágil (Dias, 2017). A falta de afeto, estímulo e cuidado debilita ainda mais o idoso, o qual também sofre com a ausência de convivência com os seus familiares.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 229, que os filhos maiores devem amparar e ajudar os pais na velhice, diante de carência ou enfermidade. Além disso, o Estatuto da Pessoa Idosa prevê, em seu art. 3º, as obrigações da família em relação ao idoso, inclusive a de assegurar a convivência familiar. Já o art. 4º defende que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (Brasil, 2003).

O exercício do dever de assistência do descendente para com o seu ascendente se traduz em uma imposição jurídica, de modo que o seu descumprimento caracteriza um ato ilícito, passível de reparação civil. Essa forma de abandono também atinge uma dimensão política e social, já que muitos idosos são deixados em asilo, sem o convívio de nenhum familiar, o que prejudica a saúde física e mental e os relacionamentos desse indivíduo. Portanto, mesmo que não haja sentimentos envolvidos, os filhos devem arcar com a obrigação de cuidar de seus pais na velhice, proporcionando os cuidados necessários (Pereira, 2024).

O abandono afetivo ultrapassa a mera ausência de sentimento em uma relação familiar, já que enseja consequências, muitas vezes, irreparáveis, à vida daquele que sofre com esse tipo de desamparo. Ainda que não haja amor e/ou carinho entre os membros da família, o dever de cuidado e a responsabilidade permanecem vigentes e, por isso, devem ser cumpridos, uma vez que a assistência material, por si só, não é capaz de suprir todas as necessidades humanas.

3. O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

No Brasil, o Direito Sucessório é compreendido como o conjunto de normas que regem a transferência do patrimônio de um indivíduo, após o seu falecimento, aos seus respectivos sucessores, por meio de lei ou testamento, conforme o art. 1786 do Código Civil (Brasil, 2002). Essa transmissão está relacionada aos bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, o ativo e o passivo do *de cujus*, que sucederam aos herdeiros, os quais passaram a assumir os direitos e as obrigações das relações jurídicas deixadas pelo sucedido, até os limites do montante patrimonial (Diniz, 2025).

A morte da pessoa física, seja real ou presumida, marca o fim de sua existência. No entanto, para o Direito Sucessório, representa o marco inicial. Outrossim, os bens de natureza não patrimonial se extinguem com a morte de seu titular, e o mesmo pode ocorrer com alguns bens patrimoniais que são extintos ou que não são transferidos integralmente. Além disso, os bens jurídicos do falecido tutelados pelo direito público também não são passíveis de transmissão. Assim, cada caso precisa ser analisado individualmente (Lôbo, 2025), a fim de que seja reconhecido o objeto do direito da respectiva sucessão.

A partir do momento da abertura da sucessão, após a morte do *de cujus*, os herdeiros legítimos ou testamentários vivos passam a ter a posse e o domínio da herança nas mesmas condições em que o falecido as detinha, sem a necessidade de ordem judicial, uma vez que o “deslocamento” dos bens jurídicos ocorre no instante do falecimento, independentemente de quaisquer formalidades ou pedido (Diniz, 2025).

Nesse sentido, o Direito Sucessório brasileiro garante a estabilidade das relações jurídicas pós-morte, ao regulamentar os direitos e deveres dos her-

deiros na sucessão, preservando a vontade do falecido e o cumprimento das disposições legislativas, além de buscar prevenir e solucionar possíveis conflitos relacionados à divisão patrimonial.

3.1. Sucessão legítima e testamentária

De acordo com o art. 1.786 do Código Civil, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (Brasil, 2002). Por isso, a sucessão poderá ser legítima quando ocorrer em virtude de lei, ou testamentária, a qual decorre do desejo e da determinação do autor da herança.

A sucessão legítima ocorre quando o autor da herança não deixa testamento ou não abrange todos os seus bens no documento. O mesmo ocorre nos casos em que o testamento caduca ou é considerado nulo, conforme o art. 1.788 do Código Civil. Nessas situações, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos, indicados em lei. Essa espécie é considerada a regra para o direito brasileiro, pautado no elemento familiar, definido pelo parentesco. Além disso, configura-se como uma forma de testamento tácito ou presumido do falecido, visto que este não manifestou expressamente sua vontade, logo, consentiu com a sucessão de seu patrimônio aos indivíduos dispostos no art. 1.829 do Código Civil (Diniz, 2025).

Já a sucessão testamentária se configura quando há disposição da última vontade do falecido sobre a totalidade ou parte de seus bens, realizada em ato unilateral e pessoal, com força jurídica, destinado à instituição de herdeiros e à nomeação de legatários. Esse instrumento deve seguir algumas formalidades, a fim de obter um caráter preventivo, precatório e executivo, para que seja possível assegurar aos envolvidos da sucessão um título eficaz, que garanta o reconhecimento de seus direitos após a morte do declarante. Ademais, o testamento possui caráter patrimonial, no entanto, também pode apresentar disposições não patrimoniais, como as relacionadas à deserção (Gomes, 2019). Desse modo, essa forma de sucessão pode ser entendida como uma instrução realizada pelo autor da herança, que define como deverá ser administrado o seu patrimônio, impondo os deveres e direitos concedidos pelos beneficiários (Wagner; Turnbull, 2023).

A liberdade de testar é conferida a todas as pessoas, todavia, tal prerrogativa apresenta algumas restrições. O art. 1.789 do Código Civil dispõe que, nos casos em que houver herdeiros necessários, o testador poderá dispor apenas da metade de seu patrimônio, correspondente à quota parte disponível. A outra metade, denominada legítima no direito brasileiro, constitui uma porção intangível e deve ser obrigatoriamente reservada aos sucessores descritos no art. 1.845 do mesmo diploma legal, sendo estes os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Tal proteção está vinculada à salvaguarda da família, que não deve

ficar desamparada com o óbito do testador, preservando-se, assim, a dignidade da pessoa humana. Diante disso, esses herdeiros só poderão ser privados de suas reservas diante de hipóteses taxativas previstas em lei, de indignidade e de deserção (Tepedino; Nevares; Meireles, 2024).

É importante ressaltar que todo herdeiro necessário é, também, herdeiro legítimo. Nesse sentido, quando o *de cujus* falece, a herança é transferida aos seus sucessores, sendo o chamamento destes realizado de acordo com a ordem de vocação hereditária, estabelecida por classes sucessórias, que abrangem uma relação preferencial determinada pelo ordenamento jurídico. A primeira classe a ser convocada compreende os descendentes, que concorrem com o cônjuge sobrevivente; a segunda é composta pelos ascendentes, também em concorrência com o cônjuge sobrevivente; já a terceira é representada pelo cônjuge sobrevivente; e, por fim, a quarta é formada pelos colaterais, conforme o art. 1.829 do Código Civil (Gonçalves, 2024).

A sucessão legítima e a sucessão testamentária se configuram como pilares do Direito Sucessório, já que visam garantir a vontade do falecido e a proteção dos herdeiros, de forma justa e em conformidade com os preceitos legais. Assim, asseguram tanto a forma pela qual a transmissão ocorrerá como os casos de punição e exclusão da sucessão.

4. O ABANDONO AFETIVO COMO FORMA DE DESERDAÇÃO

A obrigação jurídica de exercer a parentalidade de forma responsável é traduzida no dever de proporcionar ao filho uma verdadeira referência parental, que corrobora o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente quanto aos aspectos físicos, psíquicos e sociais, uma vez que o descumprimento dessa imposição pode acarretar prejuízos irreversíveis à vida do menor (Brasil, 2021).

É nítido que a falta de convívio afetivo paterno ou materno ao longo da vida do filho ocasiona dano à sua integridade pessoal e que afeta a dignidade humana e os direitos da personalidade. A carência de uma verdadeira ligação afetiva com os genitores proporciona sequelas que não podem ser amenizadas (Calderón, 2023), já que resultam em consequências objetivas na formação da prole.

Nas relações parentais, a responsabilidade paterna e materna não se limita apenas à assistência material, uma vez que abrange também a esfera moral (Vieira *et al*, 2017), configurando-se como um dever jurídico, já que os pais não podem se divorciar de seus filhos, sendo seu dever criá-los e educá-los integralmente. Assim, os genitores devem se atentar aos sentimentos e às necessidades dos menores, buscando validá-los, incentivá-los e apoiá-los continuamente (Pereira, 2024; Martin, 2019).

Os filhos possuem a responsabilidade de zelar pelo bem-estar de seus pais na velhice, período em que carecem de maior suporte em virtude de suas limitações.

Dessa forma, é necessário que os filhos atendam não só às necessidades básicas, mas também às demandas afetivas dos genitores. No entanto, em diversos casos, os idosos acabam sendo abandonados afetivamente, ficando privados de cuidados, convívio familiar e apoio emocional. Nessas circunstâncias, verifica-se que os filhos são omissos em suas obrigações, agindo de forma desrespeitosa e indiferente (Moreira, 2021), o que ocasiona impacto negativo à saúde de seus pais no âmbito biopsicossocial.

É inegável que o abandono imaterial se revela tão grave quanto o abandono material, tendo em vista que decorre da ruptura dos vínculos de solidariedade e responsabilidade familiar, o que se manifesta por meio de atos de omissão e indiferença de alguns membros em relação aos demais. Trata-se de uma verdadeira violação do cuidado necessário que deve perpetuar entre os indivíduos de uma família (Farias; Rosa, 2022).

Diante desses aspectos, considerando que a afetividade é caracterizada como um princípio geral no Direito das Famílias, constata-se que ela também apresenta clara repercussão no âmbito sucessório. Assim, nos casos em que houver uma ruptura duradoura de vínculo afetivo entre os herdeiros necessários, em especial por negligência ou falta de contato, tal conduta, desprestigiada, deveria autorizar o autor da herança a deserdar tal sucessor, por meio de testamento com expressa declaração do fato. Isso seria justo, visto que a falta dessa relação afetiva enseja a descaracterização da entidade familiar e tal rompimento se mostra suficiente para a exclusão da incidência do direito sucessório (Pereira, 2020), de acordo com os princípios e ditames constitucionais.

O Código Civil, em seus artigos 1814, 1962 e 1963, apresenta as hipóteses de deserdação por meio de um rol taxativo, que não permite interpretação pelo juiz. Essa restrição se mostra absurda, já que deixa de abordar outras práticas extremamente severas para a exclusão do herdeiro, como o abandono afetivo. Essa limitação legislativa acarreta certa desconsideração com o testador, que, por falta de lei, precisa suceder seu patrimônio a alguém que lhe tratou com desprezo ou nunca esteve presente, agindo com nítida falta de boa-fé familiar (Dias, 2018).

Nesse sentido, se no testamento o *de cuius* aponta uma causa que não se enquadra em nenhuma das hipóteses legalmente estabelecidas essa não poderá ser considerada em juízo, ainda que se revele mais ofensiva que as previstas em lei. Isso se deve ao fato de a deserdação possuir natureza excepcional (Lôbo, 2025), o que impede qualquer interpretação extensiva.

Infelizmente, as normas atuais não contemplam o abandono afetivo como hipótese de deserdação, não permitindo, assim, a punição do indivíduo que foi omissos ou agiu com indiferença diante de suas obrigações familiares. Isso representa um verdadeiro dilema para o testador, que se vê sem nenhuma alternativa, a não ser transmitir o seu patrimônio ao herdeiro que lhe causou tantos danos.

5. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESERDAÇÃO

Importante aqui realizar uma análise acerca da legitimidade processual para ajuizar uma ação de deserdação no Brasil, explorando o arcabouço jurídico relevante, as partes envolvidas e as condições sob as quais tais ações podem ser iniciadas.

O Código Civil Brasileiro, especificamente os artigos 1.814 a 1.818, rege as regras e procedimentos para a deserdação. A deserdação é uma exceção à regra geral de que os herdeiros necessários — como descendentes, ascendentes e cônjuges — têm direito a uma parcela obrigatória do patrimônio do falecido, conhecida como “legítima”. Essa parcela não pode ser livremente alienada pelo testador e deve ser reservada aos herdeiros necessários (Código Civil Brasileiro, 2002).

A deserdação só é permitida em circunstâncias específicas, taxativamente elencadas no artigo 1.814 do Código Civil. Entre elas, destacam-se: Tentativa de matar o testador ou seu cônjuge/companheiro(a); Violência física ou moral contra o testador; Praticar ofensas graves à honra do testador; Interferir ilegalmente na vontade do testador.

Referidos atos devem ser comprovados em juízo, e o ônus da prova cabe à parte que inicia a ação de deserdação.

Ressalte-se que a legitimidade processual refere-se à capacidade jurídica de uma pessoa física ou jurídica para iniciar uma ação judicial. No contexto da deserdação, a legitimidade processual determina quem tem o direito de ajuizar uma ação judicial visando deserdar um herdeiro.

Segundo a legislação brasileira, o direito de ajuizar uma ação de deserdação é concedido prioritariamente ao testador. No entanto, como a deserdação frequentemente surge após a morte do testador, a questão da legitimidade processual torna-se mais complexa.

De acordo com o artigo 1.961 do Código Civil Brasileiro, os herdeiros do testador falecido, bem como o testamentário (se houver), têm legitimidade para ajuizar uma ação de deserdação postumamente (Código Civil Brasileiro, 2002).

O testador, durante sua vida, tem o direito exclusivo de ajuizar uma ação de deserdação contra um herdeiro necessário. Essa ação deve se basear em um dos fundamentos legalmente reconhecidos para a deserdação.

O testador também pode incluir uma cláusula de deserdação em seu testamento. No entanto, se o herdeiro deserdado contestar esta cláusula após a morte do testador, os outros herdeiros ou o testamentário devem defender a validade da deserdação em juízo.

Após a morte do testador, os herdeiros legítimos do falecido têm o direito de ajuizar uma ação de deserdação contra um herdeiro necessário. Isso nor-

malmente ocorre quando um herdeiro busca deserdar outro, frequentemente devido a disputas sobre a divisão do patrimônio.

Por exemplo, se um descendente for acusado de cometer um ato que justifique a deserdação, os outros descendentes ou ascendentes podem iniciar a ação para proteger sua parte da herança.

Se o testador tiver nomeado um testamenteiro em seu testamento, este tem legitimidade processual para ajuizar uma ação de deserdação em nome do patrimônio. O papel do testamenteiro é garantir que os desejos do testador, expressos no testamento, sejam cumpridos. Isso inclui defender a validade de uma cláusula de deserdação ou iniciar um processo judicial para deserdar um herdeiro necessário.

Uma ação de deserdação deve ser ajuizada no tribunal cível competente, normalmente na jurisdição onde o falecido residia no momento do seu falecimento. A ação deve incluir provas que sustentem os alegados fundamentos para a deserdação, bem como uma explicação clara de como as ações do herdeiro necessário atendem aos critérios legais para deserdação.

O ônus da prova em uma ação de deserdação recai sobre a parte que busca executar a cláusula de deserdação. Isso significa que o testador (ou seus herdeiros) deve fornecer provas suficientes para demonstrar que a parte deserddada se envolveu em conduta que justifica sua exclusão da herança. Se as provas forem insuficientes ou inconclusivas, o Judiciário pode invalidar a cláusula de deserdação e restaurar os direitos de herança da parte deserddada.

Os tribunais desempenham um papel fundamental na revisão de ações de deserdação para garantir que cumpram os requisitos legais estabelecidos no Código Civil Brasileiro. Os juízes devem examinar cuidadosamente as provas e considerar os princípios de equidade e justiça ao decidir se mantêm ou invalidam uma cláusula de deserdação. Precedentes judiciais indicam que os tribunais geralmente são cautelosos ao aprovar ações de deserdação, pois envolvem a exclusão de um herdeiro legítimo de seu direito legal de herdar.

Um dos principais desafios em casos de deserdação é equilibrar a autonomia do testador para dispor de seus bens com o direito legal do herdeiro necessários de herdar. A lei sucessória brasileira impõe restrições significativas à capacidade do testador de deserdar herdeiros necessários, refletindo acerca da solidariedade familiar e a proteção de familiares vulneráveis. Isso frequentemente leva a conflitos entre a vontade do testador e os direitos legais dos herdeiros necessários.

Provar os fundamentos da deserdação pode ser um processo complexo e contencioso, especialmente em casos que envolvem alegações de abuso, negligência ou outras formas de má conduta. Os tribunais frequentemente exigem provas substanciais para sustentar os pedidos de deserdação, e a falta de provas claras ou convincentes pode resultar na rejeição da ação de deserdação.

O processo segue o rito comum estabelecido no Código de Processo Civil, e como qualquer litígio da Vara Cível, necessita de apresentação de provas, evidências, testemunhas e manifestação por parte do juízo (Gomes, 2019).

Assim, na ação de deserdação caberá a quem alegar a exclusão provar a sua causa, seja o herdeiro que se beneficia, o qual deverá apresentar evidências suficientes e convincentes para o juiz. Bem como, o próprio herdeiro excluído, que precisará defender-se das acusações e da causa apresentada no testamento, em conformidade com o artigo 373 do Código de Processo Civil. Uma vez que, o ônus da prova apresenta alguns aspectos subjetivos e objetivos (Ribeiro, 2024), o primeiro demonstra qual das partes terá que assumir uma postura ativa, demonstrando os fatos controvertidos, já o segundo representa a regra de julgamento para a causa, que orienta a decisão judicial.

Nesse sentido, o art. 1.962 do Código Civil elenca as causas atribuídas aos descendentes capazes que permitem sua deserdação pelos ascendentes, por meio de testamento, quais sejam: ofensa física; injúria grave; relações ilícitas com o padrasto ou a madrasta; desamparo do ascendente em alienação mental ou enfermidade. Outrossim, o art. 1.963 do mesmo diploma legal apresenta as condutas cometidas contra os descendentes que possibilitam a exclusão dos ascendentes da sucessão. São elas: ofensa física; injúria grave; relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta; desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. Além dessas causas, os herdeiros necessários também poderão ser deserdados pelos motivos de indignidade, elencados no art. 1.814 do Código Civil (Brasil, 2002), conforme já vimos alhures. A causa referida pelo testador deve se enquadrar nas previstas pelo ordenamento, já que dizem respeito a um rol taxativo, que não permite interpretação extensiva. Logo, se o fato apontado não estiver previsto em lei, esse não será considerado, mesmo sendo até mais grave e ofensivo que os elencados (Dias, 2018).

Diante de tais perspectivas, torna-se nítido que a deserdação não busca apenas assegurar a vontade do testador, pois esse instituto também reafirma os valores éticos e morais que devem regular as relações familiares. Ademais, visa preservar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e norteador do direito brasileiro.

6. SUGESTÕES DE *LEGE FERENDA* E O PROJETO DE LEI Nº 4/2025

A deserdação em razão da quebra do vínculo afetivo, consoante Pereira (2020), deve ser autorizada pela aplicação dos princípios constitucionais, os quais regem todo o ordenamento jurídico, e não pela aplicação literal do Código Civil. Dessa forma, a própria interpretação sistemática permite tal procedi-

mento. No entanto, atualmente, o entendimento predominante é o de que as hipóteses que permitem a deserdação devem estar expressamente previstas no rol taxativo dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, entre as quais, infelizmente, não se inclui o abandono afetivo. Contudo, tal situação tem sido objeto de debate por meio dos projetos de reforma, como é o caso do Projeto de Lei nº 118/2010, que está em trâmite no Congresso Nacional (Calderón, 2023), o qual autoriza a deserdação do herdeiro necessário que se omite em relação as suas obrigações familiares.

Diante da dificuldade legislativa em prever todas as causas que autorizam a exclusão do direito sucessório pelo instituto da deserdação o mais adequado seria admitir uma interpretação extensiva, deixando ao arbítrio do juiz a competência para avaliar o caso concreto. Assim, caberia ao magistrado analisar se o motivo alegado pelo testador foi suficientemente reprovável ou não, já que, não raramente, a perversidade das pessoas ultrapassa os limites imagináveis pelo legislador (Dias, 2018).

É claro que a legislação carece de atualização, uma vez que o atual Código Civil não promoveu alterações significativas no instituto da deserdação em relação ao Código de 1916, limitando-se, basicamente, à transcrição do diploma anterior. Como consequência, não foram considerados os princípios constitucionais, as novas demandas sociais, novos direitos e as mudanças no âmbito da família contemporânea. Tal situação evidencia a urgente necessidade de reforma no ordenamento jurídico, com o objetivo de proteger o falecido (Rodrigues, 2023) e não o obrigar a contemplar um herdeiro que o tratou com desonra.

Nesse contexto, destaca-se o Projeto de Lei nº 04/2025, o qual foi elaborado por uma comissão de juristas e renomados doutrinadores, com o objetivo de promover a atualização do Código Civil vigente, uma vez que esse se apresenta defasado em relação às demandas atuais. Entre as alterações propostas, merece destaque a inclusão da hipótese de abandono afetivo voluntário e injustificado como causa para ensejar a deserdação de descendentes e ascendentes, a fim de garantir a observância do dever de cuidado diante dos vínculos familiares (Brasil, 2025).

A atualização legislativa se revela extremamente essencial diante da evolução do Direito das Famílias e das demandas da sociedade contemporânea, além de ser uma medida justa e coerente, já que possibilita ao autor da herança afastar da sucessão o descendente ou o ascendente que o tenha abandonado afetivamente.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo teve como objetivo principal analisar, por meio de revisão bibliográfica, a possibilidade jurídica de deserdação de descendentes e ascen-

dentes por abandono afetivo. Foram abordadas as consequências dessa omissão na vida das crianças, dos adolescentes e dos idosos que sofrem em razão desse tipo de desamparo. Destacou-se, ainda, que a exclusão do direito sucessório se apresenta como uma maneira adequada e proporcional de punir o herdeiro necessário que não cumpriu com suas obrigações jurídicas, além de respeitar a vontade do testador sobre o seu patrimônio.

Ações de deserdação podem ter um impacto significativo nas relações familiares, visto que frequentemente envolvem alegações de má conduta grave e violações de deveres familiares. Esses casos podem exacerbar tensões e conflitos existentes na família, levando a disputas judiciais prolongadas e sofrimento emocional para todas as partes envolvidas.

Em conclusão, a legitimidade para ajuizar uma ação de deserdação no Brasil é estritamente limitada ao testador e seus herdeiros legítimos, conforme definido pelo Código Civil Brasileiro. O testador tem o direito de iniciar o processo de deserdação em vida, enquanto seus herdeiros podem assumir essa responsabilidade após o falecimento do testador. As ações de deserdação estão sujeitas a rigorosos requisitos legais e processuais, e os tribunais desempenham um papel fundamental para garantir que essas ações cumpram os princípios de equidade e justiça.

Embora a deserdação seja uma poderosa ferramenta jurídica para lidar com violações graves de deveres familiares, ela também levanta desafios e controvérsias significativos, particularmente no que diz respeito ao equilíbrio entre a autonomia do testador e os direitos legais do herdeiro legítimo. Dessa forma, ações de deserdação exigem consideração cuidadosa e evidências sólidas para garantir que sejam usadas de forma apropriada e justa.

Em virtude da evolução da família contemporânea e da influência dos princípios constitucionais brasileiros, o afeto se apresenta como o elemento primordial para a manutenção dos relacionamentos familiares. Assim, o abandono afetivo representa um rompimento de tais laços, bem como caracteriza um descumprimento jurídico do dever de cuidado que deve existir nas relações parentais e filiais. Esse desamparo acarreta danos, muitas vezes irreversíveis, que prejudicam o sujeito em seus aspectos biopsicossociais, uma vez que a assistência de forma imaterial se mostra tão importante quanto a material, ou seja, o apoio apenas financeiro não é suficiente para satisfazer a todas as necessidades humanas.

Em vista disso, revela-se adequado que o indivíduo vítima de abandono afetivo pudesse deserdar, por meio de testamento, o seu descendente ou ascendente que fora negligente em suas responsabilidades e lhe acarretou sofrimento. Assim, essa justa causa seria apreciada posteriormente em juízo, por meio de ação ordinária destinada a outorgar validade jurídica à exclusão do herdeiro necessário do direito sucessório.

Todavia, atualmente, essa hipótese não é passível de concretização sob o ponto de vista legal, já que o Código Civil vigente traz em seus dispositivos um rol taxativo, e que, consequentemente, não permite uma interpretação extensiva das causas que autorizam a exclusão do herdeiro necessário no que tange ao seu direito sucessório, no qual o abandono afetivo, infelizmente, não está previsto. Essa limitação legislativa dificulta ainda mais a punição de outras justificativas extremamente severas, mas que não estão elencadas no referido Código.

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico necessita de atualização, a qual deve considerar os princípios constitucionais, bem como os novos direitos e os anseios sociais da família contemporânea, uma vez que o Código Civil de 2002 não apresentou alterações relevantes acerca do instituto da deserdação, em relação ao Código de 1916. Tal circunstância evidencia o quanto a legislação se apresenta desatualizada e em desconformidade com as demandas atuais da sociedade, tendo em vista que ainda obriga o testador a contemplar um herdeiro que lhe desonrou.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2025.

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, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 19 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 19 maio 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4, de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2025. Disponível em: <https://encr.pw/vGvzi>. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Relator: Min. Nancy Andri ghi, 1 de março de 2016. Disponível em: <https://encurtador.com.br/dC5uX>. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.887.697/RJ**. Relator: Min. Nancy Andri ghi, 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1286182074>. Acesso em: 20 maio 2025.

BYRKNES, Ingvill Walmann. Disinheritance: a guide to removing someone from your will. **LawDepot**, 2025. Disponível em: <https://www.lawdepot.com/disinherit-an-heir/?loc=US>. Acesso em: 30 maio 2025.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 39. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. v. 6. *E-book*.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. v. 6. *E-book*.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 18. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. v. 7. *E-book*.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. v. 6. *E-book*.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 14. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. v. 5. *E-book*.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

MARTIN, Sharon. Healing from emotional abandonment, shame, and unworthiness. **PsychCentral**, 1 mar. 2019. Disponível em: <https://11nq.com/0B5qg>. Acesso em: 30 maio 2025.

MOREIRA, Jéssica Albino. A responsabilidade civil dos filhos no abandono afetivo inverso. **Ministério Público do Estado de Mato Grosso (MPMT)**, 17 maio 2021. Disponível em: <https://mpmt.mp.br/portalcdo/news/1011/100545/artigo---a-responsabilidade-civil-dos-filhos-no-abandono-afetivo-inverso/90>. Acesso em: 20 maio 2025.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. **FMU DIREITO – Revista Eletrônica**, v. 30, n. 44, p. 61-77, 2020. Disponível em: <https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/2421>. Acesso em: 20 maio 2025.

PINHEIRO, Carla. **Manual de Psicologia Jurídica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*.

RODRIGUES, Caroline Dias. A deserdação do ascendente pelo descendente em caso de abandono afetivo. **IBD-FAM**, 22 nov. 2023. Disponível em: <https://11nq.com/wYm1>. Acesso em: 20 maio 2025.

SOUTO, Fernanda Ribeiro; FERREIRA, Gabriel Bonesi; PEREIRA, Karin Cristina Kramer; LIMA, Ludmila Lopes; RODRIGUES, Ana Luiza; USTARROZ, Daniel; SOUZA, Janaina Marcos; ELTZ, Magnum. **Direito das Famílias**. Porto Alegre: SAGAH, 2021. *E-book*.

SOUZA, Andrea Santana Leone; FERRARO, Angelo Viglianisi; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. v. 5. *E-book*.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza M.; MEIRELES, Rose Melo V. **Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. v. 7. *E-book*.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. v. 6. *E-book*.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara C.C.B. **Famílias, Psicologia e Direito**. Brasília: Ed. Zakarewicz, 2017.

WAGNER, Lisa; TURNBULL, Emília. The intersection between Family Law & Succession Law. **Doolan Wagner Family Lawyers**, 19 out. 2023. Disponível em: <https://11nq.com/tAvFX>. Acesso em: 30 maio 2025.

DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS REFUGIADAS DESACOMPANHADAS

Gabriela de Moraes Rissato

Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Pesquisadora ICETI – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC – PR. Professora. Advogada no Paraná. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3214-7715>, E-mail: gabrielamrissato@gmail.com

Valéria Silva Galdino Cardin

Pós -doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora da Universidade Estadual de Maringá e da Unicesumar – Centro Universitário Cesumar; Pesquisadora do ICETI; Advogada no Paraná. valeria@galdino.adv.br

1. INTRODUÇÃO

Os processos migratórios sempre fizeram parte da vida humana. Desde os períodos mais remotos da civilização humana, até os dias atuais, observa-se que o fenômeno do refúgio se encontra presente no dia a dia humano.

Embora se trate de um fenômeno antigo, há a necessidade de uma análise mais cautelosa acerca do assunto, principalmente diante do aumento significativo da quantidade de pessoas que necessitaram deslocar-se de seu país de origem de maneira forçada e diante das condições que acabam sendo submetidos.

Hodiernamente, é comum a veiculação de notícias retratando os dilemas que estes indivíduos sofrem em razão da violação aos direitos básicos e que

decorrem principalmente das guerras, perseguições, desastres naturais, dentre outras motivações.

Diante disso, muitas pessoas são obrigadas a deixar o seu país de origem para reestruturação de sua vida em outro local, razão pela qual necessitam do apoio de órgãos como a ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados para a sua reinserção em outra comunidade, isso porque necessitará enfrentar não apenas o desafio de fugir de uma situação de perigo, mas também os desafios do aprendizado de um novo idioma, de uma nova cultura e de novos hábitos.

São considerados refugiados, os indivíduos que não conseguem valer-se da proteção de seu país de origem quando existirem situações que trouxerem riscos à dignidade humana destas pessoas. Além de uma posição de perigo e desamparo, estes indivíduos permanecem em uma condição sub-humana por longos períodos.

Além de estarem muitas vezes desamparados, os refugiados ainda sofrem uma grande discriminação pois é comum serem vistos como intrusos naquele país em que buscam acolhimento, sob a justificativa de que estes retiram dos nacionais, postos de trabalho por exemplo, o que leva alguns países a criarem políticas migratórias discriminatórias, objetivando na verdade dificultar a entrada e permanência de refugiados em seu território.

A proteção aos refugiados ganhou relevância principalmente após os fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, onde foram observados diversos atos totalmente contrários à dignidade da pessoa humana. Ante a preocupação para que estes atos não se repetissem na história, houve a necessidade de uma inclusão deste grupo de pessoas na elaboração da legislação de diversos países.

Apesar da existência de Tratados versando sobre a proteção aos refugiados, após a Segunda Guerra Mundial, outros conflitos armados continuaram a ocorrer no mundo, principalmente após os confrontos oriundos da África e do Oriente Médio, que decorrem principalmente de guerras civis, obrigando as pessoas a continuarem realizando migrações forçadas.

A maioria das travessias destas pessoas ocorre de forma degradante, sendo que para isso, grande parte das pessoas, vendem tudo o que possuem para arcar com os custos de uma viagem incerta, onde muitas vezes sequer sobrevivem para chegar ao destino final.

Hodiernamente, estes indivíduos buscam países vizinhos para se refugiarem, entretanto, nem sempre estes possuem a estrutura adequada para lhes oferecer a assistência necessária em pouco tempo para a garantir a sua dignidade e os direitos básicos para a sua sobrevivência. Aqueles que buscam países mais desenvolvidos para serem acolhidos igualmente sofrem alguns percalços, como por exemplo, a necessidade de aprendizado de um novo idioma, uma nova cultura, dentre outras situações.

Quando essas pessoas conseguem chegar ao seu destino, inicia-se então uma nova empreitada para a reconstrução de suas vidas, ocasião em que tornam-se pessoas altamente vulneráveis para serem explorados, violentados e discriminados. A situação dos refugiados é preocupante, sendo que as crianças, objeto de estudo do presente artigo, enfrentam maiores dilemas, em decorrência de serem mais vulneráveis.

As crianças refugiadas, em sua grande maioria, chegam aos locais de apoio desacompanhadas, e com tenra idade, muitas vezes sem qualquer documento que possa identificá-las, tornando extremamente difícil a sua reinserção em seu seio familiar.

A ausência de identificação das crianças refugiadas traz sérias consequências à mesma, considerando que o nome é um direito da personalidade capaz de individualizar o indivíduo na sociedade e naturalmente, lhe possibilita o acesso a outros direitos personalíssimos como por exemplo, a saúde e a educação.

Diante desta deficiência, falta às crianças refugiadas o gozo à uma vida digna. Este artigo tem como proposta central estudar os principais aspectos da condição do refugiado, as causas que os levam a estar nesta posição e principalmente quais os dilemas sofridos por este grupo de pessoas e principalmente, quando a figura do refugiado é uma criança desacompanhada e sem acesso a justiça, porque sequer tem um representante legal.

Deste modo, faz-se necessário analisar não só a atual condição e os direitos da personalidade violados, mas também estudar os caminhos para que a dignidade destes indivíduos seja resguardada.

Neste artigo, estudar-se-á, como é a atual condição dos refugiados, como os países os recebem e principalmente, como se dá este acolhimento quando este refugiado é uma criança que chega aos locais destinados aos refugiados sem qualquer identificação.

Diante deste panorama, serão analisados os direitos à identificação pessoal e ao nome como alguns dos direitos da personalidade que acaba sendo tolhido dos refugiados e como os países que os acolhem lidam com este dilema, que quando não resolvido de maneira rápida e profícua causa sérios problemas a estas pessoas, para viabilizar o acesso a outros direitos tão importantes quanto ao seu nome.

A pesquisa tem como método de investigação, o método dedutivo, e a pesquisa será bibliográfica que consiste na utilização de materiais como livros, artigos, periódicos e documentos eletrônicos pertinentes ao tema.

2. DA REALIDADE DOS REFUGIADOS

A migração do ser humano trata-se de um fenômeno antigo. O refugiado é o indivíduo obrigado a deixar seu país em razão de alguma situação que coloca

em risco a sua vida, a sua segurança, a sua liberdade, dentre outros direitos. Normalmente essa migração forçada decorre de conflitos, guerras e perseguições, ocasionadas por conflitos políticos, econômicos, ou religiosos, e até mesmo por desastres naturais, sendo, essa a única opção destes indivíduos para resguardar sua vida.

Os grandes fluxos migratórios ocorreram na “Europa ocidental no final do século XV à metade do século XVIII; da Europa Oriental e dos Bálcãs, do final do século XIX, início do século XX até a década de 1920; e dos países não industrializados, após a Segunda Guerra Mundial”, (ANDRADE, 2006, p. 37).

Durante estes ciclos migratórios houve grandes transformações sociais, políticas econômicas e culturais, sendo que os últimos grandes ciclos ocorreram no século XX e XXI com a Primeira Guerra Mundial, consagrando-se durante a Segunda Guerra Mundial.

Na década de 20, iniciou-se uma movimentação de refugiados em virtude da perseguição realizada pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, isso porque, “A fuga era motivada pela situação política e econômica desse país, mais especificamente pela Revolução Bolchevique, pelo colapso das Frentes antibolchevique, pela fome e pelo fim da resistência dos russos que se opunham ao comunismo e tinha como justificativa a perseguição que aí ocorria (JUBILUT, 2007, p. 73).

Embora a assistência àqueles refugiados se tratasse de uma medida temporária, a Cruz Vermelha solicitava auxílio à Liga das Nações para ofertar inicialmente às pessoas russas refugiadas o asilo necessário a fim de lhes garantir principalmente a sua repatriação, assistência médica e humanitária, ou seja, objetivava ofertar a essas pessoas uma segunda oportunidade de uma vida digna. (JUBILUT, 2007, p. 75).

De acordo com a Liga das Nações, o requisito principal para que uma pessoa fosse considerada refugiada é o fato de estar fora de seu país de origem e sem a proteção do Estado, (ANDRADE, 2006, p. 44) e o objetivo inicial era a proteção de pessoas russas, contudo, com o passar do tempo, outras pessoas passaram a necessitar deste apoio, principalmente durante a perseguição de judeus alemães, culminando assim na criação em 1938, do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados. (JUBILUT, 2007, p. 77).

Durante a Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança na natureza dos conflitos, tendo em vista a expansão territorial dos países que participaram da Guerra, bem como dos interesses envolvidos, fazendo com que os conflitos se tornassem muito mais violentos. (FERRAZ, 2008, p. 482). Além disso, naquele período foram observadas as maiores atrocidades cometidas contra o ser humano que acarretou um deslocamento forçado de milhares de pessoas. (MOREIRA, 2005, p. 59), em especial, o extermínio em massa de outros seres humanos por meio de armas nucleares.

Diante daquele cenário, foi necessária a criação da ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados em dezembro de 1950, para que iniciasse o seu funcionamento em janeiro de 1951, objetivando o reassentamento daqueles refugiados oriundos da Guerra (ACNUR, 2001), bem como promover a proteção aos mesmos e ainda buscar a implementação de soluções profícuas para a solução dos dilemas que permeiam o dia a dia destes indivíduos. (JUBILUT, 2007, p. 173).

A ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados teve suma importância para o acolhimento das milhares de pessoas refugiadas, entretanto, enquanto na Primeira Guerra Mundial houve um saldo de aproximadamente 4 milhões de refugiados, na Segunda Guerra Mundial, o número de pessoas desamparadas saltou para cerca de 40 milhões de refugiados (JUBILUT, 2007, p. 78), inviabilizando assim o trabalho de acolhimento que vinha sendo desenvolvido.

Diante dos conflitos que obrigam os indivíduos a se tornarem refugiados, nem sempre a repatriação é a melhor opção para estas pessoas. Logo, tal plano foi abandonado pela Liga das Nações que vislumbrou a necessidade de viabilizar a estes indivíduos uma acolhida por outros países para que pudessem refazer suas vidas, tanto é que o Brasil, foi o país da América Latina que mais acolheu refugiados europeus após a Segunda Guerra (MOREIRA, 2005, p. 60).

Atualmente, o ACNUR desenvolve um trabalho objetivando acolher pessoas que não tiveram outra opção se não fugir de seu país de origem, oferecendo alimentação, água, assistência médica, dentre outros recursos básicos para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

A manutenção do ACNUR ocorre por meio de contribuições voluntárias dos países e de doações tanto de empresas quanto de pessoas físicas, as quais são essenciais para a implementação de projetos e de locais para atender os refugiados nas diversas sedes onde este órgão pode ser localizado. (ACNUR, 2020).

Entretanto, observa-se que atualmente, a assistência oferecida aos refugiados de modo geral é insuficiente, tanto é verdade que inúmeros refugiados quando adentram outros países acabam explorados e marginalizados.

Ressalte-se que além da assistência ineficiente, alguns países na verdade possuem políticas discriminatórias que objetivam evitar a entrada e a permanência de refugiados em seu território, impondo procedimentos extremamente burocráticos obrigando muitos refugiados a permanecerem em uma condição tão desumana que os leva até mesmo à uma situação de rua.

Conforme explana Deborah Esther Grajzer, diante dos conflitos entre países que cada vez mais se intensificam, nota-se que o deslocamento forçado de pessoas aumenta de acordo com o avanço da globalização:

Os processos de integração regional e acordos de livre comércio também acabaram por aumentar os incentivos para que os migrantes econômicos se deslocassem em busca de melhores oportunidades econômicas e sociais. Todavia, algumas pessoas permaneciam sendo obrigadas a se deslocarem em virtude da violência extrema, conflitos armados, exploração, ou abusos, os que as caracterizam como refugiados. Logo, a violação aos direitos humanos também contribuiu para que milhares de pessoas deixassem seu país de origem ou habitual residência (GRAJNER, 2018, p. 74-75).

As migrações forçadas têm se tornado palco de estudos com certa frequência, diante dos inúmeros conflitos que vêm assolando a humanidade e do problema desencadeado em razão desta migração, isso porque uma quantidade imensa de pessoas, permanece espalhada pelo mundo, ocasião em que se busca a implementação de soluções para a situação destes indivíduos, por meio da repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento. (MOREIRA, 2005, p. 58).

Não basta que estas pessoas que já fugiram de seu país de origem, escapem da morte, mas sim que elas possam encontrar uma nova forma de reconstrução de sua vida, sua família. Isso porque, de acordo com Elimar Szaniawski, não basta que o indivíduo tenha o direito à vida. É necessário que esta seja gozada abundantemente e principalmente, com dignidade. O direito à vida digna está intimamente ligado ao direito à autodeterminação do indivíduo pela sua “identidade pessoal, pelo direito à saúde, pelo direito de constituir uma família e pelo direito de acesso a um patrimônio mínimo.” (SZANIAWSKI, 2005, p. 157-158).

Embora tais direitos estejam previstos na Constituição Federal, cujo objetivo principal é o resguardo à dignidade humana, o que se observa é que esses são constantemente violados, não apenas em relação aos refugiados, mas para grande parte da população que necessita do auxílio do Estado, o que demonstra com clareza a deficiência da gestão de recursos no país, bem como das políticas públicas implementadas pelo Poder Público.

Alguns países dificultam e até mesmo repudiam a entrada e a permanência de refugiados em seu território, sendo que há anos, o Brasil é um dos países que mais acolhe estes indivíduos, os quais contam com a assistência, ainda que precária do Estado, da ACNUR e de ONGS – Organizações não governamentais, sendo que no Estado brasileiro, de acordo com a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, são reconhecidos como refugiados os seguintes indivíduos:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL, 1997).

Diante da importância acerca do tema, pode afirmar que houve uma ampliação acerca do conceito de refugiados e de quais indivíduos poderiam ser contemplados por esta condição, objetivando garantir de forma profícua todo ser humano que possa sofrer uma violação massiva aos direitos humanos.

Segundo Valéria Silva Galdino Cardin e Flávia Francielle da Silva:

no decorrer dos anos, emergiu a necessidade da ampliação do conceito de refugiado, em razão de novas demandas sociais que até então não encontravam respaldo na Convenção de 1951, abrindo-se, desta forma em 1967 para adesão o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que extirpou a limitação em razão do tempo e da geografia. (CARDIN, SILVA, 2018, p. 232-233).

Esta ampliação acerca do conceito de refugiado se dá em razão do aumento das crises humanitárias, que vem ocorrendo após a Segunda Guerra Mundial, como se observa:

Em 2016, o grupo de pessoas que se deslocou de seus países fugindo de perseguições políticas e guerras chegou a 65,6 milhões – não em trânsito no momento, mas que passaram por essa situação desde que esses números são compilados. O número registrou alta de 10,3% em comparação com 2014, depois de uma estabilidade entre 1996 e 2011. (POLITIZE, 2018).

Apesar das dificuldades encontradas pelos estrangeiros e refugiados, que ainda leva muitos a permanecerem em situação de rua ou serem submetidos a trabalhos degradantes, o Brasil avançou muito nas políticas públicas de acolhimento, tanto é verdade que por meio do advento da Lei de Migração sob o n. 13.445/2017, estrangeiros e refugiados passaram a contar com uma proteção maior por parte do Estado, especialmente em relação às garantias de proteção aos direitos humanos, ao processo de reconhecimento da condição de refugiado, inclusão social e maior acolhimento. (HERRERA, 2024)

De certo modo, os refugiados passam por problemas semelhantes aos brasileiros, como se observa:

os refugiados sofrem as mesmas limitações e passam pelas mesmas dificuldades que afetam os cidadãos brasileiros de uma forma geral: a realidade brasileira atual apresenta uma estrutura básica de serviços como saúde, educação, moradia e emprego bastante deficiente; além de uma insuficiência de políticas públicas e

instituições assistenciais e de problemas sociais graves como o desemprego e a violência. (SOARES, 2012, p. 224).

Esta dificuldade de acesso e de conhecimento da cultura e idioma, leva os refugiados a viverem sérios problemas e que muitas vezes culmina na exploração de sua mão-de-obra ou até mesmo, na marginalização destas pessoas.

Para tentar reconstruir suas vidas, muitas vezes longe de família, amigos, profissão e trabalho, estes indivíduos contam com o apoio de algumas organizações não governamentais e de instituições religiosas.

A inserção dos refugiados nas políticas públicas do país e consequentemente para lhes garantir a dignidade, esbarra no pouco interesse político em “assegurar direitos de um grupo pequeno de não eleitores que não irão trazer, consequentemente, um retorno aos interesses políticos dos governantes”. (SOARES, 2012, p. 227)

O desenvolvimento de políticas públicas a este grupo de pessoas, encontra barreiras no interesse político, deixando estes indivíduos a mercê de sua própria sorte. Muitos países na verdade, possuem uma legislação que dificulta a entrada e permanência de refugiados em seu território, o que evidencia o fato de que nem sempre a dignidade humana é colocada como fundamento da elaboração de medidas profícuas a atender de forma a garantir o acesso aos direitos básicos destes indivíduos.

Mesmo após os horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, muitos refugiados que são obrigados a deixar o seu país de origem para resguardar a sua própria vida, são submetidas a outras formas de atrocidades e até mesmo à xenofobia, embora uma quantidade significativa de países tenha ratificado os principais instrumentos internacionais de proteção aos refugiados.

O que se nota é uma violação constante a diversos direitos da personalidade destes indivíduos, e principalmente a dificuldade de reconstrução de uma vida pautada na dignidade. Em razão disso, os trabalhos atualmente desenvolvidos pela ONU – Organização das Nações Unidas, pela UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância e pela ACNUR – Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, associados às ONGs e instituições religiosas são imprescindíveis para a garantia do mínimo necessário a estas pessoas que já tiveram grande parte de seus direitos ceifados, para que possam ter o sentimento de pertencimento à um novo país, e principalmente buscar viver com dignidade.

3. DO DILEMA DAS CRIANÇAS REFUGIADAS DESACOMPANHADAS E SEM IDENTIDADE

Após a Segunda Guerra Mundial, quando a humanidade percebeu as atrocidades cometidas durante a guerra, vislumbrou-se a necessidade de tutelar a dig-

nidade humana, o que ocorreu por meio da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, objetivando impedir que atos parecidos com aqueles ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, voltassem a se repetir.

A partir disso, os refugiados que antes eram invisibilizados, passaram a ser vistos de maneira diferente pela sociedade internacional. Entretanto, o que se observa é que a migração infantil é pouco analisada, mesmo sendo evidente os impactos e os traumas causados na vida do indivíduo e que se intensificam quando este trata-se de uma criança, pois as consequências podem ser desastrosas e até mesmo irreversíveis.

As crianças são consideradas uma minoria vulnerável, isso porque, nem sempre essas foram consideradas sujeitos de direitos. Com o enaltecimento do princípio da proteção integral ao menor, e mesmo sendo sujeitos de direitos, ainda se encontram em uma condição em que a exploração e a violência tornam-se muito mais fácil.

Deste modo, observa-se que embora a existência dos direitos das crianças esteja assegurada, ainda ocorre uma grave violação aos mesmos, razão pela qual, o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p.16).

A vulnerabilidade das crianças faz com que estas sejam expostas à diversas formas de exploração, sendo que em alguns países chegam a ser vendidas pelos próprios pais que recebem uma quantia simbólica de dinheiro acreditando que as mesmas terão condições de vida mais adequadas ao seu desenvolvimento. (GRAJNER, 2018, p. 76).

A entrega muitas vezes espontânea destas crianças por suas famílias, à indivíduos que dizem querer ofertar melhores condições de vida, na verdade faz com que estas passem a viver muitas vezes em condições sub-humanas, sendo traficadas, escravizadas, negligenciadas e exploradas. (GRAJNER, 2018, p. 76).

De acordo com a ACNUR, tem-se observado nos últimos anos um aumento significativo no número de crianças que cruzam as fronteiras de seu país na tentativa de escapar de guerras, perseguições ou outros desastres. As crianças somam cerca de metade da população de refugiados do mundo. (ACNUR, 2020).

Quando estas crianças conseguem chegar a um local de acolhimento a refugiados acompanhadas ou não, passam a enfrentar um novo problema, além da pobreza extrema, sofrem com a ausência de identificação.

Durante a fuga de maneira forçada, estas crianças chegam sem qualquer documento de identificação, o que dificulta o acesso à direitos básicos, como acesso à saúde, à educação e à justiça.

Nesse sentido:

somente após a concessão do pedido de Refúgio é concedido o devido documento de identificação. O longo processo burocrático não consegue responder de forma eficaz às imediatas exigências da criança e do adolescente refugiados. Privados de seus direitos fundamentais – como identidade, saúde e educação –, eles se encontram ao relento de todos os diplomas e dispositivos, constitucionais e ordinários, que lhes dizem respeito. (CAETANO, 2013, p. 92).

A legislação pátria carece de tratamento para as crianças em situação de refúgio, pois versa somente acerca da necessidade de apresentação de cédula de identidade que possa comprovar a sua condição. Entretanto, a Lei é omissa nos casos em que o refugiado sequer possui algum registro quanto à sua identidade.

Nos últimos anos, observou-se um avanço significativo na regulamentação da proteção a crianças e adolescentes migrantes, apátridas e refugiados, com a publicação da Resolução CONANDA nº 232, de 28 de dezembro de 2022. Essa norma detalha a aplicação do princípio da proteção integral previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), voltando-se especificamente àquelas e àqueles que se encontram fora de seu país de origem, desacompanhados ou separados.

A resolução determina que os órgãos públicos responsáveis pela acolhida devem assegurar imediatamente a identificação e o registro civil da criança ou adolescente, além de garantir o acesso aos serviços de saúde, educação e assistência social, independentemente da nacionalidade ou da documentação apresentada. Com isso, o Brasil passou a dispor de diretrizes concretas para o atendimento humanizado e célere dessas crianças, suprimindo a lacuna anteriormente existente na legislação infraconstitucional.

Estas crianças que conseguem sobreviver à travessia entre um país e outro raramente possuem identificação, sendo extremamente complexa a criação de uma nova identidade “seja pela sua incapacidade momentânea de provar a sua identidade e cidadania em razão do extravio de documentos perante o caminho, bem como pelas barreiras legais impostas pelos países receptores”. (CARDIN, SILVA, 2018, p. 196).

Nota-se a ocorrência de um verdadeiro transtorno a estas pessoas que mesmo já sofrendo tantas violações aos seus direitos, quanto tentam reconstruir suas vidas, encontram ainda mais burocracia e falta de assistência para a garantia de direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e até mesmo na Constituição Federal, no caso do Brasil, além de muitas vezes serem discriminados por carregarem um estigma de clandestinidade.

Diante da dificuldade de registro e de identificação, as crianças refugiadas acabam sendo desfavorecidas também pelo fato de que acabam permanecendo

por muito tempo fora da escola, dificilmente tendo oportunidade posteriormente de retomar seus os estudos. (ACNUR, 2020).

A situação foi ainda mais emblemática durante o período de pandemia ocasionada pelo Coronavírus onde o acesso à educação tornou-se ainda mais custoso, tendo em vista que muitas escolas necessitaram fechar em virtude da determinação das autoridades sanitárias e muitas pessoas não possuíam acesso a computadores e à *internet* para darem continuidade aos estudos. (ACNUR, 2020).

Com isso, observa-se que o Brasil, possui uma política de acolhimento à essas crianças que são consideradas hiper vulneráveis. Por isso, o CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, em observância à essa necessidade, estabeleceu, por meio da Resolução n. 232 de 28 de dezembro de 2022, uma série de procedimentos e recomendações objetivando resguardar e proteger a criança que se encontrar fora de seu país de origem separada, desacompanhada ou indocumentada.

De acordo com a Resolução 232/2022 do CONANDA, deverá ser assegurada à criança separada, desacompanhada ou indocumentada a proteção contra a violência, a assistência social e demais garantias, com vistas a evitar uma revitimização e consequentemente garantir-lhe a dignidade. Por isso, de maneira imediata deverá ser promovida a identificação da criança ou do adolescente separado, desacompanhado ou indocumentado, conforme estabelece o art. 8 da referida resolução:

Art. 8º Será feita a identificação imediata de criança ou adolescente desacompanhado, separado ou indocumentado ao ingressar em território brasileiro, devendo o atendimento ser feito em uma linguagem compreensível e adequada à sua idade e identidade cultural, com a presença de intérprete ou mediador cultural sempre que necessário.

§ 1º Em caso de ausência de documentos de identificação da criança ou do adolescente, sua identificação provisória deve ser feita com base nos dados biográficos autodeclarados e dados biométricos, nos termos do artigo 9º desta Resolução.

§ 2º Em caso de identificação de criança ou adolescente desacompanhado, separado ou indocumentado posterior ao seu ingresso em território nacional e sem prévia identificação no controle migratório, a criança ou o adolescente será encaminhado de forma célere à autoridade competente para a aplicação das medidas previstas nesta Resolução. (CONANDA, 2022).

A importância deste acolhimento se deve ao fato de que uma criança desacompanhada e refugiada a expõe a muitos riscos, dentre os quais, pode-se mencionar o abuso sexual e a exploração. Além disso, ao estar separada do seu núcleo familiar, a criança poderá desenvolver um sentimento de abandono e insegurança. (VENTRESQUI; OLIVEIRA, 2024, p. 259)

Com isso, é essencial que ao menos os serviços básicos de acesso à justiça, saúde e educação sejam garantidos de maneira profícua. Para isso, é necessária a correta identificação e documentação dessas crianças, bem como proporcionar-lhes um amparo linguístico e cultural (VENTRESQUI; OLIVEIRA, 2024, p. 260) para viabilizar a utilização dos serviços públicos, como uma alternativa de minimizar os danos já sofridos, o preconceito, a discriminação, dentre outras barreiras que impedem o livre desenvolvimento da personalidade.

Em que pese muitos países não possuírem uma política de acolhimento e proteção à crianças refugiadas, pelo contrário, possuem procedimentos e políticas restritivas e com o objetivo de afastar imigrantes e refugiados, é imprescindível a existência de uma colaboração internacional entre os países e entre a sociedade civil e ONGS, para a proteção à esse grupo hiper vulnerável.

A situação em que as crianças refugiadas se encontram é de invisibilidade não só em razão de sua condição de vulnerável, mas por ser silenciada em razão de sua idade e principalmente pela falta de credibilidade em sua vivência, razão pela qual, impõe-se a necessidade de um aprimoramento tanto da gestão dos recursos destinados à este grupo de pessoas, como também da formação pessoal daqueles profissionais destinados a atendê-las.

4. DA GARANTIA AO NOME E À IDENTIDADE COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA REFUGIADA

Antes de tratar acerca dos direitos da personalidade, é essencial compreender a amplitude da própria personalidade, isso porque ela consiste em uma condição essencial para que o ser humano possa ser titular dos direitos mais essenciais para o seu desenvolvimento.

A personalidade é o pressuposto necessário para que o indivíduo tenha condições de gozar de direitos e também de obrigações jurídicas. Os Direitos que dão significado à personalidade humana, ou seja, os direitos sem os quais tornaria inviável a própria existência humana, são denominados Direitos da Personalidade. (CUPIS, p. 23-24).

Os Direitos da Personalidade possuem uma relevância essencial para o ser humano, pois são direitos que se modificam ao longo do tempo e de acordo com a sua posição na sociedade, configurando-se assim, um por vir. Esta importância acabou repercutindo no ordenamento jurídico, elevando estes direitos a um valor jurídico positivado. (CUPIS, p. 24).

Dentre os direitos da personalidade, pode-se citar a integridade física, a vida, a honra, a liberdade, a dignidade, a liberdade, dentre outros, os quais possuem características extremamente importantes, como: intransmissibilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade.

Conforme mencionado, as migrações são fenômenos antigos que ocorrem, entretanto, a figura da criança, muitas vezes, é esquecida pelas autoridades públicas e por serem minorias extremamente vulneráveis, são os indivíduos que mais sofrem com a violação não só de seus direitos da personalidade, mas de sua própria dignidade.

Durante a migração forçada, algumas crianças são separadas de sua família de origem, ficando então à mercê de sua própria sorte. Quando conseguem buscar algum amparo por meio de entidades de proteção internacional, chegam muitas vezes a estes locais, sem sequer ter uma identidade.

Trata-se de indivíduos que em pouco tempo de vida, sofreram atrocidades e quando conseguem sobreviver, são submetidos à um novo trauma: a falta de identificação. O nome do ser humano é a forma como o indivíduo consegue se distinguir dos demais, ser conhecido no ambiente social a que se encontra inserido, conforme explana Adriano de Cupis:

O ordenamento jurídico toma em consideração a função identificadora do nome, e confere este uma tutela particular; e tanto é assim que o direito à identidade pessoal se configura essencialmente como direito ao nome. [...] De qualquer modo, a função identificadora das pessoas é exercida principalmente, através do nome. (CUPIS, 2004, p. 180)

Deste modo, nota-se que tal direito é essencial ao ser humano, para que este possa reconhecer-se como parte individualizada de uma sociedade e principalmente, para a formação de sua identidade pessoal, que independe de qualquer outra condição do indivíduo como posição social, virtudes e imperfeições do sujeito.

A criança refugiada que é acolhida desacompanhada, em sua grande maioria das vezes, não conhece o idioma do local em que se encontra inserida e sequer conhece a sua própria identidade.

Adriano de Cupis explana acerca da importância do nome:

O nome é um meio geral de da linguagem próprio para indicar qualquer ente, mas também é verdade que adquire particular importância social e jurídica quando serve para individualizar as pessoas. (2004, p. 180)

Carlos Alberto Bittar também disserta acerca de sua relevância:

O nome civil deve ser registrado, para efeito de publicidade e de proteção, em mecanismo estatal próprio (Registro Civil, para pessoas físicas e para jurídicas de cunho civil, conforme regime ora disciplinado pela Lei n. 6.015, de 31-12-73, que regula os registros públicos entre nós, estabelecendo e disciplinando as operações possíveis de assentamento e de defesa do nome). (BITTAR, 2015, p. 197)

O nome é o pressuposto básico não só para a individualização do ser humano e para a sua inserção na sociedade, mas principalmente propicia ao indivíduo que este lute por direitos essenciais para o seu desenvolvimento digno. Diante disso, ao se analisar a figura da criança refugiada desacompanhada que na maioria das vezes é encontrada sem um documento que possa identificá-la, é possível notar que houve aí uma grave violação aos seus direitos da personalidade.

Tais direitos são essenciais para que o ser humano viva dignamente e para que possa gozar de outros direitos que também possuem grande importância no desenvolvimento de sua personalidade.

Muitos indivíduos e principalmente crianças chegam aos locais de amparo sem qualquer identificação, o que dificulta tanto o acesso a direitos básicos como também a tentativa de localização do restante de sua família.

Ressalte-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança, criada em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990 dispõe acerca da necessidade do nome e da nacionalidade desta, conforme se depreende de seu artigo 7º:

Artigo 7

1. A criança deve ser registrada imediatamente após seu nascimento e, desde o momento do nascimento, terá direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e ser cuidada por eles.
2. Os Estados Partes devem garantir o cumprimento desses direitos, de acordo com a legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, especialmente no caso de crianças apátridas. (UNICEF, 1989).

Acrescente-se que o art. 27 da Convenção Relativa aos refugiados, também prevê a necessidade de que os Estados que acolhem estes indivíduos promovam a devida identificação e que providencie o documento válido (ACNUR, 1951, p. 13).

Deste modo, quando falta ao Direito instrumentos legais para fazer valer o direito destas crianças que tanto já sofreram, faz-se necessária a utilização dos princípios gerais do direito (CAETANO, 2013 p. 103). para que o direito ao nome que se trata de um direito fundamental seja garantido, pois é somente com o nome que o indivíduo pode ser individualizado e reconhecido mesmo quando estiver ausente. (CUPIS, 2004, p. 180).

Isabel Caetano (2013 p. 104) explana que para satisfazer este direito, no caso do Brasil, o Poder Judiciário pode valer-se da concessão provisória de nacionalidade ao indivíduo refugiado, conforme disposição no artigo 244 do decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017 que Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração, como se observa:

Art. 244. A naturalização provisória poderá ser concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência no território nacional antes de completar dez anos de idade e deverá ser requerida por intermédio de seu representante legal. (BRASIL, 2017)

Tal medida é extremamente importante sobretudo para a criança, a fim de que esta não seja ainda mais prejudicada, tanto na garantia de seus direitos, como na formação de sua personalidade. O problema se dá na exigência prevista no artigo seguinte, isto é, a necessidade de apresentação de documentos como: Carteira de Registro Nacional Migratório do naturalizando, documento de identificação civil da criança ou de seu representante. (BRASIL, 2017).

Diante disso, é necessária uma análise criteriosa de cada caso, pois muitas vezes estes indivíduos que se encontram em território nacional, não possuem sequer seu documento pessoal, entretanto, a exigência de uma formalidade legal, não pode se sobrepor ao exercício dos direitos da personalidade destas pessoas, em especial à garantia de sua dignidade.

A Resolução do CONANDA nº 232/2022 reforça esse entendimento ao estabelecer que a ausência de documentos pessoais não pode impedir o registro e a identificação de crianças e adolescentes migrantes ou refugiados.

Em seu texto, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente afirma expressamente que a identificação e o registro devem ser garantidos como instrumentos de efetivação da dignidade humana e do direito ao nome, fundamentos essenciais dos direitos da personalidade. Assim, o CONANDA complementa as previsões da Lei de Migração e da Convenção sobre os Direitos da Criança, conferindo maior efetividade à proteção da identidade civil e pessoal dessas crianças, e assegurando que o princípio da dignidade da pessoa humana seja observado desde o primeiro atendimento.

Todo indivíduo possui direitos da personalidade garantidos constitucionalmente, sendo o nome um destes direitos capazes de “designar a pessoa por quem ela é e por outro lado, para distingui-la de todas as outras”. Além disso, é por meio deste direito que o indivíduo é capaz de tornar-se titular de outros direitos e obrigações. (CUPIS, 2004, p. 188).

Nota-se a demora em conceder um nome a uma criança refugiada desacompanhada e sem identificação fere os seus direitos personalíssimos, e obstaculiza o acesso e garantia aos demais direitos que faz jus para a manutenção de sua dignidade.

5. CONCLUSÃO

Hodiernamente, observa-se que em razão da existência de conflitos armados, perseguições em razão de etnia, religião, dentre outras questões, acabam por forçar a migração de milhões de pessoas pelo mundo.

A migração forçada ocorre quando as pessoas de um determinado país não conseguem valer-se da proteção de seu país de origem para salvaguardar direitos básicos, como a vida. Diante disso, se veem obrigadas a, muitas vezes, de forma repentina, abandonar suas casas, suas famílias, seus amigos, seus trabalhos em busca de uma nova oportunidade de vida.

Inicia-se então uma jornada extremamente complexa, onde nas travessias em que estas pessoas se utilizam, acabam submetidas a condições desumanas, violência, exploração, e tantas outras atrocidades.

A situação é ainda mais emblemática quando estes refugiados são crianças e que quando conseguem chegar a um local de apoio, em sua grande maioria chegam desacompanhadas, e até mesmo em identificação, já que é comum o extravio e a perda de documentos básicos.

Nem todos os países possuem condições para acolhimento de um grande número de pessoas e com isso garantir a assistência básica necessária para a manutenção de sua dignidade, em pouco tempo, o que leva muitas destas pessoas a sofrerem novos problemas quando adentram um território diverso daquele do seu de origem.

Dentre os problemas enfrentados pelos refugiados quando chegam a um novo país pode-se mencionar, a dificuldade em aprender um novo idioma, o conhecimento e adequação a uma nova cultura, a busca por empregos, a discriminação, a marginalização, a exploração, a violência, a xenofobia e até mesmo, acabam permanecendo em situação de rua, a mercê de sua própria sorte.

No Brasil, a preocupação com os refugiados e principalmente com a defesa dos direitos humanos se deu após a Segunda Guerra Mundial, no entanto, logo deixou de ser uma prioridade durante o período de ditadura, vindo apenas a ter importância com a redemocratização do Brasil e com o advento da atual Constituição Federal.

Atualmente, o Brasil é um dos países que mais acolhe refugiados, no entanto, embora o país conte com o apoio da ACNUR, da ONU, de ONGs e de outras instituições, o que ocorre ainda é uma grave violação aos direitos da personalidade dos refugiados principalmente quando estes são crianças desacompanhadas e que muitas vezes chegam ao país sem identificação.

O nome e a identificação pessoal do indivíduo são direitos personalíssimos, garantidos constitucionalmente, sendo que quando o país acolhedor não oferece um rápido apoio, estas crianças acabam sofrendo consequência nefastas, além de serem invisibilizados diante da sociedade.

É por meio do nome que uma pessoa pode ser individualizada e com isso, ter sua importância reconhecida tanto socialmente, quanto juridicamente, além evidentemente de possibilitar o acesso à outros direitos essenciais para a manutenção de sua dignidade como por exemplo: saúde e educação.

Embora ainda existam entraves burocráticos no Brasil e em outros países que acolhem refugiados — o que, muitas vezes, dificulta o acesso e a permanência dessas pessoas —, observa-se um importante avanço normativo com a edição da Resolução CONANDA nº 232/2022, que estabelece procedimentos claros e protetivos para o acolhimento, identificação e atendimento de crianças e adolescentes migrantes e refugiados desacompanhados.

Essa inovação preenche uma lacuna histórica na legislação nacional, garantindo efetividade ao direito ao nome e à identidade como expressões dos direitos da personalidade e aproximando o ordenamento jurídico brasileiro dos compromissos internacionais de proteção à infância e à dignidade humana.

Assim, a proteção integral dessas crianças deixa de ser apenas uma aspiração humanitária e passa a constituir um dever jurídico concreto do Estado brasileiro, reafirmando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para todas as ações voltadas às populações em situação de refúgio.

6. REFERÊNCIAS

ACNUR. **Agência da ONU para Refugiados**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/historico/>. Acesso em: 25 maio de 2021.

_____. **Crianças representam cerca de metade do número de refugiados do mundo**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/10/12/criancas-representam-cerca-de-metade-do-numero-de-refugiados-do-mundo/>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. **Relatório do ACNUR: Coronavírus é ameaça terrível à educação de refugiados; metade das crianças refugiadas do mundo está fora da escola**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/09/03/relatorio-do-acnur-coronavirus-e-ameaca-terrivel-a-educacao-de-refugiados-metade-das-criancas-refugiadas-do-mundo-esta-fora-da-escola/>. Acesso em 06 jun. 2021.

_____. **Protegendo Refugiados no Brasil e no mundo**. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2020/03/Cartilha-Institucional-Final_site.pdf. Acesso em 06 jun. 2021.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. **A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas: sua gênese no período pós-guerra (1946-1952)**. 2006. 327 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais). Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3726/1/Tese%20Jose%20Henrique%20Fischel%20de%20Andrade.pdf>. Acesso em 30 maio 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – **Resolução nº 232, de 28 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre a proteção integral de crianças e adolescentes migrantes, apátridas e refugiados no território nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em 03 jun. 2021.

_____. **Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em 07 jun. 2021.

CAETANO, Ivone Ferreira. A Criança e o Adolescente Refugiados. Direitos Fundamentais. In: **Normatividade Jurídica**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. pp. 92-108. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica.pdf>. Acesso em 30 maio 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. SILVA, Flávia Francielle. Dos refugiados em situação de rua: entre a rejeição e a invisibilidade social. pp. 231-240. In: VIEIRA. Tereza Rodrigues; CARDIN. Valéria Silva Galdino. (Orgs.). **Pessoas em situação de rua: invisibilidade, preconceitos e direitos**. Brasília, DF: Zakarewicz Editora, 2018.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. SILVA, Flávia Francielle. Dos Direitos Humanos e dos fluxos migratórios: das crianças refugiadas e as lacunas no sistema. pp. 183-203. In: MIRANDA, José Eduardo de; CARDIN. Valéria Silva Galdino. (Orgs.). **Direitos da Personalidade: Reconhecimento, Garantias e Perspectivas**. Porto – Portugal. Editorial Juruá, 2018.

CARVALHO, Danielle Brígida. Refugiados no Brasil: **O tratamento jurídico-administrativo dos venezuelanos em situação de refúgio no território nacional**. 2018. 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

FERRAZ, Francisco Cesar Alves. As Guerras Mundiais e seus veteranos: uma abordagem comparativa. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 28, n° 56, p. 463-486 – 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbh/a/Rr3TS34hfnv5Bw7fbtRpCns/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 20 jul. 2021.

GRAJZER, Deborah Esther. **Crianças refugiadas: um olhar para infância e seus direitos**. 2018. 138 f. Dissertação (mestrado em educação). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188092/PEED1323-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 maio 2021.

HERRERA, Lais. Refugiados no Brasil: A busca por segurança e oportunidade. **Abraço Cultural**. Disponível em: https://abracocultural.com.br/refugiados-no-brasil-a-busca-por-seguranca-e-oportunidade/?gad_source=1&gad_campaignid=22616015888&gbraid=0AAAAADcdn2_Aa8HugGBmC7jHRm8jl7sIH&gclid=Cj0KCQjw35bIBhDqARIsAGjd-cY5sRaV0khN_4qj5hRayHIHYYwiulyBy8LZRRvktCwQAWbnXMJ-bTYaAnZ-pEALw_wcB. Acesso em: 01 nov. 2025.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 35.

MOREIRA, Julia Bertino. A Problemática dos Refugiados na América Latina e no Brasil. **Cadernos PROLAM/USP** Ano 4, vol. 2, p. 57-76, 2005. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/81791/85099>. Acesso em: 24 maio 2021

ONU. Convenção de 20 de novembro de 1989. **Convenção Sobre Os Direitos da Criança**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos,Foi%20ratificado%20por%20196%20pa%C3%ADses..> Acesso em: 07 jun. 2021

_____. **Convenção Relativa Ao Estatuto Dos Refugiados**. Genebra: ACNUR, 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=. Acesso em: 07 jun. 2021

POLITIZE. **Crise dos refugiados: muito além da Síria**. Disponível em: politize.com.br/crise-dos-refugiados/. Acesso em 06 jun. 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

VENTRESQUI, Isabella Pádua; OLIVEIRA, Maria Cláudia Santana Lima de. A proteção dos direitos das crianças refugiadas no Brasil: sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**. v.9, n.1, dez. 2024. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1643/1054>. Acesso em: 01 nov. 2025.

INTERESSES E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO

Jônatas Luiz Moreira de Paula

Advogado; Mestre (UEL); Doutor (UFPR); Pós-Doutor em Direito
(Universidade de Coimbra); Professor Titular da UNIPAR.

Jônatas Luiz Moreira de Paula Filho

Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Não se constrói e nem se mantém uma associação política fundada nos pressupostos do Estado de Direito, sem que haja o devido respeito e proteção dos direitos individuais. O indivíduo é a única realidade orgânica de uma associação política, pois a sociedade e o estado (nele incluindo-se as instituições públicas) não passam de mera ficção, pois são extensões dos interesses individuais.

É demasiadamente sabido que a estruturação da associação política e na edificação do Estado de Direito, os direitos individuais devem ser restringidos em prol dos interesses sociais e dos interesses públicos. Mas, também é demasiadamente sabido, que não há sobreposição de direitos sociais/públicos sobre os direitos individuais salvo nas estritas e excepcionais hipóteses e que, por isso, os direitos individuais possuem salvaguarda jurídica e devem ter respeito frente aos movimentos de massa.

E o objetivo desse texto é tecer, resumidamente, a possibilidade de se construir, a partir dos direitos individuais, uma base teórica da qual se permite construir fielmente o Estado de Direito calcado em direitos fundamentais.

Explica-se.

2. INTERESSES

Na obra *Liberdade e Igualdade no Sistema de Justiça*²⁹, foi estabelecido conceitos básicos para o desenvolvimento do tema. Após uma visão que a associação política é produto da soma de interesses individuais, ao qual confessadamente há forte influência das doutrinas contratualistas, mostrou-se lícito afirmar que, sob a ótica da conveniência, o interesse pode ser classificado em *primário*, *secundário* e *sociais*.

Os *interesses primários*, com efeito, surgem com o nascimento, eis que já se estabelece o rol de interesses inerentes à sua condição humana. São interesses naturais, eis que surgem da própria condição humana e como tais são estritamente individuais. Os interesses à vida, à sobrevivência, à liberdade, a saciar sua fome e sede, à sua autopreservação, ao empreendimento, são alguns interesses primários que o sujeito desenvolve durante o seu ciclo de vida. A conveniência, à medida de uma reação a um estímulo externo, irá ditar a manifestação ou não do interesse. Do interesse primário e fomentado pela conveniência, a visão histórica da humanidade revela que os indivíduos passaram a associar-se com os seus semelhantes, a fim de fortalecer suas posições para novas situações frente a realidade social que se apresenta. Surgem, então, os *interesses secundários*, que são próprios da organização política e com eles permite-se a construção de temas comuns como a organização do estado, a divisão de poderes, a forma de adquiri-los e exercê-los, a constituição de um patrimônio público e o gerenciamento desse patrimônio, são interesses que secundam os interesses primários, eis que auxiliam o indivíduo no atendimento aos seus interesses primários. Os *interesses sociais* derivam dos interesses secundários, por isso é importante advertir: os *interesses sociais* não são inerentes do indivíduo, mas decorre da organização política que ele engendrou, o que significa dizer que não são interesses naturais, mas, sim, *artificiais*. Os interesses sociais se projetam nas relações sociais, especialmente em temas como relações de trabalho, de consumo, serviços públicos, ambiental etc. Esses interesses sociais podem ser classificados como interesses sociais propriamente dito (ex. as relações de trabalho) ou interesses difusos (ex. ambiental, saúde) ou interesses coletivos (ex. consumidor). Os interesses sociais representam um item de tolerância sobre os interesses primários e um encargo aos interesses secundários. É um item de tolerância, eis que os interesses sociais de alguma forma cerceiam a ampla liberdade que se poderia extrair dos interesses primários; e é um encargo porque compete ao poder público, em *ultima ratio*, dar efetividade aos interesses sociais, eis que é a contraprestação do contrato social.³⁰

²⁹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Liberdade e Igualdade no sistema de justiça**. Belo Horizonte-São Paulo: D'Plácido Editora, 2021.

³⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Liberdade e Igualdade no sistema de justiça...**, p.25-26.

Os interesses primários nascem instintivos, porém se desenvolvem naturalmente e conforme a razão humana; os interesses sociais nascem racionais e se desenvolvem institutivamente conforme a razão da associação política. Já os interesses secundários são racionais por natureza e se desenvolvem na medida da razão que compõe a associação política.

Em vista de um aparente conflito entre os interesses primários e interesses sociais, cabe ao estado, como produto do interesse secundário, estabelecer moderadamente o cerceamento da liberdade natural para promover a equalização da sociedade, em prol da consolidação da sociedade organizada politicamente. Isso porque a liberdade que advém dos interesses primários é cerceada em parte pelos interesses sociais, ao passo que a essa mesma liberdade é invocada pelos desiguais para o desenvolvimento do processo de equalização. O processo de equalização, obviamente, será todo gerenciado pelo estado, que exercerá a sua função orgânica de manter coesa uma sociedade plúrima ao mesmo tempo em que promove o desenvolvimento social, especialmente dos mais necessitados.

Enfim: o combate da desigualdade social de alguns se faz mediante cerceamento da liberdade de outros, onde o exercício da parcela da liberdade destes é transferida para aqueles. Esse processo de cerceamento e transferência é todo operacionalizado pelo Estado de Direito mediante as chamadas *políticas públicas*.

A análise dos interesses sob a ótica da liberdade individual leva a um passo seguinte que é o *respeito* que deriva da convivência em sociedade plúrima e diversificada. Dada o seu amplo conceito, o respeito pode surgir por três fatores diferentes.³¹

O primeiro se dá por *mero interesse*. Neste caso, o respeito significa manifestação de uma conveniência originada de interesse primário, típico do direito natural e integra as chamadas “obrigações morais”. É o caso das limitações que o solteiro se impõe em vista da preservação de um namoro com uma pessoa que ele ama ou como no pagamento do dízimo religioso. Note-se que em tais exemplos pode-se encontrar o interesse inato à condição humana e a respectiva conveniência como fatores determinantes da conduta do indivíduo. O segundo fator seria o respeito por *responsabilidade institucional*. Esta ocorre no âmbito do interesse secundário e se relaciona nas contraprestações do indivíduo perante o Estado, razão pela qual são obrigações fundadas no direito positivo. O respeito às leis e o pagamento de impostos bem exemplificam isso. Pode-se verificar que esse respeito se alia à ideia de interesse secundário e assim o comportamento do indivíduo é impulsionado pela conveniência em subsidiar uma sociedade politicamente organizada. O terceiro fator seria o respeito por *responsabilidade social*. Também ocorre no âmbito do interesse secundário e são obrigações fundadas no direito positivo. Todavia esse respeito se move nas relações do indivíduo

³¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Liberdade e Igualdade no sistema de justiça...**, p.26-28.

perante os seus pares dentro de uma sociedade organizada. São exemplos disso os cumprimentos de contratos quando livremente estipulados. O respeito nessa perspectiva ocorre dentro dos chamados interesses sociais, eis que o comportamento do indivíduo irradia dentro do tecido social em que ele está inserido dentro de uma organização política.

No primeiro caso, nota-se que o indivíduo exerce amplamente a sua liberdade para estabelecer um regime de igualdade; no segundo caso, o indivíduo tem a sua liberdade cerceada por estar num regime de igualdade; no terceiro caso, o indivíduo exerce a sua liberdade por estar num regime de igualdade. *No primeiro caso tem-se o respeito por adesão; no segundo por temor de sanção; no terceiro por convenção*, que é um misto dos anteriores. No primeiro caso, típico caso de direito natural; nos demais, situações de direito positivo. No primeiro caso, tem-se o indivíduo no seu estado natural; nos demais o indivíduo em seu estado político, o que pressupõe o seu ingresso numa sociedade organizada.

3. RESPEITO

Estabelecido os interesses primários, secundários e sociais, o passo seguinte na construção da democracia, se dá pelo *respeito* e pela *responsabilidade*. Essas duas expressões são categorias juspolíticas que devem ser consideradas na edificação dos interesses.

Com efeito

A concepção política do *respeito* urge ser instituída dentro de uma associação política que se organiza dentro de uma economia capitalista (propriedade privada + livre iniciativa + contrato + lucro), mas que, tendo restrições à liberdade em prol da possibilidade de haver um processo de equalização, é preciso conferir *garantias políticas e jurídicas*. A garantia política se faz normativamente por meio de uma constituição e o significado que ela emprega, especialmente dentro do rol das cláusulas pétreas. A garantia jurídica se desenvolve na internalização na ordem jurídica as garantias políticas estabelecidas, bem como assegurar a possibilidade de a jurisdição atuar de modo corretivo e também efetivar que tais garantias sejam respeitadas.

As garantias juspolíticas significam uma recíproca relação de direitos e deveres a todos os membros da associação políticas no que se refere aos interesses primário, secundário e sociais. É o que antes se observou acerca dos direitos individuais, direitos sociais e direitos coletivos/difusos dentro do Estado de Direito.

O cumprimento dos deveres é o pressuposto necessário para a eficácia de direitos alheios e sempre se dará numa organização política e no âmbito dos interesses primário, secundário e sociais.

Dito isso, enquanto o interesse primário é uma expressão do direito natural do indivíduo, a contrapartida – o respeito – é uma expressão advinda da organização política; enquanto os interesses secundários e sociais são expressões do direito político e dos direitos sociais/coletivos, a sua contrapartida – o respeito – é igualmente derivada da organização política. Sendo assim, o respeito é para o indivíduo um elemento artificial que deve compor o seu conceito político e jurídico de cidadania não só no momento de celebração do contrato social como no estabelecimento do estado institucional. Tanto quanto ser um *sujeito de direitos*, o indivíduo também é *sujeito de deveres* e a organização sociopolítica depende disso para a consecução de seus objetivos institucionais e nacionais. O efeito disso é o alinhamento de consequências jurídicas ao cumprimento ou descumprimento de deveres institucionais da cidadania. Essas consequências podem ser positivas, vistas como bônus jurídico, ou negativas, aqui consideradas como ônus ou sanções jurídicas suscetíveis de aplicação.³²

Embora isso signifique uma análise jurídica do comportamento institucional do indivíduo perante a organização política, ela revela que o estado institucional está municiado de ferramentas hábeis a exigir sob coação, ou de punir mediante sanções, quem efetivamente descumpre o dever jurídico.

O efetivo cumprimento de deveres denomina-se *respeito*; a exigência para que direitos sejam respeitados, denomina-se também *respeito*. O respeito é elemento integrante da organização política, pois com ele estabelece-se regras de exigência e de cumprimento.

4. RESPONSABILIDADE

A exigência de *obter* respeito e a de *prestar* respeito implica, dentro de uma associação política, a estipulação de *responsabilidade*. Sem responsabilidade, os membros da associação política tendem a viver sob uma egoística soberania individual, preponderando o interesse primário e eliminando por completo qualquer possibilidade de se ter interesses secundário e sociais no seio desta coletividade.

A responsabilidade é uma consequência oriunda da liberdade e fiador da igualdade. Isso porque a garantia da liberdade implica que interesses meramente individuais deverão ser respeitados por outros indivíduos e pela própria organização política da sociedade. De igual modo pode-se afirmar que o indivíduo deverá respeitar a liberdade de outros indivíduos e da própria organização política da sociedade. Também a associação política terá seus interesses respeitados por todos os demais indivíduos que compõem a sociedade. Essa recíproca relação

³² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Liberdade e Igualdade no sistema de justiça...**, p. 44-45.

de *obter respeito* e *prestar respeito* terá a sua arquitetura e organização toda feita por uma constituição e pela ordem jurídica.

A reciprocidade de *obtenção de respeito* e de *prestação de respeito* somente será possível pela “farta” distribuição de deveres jurídicos que, com isso, pretende-se colher a espontânea voluntariedade de prestação de respeito e assim conferir espontânea eficácia da obtenção de respeito. Havendo isso, respeitos serão eficazes e se deve a uma *responsabilidade primária* dos indivíduos e órgãos que integram a associação política.

Considera-se *responsabilidade primária*, portanto, o comportamento voluntário dos indivíduos e dos órgãos que integram a associação política em *prestar* respeito aos interesses alheios e, concomitantemente, *obter* respeito aos seus respectivos interesses em vista de haver dos demais membros da associação política concordarem com eles.

A *responsabilidade primária* é natural, inata à condição humana em conviver em associação política. É o domínio da racionalidade sobre o egoísmo que sempre estará presente na esfera íntima de qualquer humano.

Por outro lado, nas situações em que indivíduos e órgãos da associação política não prestam o devido respeito a interesses alheios (primários, secundários e sociais), observa-se a espontânea ineficácia de obtenção de respeito em decorrência de descumprimento de deveres jurídicos. Quando assim ocorre, aparelhos da associação política, especialmente o Poder Judiciário no âmbito do exercício da jurisdição (mas outros seriam a Polícia, a Administração Pública, órgãos públicos regulamentadores, por exemplo), vão impor o cumprimento forçado do dever jurídico espontaneamente descumprido no afã de obter a eficácia do respeito. Assim ocorrendo, ter-se-ia uma eficácia artificial de respeito que aqui denomina-se *responsabilidade secundária*, ou seja, o comportamento imposto aos indivíduos e órgãos que integram a associação política em *prestar* respeito aos interesses alheios para, assim, conferir respeito aos interesses alheios em razão de não ter ocorrido a concordância espontânea deles.

A *responsabilidade secundária* é artificial, pois ela não deriva da conveniência do indivíduo ou órgãos integrantes da associação política. A responsabilidade secundária decorre da atuação de órgãos que integram a associação política e visam remover o comportamento tido como *desrespeitoso* pela ordem jurídica.

Portanto, observa-se que a responsabilidade deriva da liberdade, mas que, do exercício dessa liberdade haver descumprimento de deveres jurídicos, essa mesma liberdade será cerceada e eventualmente sancionada, a fim de preservar o respeito aos interesses primários, secundários ou sociais.

Sob a ótica da igualdade, a responsabilidade primária é um absoluto estado de isonomia, pois todos os sujeitos e órgãos envolvidos, estão cumprindo com os seus deveres jurídicos estabelecidos pela associação política.

Mas a responsabilidade secundária pressupõe uma relação de desigualdade, uma quebra do estado de isonomia, pois alguém descumpre com o seu dever jurídico diferentemente dos demais membros da associação política.

Exigir responsabilidade, sob o ponto de vista jurídico, significa imputar sanção jurídica. Isso porque é com a sanção jurídica que se efetiva a eficácia do respeito aos interesses primários, secundários ou sociais.

A imputação da sanção jurídica se deve ao dever jurídico que fora espontaneamente descumprido e que por isso gerou a ineficácia dos interesses. Esse *desrespeito* (descumprimento do dever jurídico) propicia a quem possui a titularidade para exigir o respeito ao seu interesse a possibilidade de se requerer perante o Poder Judiciário a imputação da sanção jurídica a quem cometeu o ato de desrespeito por meio do exercício do direito de ação e do desenvolvimento do devido processo legal. Ao final desse processo, a imputação da sanção jurídica visa efetivar compulsoriamente o interesse que se encontrava ineficaz.

A busca da imputação da sanção jurídica pelo viés jurisdicional bem reflete uma busca de equalização entre os sujeitos envolvidos, especialmente para quem teve o seu interesse ineficaz em virtude do desrespeito praticado por outrem.

A imputação da sanção jurídica é medida de política pública porque ela confere ao cidadão (ou pessoa jurídica), titular do direito ora reconhecido, uma condição jurídica de exigir do Estado uma atuação de socorro em face de outra pessoa (física ou jurídica) que havia descumprido um dever jurídico.

Isso se deve a dois vários fatores políticos. Primeiramente por ser uma questão de convenção política, pois no âmbito do estado natural o respeito é uma regra primária de convivência social imposto como limitador do interesse individual, pois este possui responsabilidades institucional e social para com a sociedade política. Em segundo lugar porque, no âmbito do estado político, o respeito é para o indivíduo um elemento artificial que deve compor o seu conceito político e jurídico de cidadania não só no momento de celebração do contrato social como no estabelecimento do estado institucional. Tanto quanto ser um *sujeito de direitos*, titular de interesses e assim com legitimidade para exigir respeito, o indivíduo também é *sujeito de deveres*, e assim titular da prestação de respeito, e a organização sociopolítica depende da obediência do binômio prestação-exigência de respeito para a consecução de seus objetivos institucionais e nacionais. Logo a imputação da sanção jurídica significa efetivar a pessoa como *sujeito de deveres* e isso vocaliza a sua igualdade na sociedade política, pois reafirma a autoridade dessa sociedade a todos os membros que a compõe.³³

E assim verifica-se que a construção da sociedade passa, estruturalmente, pela consciência de que todos os membros da associação política são sujeitos de direitos e de deveres, sujeitos titulares da exigência de respeito e sujeitos titulares

³³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Liberdade e Igualdade no sistema de justiça...**, p. 72.

da prestação de respeito. Havendo a quebra no dever de prestar respeito, gera-se uma indevida situação de desigualdade que corrompe a associação política e causa cizânia social que afeta todas as esferas de interesses (primária, secundária e sociais) e, notadamente, a construção e o desenvolvimento da nação.

Por fim, em tal equação, note-se que direitos são posições jurídicas pretendidas e reconhecidas que afirmam o exercício da liberdade, ao passo que deveres são comportamentos que exigem a imputação da sanção jurídica para resguardar a igualdade. Isso porque, na celebração da associação política e no desenvolvimento do estado institucional, direitos são distribuídos igualmente a todos cidadãos como contrapartidas estatal; mas eles precisam ser efetivos, eis que podem haver comportamentos que os tornam ineficazes, razão pela qual, verificando-se a violação de deveres jurídicos, aplica-se consequentemente a sanção jurídica, ao fito de restabelecer a relação de igualdade de que todos os cidadãos podem exigir a efetividade de seus direitos. O cumprimento (voluntário ou forçado) de um dever jurídico é a ferramenta estratégica para a igualdade jurídica dos cidadãos dentro de uma arquitetura jurídica do estado.

No primeiro caso tem-se o respeito por adesão; no segundo por temor de sanção; no terceiro por convenção, que é um misto dos anteriores. No primeiro caso, típico caso de direito natural; nos demais, situações de direito positivo. No primeiro caso, tem-se o indivíduo no seu estado natural; nos demais o indivíduo em seu estado político, o que pressupõe o seu ingresso numa sociedade organizada.

5. NOOSFERA E MEMÓRIA POLÍTICA

Convencionou-se denominar noosfera como uma camada, um invólucro, pensante humano que envolve toda a terra, ou seja, sobre toda a humanidade. É uma energia emanada da atividade humana e que envolve todos os seres humanos como se fosse uma rede psíquica, a partir de um conjunto de atividade antropossociais.³⁴

Aprofundando o seu conceito, Fabio Mantovani manifesta que a noosfera é o conjunto de atividades intelectuais e espirituais expressas pela Humanidade. Eles acumularam-se ao longo do tempo e entram continuamente numa memória coletiva, que hoje também ocupa espaço virtual ilimitado. A Noosfera emerge da Biosfera, envolve-a de forma cada vez mais consistente e condiciona-a totalmente, incluindo a raça humana, num sentido positivo ou negativo. Nos campos de informação noosféricos, que envolvem o planeta, também interagem as emoções coletivas vivenciadas pela humanidade. A Noosfera dispõe de

³⁴ D. GODINO, Juan. La metáfora ecológica en el estudio de la noosfera matemática. In *Cuadrante*, v. 2, nº 2, 1993, p. 70.

uma estrutura física, composta por todos os meios de comunicação tipo que torna possível a instantaneidade das interações humanas. A humanidade reflete-se na Noosfera à medida que se torna cada vez mais consciente de si mesma, até à formação, num futuro distante, de um possível Centro de Decisão e Reflexão coletivo. A humanidade deve co-evoluir harmoniosamente com a Biosfera através da Noosfera.³⁵

Muito se associa a noosfera com a ecologia. Pois se a ecologia significa um sistema de inserção do ser humano com os demais seres biologicamente vivos dentro de um ambiente comum e desse relacionamento se produz conhecimentos que são compartilhados pelo ecossistema, na noosfera se produz o conhecimento humano que é compartilhado pelo acervo cultural de um grupo social. Por isso que da noosfera deriva-se a expressão *egologia*, que é o relacionamento cognitivo de pessoas decorrente da atividade intelectual.

A egologia já foi objeto de estudo na famosa teoria de Carlos Cossio onde centraliza que a conduta humana, e não a norma jurídica, deve ser o objeto da ordem jurídica, pois a atividade humana é o fator que atrai o fenômeno jurídico. O efeito disso é a plena liberdade humana, pois somente ela é que teria relevância para a ordem jurídica eis que, do contrário, a limitação da liberdade implica na interferência da norma jurídica na fonte geradora dessa ordem jurídica.

Daí surgir expressões como “o Direito é a convivência como aparece na conduta em si mesmo considerada”; “a conduta é previsível, é projetável”, de tal maneira que a conduta se integra com uma norma jurídica como pensamento de si mesma, ou seja, a conduta integra um projeto jurídico juntamente com a norma legal.³⁶

Outras manifestações que podem integrar a noosfera são os costumes, a praxe administrativa e a jurisprudência orientativa dos tribunais. Em tais situações observa-se a comunicação de conhecimento que impacta em comportamentos sociais, especialmente na reiteração de condutas a partir de uma cognição humana manifestamente aceita e transmitida por gerações.

Nota-se que comportamentos sociais e objetos se integram, interagem e desempenham uma regra dentro das instituições donde se reconhece sua existência cultural, aos quais vivem em seu habitat. Mas a identificação da existência

³⁵ MANTOVANI, Fabio. La Noosfera. 2020. Edição eletrônica extraída do site www.biosferanoosfera.it <http://www.biosferanoosfera.it/uploads/files/e1ba19f1ffdd4c84ceb95d0e0ef496ba8e63d0d9.pdf> Acesso em 01 fev. 2025

³⁶ Não existe uma obra específica de Carlos Cossio sobre a Teoria Ecológica do Direito. Em 1963, a partir de manuscritos esparsos, a Editora Abelardo Perrot publicou o opúsculo de Carlos Cossio intitulado “La Teoria Ecológica del Derecho — Su problema y sus problemas” cujos trechos foram reproduzidos e comentados por Elcias Ferreira da Costa. Cf. ELCIAS, Ferreira da. **A Teoria Ecológica de C. Cossio**. Caderno n° 71. Caruaru: Faculdade de Direito de Caruaru, 1975.

de um saber precisa de um reconhecimento coletivo através de um sistema de práticas sociais reconhecidas.³⁷

A importância da noosfera se manifesta na medida em que ele será o ambiente em que se concentra a memória cognitiva de uma nação e por ela se extrai a cultura política.

A noosfera permite conservar a história evolutiva da associação política, que no caso do Brasil, antecede à vinda dos portugueses em 1500, mas segue no período de colonização, a sua independência, o período monárquico, o período republicano e os momentos em que houve restrições democráticas como a ditadura de Vargas (1937-1946) e o regime militar de 1964-1985, a plenitude democrática, os momentos de guerra (p. ex. Guerra do Paraguai e as duas Guerras Mundiais do Século XX), a mudança de governo e a eficácia e fortalecimento das instituições públicas.

Enfim as diversas realidades histórico-sociais que se manifestaram desde a associação política (e aqui o corte temporal é 1822 em diante), as experiências vividas pela sociedade, as carências sociais detectadas e as respectivas correções efetuadas, as lições éticas surgidas e suas projeções no âmbito das instituições públicas e na ordem jurídica, constituem um verdadeiro “patrimônio cultural juspolítico” de uma nação que se mantém permanente como se fosse uma biblioteca cívica.

Importante destacar que a noosfera armazenará toda a cultura política dos interesses individuais, sociais e públicos, a concepção institucional do estado e sua estruturação, bem como os movimentos questionadores da associação política, especialmente um espaço de “desabafo” dos cidadãos, inclusive com a desobediência civil.

Assim, está-se a dizer que o culturalismo explica fenômenos individuais, sociais e políticos, pois com a cultura política armazenada pela noosfera, gerações presente e futuras se guiarão pelas lições apreendidas e conceitos reformulados.

É a dinâmica cultural que se projeta na democracia.

E o porquê disso é possível? Como anota Luiz Fernando Coelho, nos primórdios da instituição do Estado de Direito, o direito pareceu exaurir-se como expressão da racionalidade, um objeto puramente lógico que fora exposto a diversas teses até que se opunham. No entanto, prossegue o filósofo paranaense, sopesou que o direito (aqui compreende o a ordem juspolítica) é um fato da vida que vocalizava diversos graus de experiência e que o conhecimento juspolítico seria voltado para a construção da sociedade.³⁸

³⁷ D. GODINO, Juan. La metáfora ecológica..., p. 71.

³⁸ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 5ª edição. Curitiba: Bonijuris, 2019, p. 264.

Diante disso, o culturalismo seria a mais contundente fonte material das premissas que irão compor o conhecimento juspolítico e que estarão expressas no fenômeno juspolítico. O culturalismo aglutina as ideologias que permearam os interesses primário, secundário e sociais, os valores sociais envolvidos, as proposições políticas apresentadas e todo debate havido na associação política, que irão demonstrar as justificativas de tal medida adotada no passado e a possibilidade de sua revisão ou manutenção. Talvez o melhor exemplo disso é o debate que se faz sobre a liberdade de expressão nas redes sociais do ambiente da internet, pois há um repositório criado pós-regime militar de 1964-1985 que direciona à uma liberdade plena e sem censura prévia sendo revisto por uma ideologia que pretende estabelece regras de censura prévia e limites à liberdade de expressão em nome da coibição de divulgação das *fakes news* e da desinformação política.

O culturalismo juspolítico permite manter em memória os temas impacientes de uma associação política, permitindo, com isso, a manutenção do debate e a revisão de seus preceitos, educando e reeducando a associação política, seja quanto ao comportamento individual (limites da liberdade e regras da igualdade), seja quanto à sociedade (respeito à liberdade e à igualdade individual), seja quanto ao estado (efetivação das liberdades públicas e da igualdade).

Enfim, o culturalismo juspolítico concebe a justiça como um fim último da organização social.³⁹

6. A DEMOCRACIA COMO UM DADO MOMENTO CULTURAL

Na obra *Democracia e Jurisdição*⁴⁰, houve uma abordagem que muito se mostra adequada para este ensaio: a democracia é um dado momento cultural. Ou seja, a democracia, mais que um valor, é um objeto que se internaliza na estrutura institucional da tríade da associação política (indivíduo, sociedade e estado) e assim se torna um bem jurídico suscetível de proteção jurídica.

Pois ao analisar as diversas concepções da democracia (que podem ter vieses aristocrática, marxista e burguesa; ou viés de direita ou esquerda) e observar os riscos que a própria democracia sofre (como foi tão solenemente proclamado em 2023 e 2024), não ficaria difícil reconhecer que a democracia é um dado momento cultural da associação política. Ou seja, é um elemento objetivo, criado e manuseado pelo indivíduo/sociedade, para suas relações políticas, jurídicas e sociais, de acordo com os valores considerados em dado momento de sua história política.

³⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito...**, p. 267.

⁴⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e Jurisdição**. Curitiba: J.M. Editora e Livraria Jurídica, 2014.

Afirma-se que é um elemento objetivo porque a democracia é um fenômeno empírico, que se identifica dentro das relações em que lhe é exigido minimamente, para o convívio social e um referencial de condutas (humanas e políticas). Esse fenômeno empiricamente pôde ser observado história nacional, ou da redemocratização do Brasil em diversos períodos (pós 1946 e a partir do final da década de 1970 e culminando na promulgação da Constituição federal de 1988), com a construção de uma ordem jurídica antagônica ao regime militar que se despedia da história.

Esse antagonismo tanto é quanto aos valores como aos objetos de proteção jurídica. E é um dado cultural eis que a democracia é uma “produção” racional, que a medida do tempo, dos avanços sociais, econômicos, políticos e jurídicos, estão a estabelecer paradigmas para o concerto entre indivíduo-sociedade-estado.⁴¹

Essa concepção de que a democracia é um *dado momento cultural* pode ser assim sintetizado: a mesma sociedade que não aceita golpe de estado (como foi a narrativa do episódio do “08 de janeiro de 2023”) também não aceita a tolerância ao narcotráfico e concorda com a ação policial nos Complexos do Alemão e da Penha na cidade de Rio de Janeiro em 27/10/2025.

Verifica-se que a cultura política armazenada na noosfera é o que permite estabelecer os parâmetros culturais e assim o seu referencial de democracia. Mas é importante ressaltar que a noosfera armazenará, especificadamente, os interesses secundários e interesses sociais. Isso porque os interesses primários já estão internalizados em cada indivíduo, mas a busca pela associação política e nela permanecer com os direitos e deveres inerentes (interesses secundários) e a busca pelo bem-estar social para que o indivíduo esteja imerso (interesses sociais) advêm de uma concepção racional que é adquirida pela cultura política.

Prova desse concerto pode ser analisado num breve histórico. Na Idade Moderna a democracia consistia na existência de uma constituição escrita, tripartição dos poderes do estado e o respeito aos direitos fundamentais (modelo inspirado no Iluminismo francês). Mas essa arquitetura não impediu que estados pudessem ser assim estruturado e mantivessem um regime autoritário e intolerante contra as minorias. Então pensou-se num estado democrático que atendesse aos interesses sociais e assim constituiu-se a democracia marxista. Todavia esse sistema manteve regimes autoritários, sem falar no caos econômico que a economia estatizada/coletivizada provocou. Na Idade Contemporânea repensou-se numa democracia liberal, em absoluto respeito aos direitos fundamentais, dando eficácia aos princípios estabelecidos numa Constituição, a fim de coibir os regimes autoritários e permitir o exercício amplo da liberdade, inclusive a econômica. Mas esse regime não pôde impedir a profusão da

⁴¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e Jurisdição...**, p. 35-36.

pobreza, sobremaneira das classes desprivilegiadas e a intolerância contra as minorias. Ao fito de corrigir essas distorções, chega-se a um novo conceito de social-democracia (ou como dizem alguns “socialismo do século XXI”), pela qual respeita-se os direitos fundamentais, mas abre um regime excepcional de benefícios públicos para os desprivilegiados e para as minorias, ao custo de uma forte carga tributária em prol de um bem-estar para todos.⁴²

É notória a evolução cultural que a democracia impõe aos setores político, jurídico e econômico, refletindo no dia a dia da sociedade. E é igualmente notória a aceitação dessas mudanças, embora nelas não resida a unanimidade.

O efeito disso é que a dinâmica axiológica da sociedade se projeta na democracia como valor e que, por sua vez, se manifesta politicamente em diplomas legais, tornando a própria democracia como um bem jurídico. É a transposição da concepção axiológica da democracia para alcançar a sua concepção normativa e inserção na ordem jurídica.

E neste aspecto se manifesta o núcleo da tese central da obra mencionada: a democracia é um dado cultural, de um determinado momento histórico, que não é estático e por isso está sempre em evolução. Todavia, deve sempre conter uma cláusula implícita contra o retrocesso, como ocorrera num passado recente num período de exceção.⁴³

Assim se a democracia é um dado, portanto é um elemento objetivo que não só influencia como deve ser objeto de proteção jurídica, a fim de que seja preservado o seu conteúdo e que possa projetar permanentemente a sua eficácia nas diversas formas de relação, como a política, jurídica, econômica e a social.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, esse breve ensaio procura mostrar a estruturação de uma associação política em torno dos diversos interesses envolvidos (primários, secundários e sociais) que permita a construção do Estado de Direito.

Mas, ao contrário do que se ordinariamente observa, os interesses primários devem ser preservados naquilo que se reserva como garantia legal. Não haverá democracia e nem Estado de Direito digno de sua expressão, se os interesses individuais não forem preservados naquilo que a própria associação política se comprometeu a respeitar. Se os interesses secundários e os sociais sobreporem aos interesses primários, a própria associação política estará sucumbindo a sua única realidade orgânica: o indivíduo. E acontecendo isso, estará sucumbindo o motor e a diretiva do próprio Estado de Direito.

⁴² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e Jurisdição...**, p. 36.

⁴³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Democracia e Jurisdição...*, p. 37.

Por isso, concepções como respeito e responsabilidade devem ser inseridos na dinâmica conceitual da democracia na cultura e na memória política da sociedade, a fim de os diferentes interesses devem ser considerados e postos em equilíbrio na associação política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Luiz Ferrnando. **Teoria Crítica do Direito**. 5ª edição. Curitiba: Bonijuris, 2109.

ELCIAS, Ferreira da. **A Teoria Ecológica de C. Cossio**. Caderno nº 71. Caruaru: Faculdade de Direito de Caruaru, 1975.

D. GODINO, Juan. La metáfora ecológica en el estudio de la noosfera matemática. In **Quadrante**, v. 2, nº 2, 1993.

MANTOVANI, Fabio. La Noosfera. 2020. Edição eletrônica extraída do site www.biosferanoosfera.it Acesso em 01 nov. 2025.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e Jurisdição**. Curitiba: J.M. Editora e Livraria Jurídica, 2014.

_____. **Liberdade e Igualdade no sistema de justiça**. Belo Horizonte-São Paulo: D'Plácido Editora, 2021. <http://www.biosferanoosfera.it/uploads/files/e1ba19f1ffdd4c84ceb95d0e0ef496ba8e63d0d9.pdf> . Acesso em 01 nov. 2025.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA SOCIEDADE NO CONTROLE DAS DESPESAS E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONTRATUALIZADAS

Winnicius Pereira de Góes

Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Pós-graduado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Arthur Thomas (FAAT), Pós-graduado em Direitos Humanos e Democracia pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

1. INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, os controles internos e externos das despesas públicas são instrumentos⁴⁴ de fiscalização, vigilância, orientação e correção (prévia ou

⁴⁴ COSTA, Luiz Bernardo Dias. Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 39; FERNANDES, Eric Baracho Dore. A efetividade do controle externo das contas públicas – Elementos teóricos e práticos de otimização do controle exercido pelos Tribunais de Contas, *Revista Brasileira de Direito Público*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Belo Horizonte, nº 37, 2012, p. 151; ALCOFORADO, Flávio; MORAES, Tiago Cacique. Responsabilização na gestão das políticas públicas e a contratualização com Organizações Sociais. *Revista de Direito Público* – RBDP, ano 7, n. 24, jan./mar. 2009, p. 98; BOGGI, Cassandra Libel Esteves Barbosa. Ordem Jurídica, Econômica e Estatal na concepção de um Estado Regulador de garantias por meio de políticas públicas e instrumentos econômicos. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de Sustentabilidade, Tributação e Investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 393-394.

posterior) do modo de atuar dos poderes públicos, organizados administrativamente em seus órgãos, compostos por autoridades e servidores ocupantes de cargos de decisão administrativa no exercício de atividades, que estejam relacionadas ao gerenciamento de bens públicos, tais como bens móveis e imóveis (ativo imobilizado), recursos provenientes de arrecadação fiscal ou exploração de atividade econômica.

São divididos em controle interno e externo, e podem ser postos em prática em momentos diferentes, previamente, concomitantemente ou posteriormente⁴⁵. O controle prévio ou preventivo, é o realizado antes mesmo da prática do ato administrativo que porventura venha a ser formalizado, sendo que no caso das contratualizações de políticas públicas sociais, pode ser enquadrado como aquele realizado previamente à formalização do contrato, como, por exemplo, no momento da elaboração do edital licitatório de escolha ou durante a sua procedimentalização. O controle concomitante é aquele procedido durante o desenvolvimento do ato administrativo, ou seja, quando se fala em contratualização da realização material de políticas públicas sociais, a concomitância a que se refere a qualificação evidencia a realização de controle interno e/ou externo durante a fase de desenvolvimento do contrato, por meio do qual se verifica se as condições clausuladas com base na racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos são destinadas aos fins desejados e atingiram os resultados em cada uma das fases analisadas em caráter simultâneo. Por último, o controle posterior, como a própria designação diz é aquele realizado após a efetivação do ato praticado e, por isso, tem natureza repressiva, no intuito de verificar se a contratualização de políticas públicas sociais esta revestida de legalidade, legitimidade constitucional pela observância dos princípios da primazia da realidade social e da sustentabilidade.

Inobstante o momento em que são perpetrados, tanto o controle interno, quanto o controle externo, não somente podem, mas devem apoiar-se em avaliações *ex ante*, concomitantes e *ex post*, informadoras das condições em que os serviços públicos contratualizados são ofertados em cada uma das fases de execução. A apoio nas avaliações facilita a extensão do controle em aspectos de legalidade (levando-se em consideração as disposições legais, constitucionais e contratuais originadas pelo planejamento e pela racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos), de mérito (verificação da eficiência da administração pública no trato do patrimônio público, mediante a análise do grau de atendimento das necessidades sociais e administrativas equilibradamente, sem

⁴⁵ FERNANDES, Eric Baracho Dore. A efetividade do controle externo das contas públicas – Elementos teóricos e práticos de otimização do controle exercido pelos Tribunais de Contas, *Revista Brasileira de Direito Público*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Belo Horizonte, nº 37, 2012, p. 153.

desconsiderar se as despesas públicas se justificam) e de resultado^{46 47} (comparação entre os resultados desejados e os resultados obtidos em cada fase de implementação da política pública contratualizada, tomando-se como primeira referência a qualidade dos serviços públicos para, em seguida, se tomar a quantidade em comparação com as despesas).

2. O CONTROLE INTERNO DAS DESPESAS PÚBLICAS

O controle interno das despesas públicas pode ser conceituado como “[...] *todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da Administração Pública [...]*”, de modo que fica caracterizada a interiorização fiscalizatória quando o exercício do controle e da fiscalização é efetivado pelo próprio Poder Executivo sobre seus serviços, “[...] *como interno também será o controle do Legislativo ou do Judiciário, por seus órgãos de administração, sobre seu pessoal e os atos administrativos que pratique.*”⁴⁸

Nesse sentido, o controle interno (ou controle governamental) é composto por um conjunto de “[...] *recursos, métodos e processos, adotados pelas próprias gerências do setor público, com vista a impedir o erro, a fraude e a ineficiência [...]*”, por meio do qual se edifica um sistema conjugado em “[...] *unidades técnicas, articuladas a partir de um órgão central de coordenação, orientadas para o desempenho das atribuições de controle*

⁴⁶ Cf. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, não se pode confundir o controle demérito com o controle de resultado. Segundo o literata jurídico, “[...] *o controle de resultados significa um alargamento do controle de mérito, no tocante à avaliação crítica da atividade administrativa. O controle de resultados ultrapassa o controle de mérito: o controle de mérito conecta-se apenas aos primeiros momentos de execução da atividade (assim permanecendo em nível hipotético quanto aos resultados finais), ao passo que o controle de resultados abrange a totalidade dos frutos finais e definitivos da execução administrativa já caracterizada e encerrada.*”

⁴⁷ LOPES, Laís de Figueiredo; SOUZA, Silas Cardoso de; SANT’ANA, Diogo; HERNANDEZ, Maria Victória; ARAÚJO JÚNIOR, Evânio Antônio de; SOUZA, Aline Gonçalves de; MACEDO, Ana Túlia de. Fomento e colaboração: novas propostas de parcerias entre Estado e organizações da sociedade civil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, nº 46, jul./set., 2014, p. 51; ALCOFORADO, Flávio; MORAES, Tiago Cacique. Responsabilização na gestão das políticas públicas e a contratualização com *Organizações Sociais*. *Revista de Direito Público – RBDP*, ano 7, n. 24, jan./mar. 2009, p. 98.

⁴⁸ MEIRELES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 572. Ver: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 400; REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JR., José Teixeira. *A Lei 4320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012, p. 145-151; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 993.

interno indicados na Constituição e normatizados em cada nível de governo”.⁴⁹ Tais órgãos que compõe o sistema interno de controle devem pautar-se na objetividade de suas ações e independência, para que assim se possa aprimorar a administração pública e, para isso, voltar-se para avaliações sistêmicas que visem a propagação de uma cultura administrativa que preze pela eficiência no gerenciamento dos riscos postos à frente da administração⁵⁰.

Por se tratar de uma modalidade de controle, tem estreita relação com a tomada de medidas de *accountability*, e pode ser observada sob as perspectivas do *compliance*, *performance* e *capacity-based*. A *accountability compliance* focaliza-se na “[...] *fiscalização da conformidade dos atos e procedimentos com as regras* [...]”, enquanto o *accountability performance* concentra-se no “[...] *desenho de incentivos para o alcance de resultados desejados* [...]”, e o *accountability capacity-based* tem como foco a “[...] *criação de competência organizacional e manutenção das condições de sucesso* [...]”.⁵¹

Entre os países da OCDE, o controle interno é costumeiramente feito por meio de auditorias de desempenho, que na prática revelam-se verdadeiras avaliações, pois realizam “[...] *juízos sobre a qualidade de processos de produção e de desenhos de programa* [...]”.⁵²

Relevante questão está na possibilidade de o Estado transferir a responsabilidade pela execução do controle interno das despesas públicas para privados. Quando se fala em controle, em verdade, a referência se faz ao monitoramento das despesas públicas, e isto pode ser feito diretamente pela administração pública direta, ou seja, pelo próprio Estado, internamente, por meio de órgãos e servidores próprios, sem a participação de privados. E sem a participação de privados deve ser mantido, ainda que o privado contratado receba instruções e referências do poder público para realizar tal atividade de controle.

Assim, o controle interno deve ser realizado diretamente pelo Estado, sem a participação de privados, ainda que estes tenham poder limitado e tenham a obrigação de seguir as determinações estatais nesta tarefa de fiscalizar e o

⁴⁹ VIEIRA, Cleiton. *O controle interno nas câmaras municipais, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Disponível em: <http://federativo.bndes.gov.br/f_estudo.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021, p. 2.

⁵⁰ DIAMOND, Jack. *The role of Internal Audit in Government Financial Management: Na International perspective*. IMF Working Paper, Washington, 2002. Disponível em: <www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0294.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021, p. 6; OLIVIERI, Cecília. O controle interno como instrumento de accountability horizontal: uma análise exploratória da Controladoria Geral da União. *Encontro de Administração Pública e Governança – ANPAD*, São Paulo, nov. 2006.

⁵¹ OLIVIERI, Cecília. O controle interno como instrumento de accountability horizontal: uma análise exploratória da Controladoria Geral da União. *Encontro de Administração Pública e Governança – ANPAD*, São Paulo, nov. 2006.

⁵² OLIVIERI, Cecília. O controle interno como instrumento de accountability horizontal: uma análise exploratória da Controladoria Geral da União. *Encontro de Administração Pública e Governança – ANPAD*, São Paulo, nov. 2006.

poder público figure como revisor desta fiscalização interna contratualizada. Esta sistematização criaria a inconveniência do *controle sobre o controle* de despesas, e fatalmente geraria mais despesas ao ente público contratante de serviços desta espécie.

3. O CONTROLE EXTERNO DE DESPESAS PÚBLICAS

Além do controle interno, existem os meios de controle externo das despesas públicas destinadas à manutenção e ampliação de todo o aparato público, em todas as esferas de poder. Trata-se de controle de verificação da regularidade de despesas com quadro de pessoal, aquisição e manutenção de ativo imobilizado, contratação de serviços, dentre outras despesas correntes necessárias ao melhor atendimento das necessidades administrativas estatais e, também, dos serviços públicos como um todo, disponibilizados para a sociedade por entes públicos da administração direta ou indireta, ou por privados, mediante repasse de recursos estatais.

Diante disso, quando se fala em contratualização de políticas públicas sociais, assim como ocorre com o controle interno, o escopo de aplicação do controle externo de despesas públicas também engloba a análise e verificação de regularidade das despesas decorrentes da formalização de contratos voltados para a realização material externalizada de políticas públicas sociais.

Deste modo, todas as despesas carregadas pelo administrador público para a execução direta ou indireta de políticas públicas sociais, inclusive aquelas abarcadas pela instituição sistemática da contratualização, desde a sua fase de planejamento (com suas despesas originadas pela sua procedimentalização), passando pela fase de execução (escalonada e fundamentada no planejamento postado em contrato, que define o volume de repasse de recursos públicos ao privado contratado em cada fase da operação), até a fase de apuração dos resultados obtidos (avaliações intermediárias e *ex post*), são passíveis de verificação tanto pelos órgãos de controle interno, quanto pelos sujeitos legitimados a participar do controle externo.

A externalidade característica desta modalidade de controle de despesas públicas conta com a imperiosa participação de outros órgãos e instituições públicas, desvinculadas do poder executivo e de seus órgãos de controle interno, sendo imprescindível a participação de toda a sociedade, de modo individual ou coletivo, neste último caso através de entidades privadas. Por isso, se pode definir o controle externo como aquele que não analisa o juízo de conveniência e oportunidade exercido pela Administração Pública, e que está representando em um “[...] conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional não integrada na estrutura objeto de controle [...]”, dotadas de específicos “[...] proce-

*dimentos, atividades e recursos próprios, privilegiando a independência e autonomia do órgão controlador em relação aos órgãos controlados.*⁵³

Dentre as figuras individuais e coletivas que tem competência para exercer o controle externo de despesas públicas, estão (a) os tribunais e conselhos de contas, em função auxiliar ao poder legislativo, (b) o poder judiciário, (c) o *ombudsman*, (d) o ministério público (e) a sociedade, todos dotados de autonomia e independência em sua função fiscalizatória⁵⁴. Por isso, não estão vinculados aos controles públicos internos, ou à administração pública direta ou indireta, tendo como incumbência verificar se a conduta administrativa atendeu aos parâmetros éticos-constitucionais orientadores da boa administração, identificada pela preocupação com a melhor aplicação dos recursos públicos disponíveis, não somente sob as perspectivas da legalidade e da moralidade das decisões administrativas, mas também no tocante à observância do planejamento público racionalizador do orçamento e da aplicação dos recursos envolvidos, em claros movimentos em direção à consagração da sustentabilidade fiscal, social e jurídica do Estado.

Partindo-se desta conjectura, por intermédio dos órgãos e instituições de controle externo públicos e privados, assim como pela inclusão da participação individualizada dos cidadãos, se têm como ferramenta de institucionalização da sustentabilidade das ações públicas mediante a verificação da lisura administrativa, conducente à construção de um paradigma administrativo que reflita a materialização dos interesses públicos-administrativos, de razão fiscal em conciliação com os interesses da sociedade diligente pela materialização de direitos sociais. Trata-se da consagração da democratização administrativa pública, partilhada com sujeitos não inseridos dentro do organograma estatal, e que possibilita a ampla participação de todos os cidadãos no cuidado com o patrimônio público, o que faz do controle e fiscalização das gestões orçamentária-aplicativa de recursos, financeira, contábil, patrimonial e operacional direta ou indireta, princípio fundamental da administração pública⁵⁵ e elo condicionador de sustentabilidade.

⁵³ FERNANDES, Eric Baracho Dore. A efetividade do controle externo das contas públicas – Elementos teóricos e práticos de otimização do controle exercido pelos Tribunais de Contas, *Revista Brasileira de Direito Público*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Belo Horizonte, n° 37, 2012, p. 151-152. Ver: NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 6, n. 23, out./dez., 2008, p. 32; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 572; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 993.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública – Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público – IBDP*, n. 1, ano 1, 2003, p. 12-13.

⁵⁵ BRITO. Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set., 1992, p. 73-74.

Conforme se verá, a fiscalização e controle de despesas nos casos de contratualização de políticas públicas sociais deve levar em consideração a projeção de despesas para cada fase de execução do serviço contratado, especificadas em planejamento prévio que dá consistência às cláusulas contratuais, que sempre determinarão as condições de realização material dos direitos sociais, sendo obrigação do privado contratado, juntamente com o ente público contratante, justificar todas as despesas pagas com recursos recebidos diretamente do ente público contratante, indicando se estes recursos foram efetivamente destinados para os fins dispostos em planejamento público e especificadas em contrato.

Assim, o controle externo complementa o controle interno de despesas públicas. Posiciona-se como contraponto ao controle interno comandado pelo próprio ente público ordenador das despesas aprovadas em racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos, sendo suas manifestações o propulsor das movimentações que impeçam a manutenção e a justificação de despesas ordinárias e extraordinárias, que não atendam especificamente à realização das finalidades para quais foram reservados ou destinados os recursos públicos.

Feitas estas considerações, tem-se que o asseguração do controle externo constitui mecanismo que possibilita o exercício da cidadania ativa e o controle democrático das despesas públicas, bem como a verificação ampla quanto ao atendimento dos interesses públicos de caráter administrativo e social, pois calha por aproximar outras esferas de poder estatal de todo o processo de externalização de serviços público no qual se assenta a contratualização de políticas públicas sociais e, sobretudo a sociedade, individual ou coletivamente, ainda que por meio de representantes ou entidades privadas coletivas. Isto engloba, portanto, todo o processo de controle das ações estatais financeiras relacionadas ao cumprimento do planejamento público, da racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos estatais, que porventura possam mitigar a sustentabilidade fiscal e, por conseguinte, a sustentabilidade social (e jurídico-contratual), cuja consagração depende de prestações positivas diretas e indiretas do Estado.

4. O CONTROLE JUDICIAL

O Poder Judiciário, enquanto palco em que se discute a observância dos regramentos constitucionais e infraconstitucionais violados pelo Estado e/ou por privados, certamente também é palco para as discussões em torno da satisfação dos compromissos estatais de origem constitucional em matéria de bem-estar social. *“Experimenta-se um rearranjo na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização [...]”*, primeiro na própria administração pública e seus mecanismos de implementação de políticas públicas sociais pau-

tada pelos direitos fundamentais sociais, na sequência, “[...] *diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das promessas perdidas.*”⁵⁶

Deixar o Poder Judiciário “[...] *de fora do debate com base apenas em uma ideia anacrônica de separação de poderes é uma estratégia que não será considerada aqui. O mesmo pode ser dito acerca do argumento baseado exclusivamente na falta de legitimidade democrática do Judiciário.*”⁵⁷ Todavia, a atuação judiciária depende de provocação dos legitimados⁵⁸ por lei para ajuizar a medida processual adequada, que possibilite a imersão do magistrado na análise de despesas públicas não ajustadas à legalidade da racionalização orçamentária e aplicativa postas em contrato.

Mas a questão não se resume à possibilidade de se permitir ao Poder Judiciário analisar e participar do sistema de controle externo das despesas públicas, diretas e indiretas, sob os aspectos de legalidade e do cumprimento das disposições contratuais. O ponto de discussão também se fecha também em torno da possibilidade de o Poder Judiciário exercer este poder de controle externo sobre as decisões discricionárias (controle do mérito) tomadas pelo administrador público no curso da execução de políticas públicas sociais (contratualizadas ou não), quanto à destinação dos recursos públicos definidos em racionalização orçamentária e aplicativa para arcar com as despesas originadas durante a execução do planejamento, sobretudo quando houver a readequação do planejamento inicial e o consequente reequilíbrio econômico-financeiro, ou surgimento de novas necessidades, que exijam a remanejamento dos recursos disponibilizados para atender eventuais urgências.

Partindo-se destas considerações, a apreciação judiciária de despesas públicas remete ao seguinte questionamento sobre o seu poder de controle: poderia o Poder Judiciário se imiscuir na atividade administrativa e definir quais são as prioridades administrativas a serem postas em racionalização orçamentária e aplicativa de recursos públicos contratualizados (ou não), ou o controle judicial

⁵⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *O Estado e seus limites*. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBIA, Orides; BRANDÃO, Paulo de (ORG.). São Paulo: Coimbra Editora; Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 183.

⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as *Políticas públicas*: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In SOUZA, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais*: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591-592.

⁵⁸ Sobre os legitimados a provocar a manifestação judicial, MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 170-171, assevera que tanto pessoas físicas, quanto pessoas jurídicas, juntamente com o Ministério Público, associações em defesa de direitos difusos e coletivos tem o direito de buscar a satisfação jurisdicional para afastar prejuízos ao erário público. Sem dúvida, esta abertura dada a diversas pessoas, fundamentada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal Brasileira calha por constituir a ação democrática de fiscalização junto ao poder judiciário, e amplia o escopo da participação social e institucional no combate ao desperdício dos recursos públicos.

das despesas públicas deve se limitar à verificação de legalidade das despesas mantidas com tais recursos?

Não se pode negar que o Poder Judiciário (a jurisdição) é elemento de inclusão social⁵⁹, sobretudo quando se tem em vista que “[...] o Judiciário, como forma de expressão estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se vinculado à política estatal [...]”⁶⁰. Por isso, não se deve pairar dúvidas quanto à possibilidade de o poder judiciário participar de todo o processo de asseguramento da observância do patamar mínimo civilizatório, ainda mais quando estão envolvidos direitos sociais e sua materialização em atendimento aos compromissos constitucionais e internacionais em direitos humanos. Contudo, embora seja elemento de inclusão social e meio de guarda da constituição, ao Poder Judiciário não deve ser permitido atuar invasivamente, ou seja, assumir posição ativista exagerada ou comportar-se como um imperialista constitucional judiciário (a tutela jurisdicional deve pousar suas mãos sobre os interesses sociais, sejam eles individuais ou coletivos, sendo a magistratura e o seu exercício nos termos constitucionais uma instituição que trabalha para a afirmação dos direitos de raiz humanística, sejam eles civis e políticos, ou sejam eles econômicos, culturais e sociais)⁶¹, em clara intromissão em atividades de outros poderes, salvo em caso de violação de normas e princípios

⁵⁹ Ver: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Editora Manole, 2002, 81-83 e p. 87-88. O mesmo autor, na página 91 da mesma obra, diz que “O conceito de exclusão sempre levará ao entendimento de expulsão, de marginalização, de eliminação. A expressão “exclusão social”, não significa um ato ou um fato, mas um processo de marginalização ou eliminação de pessoas ou de grupos sociais dos benefícios conferidos por um sistema político-econômico. [...] A exclusão social é um processo, posto que excluir não significa apenas “eliminar” ou “marginalizar” dos benefícios do sistema político-econômico; mas também manter “eliminado” ou “marginalizado” dos benefícios do sistema político-econômico. Ao reverso, o conceito de inclusão social é um conceito que conota um processo, atinente a eliminar a manutenção da exclusão. Por isso, a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas ou de grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político-econômico.” Sobre a exclusão social, suas formas, significados e concepções, ver: SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. São Paulo, Contexto, 2012, p. 63-83; GUERRA, Isabel. Cidadania, exclusões e solidariedades. Paradoxos e sentidos das “novas políticas públicas sociais”. *Revista Crítica de Ciências Sociais, Globalização: fatalidade ou utopia?*, n. 63, out., 2002, p. 62-65; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria Política do Processo Civil*. A objetivação da Justiça Social. Curitiba: J.M. Editora, 2011, p. 178-183.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010, p. 13-14.

⁶¹ LOUREIRO, João Carlos. Fiat constitutivo, pereat modus? Neojoaquinismo, Constitucionalismo e Escassez. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Associação Científica e Cultural da Faculdade de Filosofia de Braga (Aletheia), vol. 70, 2014, p. 234, CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. IN: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. FARIA, José Eduardo (ORG.). São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 33.

dispostos na constituição ou em conjuntos legislativo infraconstitucional. Ao magistrado não está disponível a função de forçar o cumprimento do princípio da primazia da realidade social, que deve nortear a administração pública dos Estados que pretendem ser de solidariedade e de reciprocidade social ou decidir o que é ou não moral, caso contrário, se terá uma judicialização extremada dos anseios sociais⁶². Em que pese no “[...] *âmbito judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada ao caso que lhe foi apresentado para julgamento [...]*”, no âmbito administrativo, “[...] *o ato discricionário da administração [...] somente será tido legítimo se de acordo com a estrutura de legalidade vigente [...]*”⁶³, afastando-se, portanto, da atividade jurisdicional de controle qualquer espécie de subjetivismo. Ora, as disposições legais e a estruturação da política social contratualizada em orçamento são as balizas (apoio, fundamento legal, limitação técnica) judiciárias no exercício do controle sobre os atos da administração pública, e ao mesmo tempo geram para o administrador público o *dever* de cumprir com as disposições legais orçamentárias, de modo que não está autorizado a atuar em sentido algum de acordo com a estrita vontade de quem ocupa o cargo de decisão, pois tem como obrigação atender aos interesses coletivos e a finalidade das disposições legais⁶⁴.

⁶² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. *Revista Novos Estudos*, CEBRAP, n. 58, nov., 2000, p. 190: “A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular. Mesmo quem procura evitar ao máximo a precipitada interferência paterna nos conflitos que ocorrem nos aposentos infantis, seguindo critérios antiautoritários de educação, favorece com maior obviedade aquela mesma estrutura autoritária quando se trata da condução de conflitos sociais. A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.”

⁶³ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 11.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13-14 e 33; PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. O controle judicial das políticas públicas ambientais. PAULA, Jonatas Luiz Moreira de (Org.). *Temas de Ativismo Judicial*. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 122-125; MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 607-608.

Sendo assim, ao magistrado, no exercício da atividade jurisdicional relacionada ao controle de despesas e escolhas públicas (salvo em caso de omissão infundada e que venha a violar os compromissos constitucionais)⁶⁵, está vedado controlar atividades administrativas de cunho discricionário ou político⁶⁶, ainda que estejam motivadas sobre conceitos jurídicos indeterminados (dentre eles a moralidade, o interesse público, a utilidade pública, urgência, probidade, função social, bem comum⁶⁷), sendo-lhe resguardado, todavia, quando provocado, controlar por meio de tutela jurisdicional a legalidade das despesas geradas pela tomada de decisão do administrador público em processo de escolha de prioridades⁶⁸. E assim deve ser, pois, todo o processo de decisão deve estar pautado

⁶⁵ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 22; SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250.

⁶⁶ Cfr. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 192, “[...] a discricção que a lei deixa à autoridade administrativa se refere, quanto ao motivo, à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência); quanto ao objeto (conteúdo), a discricção está em a autoridade administrativa poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Daí posso extrair duas verificações: i) a discricionariiedade é atribuída, pela lei, à autoridade administrativa: não decorre de lei, utilizando-se o verbo decorrer, aqui, para referir a circunstância de o emprego, pelo texto legal, de “conceitos indeterminados” conduzir à discricionariiedade; vale dizer: a discricionariiedade resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas; ii) no exercício da discricionariiedade, a autoridade administrativa formula juízos de oportunidade, que na dicção do Ministro Seabra, respeitam ou à ocasião em que o ato deve ser praticado, ou à sua utilidade, ou ao conteúdo do ato.” Ver: KRELL, Andreas J. *Discricionariiedade administrativa e conceitos legais indeterminados* – limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 23-28; BARROS, Marco Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas* – parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 118-120; SESIN, Domingo Juan. Intensidad del control judicial de los actos políticos: el núcleo político discrecional excluído. In: *Direito Público no Mercosul* – Intervenção Estatal, Direitos Fundamentais e Sustentabilidade. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 56-57 e 61; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade e controle jurisdicional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 48; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 848-851 e 855; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 102-104; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 203 e 210.

⁶⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariiedade administrativa e conceitos legais indeterminados* – limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29-36; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade e controle jurisdicional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 22-28.

⁶⁸ Nos dizeres de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade administrativa e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33, “Se a lei regula vincula-

naquilo que se apura em avaliações, no planejamento público, ajustado à realidade social e, por isso, participativo, isto é, dotado de informações fornecidas pelos próprios cidadãos. Portanto, a decisão administrativa, na forma defendida, nasce de projeções objetivas (técnicas, afastadas da autonomia da vontade do administrador público), e esta objetividade transpassa o planejamento e se irradiava para vedar qualquer análise judicial sobre a conveniência da medida adotada em termos de contraturalização de políticas públicas sociais.

Diante disso tem-se que o controle judicial deve estar limitado ao controle de legalidade, eficiência e resultados⁶⁹ da despesa realizada (o exercício da jurisdição não permite ao magistrado imiscuir-se em questões de natureza política ou técnicas adotadas, não poderá adentrar no mérito, caso contrário corre-se o risco de colocar em prática uma espécie de ativismo judicial despreparado e irracional⁷⁰, sendo a atuação objetivamente limitada pela lei e pelo direito), desde

damente a conduta administrativa, está com isto declarando saber qual o comportamento único que, a seu juízo, atenderá com exatidão, nos casos concretos, ao interesse público por ela almejado. Daí que pré-selecionou o ato a ser praticado e o fez obrigatório, excluindo qualquer interferência do administrador na apreciação dos fatos deflagradores da aplicação da norma e qualquer avaliação quanto à providência mais adequada para atender à finalidade legal. Uma vez que, no comum dos casos de discricionariedade, teria sido perfeitamente possível redigir a lei em termos vinculados, tem-se que concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo pretendido como imprescindível e reputado capaz de assegurar, em todos os casos, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Daí a outorga da discricionariedade para que o administrador – que é quem se defronta com os casos concretos – pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal”. Em sentido a favor do controle judicial discricionário: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria Política do Processo Civil*. A objetivação da Justiça Social. Curitiba: J.M. Editora, 2011, p. 185-188; KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados* – limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 75-77.

⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 142; FELIU, José Maria Gimeno. Legalidad, transparência, control y discrecionalidad em las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones). *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, n. 137, mai./ago., 1995, p. 183; CAMARGO, José Aparecido. *Administração Pública*: princípios constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 45; ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A teoria do acto e a Justiça Administrativa*. O novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2006, p. 14 e 34; MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 172-173; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 105.

⁷⁰ Inobstante se defenda a ideia de que o Poder Judiciário, no que se refere às despesas públicas, deve proceder apenas ao controle de legalidade a partir de provocação dos legitimados, não se pode deixar de mencionar que existem mecanismos de análise de mérito de

a sua origem prevista em racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos, pois não se pode esquecer do caráter impositivo de suas disposições, uma vez que são pensadas desde o prévio planejamento instruidor do certame licitatório de escolha, até a sua efetivação em fase de execução, constatada através de avaliações. Os recursos disponibilizados têm uma finalidade precípua, qual seja, a materialização dos direitos sociais, e o controle de legalidade judiciário deve apenas verificar se os recursos não foram desviados de seus fins (por esta via o poder judiciário pode alcançar a inclusão e justiça social)⁷¹, em desacordo com a lei e as possibilidades de remanejamento e/ou recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. E assim deve ser pois o magistrado não tem acesso a uma visão ampliada das políticas públicas, naquilo que se refere aos custos, recursos disponíveis e a realidade social existente, visão à qual, geralmente, a administração pública tem mais acesso juntamente com os membros do poder legislativo⁷² quando se baseia em informações que exprimam a realidade social.

decisões administrativas públicas, inclusive com previsão constitucional. É o que acontece no Brasil, por exemplo, país cuja constituição prevê em seu artigo 5º, inciso LXXIII que “[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”, estabelecendo-se, assim, o controle da moralidade administrativa por via de ação popular, bastando a existência de lesividade, sem ser obrigatória a presença de ilegalidade. Ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010, p. 11-14; SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 594-596; BARROS, Marco Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas* – parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 193-198.

⁷¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Editora Manole, 2002, p. 151.

⁷² Em sentido contrário ao defendido nesta tese, CAMBI, Eduardo. *Neoprocessualismo e Neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 236-237 defende que “[...] a discricionariedade administrativa é relativa, porque a liberdade outorgada ao administrador público somente pode ser exercida, na extensão, medidas ou modalidades, necessárias à busca das finalidades constitucionais. Não se pode decidir com base em motivos particulares, de favorecimento ou perseguição, já que isto caracteriza desvio de finalidade e, conseqüentemente, implicaria a nulidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário. [...] o exercício de uma função administrativa decorre de um dever-poder, tem caráter instrumental; com isto, a discricionariedade administrativa é um meio para se concretizar o interesse público. Assim, o que deve mover o administrador não é a vontade, como ocorre no direito privado, mas sim o fim. A liberdade conferida ao agente existe para que ele, no caso concreto, encontre a solução mais adequada para implementar o interesse

A fiscalização judicial, portanto, se prende à análise de questões de legalidade e constitucionalidade⁷³ que devem ser observadas durante todo o processo de racionalização antecedente à própria efetivação da despesa pública direta ou indireta, de modo que fica afastada a abrangência controladora judiciária sobre as decisões administrativas discricionárias, definidoras das prioridades estatais no tocante à efetivação de direitos sociais⁷⁴. Tem-se, por conseguinte, que a participação judicial é estritamente técnica, não se aprofunda sobre razões administrativas quanto à tomada *de um ou outro caminho* para atender aos interesses sociais e da própria administração pública, e por isso se restringe somente à verificação se a despesa gerada advém da prestação de serviços públicos sociais, e se estes serviços têm sido realizados em consonância às disposições de racionalização

público. Desta forma, o controle judicial da administração pública não deve cingir ao cumprimento de formalidades legais, sujeitando-se a verificação de aspectos substanciais exigidos pela Constituição [...] Em outra palavras, a atuação administrativa não está sujeita apenas a legalidade em sentido formal, mas também em sentido substancial.” Também em sentido contrário: BARROS, Marco Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas* – parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 172-173; FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. In: *Direito Público no Mercosul* – Intervenção Estatal, Direitos Fundamentais e Sustentabilidade. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 176-181.

⁷³ O foco desta pesquisa está no controle das despesas públicas por parte do poder judiciário. Contudo, não se pode esquecer que o poder judiciário tem outro papel fundamental: o do controle da constitucionalidade (não o difuso ou concentrado exercido pelos tribunais quanto ao conteúdo das leis) quanto ao dever de proteção dos direitos fundamentais e a sua realização dentro de padrões antenados a princípios implícitos e explícitos no texto constitucional, ou que sigam padrões que atendam a outros princípios de dignidade constitucional, como o da sustentabilidade e o da primazia da realidade social. Sobre o tema da judicialização de direitos fundamentais sociais, dever de proteção, ver: GOMES, Carla Amado. Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica – algumas verdades inconvenientes. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora* – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./dez., 2012, p. 275-276; CAMBI, Eduardo Salomão. Jurisdição no Processo Civil: Compreensão Crítica. Curitiba: Juruá, 2003, p. 128; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública – Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público* – IBDP, n. 1, ano 1, 2003, p. 20-21; ROTHENBUR, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 54-58.

⁷⁴ Ressalta-se mais uma vez que toda e qualquer decisão administrativa definidora de prioridades estatais para atender as necessidades sociais, exigentes de prestações positivas que dependem de investimento público, devem ser apoiadas em estudos técnicos provenientes de avaliações que sustentarão o planejamento inicial e a readequação da política pública desenvolvida diretamente pelo Estado ou em regime de cooperação com privados por meio de contratualizações. O administrador não é livre para decidir como bem entende ou optar por aquilo que ele declara ser uma necessidade social premente. O legítimo Estado de Solidariedade e Reciprocidade Social tem como marca pensar no *outro*, e é justamente desta característica que se extrai a ideia de que a decisão não pode ser uníssona, deve contar com pareceres técnicos, que evidenciem quais as reais carências sociais.

orçamentária e aplicativa dos recursos públicos, assentadas em planejamento prévio da política pública, que vincula impositivamente o administrador público.

Certamente este mesmo posicionamento do Poder Judiciário se aplica à análise de legalidade das despesas geradas pela contratualização de políticas públicas sociais. Todavia, a análise da legalidade quando se trata de contratualizações não está vinculada somente à lei. O Poder Judiciário, no exercício da fiscalização e controle das despesas públicas geradas pela contratualização de políticas públicas sociais também deve considerar a regularidade das despesas para cada fase do processo de execução do contrato, comparando-as ante os resultados pretendidos em planejamento e os resultados detectados por meio de avaliações, sempre em conjunto com a racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos definidos em lei provedora, sendo que toda e qualquer decisão deve ser amplamente fundamentada, isto é, justificada sem intersubjetividades, sem vincular-se a aspectos de interesses individuais, coletivos e políticos.⁷⁵

Assim, além de todo o aparato legal e constitucional norteador das fiscalizações e do controle das despesas públicas, o controle de legalidade das despesas geradas pela formalização de políticas públicas sociais que transferem a execução de serviços para privados, exige a consideração decisória mediante a tomada de fundamentos em todo o planejamento prévio que instruiu o certame licitatório de escolha, juntamente com as cláusulas contratuais e suas especificações técnicas, acompanhadas por delimitações de despesas para cada fase de execução da política pública a ser desenvolvida sob esta modelagem.

Do mesmo modo ocorre quando há o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mediante a recomposição de montantes de repasse de recursos

⁷⁵ Em sentido limitador do controle judicial, PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. Estado Social y control jurídico de eficacia de la Administración Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*, IDPB, Belo Horizonte, ano 5, nº 19, out./dez., 2007, p. 179, defende que a utilização da eficiência e eficácia como técnica de controle judicial constitui um excesso, mas admite ser possível a sua utilização em alguns casos, como, por exemplo, nos casos “[...] de ineficácia debida a la contradicciones lógicas intrínsecas de lacto, o los de ineficácia potencial evidente y palmaria (p. ej., um contrato administrativo com um plazo de ejecución manifestamente inviable); y también en los casos em que la eficacia se objective y se autolimita a través de las técnicas que antes he expuesto a modo de ejemplo. Pero fuera de estos supuestos, pretender ir más allá sería una aventura arriesgada em la que los posibles frutos no compensarían, ni de lejos, su riesgos.” Ver: STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 16-22; COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. Racionalizando las políticas sociales em América Latina: el papel de la gestión. *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 2, jan./abr., 1995, p. 103; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria Política do Processo Civil*. A objetivação da Justiça Social. Curitiba: J.M. Editora, 2011, p. 188-192.

públicos para mais ou para menos, de acordo com a demanda detectada pelas avaliações de resultado ou pelo surgimento de elementos cambiantes que justifiquem a alteração dos valores contratuais inicialmente previstos em racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos.

Nestes casos, a provocação do poder de controle e fiscalização judiciária também não é estendida para lhe dar autorização para cuidar de posicionamentos discricionários do administrador público. A escolha a este pertence, é de sua competência, e a discricionariedade decisória não permite que a decisão seja contrária à constituição, suas regras e princípios, à legislação infraconstitucional e ao planejamento posto em contrato, devendo, portanto, ser fundamentada, cabendo a partir disso ao Poder Judiciário verificar a legalidade da decisão e a sua conformidade com as disposições contratuais que estabelecem os limites e os elementos cambiantes que autorizam o reequilíbrio econômico financeiro do contrato, sem prejuízo às disposições vigentes, assim como à execução dos serviços de acordo com o planejamento. Aqui, mais uma vez, tem grande importância as avaliações procedidas durante o período de execução do contrato, pois permitem ao magistrado ter melhor percepção quanto ao cumprimento das disposições contratuais em cada fase de execução planejada, apurando-se os resultados de execução tecnicamente para compará-los com os resultados pretendidos em planejamento, com o fim de se verificar se os recursos públicos transmitidos para privados foram de fato utilizados de acordo com a racionalização orçamentária e aplicativa impositiva, que substantia a autorização legal para a realização das despesas originadas.

Assim, a participação judiciária na fiscalização e controle das despesas públicas depende sobremaneira da disponibilização de dados técnicos que lhe possibilitem verificar a legalidade das ações públicas e privadas durante a execução dos contratos. Por sua vez, tal necessidade aproxima a atuação judiciária com o tema da contabilização das despesas públicas de interpretação acessível aos mais diversos analistas, independentemente de sua qualificação acadêmica ou experiência profissional. Além disso, a independência da apreciação judicial está sobremaneira atrelada à participação de órgãos técnicos de apoio, especializados na análise de avaliações composto por pessoal qualificado, capaz de oferecer elementos suficientes para que o trabalho do Poder Judiciário seja eficiente, e fundamentadamente verifique a legalidade das ações público-privadas de acordo com as bases legais e contratuais.

5. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é importante órgão estatal, autônomo, de atuação independente, que possui organização própria, desvinculada de todos os outros órgãos da administração pública e dos poderes estatais constitu-

cionalmente constituídos. Dentre as funções atribuídas aos seus membros figuram como principais a fiscalização das ações estatais distribuídas entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, preservar, manter e defender a ordem jurídica e o regime democrático, os direitos e garantias fundamentais individuais e sociais. Cuida-se de órgão estatal envolvido na defesa dos interesses individuais e coletivos, estes relacionados tanto aos interesses de Estado, quanto aos interesses sociais, inclusive no que diz respeito à realização de políticas públicas sociais e a utilização do patrimônio público para este fim, buscando a preservação dos objetivos, princípios e normas estruturantes constitucionais⁷⁶.

Diante destas atribuições de competência, aos membros do Ministério Público é imperiosa a atuação no sentido de defender o regime democrático e a ordem jurídica mediante a fiscalização quanto a legalidade das ações perpetradas pelos poderes estatais, estendendo-se esta competência fiscalizatória sobre as ações particulares sujeitas aos domínios do direito privado, principalmente quando estas estiverem imbricadas às ações conduzidas pelo poder público e/ou vinculadas a interesses públicos de natureza social.

Sendo assim, se aos membros do Ministério Público está reservada a competência fiscalizatória quanto ao trato do patrimônio público, cabe aqui a afirmar, portanto, que a seus membros está reservada atribuições relacionadas à verificação da legalidade dos contratos públicos originados pela contratualização de políticas públicas sociais, não somente em aspectos de resultados e obediência à racionalização orçamentária e aplicativa de recursos públicos em caráter impositivo, estreitada nos termos da lei, mas, também desde a fase do certame licitatório de escolha até cada uma das fases operacionais de execução.

Com efeito, nesta parte também vale afirmar que se o Ministério Público tem dentre suas atividades principais a defesa dos interesses administrativos, individuais e sociais (coletivos), aos seus membros também é atribuída a incumbência de fiscalizar e defender a ordem jurídica e democrática dependente da materialização dos direitos fundamentais sociais que compõem a carta compromissória estatal⁷⁷, constituindo o órgão em questão importante elemento de inclusão social, exercente de função essencial à justiça, não somente sob a perspectiva judiciária e processual, mas, especialmente, de justiça social, o que denota a sua forte capacidade de contribuir para a construção de uma boa admi-

⁷⁶ BURLE FILHO, José Emmanuel; MASCARENHAS FILHO, Geraldo. *Ministério Público e Constituição: organização básica do Ministério Público na Constituição*. São Paulo: 6º Congresso Nacional do Ministério Público: Justiça e constituinte, 1985, p. 72 e 75.

⁷⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Proteção e garantia dos Direitos Humanos: alguns aspectos da atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10. N. 41, out./dez., 2002, p. 207-208 e 212.

nistração, dotada de sustentabilidade multidimensional⁷⁸, convergente à primazia da realidade social detectada por meio de avaliações.

A partir disso se tem que os Membros do Ministério Público têm competência funcional para fiscalizar e controlar as despesas públicas originadas pela contratualização de políticas públicas sociais, pois estas resultam de contratos cuja realização material depende da participação pública através do planejamento e da racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos destinados ao atendimento das necessidades sociais (vale lembrar que neste trabalho se defende que a titularidade é sempre estatal, e o Estado tem o dever de planejar), integrantes do bojo de interesses públicos administrativos. Da mesma forma, cabe aos membros do Ministério Público promover o controle das concorrências⁷⁹ públicas em certame licitatório de escolha, com o fim de se evitar o favorecimento indevido de privados, a inobservância dos requisitos objetivos fixados na marcha da contratualização, fatores que viriam a influenciar futuramente até mesmo a continuidade da política pública contratualizada. Portanto, percebe-se, a relevância da atuação ministerial tanto para a fiscalização posterior, quanto para a fiscalização posterior à contratação pública.

Todavia, assim como ocorre na participação do Poder Judiciário no controle das despesas públicas contratualizadas, a fiscalização ministerial não incide sobre as escolhas públicas. Isto é, o trabalho dos membros do ministério público não incide sobre a discricionariedade decisória do administrador ocupante de cargo de decisão. A participação ministerial, condicionante da participação judiciária por meio de apreciação de ação pertinente ajuizada por seus membros, se limita ao controle da legalidade dos processos de contratação e de execução (destinação dos recursos públicos) da política pública social contratualizada.

Este controle de legalidade, conforme já mencionado, pode ser exercido ainda na fase de contratação, o que mostra a sua persistência durante todo o

⁷⁸ A contribuição do Ministério Público para a construção de uma boa administração sustentável em todos os aspectos de dimensionalidade está na sua capacidade de mover-se em várias direções. Seus membros podem mover-se para a direção da sustentabilidade jurídica, quando fiscalizam a legalidade das ações públicas em comparação às disposições legais de contratação, regulatórias da marcha da contratualização, por exemplo. Seus membros podem mudar para a direção da sustentabilidade social, quando analisam se as ações estatais de fato têm sido cumpridas nos termos definidos nos termos do planejamento da política pública vinculante disposta em contrato, tendo como fundamento o princípio da primazia da realidade social detectada por avaliações. Por fim, seus membros poderão mudar para a direção da sustentabilidade fiscal, quando verificam se os recursos públicos têm sido utilizados nos termos da racionalização orçamentária e aplicativa planejada de tais recursos, de caráter impositivo, transpostas para o contrato instituidor da contratualização de políticas públicas sociais, vinculante, tanto para a administração pública, quanto para o privado contratado.

⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago., 2012, p. 66.

procedimento licitatório de escolha. Aos membros do Ministério Público está reservada a tarefa de examinar todo o procedimento, mediante o acompanhamento de suas fases e verificação se a marcha da contratação está ou não manchada pelo nepotismo camuflado, e se todas as escolhas estão embasadas nos requisitos de contratação retirados das avaliações que dão substância ao planejamento instruidor da racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos destinados à contratualização de serviços públicos sociais. Nestes termos, o controle das despesas públicas não está restrito à apreciação da destinação dos recursos, pois se inicia em fase prévia à execução material dos serviços, ainda no processo de escolha que condicionará as despesas futuras, o que é feito através do acompanhamento de todo o certame licitatório de escolha, com o fim único de se construir um ambiente de boa administração, em que os interesses particulares não prevaleçam sobre o mais legítimo interesse público, que seria o social. Da mesma forma, a atividade fiscalizatória deste órgão analisa se o ato de contratar privados atende aos interesses administrativos de Estado, fazendo com que a análise técnica da contratação concentre-se na constatação de que a contratualização de políticas públicas não tenha sido banalizada pela formalização de contratos tendenciosos, carregados de nepotismo camuflado, assinalados por requisitos de contratação ardilosos, desconectados dos propósitos de planejamento, ao ponto de favorecer apenas interesses privados e políticos.

A fiscalização e o controle se estendem por todo o universo contratual, e isto também se relaciona ao cumprimento das disposições legais orçamentárias de caráter impositivo. Os membros do Ministério Público devem acompanhar o desenvolvimento contratual e verificar se as despesas realizadas estão em consonância à racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos definidas em lei reflexiva do planejamento público. Se a lei orçamentária é expressão vinculante, ou seja, impositiva da racionalização orçamentária e aplicativa que alimenta as bases de execução do contrato em cada uma de suas fases, e se isto se relacionada às proporções de despesas que poderão ser procedidas em cada fase de execução para se atingir a um objetivo final em desenvolvimento da política pública social contratualizada, aos representantes do Ministério Público deve ser assegurada a possibilidade de imiscuir-se sobre como foram realizadas tais despesas, sem, contudo, entrar no mérito das decisões administrativas (escolhas) tomadas pelo ocupante de cargo de decisão.

Com fundamento neste posicionamento, tem-se que esta espécie de controle externo deve amparar-se na lei, mas não se pode olvidar do teor do planejamento e dos resultados pretendidos em cada fase da operação contratual, pois é instrumento que inexoravelmente instrui o contrato de cooperação público-privada. Se assim não ocorrer, a fiscalização e controle perde seu foco, sua razão existencial, uma vez que a partir do planejamento é que se fixa os dados técnicos da racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos des-

tinados para o fim a que se propõe. Por isso, tomar o planejamento como referência durante a verificação da regularidade das despesas é essencial, até mesmo porque é o planejamento racionalizador que norteará a análise das descrições apresentadas em documentos contábeis.

Com efeito, vale dizer que o contrato assume a posição de instrumento formalizador da contratualização de políticas públicas sociais, cujas cláusulas são formadas em fases precedentes ao certame licitatório de escolha, nas oportunidades em que são feitas as avaliações e montada a estratégia de realização material dos direitos sociais em planejamento específico, delimitador dos objetivos estatais que devem ser assumidos pelo privado contratado.

Nesse sentido, a fiscalização ministerial deve ter o contrato como principal elemento de orientação de seus trabalhos de verificação de cumprimento das disposições legais da racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos em cada fase de implementação e execução da política pública contratualizadas, o que lhe possibilita, por exemplo, acompanhar se os montantes de recursos públicos separados em lei orçamentária impositiva para cada fase de execução contratual é utilizada adequadamente. Além disso, é no contrato que se encontram quais são as obrigações contratuais às quais se submete o contratado, dentre elas, quais são os resultados a serem atingidos em cada fase de execução dos serviços, e, também, qual a estruturação da política pública, medida em técnica, qualidade e quantidade de serviços deve ser disponibilizada para a melhor realização da missão constitucional transladada para as mãos privadas.

Por isso não se pode perder de vista que a fiscalização e controle das despesas públicas procedidas pelo ministério público devem ser técnicas. Não se trata de atribuição aberta, que permita a defesa dos interesses sociais e de Estado (administrativos) de qualquer jeito, a qualquer preço. Os membros do Ministério Público e sua equipe devem, obrigatoriamente, lastrear-se em critérios técnicos e objetivos, que lhes permitam a análise do cumprimento dos resultados pretendidos e se estes correspondem às despesas realizadas, e se o incumprimento das disposições de planejamento contratualizadas é justificável. Somente após a verificação técnica é que os membros do ministério público poderão exigir de ordenadores de despesas (contratante) e de privados contratados, pela via administrativa⁸⁰ ou judicial⁸¹, explicações sobre quais fatores contribuíram para que os resultados não fossem obtidos ou, quais são os motivos que levaram à aplicação dos recursos públicos diversamente às previsões do planejamento nacionalizador posto em contrato.

⁸⁰ Por meio de termos de ajustamento de conduta, por exemplo.

⁸¹ Por meio de ação civil pública/ação coletiva que busca o cumprimento contratual com fundamento em racionalização orçamentária e aplicativa que dá vazão a lei orçamentária em caráter impositivo, permissiva de destinação diversa dos recursos somente nos casos previstos em lei ou em contrato.

Deste modo, não há espaço para denúncias vazias, *achismos*, pois a participação do ministério público no controle das despesas públicas não se estende sobre o controle de discricionariedade característico da decisão administrativa pública. O administrador público deve decidir para onde ir, cabendo ao órgão de fiscalização e controle de despesas, dentre os quais obviamente se inclui o ministério público, proceder ao controle de legalidade, tendo como parâmetros o planejamento público precedido de avaliações, a racionalização orçamentária e aplicativa vinculante disposta em lei e, principalmente, as cláusulas contratuais que dão vida à contratualização de serviços públicos sociais. Qualquer procedimento fiscalizatório e de controle que ultrapasse estes limites constitui ingerência indevida na defesa dos interesses administrativos estatais e da sociedade. Aos órgãos de fiscalização e controle não cabe impor prioridades, caso contrário, sob pena de se colocar em risco o equilíbrio das relações institucionais públicas e privadas.

6. O PAPEL DA SOCIEDADE

O controle social das despesas públicas certamente é a expressão máxima da soberania popular, de uma administração pública democrática, transparente e mais participativa. É expressão do compartilhamento de responsabilidades com a sociedade, reflexo do convite à maior participação social em todos os níveis de administração voltada à realização material do bem-estar característico dos Estados que desejam ser lembrados pela adoção de práticas modelagens administrativas solidárias e de reciprocidade social. Trata-se de evidente demonstração de que o compartilhamento de responsabilidades extrapola o mero compartilhamento da execução de políticas públicas sociais mediante a sua contratualização, ampliando-se o seu escopo para a fiscalização das ações administrativas públicas realizadas direta ou indiretamente, neste último caso, por meio de privados.

Em primeiro lugar há que se destacar a importância da participação social com argumento elementar: o controle social, enquanto mecanismo externo de controle das despesas públicas, é o primeiro elo verificação entre as despesas efetivamente realizadas e as disposições contratuais reflexivas da racionalização orçamentária e aplicativa de recursos públicos originada do planejamento estatal⁸². A sociedade, em uma democracia representativa e de-

⁸² Para a melhor delimitação do tema deste subtítulo, vale dizer que não se pode confundir o controle social com participação popular. SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da participação: uma análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público*, n. 5, jan./jun., 2011, p. 72-73, apoiada em Juarez de Freitas (O controle social do orçamento público, *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 11, jul./set., 2001, p. 13-26) e Carlos Ayres Britto (Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”,

liberativa, composta por cidadãos utentes (e contribuintes, que desejam saber o que é feito com o dinheiro dos cidadãos, de modo que seria ingênuo admitir que o mero incentivo estatal à participação social seja o gatilho suficiente para despertar o interesse dos cidadãos em fiscalizar) dos serviços públicos sociais ofertados pelo Estado por meio de privados contratados, agrupados em torno de pessoas jurídicas de direito privado constituídas para fiscalizar as atividades estatais ou individualmente, é o principal personagem fiscalizador das ações estatais contratualizadas (ou não contratualizadas), pois, não resta dúvida de que não há meio mais eficiente de se promover o controle de despesas do que se utilizar nesta tarefa os principais interessados em verem os seus direitos assegurados materialmente⁸³.

Todavia, para que o controle social seja eficiente, se faz necessário que o próprio Estado crie “[...] mecanismos em sua estrutura e em seu ordenamento jurídico que possibilitem e assegurem aos cidadãos exercerem seus direitos [...]” e, também, estimule a

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set., 1992) coloca que “O controle social dá-se após os atos serem tomados pelo gestor público, dos quais deverá ser efetuada a devida prestação de contas e, a partir disso, a cidadania verificará o atendimento do interesse público e aos princípios administrativos [...] Já a participação popular mostra-se um instituto democrático mais amplo, colocando a cidadania em posição conjunta ao poder público na definição dos destinos do governo e das políticas públicas.” complementa sua posição ao dizer que “[...] também distingue o princípio da participação popular do instituto do controle social do poder – mecanismo integrante do regime jurídico administrativo brasileiro, atuante de modo conjunto ao controle externo e interno da administração – dizendo que este se trata de expressão de direito público subjetivo derivado do exercício dos direitos de liberdade e cidadania [...] e não expressão de poder, como é o princípio da participação popular”. Ver também: TASSONE, Antonio Romano. Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione. *Diritto Amministrativo*, Rivista Trimestrale, ano X, v. 2, 2002, p. 271; GOÑI, Eduardo Zapico. Importância y posibilidades estratégicas de la transparencia del gasto a nível de políticas públicas. *Revista Documentación Administrativa*, n. 286-287, jan./ago., 2010, p. 249-250 e 268.

⁸³ Ver ROSSI, Emanuele. El tercer sector y los derechos humanos em el ordenamento italiano, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 71, jan./abr. 2005, p. 282; SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a sociedade. Salvador, 2002. Disponível em: <<http://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/785>>. Acesso em: 08/02/2021, p. 9; TATAGIBA, Luciana. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: UNESP, 2004; TATAGIBA, Luciana. Conselhos gestores de políticas públicas e democracia participativa: aprofundando o debate. *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, nov. 2005, p. 209-212; MILANI, Carlos R. S. O princípio da participação social na gestão das políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 42(3), mai./jun., 2008, p. 561-562; BOYNE, George; GOULD-WILLIAMS, Julian; LAW, Jennifer; WALKER, Richard. Plans, performance information and accountability: the case of best value. *Public Administration*, v. 80, n. 4, 2002, p. 694; SUBIRATS, Joan. Democracia: participación y eficiencia. *GAAP*, n. 5-6, jan./ago., 1996, p. 39-40.

participação social, conscientizando seus cidadãos, inspirando-os a “[...] *reivindicarem e a lutarem por seus direitos, bem como supervisionem a administração pública*”.⁸⁴

O exercício deste controle pode ser realizado durante o procedimento de avaliações intermediária e posterior, em que a primeira, realizada ainda no curso da execução da política pública contratualizada, permite a verificação e análise da regularidade das despesas procedidas durante a realização material da política pública social, tomando-se como referência as bases contratuais definidoras da destinação das verbas e os resultados pretendidos em cada fase de implementação e desenvolvimento do planejamento estatal contratualizado. Este monitoramento possibilita a análise do cumprimento ou incumprimento dos resultados e objetivos postos em contrato⁸⁵, e justifica o eventual o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato no curso da realização material dos direitos sociais e, em último caso, a rescisão contratual em razão do incumprimento de suas cláusulas.

A avaliação posterior da política pública contratualizada permite que o controle social das despesas públicas indique os erros e acertos, o que contribui para a readequação do planejamento público juntamente com o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos futuros, mediante o controle de despesas que tomam como referência o contrato, os recursos disponibilizados para cada fase de execução e os resultados obtidos.

A partir destas considerações, tem-se que o controle social das despesas públicas não se resume ao controle de legalidade das despesas, mas tende a ser, sobretudo, importante ferramenta para a de análise quanto ao atendimento ao planejamento estatal posto em contrato, o que torna viável verificar se as despesas procedidas e a destinação dos recursos públicos atingiram os resultados pretendidos ou se houve desvio de recursos para fins diferentes. Tem-se, assim, a ampliação do princípio democrático, em que a participação social não se dá apenas por meio do exercício do direito de sufrágio, mas também por meio da participação na gestão administrativa⁸⁶. Assim, o que antes era feito indireta-

⁸⁴ RIBEIRO, Daniel Cerqueira. Sistema de controle dos gastos públicos do Governo Federal: uma ênfase no Programa Bolsa Família. *V Congresso de Administração e Ciências Contábeis*, rio de Janeiro, 2014. Ver: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Os tribunais de contas e o Terceiro Setor: aspectos polêmicos do controle. In: Terceiro Setor – Empresas e Estado – Novas fronteiras entre o público e o privado. OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Org.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 315-316.

⁸⁵ MOKATE, Karen Marie. Convertiendo el “monstruo” em aliado: la evaluación como herramienta de la gerencia social *Revista de Serviço Público*, n. 1, ano 53, jan./mar., 2002, p. 94-95; GOÑI, Eduardo Zapico. Importância y posibilidades estratégicas de la transparencia del gasto a nível de políticas públicas. *Revista Documentación Administrativa*, n. 286-287, jan./ago., 2010, p. 250-251.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação, Poder Estatal e Controle Social. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 3, n. 11, jul./set. 2005, p. 163; LIMA, José Benjamin de. Concessão de serviços públicos e a reforma do Estado. *Revista Argumenta*, Faculdade de Direito do Norte Piorneiro – Fundinopi, n. 3, 2003, p. 147-148; LEAL, Rogé-

mente por meio do exercício do direito de sufrágio, em que o voto resulta na escolha de ocupantes de cargos executivos e legislativos, passa a ser feito diretamente pela própria sociedade.

Mas para que esta modalidade de controle externo obtenha sucesso, não basta permitir que a sociedade participe do controle das despesas públicas. Há a necessidade de oferecer informações⁸⁷ sobre a política pública social a ser desenvolvida pela via contratual aos interessados em participar. Desta maneira, é importante que a própria administração pública contribua possibilite o diálogo (pois a partir do diálogo que se concilia a democracia representativa com a democracia deliberativa), para que os cidadãos deixem de ser expectadores, e abandonem a condição de sujeitos que tem apenas necessidades, para que se sintam integrados ao aparato fiscalizatório, transformando-se, de fato, em fiscais responsáveis, legítimos colaboradores neste processo democrático⁸⁸.

Logo, o controle social de despesas públicas depende do grau de transparência das ações administrativas públicas⁸⁹, fazendo com que seja imprescindível que o planejamento da política pública a ser contratualizada e a racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos, ambos transpostas para o contrato, seja divulgado amplamente, por meio de informações simplificadas, apon-

rio Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*, IDPB, Belo Horizonte, ano 5, nº 19, out./dez., 2007, p. 50; 1. JONES, Vincent. The new Public Contracting: public versus private ordering? *Indiana Journal of Global legal Studies*, vol. 14, 2007, p. 260.

⁸⁷ Cfr. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma da gestão pública: agora na agenda da América Latina, no entanto. *Revista de Serviço Público*, n. 1, ano 53, jan./mar., 2002, p. 15, “[...] a descentralização e o controle social dependem da existência dos direitos do cidadão, a começar pela divulgação correta e irrestrita de informações sobre os órgãos públicos. Em outras palavras, depende da existência das regras da lei, e, mais amplamente, do avanço da democracia. A democracia não é substituta para a descentralização e o controle social, mas a descentralização e o controle social são resultados do processo de democratização e, ao mesmo tempo, são fatores que agem para uma melhor governança democrática. O avanço da democratização, a transição do primeiro estágio da democracia, em que as eleições livres já existem, mas as elites continuam a concentrar quase todo o poder, para formas mais avançadas de democracia, depende essencialmente de um aumento do debate público e das variadas formas de controle social que começam no nível local e são reforçadas pela descentralização.”

⁸⁸ TASSONE, Antonio Romano. Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione. *Diritto Amministrativo*, Rivista Trimestrale, ano X, v. 2, 2002, p. 274; DURÁN, Ixchel Pérez. Accountability from the perspective of the fórum: citizens' attitudes towards accountability in Europe. *West European Politics*, v. 39, n. 4, 2016, p. 839.

⁸⁹ SANTOLIM, Cesar. Corrupção: o papel dos controles externos. Transparência e controle social. uma análise de direito e economia. *Cadernos de Pós-graduação em Direito/UFRGS*, vol. VII, n. 1, 2012, p. 5; BOYNE, George; GOULD-WILLIAMS, Julian; LAW, Jennifer; WALKER, Richard. Plans, performance information and accountability: the case of best value. *Public Administration*, v. 80, n. 4, 2002, p. 694.

tamento de critérios objetivos, inseridas em sistemas abertos de consulta via *internet*, ou em repartição pública responsável pelo arquivamento de dados, que possibilitem a qualquer pessoa entender sobre quais são os resultados pretendidos em cada fase de desenvolvimento, e a quantidade de recursos públicos que será disponibilizada para cada uma das etapas. Além disso, existe a dependência da utilização de contabilização de despesas simplificada, quer permita ao *fiscal social* entender qual é a origem da despesa, à qual etapa de execução/desenvolvimento está vinculada, e qual o serviço oferecido e o resultado pretendido e obtido a partir de sua aplicação.

Com efeito, o controle social das despesas públicas pode ser realizado em parceria com outros meios de controle interno ou externos, mediante a provocação dos demais órgãos de fiscalização.

Em parceria com o controle interno de despesas públicas, a sociedade contribuiria para a melhor utilização dos recursos públicos e o controle das despesas originadas pela contratualização de políticas públicas sociais de duas maneiras. A primeira, através da participação efetiva no processo de avaliação das políticas públicas sociais implementadas, contribuindo para a verificação dos resultados obtidos no curso do desenvolvimento dos serviços transferidos para privados, ou fornecendo informações ao final do período de vigência contratual. A segunda seria mediante a atuação proativa, em que a participação da sociedade, representada em atuação individual ou coletiva (por meio de entes privados ou não), comunicaria a detecção de irregularidades no cumprimento de todo o planejamento que deu vazão ao contrato cuja execução deve obedecer à racionalização orçamentária e aplicativa de recursos públicos de caráter impositivo, para que assim a própria administração pública possa internamente sindicá-la, e evitar maiores prejuízos à sociedade e ao patrimônio público.

Em parceria com modalidades de controle externo de despesas públicas, como o ministério público, tribunais ou conselhos de contas, conselhos administrativos (compostos por membros da administração pública e por representantes da sociedade)⁹⁰ e os poderes legislativo e judiciário, o controle social serve como instrumento ativador das outras espécies de controle. Daí que a parceria resulta da complementação às atividades de fiscalização e do controle das despesas públicas perpetradas por outros órgãos de controle externo, que contam com informações colhidas junto à sociedade quanto à regularidade dos serviços públicos ofertados pela via contratualizada para dar início às cobranças judiciais ou administrativas pela melhor aplicação dos recursos públicos disponibiliza-

⁹⁰ BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações Sociais*. 5 ed. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1998, p. 10.

dos, em termos planejados e contratualizados reflexivamente à racionalização orçamentária e aplicativa de caráter vinculante aprovada previamente.

Deste modo, a parceria entre o controle social e as demais modalidades de controle de despesas poderão ser formalizadas por meio de denúncia assentada na colheita de dados instruidores de avaliações independentes, que permitam a análise sedimentada sobre a primazia da realidade social e procedidas por privados de natureza coletiva ou, quando possível, individual. Tais dados deverão ser apresentados perante o ministério público ou comissões parlamentares competentes, que terão para si reservada a prerrogativa de continuar com as investigações e coleta de dados ou, quando presentes elementos suficientes, promover ações administrativas e/ou judiciais com o objetivo de sanar os problemas relacionados ao mau cumprimento das disposições contratuais.

Como se vê, esta parceria no sentido de cooperação entre o controle social de despesas públicas e as demais modalidades de controle externo é técnica, deve ser lastreada em dados específicos sobre a política pública social contratualizada, obtidos de modo independente junto ao público alvo (utentes efetivos), sem qualquer espaço para denúncias vazias e anônimas, que possam ser fruto da imaginação ou simples criação de fatos sob o viés político, para prejudicar privados contratados, com o intuito de afastá-los de futuros certames de escolha, ou prejudicar os ocupantes de cargos administrativos em futuras caminhas políticas ou institucionais por outros cargos públicos. Se há qualquer espécie de irregularidade, seja na fase do procedimento do certame licitatório de escolha ou na fase de execução do contrato, a denúncia formalizada junto aos demais órgãos de controle externo deve estar acompanhada de lastro probatório mínimo que justifique o aprofundamento da investigação e até mesmo o ajuizamento de ação competente em face do infrator das disposições contratuais e da racionalização orçamentária e aplicativa de recursos públicos destinados para cada fase de execução.

CONCLUSÃO

Não há dúvida de que, quando se fala em na materialização dos direitos sociais por meio de política pública social, ao administrador público cabe a definição técnica do planejamento e da racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos, sempre tendo em vista o atendimento os princípios constitucionais orientadores da condução das ações estatais. Da mesma forma, não há dúvida de que o administrador público tem a si reservada a discricionariedade, isto é, o poder de escolher qual a política pública a ser conduzida, sempre de ouvidos atentos aos anseios e às necessidades sociais, para, assim, atender ao princípio da primazia da realidade social.

Por sua vez, enquanto elemento de inclusão social, o Poder Judiciário deve participar de todo o processo de fiscalização e controle das despesas públicas

envolvidas na realização material dos direitos sociais, estejam elas relacionadas à contratualização de políticas públicas sociais com privados ou não. Todavia, não há espaço para ativismos judiciais, de modo que o Poder Judiciário deve cumprir com seu papel sem extremar a judicialização dos anseios sociais, afastando-se de subjetivismos, pois deve pautar a sua análise sob aspectos de legalidade e na estruturação da política pública social arquitetada pelos órgãos estatais competentes, sem debruçar-se sobre questões discricionários ou políticas, uma vez que estão definitivamente reservadas ao administrador público.

Por isso, a judicialização das políticas públicas sociais depende sobremaneira da atuação conjunta dos personagens encarregados da fiscalização das ações estatais, dentre eles, o Ministério Público e a sociedade. Estes, tendo como elementos principais e orientadores o planejamento, as avaliações e a racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos, e no caso da contratualização de políticas públicas sociais, o próprio contrato, oferecerão ao Poder Judiciário elementos objetivos e robustos para que se faça a análise sob os aspectos da legalidade e do cumprimento das disposições contratuais em termos de políticas públicas sociais.

Portanto, a participação e o controle judicial estão amparados na fiscalização e o controle do Ministério Público e da sociedade, deve ater-se a critério objetivos e técnicos, assim como deve ser a tomada de decisão do administrador público. Isto leva à conclusão de que a judicialização das políticas públicas sociais deve limitar-se à análise e controle em termos de legalidade, eficiência e resultados da despesa pública realizada, relacionada à verificação do atendimento à racionalização orçamentária e aplicativa dos recursos públicos, ao planejamento, e às avaliações procedidas em cada fase de execução da política pública. Ademais, se aos recursos públicos foi reservado um objetivo, estes não podem ser desviados de seus fins, em desacordo com o que foi previsto em lei e às possibilidades de remanejamento de recursos e reequilíbrio econômico-financeiro previamente definidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCOFORADO, Flávio; MORAES, Tiago Cacique. Responsabilização na gestão das políticas públicas e a contratualização com Organizações Sociais. *Revista de Direito Público – RBDP*, ano 7, n. 24, jan./mar. 2009, p. 95-108.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A teoria do acto e a Justiça Administrativa. O novo contrato natural*. Coimbra: Almedina, 2006.
- BARROS, Marco Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- BOGGI, Cassandra Libel Esteves Barbosa. Ordem Jurídica, Econômica e Estatal na concepção de um Estado Regulador de garantias por meio de políticas públicas e instrumentos econômicos. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de Sustentabilidade, Tributação e Investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 381-410.
- BOYNE, George; GOULD-WILLIAMS, Julian; LAW, Jennifer; WALKER, Richard. Plans, performance information and accountability: the case of best value. *Public Administration*, v. 80, n. 4, p. 691-710, 2002.

- BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações Sociais. 5 ed. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1998.
- BRITO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 114-122, jul./set., 1992.
- BURLE FILHO, José Emmanuel; MASCARENHAS FILHO, Geraldo. Ministério Público e Constituição: organização básica do Ministério Público na Constituição. São Paulo: 6º Congresso Nacional do Ministério Público: Justiça e Constituinte, 1985.
- CAMARGO, José Aparecido. Administração Pública: princípios constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMBI, Eduardo Salomão. Jurisdição no Processo Civil: Compreensão Crítica. Curitiba: Juruá, 2003.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. IN: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. FARIA, José Eduardo (ORG.). São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 30-51.
- COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. Racionalizando las políticas sociales en América Latina: el papel de la gestión. *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 2, p. 101-108, jan./abr., 1995.
- COSTA, Luiz Bernardo Dias. Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- DIAMOND, Jack. The role of Internal Audit in Government Financial Management: Na International perspective. IMF Working Paper, Washington, 2002. Disponível em: <www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0294.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública – Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público – IBDP*, n. 1, ano 1, p. 9-23, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação, Poder Estatal e Controle Social. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 3, n. 11, jul./set. 2005, p. 163-172.
- DURÁN, Ixchel Pérez. Accountability from the perspective of the fórum: citizens' attitudes towards accountability in Europe. *West European Politics*, v. 39, n. 4, p. 835-858, 2016.
- FELIU, José Maria Gimeno. Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones). *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, n. 137, p. 147-187, mai./ago., 1995.
- FERNANDES, Eric Baracho Dore. A efetividade do controle externo das contas públicas – Elementos teóricos e práticos de otimização do controle exercido pelos Tribunais de Contas, *Revista Brasileira de Direito Público*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Belo Horizonte, nº 37, 2012, p. 143-170.
- FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Público no Mercosul – Intervenção Estatal, Direitos Fundamentais e Sustentabilidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 163-188.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Proteção e garantia dos Direitos Humanos: alguns aspectos da atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, n. 41, p. 199-214, out./dez., 2002.
- GOMES, Carla Amado. Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica – algumas verdades inconvenientes. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 173-286, jan./dez., 2012.
- GOÑI, Eduardo Zapico. Importância y posibilidades estratégicas de la transparencia del gasto a nível de políticas públicas. *Revista Documentación Administrativa*, n. 286-287, jan./ago., 2010.
- GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 7 ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

- GUERRA, Isabel. Cidadania, exclusões e solidariedades. Paradoxos e sentidos das “novas políticas públicas sociais”. *Revista Crítica de Ciências Sociais, Globalização: fatalidade ou utopia?*, n. 63, p. 47-74, out., 2002.
- JONES, Vincent. The new Public Contracting: public versus private ordering? *Indiana Journal of Global legal Studies*, vol. 14, p. 259-278, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sêrio Antônio Fabris, 2002.
- KRELL, Andreas J. *Discrecionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados – limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público, IDPB*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out./dez., 2007, p. 35-65.
- LIMA, José Benjamin de. Concessão de serviços públicos e a reforma do Estado. *Revista Argumenta, Faculdade de Direito do Norte Pioneiro – Fundinopi*, n. 3, 2003, p. 127-154.
- LOPES, Laís de Figueiredo; SOUZA, Silas Cardoso de; SANT’ANA, Diogo; HERNANDEZ, Maria Victória; ARAÚJO JÚNIOR, Evânio Antônio de; SOUZA, Aline Gonçalves de; MACEDO, Ana Túlia de. Fomento e colaboração: novas propostas de parcerias entre Estado e organizações da sociedade civil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n° 46, jul./set., 2014, p. 33-57.
- LOUREIRO, João Carlos. Fiat constitutivo, pcreat modus? Neojoaquismo, Constitucionalismo e Escassez. *Revista Portuguesa de Filosofia, Associação Científica e Cultural da Faculdade de Filosofia de Braga (Aletheia)*, vol. 70, 2014, p. 231-260.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. *Revista Novos Estudos, CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov., 2000.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariedade e controle jurisdicional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MILANI, Carlos R. S. O princípio da participação social na gestão das políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 42(3), p. 551-579, mai./jun., 2008.
- MOKATE, Karen Marie. Convirtiendo el “monstruo” en aliado: la evaluación como herramienta de la gerencia social. *Revista de Serviço Público*, n. 1, ano 53, p. 89-134, jan./mar., 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBÀ, Orides; BRANDÃO, Paulo de (ORG.). São Paulo: Coimbra Editora; Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 6, n. 23, out./dez., 2008, p. 31-41.
- OLIVIERI, Cecília. O controle interno como instrumento de accountability horizontal: uma análise exploratória da Controladoria Geral da União. *Encontro de Administração Pública e Governança – ANPAD*, São Paulo, nov. 2006.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. Estado Social y control jurídico de eficacia de la Administración Pública. *Revista Brasileira de Direito Público, IDPB*, Belo Horizonte, ano 5, n° 19, out./dez., 2007, p. 165-179.

- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Editora Manole, 2002.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Teoria Política do Processo Civil. A objetivação da Justiça Social. Curitiba: J.M. Editora, 2011.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O controle judicial das políticas públicas ambientais. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de (Org.). Temas de Ativismo Judicial. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 103-134.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Os tribunais de contas e o Terceiro Setor: aspectos polêmicos do controle. In: Terceiro Setor – Empresas e Estado – Novas fronteiras entre o público e o privado. OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Org.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 309-332.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma da gestão pública: agora na agenda da América Latina, no entanto. Revista de Serviço Público, n. 1, ano 53, p. 5-27, jan./mar., 2002.
- REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JR., José Teixeira. A Lei 4320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012.
- RIBEIRO, Daniel Cerqueira. Sistema de controle dos gastos públicos do Governo Federal: uma ênfase no Programa Bolsa Família. V Congresso de Administração e Ciências Contábeis, Rio de Janeiro, 2014.
- ROSSI, Emanuele. El tercer sector y los derechos humanos en el ordenamento italiano, O Provedor de Justiça: Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição. Lisboa, n. 71, p. 267-289, jan./abr. 2005.
- ROTHENBUR, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da participação: uma análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Público, n. 5, p. 59-105, jan./jun., 2011.
- SANTOLIM, Cesar. Corrupção: o papel dos controles externos. Transparência e controle social. uma análise de direito e economia. Cadernos de Pós-graduação em Direito/UFRGS, vol. VII, n. 1, p. 1-12, 2012.
- SESIN, Domingo Juan. Intensidad del control judicial de los actos políticos: el núcleo político discrecional excluído. In: Direito Público no Mercosul – Intervenção Estatal, Direitos Fundamentais e Sustentabilidade. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 55-72.
- SINGER, Paul. Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas. São Paulo, Contexto, 2012.
- SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a sociedade. Salvador, 2002. Disponível em: <<http://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/785>>. Acesso em: 08 fev. 2021.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In SOUZA, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 3-27.
- SUBIRATS, Joan. Democracia: participación y eficiencia. GAAP, n. 5-6, p. 35-43, jan./ago., 1996.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 55-79, mar./ago., 2012.
- TASSONE, Antonio Romano. Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione. Diritto amministrativo, Rivista Trimestrale, ano X, v. 2, p. 269-281, 2002.
- TATAGIBA, Luciana. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). A participação em São Paulo. São Paulo: UNESP, 2004.
- TATAGIBA, Luciana. Conselhos gestores de políticas públicas e democracia participativa: aprofundando o debate. Revista de Sociologia e Política, n. 25, 209-212, nov., 2005.
- VIEIRA, Cleiton. O controle interno nas câmaras municipais, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: <http://federativo.bndes.gov.br/f_estudo.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: UM RETORNO AO TEMA APÓS DEZ ANOS DE VIGÊNCIA DO CPC/2015⁹¹

Guilherme Lunelli

Doutor em Direitos Difusos e Coletivos e mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Defensor Público de Mato Grosso do Sul.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de, diante das peculiaridades do caso concreto, promover-se o reequilíbrio dos ônus temporais dentro de uma demanda judicial não representa nenhuma novidade no âmbito da legislação processual brasileira. O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, já se preocupava com a questão, buscando, por intermédio dos intitulados processos cautelares, evitar que o transcurso do tempo pudesse prejudicar o resultado útil da prestação jurisdicional. Da mesma sorte, modificação legislativa operada no CPC/73 em 1994 (é dizer: há mais de 30 anos) passou a também permitir que, existente prova inequívoca apta a demonstrar a verossimilhança das alegações do autor, pudesse o juiz adiantar temporalmente os efeitos do provimento final.

⁹¹ O presente artigo é uma revisitação, dez anos depois, inclusive com várias guinadas de pensamento, de texto publicado tão logo o CPC/2015 entrou em vigor, qual seja: LUNELLI, Guilherme. Aspectos procedimentais das tutelas de urgência no novo código de processo civil: tutela antecipada concedida em caráter antecedente. In: Thereza Arruda Alvim. (Org.). **O novo código de processo civil brasileiro**. 1ed.: Forense, 2015, v. , p. 121-149.

Com efeito, as bases propedêuticas para o estudo das chamadas tutelas de urgência vêm sendo, há muito tempo, debatidas pela ciência processual.

Diante da natureza do presente trabalho, jamais conseguiríamos sintetizar aqui todas as discussões teóricas envolvidas à questão. Por tais razões, elegemos como objeto de estudo alguns aspectos procedimentais das medidas de urgência presentes no Código de Processo Civil, remetendo o leitor, sempre que necessário, aos entraves teóricos pertinentes.

Em nossa empreita, então, tentaremos identificar, suscitar e debater alguns pontos críticos acerca da aplicabilidade prática das técnicas processuais de urgência, em especial no que toca as chamadas “medidas de urgência requeridas em caráter antecedente”, propondo soluções. Nosso escopo, portanto, é de índole eminentemente pragmática.

2. TUTELA PROVISÓRIA NO CPC/2015: GÊNERO, ESPÉCIES E SUBESPÉCIE

Conforme entabulado no Livro V da Parte Geral do CPC/2015, a ‘tutela provisória’ é gênero, do qual a ‘tutela de urgência’ e a ‘tutela de evidência’ são espécies.⁹²

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que a concepção de provisoriedade adotada pelo CPC estaria relacionada à técnica de cognição utilizada para a concessão de tais medidas. Sob tal ótica, a prestação jurisdicional escorrida em cognição meramente sumária, eis que sempre sujeita a revisão na hipótese de modificações na situação fática ou probatória que a embasou, caracterizaria o caráter provisório do provimento.⁹³

Esta não parece ser a melhor solução.

Isto, pois, nos termos postos pelo código, nada impede que uma ‘tutela provisória’ seja proferida com base em cognição já exauriente. É o que ocorre, por exemplo, quando, em sede de apelação, ou mesmo de recursos extraordinários,

⁹² A nomenclatura destoa do pensamento de Ovídio Baptista, que, diferenciando temporalidade e provisoriedade, sustenta que, dentre as tutelas de urgência, somente a tutela antecipada seria provisória. Para o jurista, temporário seria aquilo que não é perene, que tem sua duração limitada no tempo e pode ser desfeito a qualquer tempo; o seu fim, entretanto, não se encontra condicionado a superveniência de algo que o substitua. É o que ocorreria com as tutelas cautelares, que só perduram enquanto também perdurar o perigo. Provisório, por sua vez, seria aquilo que, apesar de não ser destinado a durar para sempre, virá a ser substituído por algo definitivo. É o que ocorreria com as tutelas antecipadas, que, adiantando a própria pretensão, seriam sempre substituídas pela decisão final. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil.: processo cautelar (tutela de urgência)**. vol. 3. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁹³ Adotaremos aqui a concepção de cognição sumária e cognição exauriente trazido no clássico ensaio: WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

rios, o órgão julgador antecipa os efeitos da tutela recursal. No mais das vezes, àquela altura do trâmite processual, todas as provas necessárias para a compreensão do caso já foram produzidas, assim como ambas as partes já tiveram condição de influenciarem a decisão jurisdicional. O mesmo raciocínio aplica-se para a tutela provisória eventualmente concedida na própria sentença.⁹⁴⁻⁹⁵

Dáí porque, para a boa compreensão da terminologia adotada pelo CPC/2015, a profundidade ou a natureza da atividade cognitiva não representa um critério seguro para a caracterização da tutela provisória. Enquanto gênero que abarcará tanto as tutelas de urgência quanto as tutelas de evidência, a identificação da provisoriedade da tutela jurisdicional precisará seguir critérios mais abrangentes.

Desta feita, para a caracterização duma tutela provisória devem estar presentes, simultaneamente, dois requisitos: (i) conteúdo ainda não definitivo (eis que ainda não atingido pela coisa julgada); e (ii) aptidão para, por força *ope iudice*, produzir efeitos imediatos sob o mundo da vida.

Nessa perspectiva, será provisória aquela tutela ainda passível de substituição por outra definitiva.⁹⁶ Contudo, sozinho, tal critério faria crer que qualquer decisão ainda sujeita a recurso pertenceria ao gênero tutela provisória. Para evitar tal confusão, devemos agregar à definição também a necessidade do provimento jurisdicional, em que pese passível de substituição, já possuir potencialidade para a produção de efeitos práticos.

Essa possibilidade de produção imediata de efeitos, entretanto, terá de ser conferida, em decisão fundamentada e condicionada a presença dos requisitos

⁹⁴ Nesse contexto, podemos dizer que uma tutela sumária, ressalvados os casos de sua estabilização, será sempre provisória. Em sentido inverso, não podemos sustentar que a tutela provisória será sempre sumária.

⁹⁵ Reforçando a impossibilidade de vincularmos a tutela provisória à profundidade da cognição realizada, existe posicionamento doutrinário no sentido de que a sentença no processo cautelar (ou, sob a égide do novo código, *mutatis mutandis*, a decisão que resolve a pretensão antecedente de cautela após citação do réu e produção probatória pelas partes) seria baseada em cognição exauriente. Nesse sentido, Eduardo Fonseca Costa: “Portanto, no processo cautelar, a sentença se profere sob juízo de certeza e cognição exauriente ou completa, enquanto a decisão liminar se profere sob juízo de verossimilhança e cognição sumária ou incompleta. Assim sendo, se a sentença cautelar declara sob juízo de certeza a existência do “direito substancial de cautela” (isto é, se promove o accertamento desse direito), então ela produz coisa julgada material e torna indiscutível o reconhecimento dessa específica pretensão de direito material (e não da pretensão de direito material objeto da lide principal)”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista**. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011.

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: RT, 2013. P. 112.

legais autorizadores⁹⁷, pelo próprio órgão judicante. Assim, caso a produção imediata de efeitos ocorra por força exclusivamente legal, como ocorre com as decisões atacadas por recursos não eivados de efeito suspensivo, não haverá que se falar em tutela provisória.

Desta feita, podemos, adaptando a nomenclatura utilizada pelo CPC àquilo que Luiz Guilherme Marinoni desde muito sustenta, dizer que a tutela provisória sempre exigirá do juiz a utilização de *técnicas antecipatórias* de redistribuição isonômica dos ônus temporais dentro do processo.⁹⁸ Nessa esteira, um dos elementos imprescindíveis para definirmos o conteúdo da locução ‘tutela provisória’ seria a utilização, pelo órgão judicante, de técnicas procedimentais capazes de promover o adiantamento temporal dos efeitos de qualquer tipo de provimento.

Identificado o gênero, passamos ao estudo das espécies.

Conforme já adiantado, o CPC cinde o gênero ‘tutela provisória’ nas espécies ‘tutela de evidência’ e ‘tutela de urgência’. Ao nosso trabalho, somente interessam as chamadas tutelas de urgência.

A locução não é nova e diz respeito aos casos em que, diante da existência de risco eminente ao direito da parte, mostra-se imprescindível a tomada de providências jurisdicionais antes do desfecho natural e definitivo do processo.⁹⁹ É dizer: tratam-se de tutelas (ou medidas) jurisdicionais necessárias para que, diante de uma situação de notável risco ou ameaça a direitos, consiga-se evitar que o fator tempo (inerente a qualquer processo) inviabilize ou prejudique uma eficaz prestação jurisdicional. Buscam elas, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, criar condições concretas, isto é, fora do processo, de imunização de ameaças.¹⁰⁰

Como pretendem responder uma situação de urgência, tais tutelas, no mais das vezes, serão escoradas em um simples juízo de aparência, de probabilidade. Existindo um risco eminente ao direito, a atuação jurisdicional precisará ser rápida para ser eficaz. Assim, dificilmente poderá depender de ampla produção probatória ou amplo debate entre as partes. Daí se dizer que a tutela

⁹⁷ Registre-se aqui não tratar-se de atividade discricionária do julgador. Presentes os requisitos legais, a concessão da tutela provisória mostra-se imperiosa. Nesse sentido, as palavras de Athos Gusmão Carneiro, ao abordar a questão das liminares no mandado de segurança, ainda se mostram atuais e plenamente aplicáveis para toda e qualquer tutela provisória: “... as liminares são concedidas, ou denegadas, não ao prudente arbítrio do juiz ou pela maior ou menor liberalidade pessoal do julgador, ou porque simpatize ou não simpatize com as teses ou com as ideias preconizadas pelo impetrante, mas sim serão concedidas quando claramente se compuserem ambos os pressupostos legais, e serão denegadas quando tais não ocorrerem com a suficiente clareza.” CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 54, março/1992.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009.

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 28.

¹⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol 1. 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2025.

de urgência, regra geral, será prestada com fulcro em atividade cognitiva meramente sumária.¹⁰¹

O CPC ainda divide a tutela de urgência em duas subespécies: a tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência antecipada.¹⁰² Parece-nos que não poderia ser diferente.

Isto, pois, trata-se de duas técnicas que, em que pese possuam um objetivo comum (impedir que o transcurso do tempo cause dano a uma das partes), possuem natureza completamente distinta. Enquanto a primeira busca resguardar o resultado útil de um processo, possuindo caráter marcadamente conservativo, a segunda possui caráter eminentemente satisfativo, adiantando total ou parcialmente a própria pretensão final do autor.¹⁰³ Sendo a essência dos institutos diversa, louvável a manutenção de tal dualidade pelo legislador.

Não fosse isso suficiente, estamos diante de conceitos já difundidos e bem compreendidos pela comunidade jurídica. Quando boa técnica se une à aceitação geral, motivo não há para bruscos rompimentos.

3. TUTELAS PROVISÓRIAS: DISPOSIÇÕES GERAIS

O CPC traz algumas disposições gerais à todas as tutelas provisórias e que, portanto, demandam nossa atenção.

Nesse ponto, a primeira questão de relevo refere-se ao momento e forma de requerimento das tutelas provisórias, que poderá ocorrer de forma (i) incidental ou (ii) antecedente.

¹⁰¹ Regra geral, pois, conforme abordado supra, nada impede que uma tutela de urgência seja prestada somente após ampla dilação probatória e discussão entre as partes. Em sentido diverso, ver nota '6', supra.

¹⁰² No Brasil, o êxito na diferenciação científica entre tutelas cautelares e antecipadas, indiscutivelmente, pertence a Ovídio Baptista. Aqui, com acerto, o legislador de 2015 manteve as passadas do grande mestre gaúcho. Conferir: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil.: processo cautelar (tutela de urgência)**. vol. 3. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000.

¹⁰³ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior: "O que, no sistema de nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies "tutela cautelar" e "tutela antecipada", é o terreno sobre o qual a medida irá operar. As medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente. Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja tutela constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito." E arremata: "Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória: a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor." THEODORO JÚNIOR, Humberto. As Liminares e a Tutela de Urgência. **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, 2002.P. 28-29.

Na primeira hipótese, a tutela provisória, seja ela de urgência ou de evidência, poderá ser requerida já na petição inicial ou, por simples petição, a qualquer tempo durante o caminhar processual.¹⁰⁴ Em qualquer caso, logicamente, necessário que se demonstre a presença dos requisitos legais autorizadores da medida. Feito deste modo, o pleito antecipatório, em si, não exigirá o recolhimento de custas processuais diferenciadas.

Na segunda hipótese, restrita as tutelas de urgência, o requerimento da tutela cautelar ou antecipada poderá ocorrer em momento anterior aquele em que o autor trará a juízo todas as suas pretensões. Trata-se de hipótese em que a urgência do requerente é tamanha a impedir a pronta propositura de uma “inicial completa” (leia-se: que já contenha tanto o pedido de tutela urgente quanto o pedido de tutela final/principal). Nesse caso, o tempo necessário para a elaboração da todas as teses jurídicas, pedidos ou reunião de documentos para o ajuizamento da exordial, por si, já poderia ensejar o perecimento de um direito. Possível falarmos aqui, pois, em uma “super-urgência”.

Nesta hipótese, o requerimento de urgência dará o pontapé inicial de uma relação processual que, no devido prazo, deverá ser aditada (ou complementada) com o fito de contemplar também a tutela final ou os pedidos principais. Por mais estranho que pareça, nesse caso, os pedidos principais/finais sobreveem ao pedido de tutela de urgência e tudo isso ocorre no âmago de uma única relação jurídica processual.

Aqui, merece ênfase a manifesta perda de autonomia de toda e qualquer medida provisória no CPC. Se, conforme redação original do CPC/73, a regra era que as medidas cautelares inauguravam uma nova relação jurídica processual, diferente daquela existente no processo que buscavam proteger, o mesmo não ocorre no CPC/2015.

Possuindo como meta aberta a redução do número de processos em tramitação (o que justifica, por exemplos, a adoção de técnicas procedimentais como o julgamento liminar do mérito, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a conversão de ação individual em coletiva etc.), o CPC/2015 inaugurou um novo paradigma para as medidas provisórias: o seu requerimento e tramitação, mesmo quando antecedente ao pedido principal, nunca dará azo ao nascimento de uma nova relação jurídica processual, secundária ou acessória ao pleito principal. Antecedente ou incidental, a tutela de urgência passa a ser sempre concedida no mesmo processo em que é (ou será) ventilada a tutela final ou o pleito principal.

¹⁰⁴ Nesse sentido, enunciado 496 do FPPC: “Preenchidos os pressupostos de lei, o requerimento de tutela provisória incidental pode ser formulado a qualquer tempo, não se submetendo à preclusão temporal.”

A questão é delicada e, passados dez anos da vigência do código, alguns pontos ainda restam problemáticos. Assim, no que tange aos aspectos procedimentais das tutelas antecedentes, teceremos maiores considerações em momento oportuno.

Com efeito, no que concerne a efetividade das tutelas provisórias, caberá ao juiz, diante das peculiaridades do caso concreto, identificar os meios necessários (leia-se: efetivos) para garantir a concretude fática da medida e garantir que a tutela deferida não se resumirá a uma mera declaração formal de direitos.

Ainda, não sendo caso de tutela específica e, sim, de tutela provisória de obrigação de pagar (o que, por regra, somente ocorrerá nos casos de tutela de evidência) a efetivação medida deverá observar as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença.

Eis que ainda não definitiva, a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Sua eficácia resta mantida, inclusive, no período de suspensão do processo, salvo decisão em sentido diverso.

No que concerne ao juízo competente para apreciar a tutela provisória, será ela requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. A distribuição de requerimento antecedente, seja este apreciado ou não, exista ou não a sua complementação via aditamento, tornará prevento o juízo. Entendimento diverso possibilitaria a parte burlar o princípio do juiz natural.

Ressalvada disposição legal em contrário, nas ações de competência originária dos tribunais, ou mesmo em sede recursal, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional responsável pelo julgamento do mérito da ação ou do recurso.

Por fim, dizendo o óbvio (não que, algumas vezes, o óbvio não precise ser dito) exige o CPC que, na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motive seu convencimento de forma clara e precisa. Trata-se de dispositivo em compasso com o dever de fundamentação das decisões judiciais, incutido no art. 93, IX da Constituição Federal. Como, no Brasil, algumas vezes, a Constituição parece ter menos importância ou força normativa que a lei (mormente quando concretizar a Constituição implique em uma maior carga de trabalho para o órgão judicante), o legislador entendeu prudente asseverar que (corriqueiras) decisões nos moldes *“Presentes (ausentes) os requisitos, concedo (nego) a medida de urgência.”* não se encontram devidamente fundamentadas e, assim, padecem de espaço dentro do modelo constitucional brasileiro. Com efeito, ao deferir ou negar qualquer medida provisória, o magistrado tem o dever de, analisando especificamente as situações do caso concreto sob julgamento, demonstrar minuciosamente a presença (ou a ausência) dos requisitos autorizadores da medida.

4. TUTELAS DE URGÊNCIA: DISPOSIÇÕES GERAIS

Em momento anterior já tivemos a oportunidade de definir as tutelas de urgência enquanto aquelas que, no mais das vezes baseadas em um juízo de aparência (cognição sumária), buscam neutralizar uma situação de perigo a direitos.

Tendo por traço evidente a urgência do provimento, coloca-se imperioso que tais tutelas possam ser concedidas liminarmente, isto é, antes da citação do polo passivo.¹⁰⁵ Havendo dúvidas do juízo quanto a real situação fática, viável a oitiva do autor e de eventuais testemunhas em audiência de justificação prévia que, naturalmente, será realizada sem a ciência e participação da parte contrária.

Nesses casos, estaremos diante de típico caso de contraditório diferido, necessário para que a medida não perca sua efetividade prática. Caso a citação do réu possa: (i) inviabilizar os resultados esperados com a tutela de urgência (*v.g.*, já existindo *animus* de dilapidação do patrimônio pelo executado, o conhecimento quanto a pedido de constrição de seus bens, tão somente, acelerará a dilapidação); (ii) causar manifestos riscos a parte (*v.g.*, pedido de separação de corpos de mulher que sofre maus tratos do marido); ou mesmo (iii) tornar inócuo/tardio o provimento (*v.g.*, pedido de cirurgia emergencial em casos de vida ou morte); colocar-se-á imperiosa a prestação jurisdicional *inaudita altera pars*.

No que toca à teoria geral das tutelas de urgência, o CPC iguala os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada com base em urgência e da tutela cautelar. São eles: (i) probabilidade do direito e (ii) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Trata-se de requisitos cumulativos que, para a concessão de medida, deverão sempre ser somados e demonstrados.

A probabilidade do direito refere-se a um juízo de aparência quanto a questão fática narrada e sua adequação ao direito pretendido. Diante das provas já produzidas, o magistrado, no mais das vezes baseado em um juízo de cognição sumário, posiciona-se entre a dúvida e a certeza, mas se sente mais próximo desta. De se ressaltar que a análise não é só dos fatos, pois é também essencial que estes possam conduzir às consequências jurídicas que o autor almeja.

O fundado receio de dano, por sua vez, é requisito que se relaciona com o elemento tempo. O receio de dano nasce quando exista a possibilidade de deterioração ou perdimento do direito, a ser prejudicado, em decorrência do retardamento da prestação jurisdicional. Em uma definição mais precisa, é a potencial lesão (ou perigo de lesão) ao direito (material ou processual) diante da demora. Tal situação justifica a necessidade de se prestar alguma tutela

¹⁰⁵

Discorrendo quanto as diferenças entre tutela antecipada, tutela cautelar e liminares: THEODORO JÚNIOR, Humberto. As Liminares e a Tutela de Urgência. **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, 2002.

jurisdicional, seja adiantando o próprio provimento, seja protegendo o futuro resultado útil da demanda.

Entretanto, a presença de tais requisitos não bastará para a concessão da medida. Isto, pois, mantendo imposição similar a já contida no antigo diploma, o novo código prevê situação que, uma vez presente, impedirá a concessão da medida: a irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Trata-se de opção que merece algumas observações. Doutrina e jurisprudência, há muito, vêm se posicionando no sentido de que a exigência de reversibilidade do provimento (ou de seus efeitos – parece-nos que a mudança redacional pouca coisa muda) é condição que, diante dos valores em jogo no caso em litígio, permitiria a flexibilização dos rigores da exigência legal.¹⁰⁶ Para nós, a situação não deve ser encarada propriamente como um simples juízo de “ponderação de valores” (afinal, a lei democraticamente instituída não pode simplesmente ser afastada conforme livres valorações subjetivas do julgador¹⁰⁷), mas, sim, de controle difuso de constitucionalidade. Diante das peculiaridades da situação levada a juízo, poder-se-ia, mediante decisão judicial suficientemente fundamentada, considerar o texto, naquele caso concreto, inconstitucional, afastando-se a sua aplicação.¹⁰⁸

De toda sorte, fato é que, sob qualquer dos argumentos, o antigo texto, corriqueiramente, já deixava de ser aplicado pelos julgadores. Desta feita, conforme o nosso entender, o legislador de 2015 perdeu uma boa oportunidade de, minimizando o subjetivismo e a discricionariedade que assolam as decisões acerca do tema, definir critérios mais seguros e objetivos para tanto.

Ainda, no que concerne aos requisitos para o deferimento das tutelas de urgência, tem-se que a nova lei não exigiu textualmente a necessidade de requerimento expresso da parte interessada para sua concessão. De se indagar, então, a possibilidade de deferimento de medidas urgentes de ofício.

Sob a égide do CPC/73, a possibilidade de concessão *ex officio* de medidas de urgência comportava diferentes perspectivas, a depender tratar-se de medida antecipada ou cautelar.

No que concerne às medidas antecipatórias, o posicionamento amplamente dominante dizia que, diante da própria exigência textual do art. 273 do

¹⁰⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol 1. 15^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2025.

¹⁰⁷ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 15, n. 1, pp. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

¹⁰⁸ Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso para fins de modificação de regras procedimentais, ver: PERES, Guilherme de Oliveira. **Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

código, o adiantamento dos efeitos da tutela final dependeria de requerimento específico da parte. Vedada seria, pois, a entrega oficiosa da tutela antecipada.

Já no que dizia respeito às medidas cautelares, doutrina majoritária, com escoro no art. 797 do antigo código, entendia possível sua concessão de ofício, desde que autorizado por lei. Eis o conteúdo do dispositivo legal: “*Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.*”

Da semântica do dispositivo, possível se extrair que, regra geral, restaria vedada a atuação oficiosa do magistrado. Somente em situações extraordinárias, por opção democrática (leia-se: por força de lei), poderia ser autorizada a concessão de medidas sem a oitiva das partes, de ofício. É dizer: o texto autorizava a concessão de medidas de ofício em situações excepcionais. Quais situações excepcionais? Aquelas que, de tão extraordinárias, foram democraticamente previstas pelo legislador.

E não poderia ser diferente, afinal, a regra em nosso sistema é a inércia e imparcialidade do julgador. Sem falarmos, ainda, da vinculação deste ao princípio dispositivo. Nesse cenário, obviamente, a atuação de ofício precisa encontrar guarida em justificada autorização democrática.¹⁰⁹

Em resumo, temos que, no CPC/73, a possibilidade de atuação de ofício do órgão julgador em matéria cautelar era situação de máxima excepcionalidade, condicionada a autorização expressa de lei. Sob a égide do CPC/2015, nada muda. Quedando-se o legislador de 2015 calado sobre o tema, de se concluir que, a luz do nosso sistema constitucional, inviável a concessão oficiosa de qualquer modalidade de tutela de urgência, salvo quando (e se) expressamente autorizado por lei.

Não nos parece razoável o papel de protagonista que parte da doutrina processual pretende conferir ao juiz dentro do processo.¹¹⁰ *Data maxima venia*,

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹¹⁰ Defendendo tal papel protagonista, por todos, ver: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. Contra: CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021. 4 v. Coleção Devido Processo Legal; CARVALHO FILHO, Antônio José. **A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 6 v. Coleção Devido Processo Legal; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**. Londrina: Thoth, 2021; PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 1 v. Coleção Devido Processo Legal; RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021. 3 v. Coleção Devido Processo Legal.

mas, sempre que um juiz atua de ofício, sua imparcialidade é colocada em xeque.¹¹¹ Vale o sempre atual alerta de Agostinho Ramalho Marques Neto:

Quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante ‘a priori’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas.¹¹²

Imperioso, portanto, que mantenhamos as (já poucas) amarras que possuímos sobre a magistratura. Que não se abra mão, pois, da vinculação entre atividade jurisdicional e pedidos das partes.

Dando continuidade ao nosso estudo, outro aspecto interessante do CPC/2015 refere-se à unificação do regramento referente à responsabilização civil por danos eventualmente causados pela concessão de medida de urgência.¹¹³ Nesse ponto, o novo diploma mantém o regime de responsabilidade objetiva (é dizer: indiferente à existência de culpa) pelos prejuízos que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: (i) concedia a tutela, a sentença posteriormente foi de improcedência; (ii) obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, a parte não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; (iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Superando antiga crítica doutrinária a redação do antigo código, o novo texto deixa claro que só haverá direito a reparação se a medida for efetivada.¹¹⁴ Logicamente, o mero requerimento (ou o mero provimento) de tutela de urgência, sem concretização fática, regra geral não tem o condão de causar danos e não gera direito a indenização.

O montante da indenização, sempre que possível, será liquidado nos mesmos autos em que a medida tiver sido concedida. Cria-se com isso interessante situação: em algumas hipóteses (como no caso de extinção do processo por

¹¹¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**. Salvador: Juspodvm, 2018.

¹¹² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

¹¹³ Sob a égide do CPC/73, a questão comportava uma dupla perspectiva: (i) tratando-se de medidas cautelares, a responsabilidade derivaria do art. 811, cuja redação inspirou o art. 302 do NCPC (ii) tratando-se de tutela antecipada, a possibilidade de responsabilização seria extraível das disposições atinentes a execução provisória (conjugação dos arts. 273, § 3º e 475-O). Em qualquer dos casos, a responsabilidade seria objetiva. Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹¹⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 315.

perda da eficácia da medida) parece-nos que será possível que uma sentença sem resolução do mérito seja suficiente a embasar um processo de liquidação.¹¹⁵

É o que ocorrerá no caso de concessão de uma tutela antecedente sem que, no devido tempo, exista o aditamento da inicial. Conforme já pontuado, não é prática incomum na jurisprudência o deferimento de medidas antecipadas irreversíveis e que, muitas vezes, esgotam-se em si mesmas. Tomemos por exemplo o deferimento antecedente de cirurgia de emergência contra plano de saúde. Uma vez realizada a cirurgia, se o autor não propuser o aditamento da inicial, o processo será extinto sem resolução do mérito. Nesse caso, o plano de saúde, sem a necessidade de discutir o acerto ou desacerto meritório (eis que a responsabilidade do autor é, por força legal, objetiva), poderá promover a liquidação de uma sentença que sequer resolveu o mérito.

5. TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Conforme já aduzido, o CPC/2015 inaugurou um novo paradigma procedimental quanto as tutelas de urgência. Estas, hoje, jamais serão ventiladas em um processo diferente daquele onde será manejado o pedido de tutela final ou o pedido principal. As tutelas de urgência, com isso, deixam de possuir qualquer autonomia.

Nessa senda, o CPC autoriza que, em situações nas quais for inviável ou desinteressante o manejo do pleito cautelar ou antecipado conjuntamente a tutela final (no caso da tutela antecipada antecedente) ou ao pedido principal (no caso da tutela cautelar antecedente), seja a medida de urgência previamente requerida ao juízo.

Basicamente, o procedimento passa a seguir o seguinte trâmite: primeiro o autor requer uma providência de urgência, expondo a situação de perigo, o direito aplicável e, sucintamente, a natureza da lide. Concedida a medida de urgência, nasce ao autor o dever de *aditar* a petição inicial, trazendo aos autos todos os elementos necessários para a concessão da tutela final. Tudo isso no bojo de uma única relação jurídica processual.

A questão vem gerando alguns problemas aplicativos e interpretativos. A começar pela questão das nomenclaturas.

O CPC chama o requerimento de urgência em caráter antecedente de petição inicial. Julgamos acertada a posição do legislador, eis que o requerimento antecedente, sem sombra de dúvidas, poderá ensejar a entrega de uma presta-

¹¹⁵ Aliás, nesse sentido é o enunciado 499 do FPPC: “*Efetivada a tutela de urgência e, posteriormente, sendo o processo extinto sem resolução do mérito e sem estabilização da tutela, será possível fase de liquidação para fins de responsabilização civil do requerente da medida e apuração de danos.*”

ção jurisdicional. Trata-se, portanto, de verdadeiro exercício do direito de ação, rompendo com a inércia jurisdicional e, ao mesmo tempo, fixando os seus limites.¹¹⁶ Não poderia ser outra coisa, pois, que não uma petição inicial.

Entretanto, essa petição inicial ainda não trará toda a argumentação jurídica do autor, todos os documentos ou o pedido de tutela final/ principal. E a razão para tanto é óbvia: se o autor já pudesse proceder deste modo, desnecessário seria se valer do pedido antecedente – faria tudo numa petição inicial única, “completa”, por assim dizer. Portanto, tal petitório não está submetido aos requisitos descritos no art. 319 do CPC.

Assim, para fins didáticos e de diferenciação, chamaremos aqui a petição inicial que ventila somente a tutela de urgência de ‘petição antecedente’.

Eis que não abarca tudo que podia, tal petição antecedente deverá, ao devido tempo, ser *aditada* pelo autor, trazendo aos autos os elementos que, quando da interposição do requerimento inicial, ainda não possuía condições de apresentar. A essa petição de complementação, posterior, chamaremos de ‘petição de aditamento’.

Nesse ponto, a *nomenclatura importa*.

Aditamento é o ato que o pleiteante de tutela cautelar antecedente promove a integralização de sua pretensão, nela incluindo pedidos e, eventualmente, complementando a causa de pedir (art. 303 do CPC). Não se confunde com *emenda*, ato pelo qual o autor corrige vícios de forma ou irregularidades da inicial (art. 321 do CPC). Sem a clara compreensão de que se trata de *dois institutos processuais diversos*, a interpretação de alguns artigos do código (v.g. art. 303, §6º) restará comprometida. Voltaremos ao tema, mas, por ora, deve ficar claro que *aditamento* e *emenda* são coisas absolutamente diferentes.

Questão interessante é que tanto a petição antecedente quanto a petição de aditamento têm feições e natureza de petição inicial. Isto, pois, nas duas, o autor estará exercitando o seu do direito de ação. De se notar que é a petição de aditamento que fixa os contornos definitivos da sentença de mérito.

Assim, em ambas as petições, caberá ao autor demonstrar os fatos e o direito que embasam sua pretensão, bem como fazer pedidos e requerimentos.

A diferença é que, na petição antecedente, cabe ao autor somente demonstrar a existência dos requisitos de urgência, sendo que a extensão e profundidade de suas alegações de fato e de direito encontrarão uma natural limitação: a urgência intrínseca à técnica.

Por sua vez, no que toca aos pedidos, a petição antecedente se bastará com o requerimento de tutela de urgência (cabendo ao autor, tão somente, indicar quais serão os pedidos que serão feitos posteriormente na petição de adita-

¹¹⁶ CALMON DE PASSOS, J.J. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Juspodvm, 2014.

mento). Evidentemente, a petição de aditamento (que, ressaltamos, não poderá contar com o mesmo nível de concisão da petição antecedente) deverá conter o pedido de tutela final ou o pedido principal.

Fixadas tais premissas, podemos passar ao esboço da técnica procedimental propriamente dita.

5.1. Tutela antecipada requerida em caráter antecedente

Devemos entender por tutela antecipada requerida em caráter antecedente aquele pedido de tutela que, em razão de urgência contemporânea à propositura da demanda, não pôde ser ventilado em uma petição inicial que já contivesse toda a argumentação jurídica, documentos ou pedidos necessários para a tutela integral do direito lesado ou ameaçado.

Anteriormente, ao falarmos de tutela antecipada, dissermos tratar-se de medida de cunho satisfativo, que adianta total ou parcialmente o próprio provimento final pretendido. Firmes em tal premissa, parece-nos que a técnica adotada pelo legislador foi, no mínimo, estranha. Isto, pois, por intermédio dela, em última medida, adianta-se um provimento final sem que sequer já exista pedido de provimento final. Em verdade, adianta-se uma expectativa de pedido final – que só virá com o aditamento.

Cumpra esclarecer que, se em outros momentos desse trabalho sustentamos que a tutela de urgência, ou mesmo a tutela antecipada, não obrigatoriamente se lastreiam em cognição sumária, o mesmo não ocorre com a tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Como concedida antes mesmo do pedido de tutela final ser ventilado e antes da citação do réu, a medida, em nenhuma hipótese, será escorada em cognição exauriente.

A petição inicial antecedente deve indicar e demonstrar os requisitos gerais para toda medida de urgência (probabilidade do direito e perigo de dano), supra trabalhados. Assim como ocorre em qualquer exordial, é o requerimento antecedente que, primeiramente, apresentará o caso ao órgão julgador. Imperativo, então, que o autor exponha a lide (leia-se: a pretensão resistida no plano fático) e o direito que se busca realizar.

Sob o nosso ponto de vista, por mais urgente que seja a necessidade de tutela jurisdicional, a exposição dos fatos, regra geral, não poderá ser parcial. Deverá, sim, abarcar todos os aspectos atrelados a lide e que forem de conhecimento do requerente, sendo o mais completa quanto possível. A verificação de que o requerente omitiu fatos de que era conhecedor, ou havendo injustificada modificação na exposição dos fatos na petição de aditamento, poderá caracterizar litigância de má-fé.

Exceção seja feita as hipóteses em que a impossibilidade de manejo de inicial “completa” (tutela antecipada + tutela final), de pronto, refira-se, exatamen-

te, ao fato da parte ainda não ter acesso a documento ou prova necessários para a compreensão da situação fática ou formulação dos pedidos (por exemplo, aguarda-se documento a ser localizado por órgão público). O mesmo ocorre quando a análise probatória exija tempo que o autor não tem (por exemplo, necessidade de estudo de centenas de documentos).

Assim, regra geral, parece-nos que é na fundamentação jurídica que o autor poderá, com a tutela antecedente, ganhar certo tempo. Algumas vezes, a elaboração de teses jurídicas, a coleta de precedentes, o aprofundamento do estudo da questão – mormente em razão da complexidade da matéria –, poderão exigir considerável tempo do advogado. Se a situação fática de urgência não permitir essa espera, ganha utilidade a tutela antecipada em caráter antecedente.

Além da demonstração dos requisitos de urgência, com a exposição da lide e do direito que se busca realizar, deve o autor identificar na inicial antecedente qual será o seu pedido de tutela final. A razão para tanto é latente: se a antecipação de tutela já garante ao beneficiado a fruição de um direito que, por regra, só seria fruível ao fim do processo, impositivo que o requerente informe qual, ou quais, serão os seus pedidos finais de tutela. Da mesma sorte, cabe a autor indicar na sua petição inicial antecedente que está a se utilizar da técnica e que, em tempo, promoverá o aditamento daquela inicial.

Por fim, ainda no que toca a petição inicial antecedente, deve o requerente apontar o valor da causa, levando em consideração o pedido de tutela final. Trata-se de exigência totalmente razoável. O requerimento antecedente nada mais é do que direito de ação e, assim, naturalmente haverá o recolhimento de custas, que serão calculados sob o valor da causa. Não obstante, conforme já repetido a exaustão, os pedidos de tutela finais serão ventilados, via aditamento, na mesma relação jurídica iniciada pelo requerimento antecedente. Muito mais fácil, pois, que as custas gerais já sejam recolhidas quando da propositura do requerimento antecedente, dispensando-se, como faz a lei, novo recolhimento com o aditamento.

Tomando por base que a tutela antecipada poderá ser total ou parcial (é dizer: adiantar todas ou só algumas das pretensões finais) parece necessário que o valor da causa encontre correspondência não só no valor da pretensão a ser antecipada, mas, sim, na totalidade dos pedidos que constarão do aditamento. Assim, imaginemos que o requerente almeja a concessão antecipada de tratamento de saúde negado pelo plano e, em razão do fato, também pleiteará danos morais. Por mais que seu requerimento antecedente só contemple o pedido de tratamento, o importe relativo aos danos morais já deverá integrar o valor da causa. Caso isso não seja feito, o aditamento, excepcionalmente, exigirá, sim, o recolhimento de novas custas.

Esgotado o tema petição inicial, passamos a questão muito mais timentosa: o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente propriamente dito.

Pois bem. Diz o art. 303, § 1º do NCPC que, concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente *“o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar.”*

Quanto a petição de aditamento, pouco nos resta a falar. Ressalvamos, tão somente, que, assim como a petição antecedente, o aditamento trata-se de verdadeiro exercício do direito de ação (eis que fixa os limites e autoriza o exercício do poder jurisdicional) e que poderá conter pedidos outros além da confirmação daqueles ventilados de forma antecedente.

Questão que vem gerando dúvidas refere-se ao início do prazo para aditar, já que a lei restou silente sobre o tema. Quando, recém vigente o CPC/2015, nos debruçamos sobre o tema, visualizamos três marcos possíveis (que, acreditávamos, gravitariam as discussões doutrinárias e jurisprudenciais): (i) protocolo da petição antecedente; (ii) intimação quanto ao deferimento da medida; (iii) efetivação da medida.

Considerando que o texto apresenta um prazo mínimo para o aditamento (15 dias), mas autoriza o juiz a, atendendo as peculiaridades do caso, fixar prazo maior, entendemos que a hipótese (i) restava automaticamente excluída. Ora, se no momento do protocolo da petição antecedente o autor ainda não conhece o prazo que terá para realizar o aditamento, não faz sentido que seja esse o marco inicial para a contagem do prazo. Sobravam, em tese, então, entre as hipóteses (ii) e (iii).

Para nós, antes da vivência prática do código, diante da objetividade que proporcionaria (até para o próprio magistrado, que, em algumas situações poderá não saber quando efetivamente ocorreu a efetivação da medida) a melhor opção seria consideramos como marco inicial a intimação da decisão que concede a tutela. Em que pese o entendimento então adotado, existiria forte fundamento em prol da adoção da opção (iii): no que concerne às tutelas cautelares antecedentes, o art. 308 do novo código prevê, expressamente, que o prazo para aditamento começará a contar da efetivação da medida. Não seria de nada incoerente, então, sustentar-se a aplicação analógica do dispositivo às tutelas antecipadas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, caminhou em direção à uma quarta opção que não havia sido por nós cogitada há dez anos, mas que, de fundo, guarda certa coerência, mormente quando lida em conjunto com o fenômeno da estabilização da demanda – ponto que será estudado no próximo tópico.

Por mais de uma vez, o STJ já decidiu que deve haver intimação específica do autor para aditamento da demanda. É a partir desta intimação específica que começará a fluir o prazo para aditar.¹¹⁷

Existe no posicionamento adotado uma razão de ser, razão pela qual, hoje, bem olhada as coisas, o encampamos. A Corte Cidadã assumiu o entendimento de que o prazo para impugnação recursal da tutela antecedente concedida (sem a qual, a tutela se estabiliza – voltaremos ao tema na sequência) e o prazo para aditamento são sequenciais, subseqüentes, e não concomitantes. Deste modo, somente nasce ao autor dever de aditamento em caso de não interposição de recurso e, portanto, não estabilização da demanda. Deste modo, primeiro deve-se “ter certeza” da não ocorrência do fenômeno da estabilização para, só então, ser o autor intimado para aditar a inicial (correndo dessa intimação o prazo para o aditamento).

Deste modo, hoje, prevalece o entendimento de que a passagem do “procedimento provisório da tutela antecedente” para a fase da pedidos e tutela definitiva exige intimação específica para o autor para aditar a “inicial antecedente”.

Após o aditamento, o réu será intimado para dar cumprimento à medida e citado para a audiência de conciliação ou de mediação. Sendo esta audiência realizada, mas restando infrutífera, contar-se-á dela o prazo para contestar. Caso ambas as partes manifestem desinteresse na tentativa de acordo, o prazo para contestar começará a contar do protocolo de pedido de cancelamento da audiência feito pelo réu.

A contestação, por razões óbvias, só poderá ser apresentada após o aditamento: antes dele o autor sequer formulou todas as suas pretensões ou definiu os contornos da lide, não havendo como o réu exercer propriamente o seu direito de defesa.

Por tal motivo, temos fundada crítica à nomenclatura nada técnica que vem sendo adotada pelo STJ, no sentido de que a oferta de contestação, ainda no “procedimento provisório de tutela antecedente” (isto é: antes da emenda da inicial antecedente) elidiria a ocorrência da estabilização da demanda.¹¹⁸ Ora, não existe contestação antes dos pedidos serem formulados! Quando muito, haverá aí simples petição impugnativa, sem prazo preclusivo certo, oposta pela parte prejudicada pela concessão da tutela antecedente.

¹¹⁷ Ver: REsp n. 1.766.376/TO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 28/8/2020; REsp n. 1.938.645/CE, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 6/9/2024

¹¹⁸ “A ausência de recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada não acarreta sua estabilização se a parte se opôs a ela mediante apresentação de contestação.” (REsp n. 1.938.645/CE, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 6/9/2024.)

Se a petição inicial antecedente é, nesses casos, *precária*, a defesa que dela se faz também é precária, constituindo mera impugnação e não podendo ser confundida com a contestação propriamente dita. Se ainda não existem pedidos formulados, como poderia haver contestação?¹¹⁹

Como já pontuamos, ao autor cabe, na sua petição antecedente, descrever todos os fatos relevantes, sendo estes (os fatos) já passíveis de impugnação específica pela parte contrária. Agora isso não tem o condão de transformar tal peça impugnativa em contestação. A falta de técnica adotada pelo STJ logo cobrará seu preço. Não tarde começarão a surgir alegações e entendimentos de que esta peça impugnativa, erroneamente chamada de contestação, gerará preclusão consumativa frente a apresentação de “verdadeira contestação” (leia-se: aquela que só pode ser apresentada após a emenda da petição antecedente e clara delimitação dos limites da lide). É por este motivo que, nesta fase antecedente, acreditamos, o uso do termo “contestação” deve ser de todo evitado.

Caso o autor não realize o aditamento tempestivo do processo, este será extinto sem resolução do mérito. Nessa hipótese, conforme já abordado, se já existiu tutela antecipada efetivada, o réu poderá promover, via liquidação de sentença, a reparação do dano sofrido.

Entre todas as críticas que se pode fazer à técnica legislativa em matéria de tutelas provisórias, com certeza, a maior delas refere-se ao (péssimo) regramento procedimental para o caso de indeferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Isto, pois, limita-se o novo código, no art. 303, § 6º, a dizer que: “*Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.*”

Aqui, sem a clara cisão entre dois institutos processuais absolutamente diversos (aditamento e emenda – supra), a compreensão fatalmente restará comprometida e embaralhada. Sem a adoção da premissa de que aditamento e emenda são coisas diversas, fica difícil extrair o real sentido do texto. Seria a possibilidade de, não estando a petição antecedente adequada (por exemplo, lhe

¹¹⁹ Aliás, nesse sentido caminhou o voto do ministro Marco Buzzi, em voto-vista proferido no julgado citado na nota supra, “Com esse quadro, é possível falar em mera impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente ou simples comparecimento aos autos mediante protocolo de uma peça perfunctória para fins de afastar a pretendida estabilização da tutela. Isso porque, a parte ré não tem como se antecipar às futuras alegações, fundamentos e pedidos da tutela final da parte autora, os quais, em tese, constarão do aditamento à inicial. Repita-se, somente com o aditamento é possível falar em abertura do prazo para contestação, porém, após o deferimento da tutela antecipada em caráter antecedente, o chamamento do réu ao feito para dar-lhe notícia acerca da decisão concessiva e/ou para o cumprimento da medida enseja, até então, pretensão de defesa voltada à não estabilização da demanda.”

faltando documentos essenciais) o juiz determinar a sua emenda? Ou será que o legislador empregou má técnica e onde disse ‘emenda’ queria dizer ‘aditamento’?

Destas dúvidas, outras decorrem: se consideramos que onde consta ‘emenda’ o legislador na verdade quis dizer ‘aditamento’, por que nesse caso o prazo conferido a para aditar seria menor do que nos casos de deferimento da tutela? E ainda: se, efetivamente, emenda significar emenda, a ausência de requisitos para a concessão da antecipação de tutela deveria ensejar a extinção do processo? Não seria muito mais lógico que o autor, mesmo tendo sua tutela antecedente indeferida, pudesse também aditar a inicial, trazendo aos autos os seus pedidos de tutela final?

Apresentamos aquela que nos parece a melhor solução.

Primeiramente, no que concerne ao citado dispositivo (art. 303, § 6º), temos para nós que, efetivamente, trata-se de uma possibilidade de verdadeira emenda a inicial (= correção de vícios de forma, irregularidades da inicial ou juntada de documentos). Caso a petição inicial não cumpra seus requisitos, apresente defeitos ou lhe faltem documentos, poderá o juiz oportunizar ao autor sua correção. O prazo menor para emenda, quando comparado com a regra geral do art. 321, justifica-se pela urgência intrínseca a técnica antecedente. Também é a urgência (ou melhor, a perda dela) que explica a extinção do processo no caso (e somente nesse caso) de não realização tempestivamente da emenda. Ora, não se coloca crível que a parte (que alegava estar tão desesperada pela tutela antecipada a ponto de não poder aguardar mais alguns dias e manejar uma inicial já contendo todas suas teses e pretensões) deixe decorrer *in albis* o prazo facultado pelo juízo.

Entretanto, se art. 303, § 6º. refere-se somente a postura que o juiz deve tomar diante da ausência de (verdadeira) emenda tempestiva (extinguindo o processo sem resolução do mérito), resta saber qual será o regramento aplicável caso o juiz, com ou sem emenda, entenda não ser caso de concessão antecedente da tutela antecipada. Isto, pois, frisamos, o CPC/2015 nada disse sobre a hipótese.

Aqui, sem sobra de dúvidas, a melhor solução é aplicar-se o mesmo procedimento previsto para os casos de concessão da medida. Em que pese o art. 303, § 1º. preveja a possibilidade de aditamento somente quando “*concedida a tutela antecipada*”, impõe-se necessário estender o alcance do dispositivo também para aqueles casos em que a tutela antecipada seja negada. É essa a interpretação que melhor conformará o procedimento à principiologia constitucional, aos ideais de economia e eficiência processual e as premissas interpretativas no código (primazia do julgamento de mérito e do máximo aproveitamento processual¹²⁰).

¹²⁰ Sobre o tema, ver: THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flavio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19.

Com escoro em tais pilares, se colocaria absurdo que, diante da inexistência dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, fosse o processo simplesmente extinto. Ademais, lembremos, que o autor já recolheu as custas processuais para tanto. Seria justo exigir dele novo recolhimento das despesas tão somente pelo fato do juiz (frise-se: em cognição meramente sumária) entender que não era caso de concessão da liminar?

Com efeito, sendo o caso de deferimento ou indeferimento da medida, deverá o juiz apontar o prazo para aditamento. Não o fazendo, vale a regra geral: 15 dias.

Superada essa questão, podemos partir para o último aspecto procedimental que merece nossa atenção: a chamada “estabilização da tutela antecipada”, inovação trazida pelo CPC/2015 e sem referência na legislação pretérita. Dada sua importância, o tema será abordado em tópico próprio.

6. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Uma vez concedida a tutela antecipada antecedente o polo passivo será citado e intimado para dar cumprimento à medida. Nessa oportunidade, querendo, poderá interpor agravo de instrumento contra a decisão antecipatória.

Caso não exerça seu direito de recorrer, diz o art. 304, *caput*, do novo CPC que a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, não sendo atacada por recurso, tornar-se-á estável.

Uma vez intimado quanto a concessão da tutela antecipada, o réu obrigatoriamente deverá interpor recurso de agravo de instrumento. Não o fazendo, não mais poderá discutir a questão dentro do mesmo processo em que ela foi concedida, pois a tutela deferida “se estabilizará”. Significa dizer: a medida se perpetuará indefinidamente no tempo, surtindo efeitos práticos até que a questão seja rediscutida, em *outra demanda*, movida por qualquer das partes.

Questão que vem sendo problemática, em especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é o alcance da locução “recurso”. De um lado, existem decisões entendendo que, para não ocorrer a estabilização da demanda, é imprescindível a interposição de agravo de instrumento.¹²¹ De outro, há o entendimento de que qualquer meio impugnativo utilizado pelo réu (como, por exemplo, a oferta de “contestação” – que, como dito supra, deve ser lido como mera “impugnação”, já que de contestação não se trata) já impediria a estabilização da demanda.¹²²

¹²¹ AgInt no REsp n. 2.040.096/MG, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 20/5/2024.

¹²² REsp n. 1.766.376/TO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 28/8/2020; REsp n. 1.938.645/CE, relatora Ministra Maria Isabel Gallo, Quarta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 6/9/2024

Nos filiamos ao primeiro entendimento.

Primeiro: quisesse o legislador elidir a estabilização da demanda diante de qualquer modo de insurgência da parte prejudicada, teria se utilizado da locução ‘defesa’ ou mesmo ‘impugnação’ – e não ‘recurso’. Ora, recurso é recurso. A interpretação sempre precisa ser comportada pelo limite semântico do texto. Como diria Gadamer, para dizer algo sobre um texto, é necessário que primeiro que se deixe que o texto diga algo.

Segundo: como já pontuado a exaustão, tecnicamente, não existe e não pode existir contestação na etapa antecedente, por ainda não existirem pedidos já formulados e limitados. Quando muito, haverá mera impugnação à tutela antecedente concedida que, bem olhada as coisas, não passa de precário pedido de reconsideração. Pedido este que, por sua própria natureza e tradição secular, não elide a preclusão.

Existe verdadeira tensão existencial entre uma ‘contestação que não é contestação’ (e, portanto, ato processual que não conhece prazo certo) e o regime de estabilização da demanda por ausência de interposição de recurso. Ora, se ainda não existe prazo para contestação em curso, qual seria o prazo para essa impugnação ser apresentada? Nos parece ninguém assumirá que tal peça poderá ser apresentada a qualquer tempo, sob pena de desnaturação do próprio instituto da estabilização da demanda. Adotaríamos, então, como prazo máximo o prazo preclusivo recursal? Se este for o entendimento, não estaríamos, a um só tempo, (i) assumindo que é o recurso (ele) que interrompe a estabilização da demanda e (ii) conferindo caráter anti-preclusivo para peça processual que claramente não o tem?

Com o devido respeito aos posicionamentos contrários, mas nos parece faltar rigor científico aqueles que endossam que uma contestação que não é (e nem pode ser) contestação, e que não conhece prazo certo, tenha o condão de elidir a ocorrência da estabilização da demanda. Toma-se uma peça processual que, formalmente, não é prevista no ordenamento (e, portanto, não gera nenhum efeito sobre a preclusão); adota-se como prazo máximo para oferta dessa peça o prazo do ato processual adequado (= recurso); assume-se que, se dentro do prazo deste, aquela peça gerará efeitos sobre a preclusão. Em outras palavras, assume-se que recurso tal peça não é, mas, ao mesmo tempo, imputa-se a ela prazo recursal e efeitos obstativos!

Para nós, tal “manobra hermenêutica” não faz sentido nenhum. Mero pedido de reconsideração (frisamos até a exaustão: de contestação não se trata, tanto que, após o aditamento, se abrirá o prazo para, de fato, contestar) não gera efeitos sobre a preclusão, de modo que a demanda somente não se estabilizará nos casos de interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a tutela antecedente.

Feita essas anotações, podemos retomar a questão procedimental.

Diz a lei que a decisão estabilizada não fará coisa julgada, mas a estabilizada dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a rever, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, no prazo máximo de dois anos contados da extinção do processo antecedente. Daí podermos extrair algumas anotações.

Primeiramente, temos que, para a rediscussão da questão estabilizada, será necessário que se intente demanda própria com esse fim. A legitimidade ativa para essa ação será de qualquer das partes envolvidas no processo em que a tutela se estabilizou. Merece atenção, no entanto, o fato que, não fazendo a tutela estabilizada coisa julgada, não se tratará de ação rescisória, mas, sim, de demanda que tramitará pelo procedimento comum. Não se exige, portanto, julgamento colegiado: diante da prevenção, tal feito será de competência do próprio juízo que concedeu a tutela estabilizada.

Uma vez estabilizada a tutela, o magistrado que não teve a sua decisão antecipatória atacada por recurso deverá promover a extinção processo em primeiro grau. Caso o aditamento ainda não tenha sido realizado, tornar-se este, regra geral, dispensável.

Dissemos regra geral, pois, conforme já abordamos, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente poderá ser total ou parcial. Pode o autor realizar pleito antecedente de urgência, mas almejar, quando do aditamento, trazer pedidos de outra natureza que aquele antecipado. É o exemplo já utilizado da petição antecedente onde se requer o deferimento imediato de um tratamento de saúde, mas que, na sequência, sofrerá aditamento para fazer constar, também, pedido de danos morais. Nessa hipótese, temos para nós que não será caso de extinção do processo, mostrando-se imperioso o aditamento da inicial e o julgamento dos danos morais.

Com efeito, o juiz somente extinguirá o processo quando a tutela antecipada estabilizada constituir a única pretensão final apontada pelo autor. Existindo pleitos outros, a questão estabilizada permanece indiscutível, mas o processo deve seguir seu regular trâmite para o julgamento das demais questões. Novamente, esse nos parece ser o entendimento que melhor se coadunará com as premissas interpretativas no novo código: primazia do julgamento de mérito e do máximo aproveitamento processual.¹²³

Nesse caso, o juiz deverá extinguir parcialmente o processo no que toca a tutela estabilizada e, no que concerne aos demais pedidos, prosseguir com a marcha processual.¹²⁴ Caso a estabilização ocorra antes do aditamento, o juiz,

¹²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flavio Quinaud. **Novo CPC-Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹²⁴ Sobre a possibilidade de extinção parcial do processo, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2014.

na mesma decisão de extinção parcial, deverá informar o prazo para o autor aditar a petição antecedente. Da intimação quanto à extinção parcial começará a correr o compute do prazo de dois anos para a revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada.

Por opção legislativa, a estabilização da tutela só ocorrerá nos casos de concessão antecedente da medida. Assim, caso a tutela seja concedida de forma incidental, não há como se falar na sua estabilização. Aparentemente, o principal escopo da estabilização é dispensar o desenrolar processual se a parte já obteve a satisfação do seu direito.

Não havendo estabilização da demanda, segundo entendimento que vem ganhando força no Superior Tribunal de Justiça, deverá o autor do pedido antecedente ser intimado para aditamento, no prazo de 15 dias ou outro fixado pelo juízo. Este entendimento, em que pese, como já confessado, não havia sido pensado há dez anos, nos parece bastante adequado. Tomar os prazos do requerido, para recorrer, e do autor, para aditar a inicial, como não concomitantes, mas, sim, subsequentes, permite maior economia processual e segurança jurídica.

Como a interposição do agravo de instrumento (marco indispensável para a passagem do “procedimento provisório” para o “definitivo”, já que, sem o qual, a tutela se estabiliza), impõe-se a intimação específica do autor para que promova o aditamento da inicial. Com isso, a um só tempo: (i) evita-se que o autor realize ato processual desnecessário (aditamento); (ii) garante-se maior segurança jurídica, já que a intimação do autor em agravo (é dizer: no bojo dos autos do instrumento) não desencadeará o transcurso do prazo para aditar na origem – o que fica dependente de intimação específica para tanto.

CONCLUSÕES

(i) No NCPC tutela provisória é gênero, do qual a ‘tutela de urgência’ e a ‘tutela de evidência’ são espécies;

(ii) A expressão ‘tutela provisória’ a que se refere CPC deve ser entendida enquanto aquela que, simultaneamente, reúna dois requisitos: (a) conteúdo ainda não definitivo (eis que ainda não atingido pela coisa julgada); e (b) aptidão para, por força *ope judice*, produzir efeitos imediatos sob o mundo da vida;

(iii) O CPC cinde o gênero ‘tutela provisória’ nas espécies ‘tutela de evidência’ e ‘tutela de urgência’;

(iv) As tutelas de urgência, como pretendem responder uma situação de urgência, no mais das vezes, serão escoradas em um simples juízo de aparência, de probabilidade (leia-se: cognição sumária);

(v) O CPC ainda divide a tutela de urgência em duas subespécies: a tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência antecipada. A primeira busca resguardar o resultado útil de um processo, possuindo caráter marcadamente conser-

vartivo; a segunda possui caráter eminentemente satisfativo, adiantando total ou parcialmente a própria pretensão final do autor;

(vi) Ao deferir ou negar qualquer medida provisória, o magistrado tem o dever de, analisando especificamente as situações do caso concreto sob julgamento, demonstrar minuciosamente a presença (ou a ausência) dos requisitos autorizadores da medida;

(vii) As tutelas de urgência podem ser concedidas liminarmente, isto é, antes da citação do polo passivo;

(viii) Reconhecendo a artificialidade na distinção “de grau” entre os requisitos, mormente no momento cognitivo, o CPC unifica os pressupostos de cabimento das medidas urgência, que passam a ser: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Trata-se de requisitos cumulativos;

(viv) O CPC prevê situação que, uma vez presente, impedirá a concessão da medida: a irreversibilidade dos efeitos da decisão;

(vv) O requisito supra é constantemente flexibilizado pela jurisprudência. Assim, o legislador perdeu uma boa oportunidade de, minimizando o subjetivismo e a discricionariedade que assolam as decisões acerca do tema, definir critérios mais seguros e objetivos para tanto;

(xv) Quedando-se o legislador de 2015 calado sobre o tema, devemos concluir ser inviável a concessão oficiosa de qualquer modalidade de tutela de urgência, salvo quando (e se) expressamente autorizado por lei;

(xvi) O CPC fixa um regime de responsabilidade objetiva (é dizer: indiferente à existência de culpa) pelos prejuízos que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa;

(xvii) Em algumas hipóteses (como no caso de extinção do processo por perda da eficácia da media) será possível que uma sentença sem resolução do mérito seja suficiente a embasar um processo de liquidação;

(vi) O requerimento das tutelas provisórias poderá ocorrer de forma incidental ou antecedente. Incidentalmente, poderá ser feito já na petição inicial ou, por simples petição, a qualquer tempo durante o caminhar processual;

(vii) Existirão casos em que o tempo necessário para a elaboração da todas as teses jurídicas, pedidos ou reunião de documentos para o ajuizamento da exordial, por si, já poderia ensejar o perecimento de um direito. Nesses casos ganhará espaço o requerimento antecedente;

(viii) O requerimento de urgência dará o pontapé inicial de uma relação processual que, no devido prazo, deverá ser aditada (ou complementada) com o fito de contemplar também a tutela final ou os pedidos principais. Assim, no CPC, toda e qualquer medida provisória deixa de ser autônoma;

(ix) A distribuição de requerimento antecedente, seja este apreciado ou não, exista ou não a sua complementação via aditamento, tornará prevento o juízo;

(xviii) Na de tutela urgência requerido em caráter antecedente, existirão duas petições: a primeira que ventilará só a tutela emergencial (petição antecedente); uma segunda (petição de aditamento), complementar àquela e que fixará os contornos definitivos da lide. De se notar que ambas terão feições e natureza de petição inicial, já que, nas duas, o autor estará exercitando o seu do direito de ação.

(xix) A petição inicial antecedente deve indicar e demonstrar os requisitos gerais para toda medida de urgência (probabilidade do direito e perigo de dano);

(xx) É o requerimento antecedente que, primeiramente, apresentará o caso ao órgão julgador. Imperativo, então, que o autor exponha a lide (leia-se: a pretensão resistida no plano fático) e o direito que se busca realizar;

(xxi) Na petição antecedente a exposição dos fatos, regra geral, não poderá ser parcial;

(xxii) A elaboração de teses jurídicas, a coleta de precedentes, o aprofundamento do estudo da questão – mormente em razão da complexidade da matéria –, poderão exigir considerável tempo do advogado. Nesse caso, o autor poderá, com a tutela antecedente, ganhar certo tempo sem prejudicar a satisfação do direito;

(xxiii) A petição antecedente deverá indicar qual será o pedido de tutela final, indicar que está a se utilizar da nova técnica e que, em tempo, promoverá o aditamento da inicial. Não se deve confundir aditamento do pedido com emenda da inicial – institutos processuais diversos;

(xxiv) Na petição inicial antecedente, deve o requerente apontar o valor da causa, levando em consideração o pedido de tutela final. O valor da causa deve encontrar correspondência não só no valor da pretensão a ser antecipada, mas, sim, na totalidade dos pedidos que constarão do aditamento. Caso isso não seja feito, o aditamento, excepcionalmente, exigirá o recolhimento de novas custas;

(xxv) O prazo inicial para o aditamento, diante do silêncio da lei, deve ser contado a partir do marco que melhor atende aos imperativos de segurança jurídica e economia processual, qual seja, intimação própria e específica, realizada pelo juízo de origem, do autor para aditar (REsp n. 1.766.376/TO, relatora Ministra Nancy Andrighi).

(xxvi) Concedida a tutela antecipada, o réu será intimado para dar cumprimento à medida. Não havendo recurso, o autor será intimado para aditamento. Após aditamento, o réu será intimado para audiência de conciliação/mediação ou oferta de contestação;

(xxvii) Caso o autor não realize o aditamento tempestivo do processo, este será extinto sem resolução do mérito;

(xxviii) Caso a petição inicial não cumpra seus requisitos, apresente defeitos ou lhe faltem documentos, poderá o juiz oportunizar ao autor sua emenda (= correção de vícios de forma ou juntada de documentos) no prazo de 5 dias. Deixando o autor decorrer *in albis* esse prazo, o juízo extinguirá o processo;

(xxix) Em que pese o art. 303, § 1º. preveja a possibilidade de aditamento somente quando “concedida a tutela antecipada”, impõe-se necessário estender o alcance do dispositivo também para aqueles casos em que a tutela antecipada seja negada.

(xxx) A tutela antecipada concedida em caráter antecedente, não sendo atacada por recurso, tornar-se-á estável e perpetuará indefinidamente no tempo, surtindo efeitos práticos até que a questão seja rediscutida, em outra demanda, movida por qualquer das partes;

(xxxi) Somente a interposição de recurso formal (= agravo de instrumento) tem o condão de evitar a estabilização da demanda. Não existe e não pode existir contestação na fase antecedente, eis que os pedidos ainda sequer foram formulados. Qualquer peça que o réu utilize nesta etapa, mesmo que nominada de contestação, possui caráter precário e não está sujeita a prazo preclusivo. Trata-se, em verdade, de mero pedido de reconsideração, sem prazo certo e que, deste modo, por tradição secular, não afeta a preclusão. Por consequência, não pode elidir a estabilização da demanda;

(xxxii) A decisão estabilizada não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a rever, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, no prazo máximo de dois anos contados da extinção do processo antecedente. Diante da prevenção, tal feito será de competência do próprio juízo que concedeu a tutela estabilizada;

(xxxiii) Estabilizada a tutela, o magistrado que não teve a sua decisão antecipatória atacada por recurso deverá promover a extinção processo em primeiro grau;

(xxxiv) Existindo interesse do autor manifestado na petição antecedente de ventilar, quando do aditamento, pedidos diferentes daquele adiantado temporalmente, a questão estabilizada permanece indiscutível, mas o processo deve seguir seu regular trâmite para o julgamento das demais questões. Nesse caso, o juiz deverá extinguir parcialmente o processo no que toca a tutela estabilizada e, no que concerne aos demais pedidos, prosseguir com a marcha processual;

(xxxv) A estabilização da tutela só ocorrerá nos casos de concessão antecedente da medida. Caso a tutela seja concedida de forma incidental, não há como se falar na sua estabilização.

BIBLIOGRAFIA

- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol 1. 15^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2025.
- CALMON DE PASSOS, J.J. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Juspodvm, 2014.
- CARNEIRO, Arthos Gusmão. **Anotações sobre o mandado de segurança coletivo**. Revista da AJURIS, v. 39, n. 54, março/1992.
- CARVALHO FILHO, Antônio José. **A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 6 v. Coleção Devido Processo Legal.
- CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021. 4 v. Coleção Devido Processo Legal.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**. Salvador: Juspodvm, 2018;
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**. Londrina: Thoth, 2021.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 4^a ed. rev. ampl. e atual. Malheiros: São Paulo, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GADAMER, Hans-Geor. **Verdade e Método**. 2.^a ed., Petrópolis: Vozes, 2004.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 11. Ed. São Paulo: RT, 2009.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: RT, 2013. P. 112.
- PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 1 v. Coleção Devido Processo Legal.
- PERES, Guilherme de Oliveira. **Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021. 3 v. Coleção Devido Processo Legal.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. vol. 3. 3^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. vol. 15, n. 1, pp. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 28 jan. 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As Liminares e a Tutela de Urgência. **Revista da EMERJ**. v.5, n.17, 2002.P. 28-29.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flavio Qui-naud. **Novo CPC-Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DO CONCEITO DE CIDADANIA

Thiago Caversan Antunes

Doutor e Pós-doutor em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), Mestre em Direito Negocial e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Docente do curso de graduação em Direito da Universidade Positivo em Londrina. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro), da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e do Instituto Paranaense de Direito Processual (IPDP). Membro titular da cadeira nº 26 da Academia de Letras, Ciências e Artes de Londrina (ALCAL). Advogado. E-mail: thiago@caversan.adv.br.

Flávio Pierobon

Advogado, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), professor universitário. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e membro titular da cadeira nº 7 da Academia de Letras, Ciências e Artes de Londrina (ALCAL). E-mail: flavio@caversan.adv.br.

INTRODUÇÃO

A cidadania como se concebe hodiernamente é produto de uma evolução histórica e o início desta evolução remete, principalmente à civilização grega. Este desenvolvimento histórico vem desde a Antiguidade, particularmente de Atenas e Roma, mas praticamente desapareceu na Idade Média, ressurgindo e se revigorando conceitualmente nos séculos XVIII, XIX e XX. A cidadania ganhou neste período as mais variadas roupagens pelo mundo, exatamente por adaptar-se a várias formas de governo e regimes políticos.

Neste processo de evolução, a cidadania chega aos dias atuais enfrentando alguns dilemas: por um lado, percebe-se que as novas formas de organização

social –especialmente na Europa- fazem com que a cidadania passe por novas e significativas alterações em seu significado. Por outro lado, em países em desenvolvimento como o Brasil, com uma estrutura política, social e jurídica em formação, a cidadania caminha a passos lentos atrás ainda de uma afirmação de suas bases teórica e prática e, mesmo no campo teórico, ainda não se apresenta em linhas bem definidas.

Ao lado disso tudo, é necessário que se verifique ainda a cidadania digital da era da informação, questão a duas décadas atrás não era ainda, sequer, posta em discussão.

No Brasil, as alterações no regime político ao longo da história e a “recente” tomada da democratização do país faz com que muitas vezes, no anseio de proliferar as ideias de democracia, cometa-se o equívoco de atribuir ao conceito de cidadania o *status* de uma norma jurídica constitucional irrealizável, haja vista o tamanho da sua amplitude formal, ou seja, quer-se tanto atribuir eficácia a este preceito constitucional que se constrói uma ideia onde tudo se torna um exercício de cidadania.

Por outro lado, se analisado através da aplicabilidade deste preceito, se perceberá que há, na verdade, muito pouca eficácia social da cidadania, tendo em vista a realidade da maioria dos brasileiros.

Contudo, para se compreender a cidadania, faz-se necessário analisar a sua fundação, ou seja, como e onde se deu o provável surgimento deste fenômeno jurídico, e para tal análise a civilização grega –em especial a ateniense- e a romana são de abordagem obrigatória. Entretanto, este estudo dos primórdios da cidadania não tem escopo de servir de critério comparador aos modelos atuais, mas sim para fins de embasar a construção de uma “nova cidadania”, muito mais ampla e praticável, condizente com os tempos atuais e que tenha como baldrame o exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana no Brasil do século XXI.

2. CIDADANIA NA GRÉCIA ANTIGA

As cidades-estados gregas, assim como a grande maioria das cidades-estados, começaram a se formar com um pequeno grupo de pessoas que possuíam riqueza e outros que não a detinham, mas que se juntaram em comunidades na esperança de alcançar proteção e trabalho.

Desta forma, a Grécia antiga caracteriza-se desde seu início com uma sociedade composta por uma pequena camada de latifundiários, que avocam para si o direito de gerir a comunidade e se sustentam nesta posição, principalmente pelo poder “econômico”. Assim, o vocábulo cidadania decorre desta convivência na cidade, pois quem vive na cidade é cidadão e quem exerce os direitos

inerentes ao cidadão exerce a sua cidadania¹²⁵. No entanto, nem todos os que vivem na cidade são cidadãos, apenas uma parte da sociedade é que adquire esta qualidade.

Neste sentido, o problema que se coloca primeiramente, está em definir quem são os cidadãos, para depois se verificar quais direitos decorrem deste *status*. Sem maiores devaneios, o filósofo Aristóteles tem singular delimitação de quem era o cidadão na Grécia Antiga: “portanto, o que constitui propriamente o cidadão, sua qualidade verdadeiramente característica, é o direito de voto nas Assembleias e de participação no exercício do poder público em sua pátria”¹²⁶. É de se notar então, que para Aristóteles apenas quem participa das Assembleias e no exercício do poder público é que pode ser cidadão.

No entanto, surge assim um problema: quem podia participar nestas Assembleias e no exercício do poder público? Para o filósofo esta participação é que qualifica o cidadão, contudo, o cidadão pode ser caracterizado de maneira diferente em cada cidade-estado, mas, normalmente é cidadão aquele que é filho de pais cidadãos¹²⁷. Em Atenas, especificamente, este era o requisito para ser cidadão.

Cabe ressaltar que o filósofo concebia duas formas de aquisição de cidadania: a cidadania natural e a naturalizada. No entanto, Aristóteles exclui do rol de cidadãos as crianças, os velhos, os escravos, os estrangeiros, os infames e os banidos, o que demonstra o caráter quase exclusivo que a cidadania garantia aos cidadãos dentro da sociedade grega antiga.

A cidadania se tornou, então, prerrogativa de uma pequena parte da sociedade, este pequeno grupo de pessoas se firmaram na Grécia antiga como uma verdadeira “classe social” – a classe dos cidadãos –, que administra diretamente a comunidade e que com esta postura elide uma outra parte da sociedade de participar das decisões da cidade-estado em que estão inseridos.

A organização da sociedade grega nas palavras de Châtelet¹²⁸ se dá no seguinte sentido

(...) as organizações político-sociais tradicionais eram, na “civilização de Hêlade”, realzações do tipo feudal, onde predominavam grandes famílias – os “bem nascidos”- que exerciam autoridade política, religiosa, jurídica e econômica sobre um pequeno povo de agricultores, artesãos e pescadores.

¹²⁵ COVRE, Maria de Lourdes Manzini. *O que é Cidadania*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 16

¹²⁶ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42

¹²⁷ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44-45

¹²⁸ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; KOUCHNER, Évelyne Pisier. *História das ideias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 13.

Na formação da sociedade grega, a cidadania era uma prerrogativa de quem detinha poder econômico, desta forma, quem tinha posses era capacitado a participar das decisões da cidade-estado. Esta cidadania era uma qualidade, um *status*, que era cuidadosamente protegida e exercida com orgulho. No entanto, é importante ressaltar que este direito pertencia a apenas uma parte dos habitantes da cidade-estado e não a todos eles¹²⁹.

Para Aristóteles, a cidadania deveria ficar restrita apenas aos homens ricos, não deveria ser estendida aos artesãos, pois para o filósofo, apenas quem pode manter-se e não precisa ocupar seus dias tendo que trabalhar para se sustentar pode ocupar-se das coisas públicas. Nas palavras do filósofo, caso se conte entre os cidadãos também os artesãos, então não se deve esperar destes o mesmo civismo que se espera dos verdadeiros cidadãos, que vivem apenas para as coisas públicas¹³⁰.

No entanto, com a evolução da Pólis¹³¹, a aquisição da cidadania acabou por enaltecendo muito mais o critério hereditário do que o econômico, esta característica não deixou de limitar o acesso da grande maioria dos habitantes da pólis à cidadania, mas permitiu que qualquer pessoa que fosse filho de cidadãos gregos pudesse ter parte no poder público. Na verdade, a hereditariedade é a marca principal da aquisição da cidadania no período clássico da humanidade.

Note-se que a hereditariedade não é o único requisito para a aquisição da cidadania. É, na verdade, apenas o primeiro deles, porém o essencial. Primeiramente, não bastava ser filho de pais gregos, este filho tinha que ser homem, pois apenas os homens é que detinham cidadania em Atenas. As mulheres não eram cidadãs atenienses, não participavam das discussões e nem ocupavam cargos públicos.

No entanto, a cidadania para ser alcançada necessitava ainda de uma determinada idade, por ser este um requisito para o exercício de algumas funções que só eram permitidos a cidadãos mais experientes, como é o caso do acesso a certos Tribunais. Em Atenas, a plenitude dos direitos inerentes a cidadania só se dava quando o homem alcançava a idade mínima para exercer qualquer cargo da cidade-estado. É o que se percebe nas palavras de A. Croizet¹³².

¹²⁹ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da cidadania*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 33-35.

¹³⁰ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46

¹³¹ Cabe salientar que o termo Pólis aqui empregado está se referindo a Atenas e não a uma sociedade grega até porque não é correto, do ponto de vista político, falar em Estado grego. Atenas se apresenta, por ser a capital, como a mais estudada das cidades gregas.

¹³² CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. *A cidadania na Grécia e em Roma*. In: PORTO, Walter Costa (org.). *Leituras sobre Cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002, p. 9.

A cidade não compreende todos os habitantes da Ática, porém os ‘cidadãos’ propriamente ditos. São cidadãos os habitantes da Ática filhos de um pai cidadão e de uma mãe ateniense. A qualidade de cidadão se estabelece pela inscrição do adolescente, aos dezoito anos, no registro do seu ‘dema’, o ‘registro do sorteio para os encargos’.

Durante dois anos ainda, ele faz uma espécie de estágio na efebia, servindo como membro da milícia. Aos vinte anos, possui a plenitude dos seus direitos civis e políticos. (...) Nesse ponto, contudo, duas reservas devem ser feitas: um mínimo de idade mais elevada era exigida para certos postos. Além disso, para ter acesso nas magistraturas superiores, cumpria pertencer às primeiras classes, isto é, ser relativamente rico.

Ultrapassada, assim, a análise para identificar quem era o cidadão na pólis, cabe agora uma investigação dos direitos que eram inerentes a tais cidadãos, os direitos inerentes a cidadania.

O exercício da cidadania como se disse acima, caracterizava-se pela possibilidade de participação nas Assembleias e no exercício do poder público. Essa participação se caracterizava nas assembleias pela isegoria, que é a igualdade no uso da palavra. Assim, a sociedade grega era por natureza desigual, haja vista que poucos eram os cidadãos e muitos os excluídos da cidadania, no entanto, dentre os cidadãos, a igualdade se impunha pelo direito de fazer uso da palavra nas assembleias, lugar onde os cidadãos tinham igual valor.

Esta característica da cidadania na Grécia antiga chamou a atenção de vários pensadores, entre eles destaca-se Benjamin Constant, que em seu célebre escrito sobre a liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos, salienta a característica da cidadania no período antigo. Para o pensador francês, o indivíduo era soberano nas questões públicas, mas escravo nas questões privadas dada a dedicação quase exclusiva aos assuntos da pólis, que o exercício da cidadania implicava¹³³.

Ao cidadão era atribuída a competência exclusiva de exercer certas funções públicas, algumas mais simples como servir ao exército, e outras mais complexas como o exercício das magistraturas.

É de notar-se que a estrutura política de Atenas era muito complexa, com várias Instituições. Dentre as Instituições públicas que existiam em Atenas, salientam-se as Assembleias, que eram duas: o Conselho dos Quinhentos e a Assembleia do Povo. Há também os Tribunais, dentre eles o mais importante era o Tribunal dos Heliastas, no qual só se ascendia pós os 30 anos de idade¹³⁴.

¹³³ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. In: Filosofia e Política 2. Porto Alegre: UNICAMP/UFRGS/CNPq, 1985, p. 11.

¹³⁴ CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. *A cidadania na Grécia e em Roma*. In: PORTO, Walter Costa (org.). *Leituras sobre Cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002, p. 17

E também há a Magistratura, que se subdividia em várias magistraturas com atribuições bem delimitadas, onde seus membros eram escolhidos quase sempre por sorteio.

A organização política de Atenas não se resumia a estas funções, mas são as que demonstram melhormente a complexidade da estrutura política de Atenas e as funções que se destinavam apenas ao grupo de pessoas que eram cidadãos.

Não se pode esquecer da praça pública, Ágora e Pnyx, que é o marco da democracia grega e que significa o lugar das discussões públicas, onde os cidadãos “exerciam a sua cidadania” numa prática de democracia direta.

A participação do cidadão nas coisas públicas era de fundamental importância para o bom andamento da estrutura política de Atenas, isto garantia a afirmação do regime político ateniense, que se organizou com um regime democrático, mas que nem por isso deixou de limitar o acesso à cidadania, pois como o critério para a sua aquisição era a hereditariedade, os estrangeiros, os escravos, os vencidos em guerra e as mulheres, não alcançavam jamais este privilégio, e por isso, não tinham participação em tais Instituições, neste sentido Dalmo de Abreu Dallari¹³⁵.

Assim, pois, mesmo quando o governo era tido como democrático, isto significava que uma faixa restrita da população – os cidadãos- é que participava das decisões políticas, o que também influenciou para a manutenção das características de cidade-estado, pois a ampliação excessiva tornaria inviável a manutenção do controle por um pequeno número.

Desta forma, ao contrário do que pode parecer, a cidadania em Atenas, mesmo sendo democrática, caracterizou-se pela exclusão, pois dentre todos os habitantes da cidade-estado, uma grande parte deles não eram considerados cidadãos e, portanto, não detinham quaisquer direitos de cidadania, neste sentido, tem significação ímpar as considerações de José Afonso da Silva¹³⁶ acerca de quem era o povo na Grécia antiga

Por isso é que a democracia na antiguidade grega não é a mesma dos tempos modernos. Na democracia grega, povo era apenas o conjunto de homens livres, excluída ainda a massa dos libertos. Como a maioria dos indivíduos era de escravos e libertos, os quais não gozavam da cidadania, não entravam no conceito de povo, aquela democracia era o regime da minoria e em seu favor existia.

¹³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44.

É importante que se ressalte a posição dos escravos dentro da sociedade ateniense. A escravidão que, por si só, já se revela como flagrante afronta contra os direitos da pessoa humana, na Grécia antiga tinha ainda a conotação de impedir que o escravo passasse desta posição para a de cidadão, ou seja, o escravo não era considerado nem mesmo membro da comunidade, era na verdade propriedade do seu senhor, sem direitos ou garantias e sem perspectivas de que algum dia alcançaria a liberdade e chegaria a ser ao menos membro da comunidade.

Diferentemente dos escravos, os vencidos em guerra, que muitas vezes também eram escravizados, tinham uma possibilidade de permanecer livres, e quando esta sorte lhes recaía, ganhavam a possibilidade de serem considerados como parte da sociedade, podendo até mesmo exercer um ofício dentro da comunidade, mas em hipótese alguma alcançavam a plenitude de direitos inerentes a cidadania¹³⁷. Asseguravam-se apenas alguns direitos básicos, mas nem por isso eram considerados cidadãos. A mesma condição se atribuía aos estrangeiros.

Neste sentido, cabe salientar que a cidadania na Grécia antiga deve ser analisada sob dois aspectos muito importantes, primeiramente pela análise da condição jurídica dos cidadãos e posteriormente pela estrutura da cidade-estado. No primeiro caso, constata-se um exemplo de cidadania dos mais explícitos que pode haver, nesta análise, que leva em conta apenas os cidadãos atenienses, cada cidadão podia alçar a voz nos encontros públicos se fazendo ouvir, participando diretamente da formação da comunidade (democracia direta) e fazendo parte das Instituições gregas, esta forma de cidadania é a mais bela e romântica que pode haver.

Por outro lado, quando se analisa a estrutura social das cidades-estados da Grécia Antiga, percebe-se que estas comunidades foram na verdade apenas mais um exemplo de uma cidadania segregadora de grande parte da população, era marcada muito mais pela exclusão do que pela participação social de parte dos habitantes da Pólis.

Grande parte dos habitantes da comunidade não detinha nem mesmo direito a voto, como é o caso dos escravos, outros, mesmo que livres, ainda não tinham qualquer participação nas reuniões, não decidiam sobre o futuro da cidade-estado e nem mesmo se faziam ouvir nas suas reclamações, desta forma, ser cidadão, em Atenas, é o grande marco de divisão entre a limitação total da participação política à parte da sociedade, quanto é garantidor de plena participação e exercício de cidadania a uns poucos indivíduos.

¹³⁷ Cabe ressaltar que nesta época a plenitude dos direitos se limitava ao participar da vida política da Pólis e ocupar cargos públicos. É exatamente esta possibilidade que era negada aos que não fossem cidadãos.

As discussões em praça pública garantiam aspectos de democracia em Atenas, mas nem de perto apresenta contextos atuais de cidadania, e nem poderia, pois a compreensão de cidadania dos tempos atuais se molda as necessidades deste tempo, necessitam de um Estado formado aos moldes do Estado modernos no mínimo e garantem mais do que direito de voz nas assembleias, enquanto a cidadania antiga servia as necessidades e interesses que naquela sociedade se faziam presentes.

3. PERÍODO ROMANO

A civilização romana da antiguidade deixou para a modernidade muitas influências no campo jurídico. No entanto, em relação a cidadania, o seu legado não é tão grande quanto o da Grécia Antiga. Roma caracteriza-se, principalmente, pelo seu caráter expansionista e esta característica refletirá na concepção de cidadania que se formou durante toda a sua história antiga.

No que tange a sua estrutura social, Roma surge em 753 a.C. sob uma grande divisão social e é sobre esta grande e clara divisão, entre plebeus e patrícios, que se construiu o direito Romano e as conquistas e instrumentos jurídicos que marcam a cidadania até os tempos modernos. Os patrícios, desde a fundação de Roma, compreendem uma classe superior dentro da sociedade Romana. Mais do que uma divisão de interesses, havia uma real divisão social, neste sentido Pinsky¹³⁸.

Os patrícios formavam uma oligarquia de proprietários rurais e mantinham o monopólio dos cargos públicos e mesmo religiosos. Eram, assim, os únicos cidadãos de pleno direito. (...) O restante da população romana era formado por subalternos excluídos da cidadania.

Roma se formou sobre uma estrutura política bastante complexa, era provida de uma série de órgãos que movimentavam a pequena cidade-estado e que posteriormente foram também importantes para a grande Roma.

Nesse sentido, a lição do professor Jônatas Luiz Moreira de Paula¹³⁹:

A estrutura social da época, reunida na *familiae*, depois na *gens*, depois na *cúria*, depois na *tribu* e depois na *civitas*, não permitia a interação com a *plebe*, que era formada por elementos provenientes de outras plagas desgarrados das famílias, ou até mesmo de patrícios decaídos, os quais tinham família, nem pátria nem religião. Viviam à margem de vida social, sem lei e sem Deus.

¹³⁸ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da cidadania*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 50.

¹³⁹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Curso de ciência política, estado e justiça*. Belo Horizonte: De Plácido, 2015, p. 41.

As principais instituições de Roma estavam no Senado, nos Tribunais e nas magistraturas. Não se pode deixar de salientar também, que Roma passou por três formas de governo diferentes: a monarquia, a república e o principado. É importante que se diga que a posição do cidadão na sociedade, em cada uma destas formas de governo, se alterava consideravelmente, dado que o cidadão de uma República não é, necessariamente, o mesmo de uma Monarquia¹⁴⁰.

Em relação a cidadania, salienta-se desde já que há grande diferença entre Roma e Atenas. Se em Atenas a cidadania ficou sempre restrita aos poucos que se enquadravam na classe dos cidadãos, em Roma apenas no princípio a cidadania teve esta característica, pois na medida em que o tempo passava e a pequena cidade-estado de Roma se tornava uma grande conquistadora, isso permitia também que a “cidadania” se alastrasse a grande parte dos indivíduos sob seu domínio.

A cidadania romana se adquiria pelo “nascimento, pela naturalização ou por disposição da lei”¹⁴¹. Desta forma, para ser cidadão bastava ser filho de pais romanos, desde que as núpcias fossem justas, sendo assim, exigia-se apenas que o indivíduo fosse romano para que estivesse habilitado a participar da vida da cidade-estado.

Salienta-se, que segundo Figueiredo¹⁴², o indivíduo dentro de Roma poderia ser classificado segundo três critérios (*status*) diferentes. A cidadania estava inserida no *status civitatis*, onde se compreendia os direitos políticos e civis. No entanto, a comunhão destes três *status* é que garantia a plenitude de direitos romanos.

O *status libertatis*, separava as pessoas que em Roma eram livres das que eram escravas, apenas os livres poderiam exercer a cidadania. O *status civitatis* é onde se colocava os diversos direitos políticos e civis que eram inerentes aos romanos. É neste *status* que se localiza a diferenciação entre os diplomas que irão reger os romanos dos gentios e consequentemente que irá definir quem era o cidadão romano. O *status familiae*, define os poderes inerentes ao *paterfamilis* e as condições de formação das famílias romanas.

Apenas uma ressalva se faz necessário, quando se diz que a hereditariedade habilitava as pessoas a participarem da vida estatal, desde que atendessem a alguns requisitos formais, é importante ressaltar que esta participação da vida

¹⁴⁰ : KYMLICKA, Will. *Cidadania*. Disponível em: http://www.didacticaeditora.pt/artes_de_pensar/leit_cidadania.html. Acesso em: 13 maio 2007.

¹⁴¹ CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. *A cidadania na Grécia e em Roma*. In: PORTO, Walter Costa (org.). *Leituras sobre Cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002, p. 49.

¹⁴² CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. *A cidadania na Grécia e em Roma*. In: PORTO, Walter Costa (org.). *Leituras sobre Cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002, p. 41

estatal se dá de maneira indireta e não mais de forma direta como acontecia em Atenas. Em Roma, a representação social ficava a cargo do Senado, por mais que na maioria das vezes esta representação significasse uma representação apenas dos patrícios e não de toda a coletividade.

A naturalização, que podia acontecer por força de lei, muitas vezes atribuiu “cidadania” romana aos que estavam sob seu domínio, e com isso, garantiu a estes povos também a condição de cidadãos, mas esta naturalização não retirava dos povos conquistados a cidadania das suas comunidades locais, assim, muitas vezes os naturalizados adquiriam mais uma “cidadania”, ficando como romano naturalizado e cidadão de sua comunidade ao mesmo tempo¹⁴³.

O grande marco da naturalização dos povos dominados se deu com o Imperador Caracala no século 212 d.C. que “concedeu naturalização a todos os povos do Império”, no entanto, esta postura tinha outro condão, que não o de conceder cidadania a todos que estivessem sob o domínio do governo romano, tinha fito muito mais tributário e religioso do que político e social¹⁴⁴.

Deve ser ressaltado que estas posturas de generalizar a naturalização a quase todos os que estivessem sob o domínio de Roma teve um caráter enfraquecedor do *status* que a cidadania possuía, pois se todos eram cidadãos, não havia muito do que os membros das famílias tradicionais de Roma pudessem se orgulhar em dizer que eram cidadãos romanos, neste sentido, se por um lado tal postura garantiu um maior acesso a cidadania, por outro, a enfraqueceu como instituto jurídico de grande valor moral.

É importante que se diga que a cidadania em Roma tinha natureza de controle social, pois como Roma é extremamente expansionista, por vezes seus exércitos se afastavam dos centros de governo e para se evitar que pequenas revoltas minassem as conquistas e a força romana, se atribuía *status* de cidadão romano aos povos conquistados, dando a falsa impressão de que as conquistas romanas pertenciam também aos novos romanos naturalizados¹⁴⁵.

A qualidade de cidadão garantia a possibilidade de votar e ser votado, participar das instituições públicas de Roma e ser protegido pelos diversos diplomas legais romanos¹⁴⁶. Sobre o direito de voto, salienta-se que em Roma já apare-

¹⁴³ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da cidadania*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 66.

¹⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

¹⁴⁵ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 33.

¹⁴⁶ Salienta-se apenas que os estrangeiros ou os conquistados que não eram naturalizados tinham a seu favor também um diploma legal que os regulava quando estavam em território romano, trata-se do *jus gentium* (direitos dos gentis), gentis eram todos os que não eram romanos, mas que eram livres. O *jus gentium* garantia aos gentis alguns direitos, no entanto, tinham proteções diferentes do que os previstos no diploma legal dos romanos.

ce a figura do voto secreto e escrito¹⁴⁷. A instituição do voto secreto, garantiu aos plebeus uma igualdade política ainda maior com os patrícios, igualdade esta que aumentou com o desenvolver de Roma e que demonstra um grande avanço político.

As eleições se davam por tribos e, por assim ser, qualquer pessoa -patrícios ou plebeus- podiam concorrer aos cargos públicos e, no que tange ao voto, qualquer pessoa, desde que romano, podia votar, seja rico ou pobre¹⁴⁸. Note-se, que outra era a condição em Atenas, onde esta participação política era extremamente limitada, porque a aquisição da cidadania também o era.

No que tange a legislação romana, que garantia o acesso a cidadania e protegia os cidadãos, pode-se dizer, que foi construída através de um ordenamento jurídico que expressava, na maioria das vezes, as conquistas políticas da plebe. A base do ordenamento romano estava na Lei das XII Tábuas (450 a.C.), neste diploma legal se percebe já considerações sobre a cidadania como a que determina na tábua nona, 1 “que a vontade última do povo tenha força de lei”.

Roma deixou para os tempos atuais algumas lições para cidadania. É o caso dos plebiscitos, que eram em Roma, o produto das deliberações que emanavam do Tribunal da plebe, um Tribunal composto por membros da classe dos plebeus que conseguiram, com a instalação deste Tribunal, um grande instrumento de limitação da força política dos patrícios. Os plebiscitos posteriormente tornaram-se leis, dando ainda mais força aos plebeus e ampliando o exercício da cidadania.

Desta forma, pode-se afirmar que a cidadania em Roma tem uma característica peculiar, começa como um *status* significante na sociedade, como uma a qualidade de poucos e como garantia que deveria ser preservada. No desenvolver da sociedade Romana e com a sua grande expansão territorial, a cidadania passou a ser utilizada como forma de controle social, atribuíu-se a cidadania romana aos povos conquistados para que estes não se rebelassem, pois se tornavam partes também das conquistas, ao menos no discurso da elite romana, que era quem realmente se beneficiava das conquistas.

Esta postura de generalização da cidadania fez com que este *status* fosse alcançado por um maior número de pessoas o que acabou por fazer com que já nos findos da organização social romana antiga a cidadania se tornasse comum a todos os indivíduos que estivessem sob o domínio romano. Se por um lado isto garantiu uma “generalização” da cidadania, por outro a desvalorizou como *status* social.

¹⁴⁷ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da cidadania*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 63.

¹⁴⁸ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da cidadania*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 63.

Esta “quedada” da importância da cidadania ganha maior acento com a formação das sociedades medievais, onde o indivíduo passa a pertencer não mais a uma sociedade, mas a uma casta. A Idade Média acaba por extinguir até mesmo a cidadania política que existira até então, apenas com a formação dos Estados Modernos é que a cidadania volta a aparecer como conceito importante na organização social.

4. DA IDADE MÉDIA À IDADE MODERNA

A cidadania na Idade Média parece perder um pouco da sua razão de ser, pois se na antiguidade significava o comprometimento do cidadão com a pólis ou com a civitas, ao menos numa participação na criação da Lei, na Idade Média perde-se este referencial político, pois os feudos eram de natureza extremamente rural, com atividades bastante precárias e, mesmo havendo certa produção jurídica, as normas que determinavam as condutas dentro do feudo saíam sempre da boca do senhor feudal. A relação entre o indivíduo e a estrutura política onde vivia era a mesma relação que há entre o senhor e o súdito.

No entanto, para um estudo acerca da cidadania, a Idade Média pouco acrescenta nos objetivos aqui intentados, para Covre¹⁴⁹, não há cidadania no medievo, pois este se caracteriza por ser extremamente feudal, podendo se falar novamente de um exercício de cidadania apenas com o aparecimento dos burgueses capitalistas já no século XV.

Por outro lado, a “formação” da cidadania tem uma ligação íntima com “o surgimento” do Estado Moderno. A partir da afirmação dos chamados Estados Nacionais, o conceito de cidadania altera-se profundamente com relação àquela noção elitista que havia na Grécia antiga e daquela de cidadania como controle social de Roma, que já tinham se perdido na sociedade estamental da Idade Média. No ressurgir da cidadania no século XVIII, esta busca a natureza participativa que havia na Grécia, mas altera-se profundamente com relação à pessoa que exerce a cidadania, pois se na Antiguidade restringia-se a uma pequena parte dos habitantes da Pólis, no período moderno a igualdade se impera numa escala nacional a “todas” as pessoas.

A importância do surgimento do Estado Moderno para a cidadania se dá principalmente porque o ideal que movimentou a formação dos Estados – na maioria das vezes ideais apenas burgueses – condiz exatamente com a nova postura da cidadania em face ao Estado. A liberdade – almejada pelos liberais burgueses revolucionários – está no cerne do conceito de cidadania. Os burgueses necessitavam, para exercer suas atividades, de um poder estatal que estivesse

¹⁴⁹ : COVRE, Maria de Lourdes Manzini. *O que é Cidadania*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 17.

limitado de tal maneira que não pudesse ser autoritário a ponto de intervir nos contratos individuais e na propriedade privada, com isso, elevou-se ao extremo o valor da liberdade individual¹⁵⁰.

Sendo assim, a cidadania ganha importância no sentido de que, se o ideal do ordenamento que se coloca é valorizar as pessoas e a liberdade individual, a pessoa dentro do Estado não é apenas um indivíduo, mas é um cidadão nacional que poderá participar efetivamente da formação da vontade estatal. Percebe-se que o ideal de democracia, fortemente proclamado na formação estatal, tem contribuição significativa para a afirmação da cidadania no período moderno, mesmo que indique, neste primeiro momento, apenas uma cidadania política.

Desta forma, inicia-se um processo de valorização do indivíduo, o que permitiu que todos dentro do Estado fossem amparados por leis e pudessem tomar partido na formação da vontade estatal através do voto. A partir de então, o indivíduo passa a ser criador da lei e não mais o súdito dela, o que faz da cidadania, na verdade, o critério transformador do indivíduo súdito em indivíduo cidadão, cidadão este que se integra ao Estado como parte fundamental para sua formação e como definidor de seus fins, através, principalmente, da participação na elaboração da Constituição, mesmo que seja uma participação mediante representantes políticos apenas.

É importante salientar a questão da passagem do indivíduo de súdito para cidadão, pois esta alteração de paradigma marca conceitualmente a primeira reformulação do conceito de cidadania. Esta reformulação permite uma ampliação de seu conceito, comparativamente ao que se entendia por cidadania na Antiguidade, pois se na Antiguidade a cidadania se via separada do princípio da igualdade, e assim sendo era prerrogativa de poucos (Grécia) ou de vários (Roma), isso nem sempre significou uma igualdade perante a Lei, muito mais, de uma lei que se estabelece sob a égide do próprio povo, que é agora o titular do poder soberano.

Neste sentido, as revoluções burguesas tiveram especial significado como marco de rompimento com as sociedades estamentais da Idade Média. Se a revolução inglesa e a revolução americana tiveram as suas saliências, muito mais significaram para uma afirmação interna do conceito de cidadania, ou seja, para afirmação de uma cidadania nacional, que se prende ainda a laços culturais, onde o cidadão prende-se às barreiras que marcam o limite da aplicação da norma interna e da jurisdição estatal, do que para uma proliferação do ideal cidadão enquanto conceito universal.

A Inglaterra, por ser a primeira a fazer a revolução é quem dá os primeiros passos no sentido de afirmar a cidadania dentro dos ordenamentos jurídicos

¹⁵⁰ : BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

num sentido moderno, no entanto, o estigma que os ingleses deixaram foi exatamente o de uma cidadania política/eleitoral que acabou por caracterizar a cidadania durante todo o século XVIII. Os revolucionários ingleses almejavam na verdade participação política e liberdade frente ao monarca absolutista do século XII, desta forma, a bandeira levantada na revolução inglesa foi a abertura da participação popular no parlamento inglês, como nem todos poderiam participar diretamente no parlamento, como fora na Grécia antiga, o exercício da cidadania se dá na eleição de representantes.

Na revolução norte americana, a democracia foi sempre um regime ideal, no entanto, a própria democracia parece impelir a uma cidadania participativa, mas que no século XVIII limitava-se ainda em votar e ser votado.

O apogeu das revoluções burguesas, para o estudo da cidadania, com certeza se deu com a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Esta Declaração, de cunho eminentemente liberal burguês, demonstra claramente as aspirações da classe vencedora da Revolução Francesa, qual seja, o de inaugurar um ordenamento onde o indivíduo tivesse plena autonomia frente ao Estado, e desta feita, a cidadania foi concebida apenas como o exercício da escolha dos representantes políticos.

Neste aspecto, as revoluções inglesa, americana e francesa demonstram o grande marco de alteração do direito e, consequentemente, da cidadania. Cada uma destas revoluções escreveu documentos significativos para a história do constitucionalismo moderno, pois expressam, cada uma, um movimento constitucionalista diverso. Dá-se, contudo, maior relevância a declaração francesa, pois esta empreendeu ambições mundiais em seus artigos característica que não se percebe nas outras duas declarações, provenientes da revolução inglesa e americana.

Contudo, estas revoluções tiveram pouco significado no que tange a uma alteração do ideal de cidadania, se comparada com as proporções alcançadas pela revolução francesa, esta que teve sua importância interna (nacional), teve uma função ainda mais grandiosa quando se verifica que dela decorre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que já no século XVIII vislumbra dimensões mais amplas para os seus dispositivos, a qual será objeto de melhor estudo no decorrer do trabalho.

Neste sentido, a síntese de Paulo Bonavides¹⁵¹:

Escreveram os ingleses a Magna Carta, o “Biill of Rights”, “Instrument of Government”, os americanos, as Cartas Coloniais e o Pacto federativo da Filadélfia, mas só os franceses escreveram a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, procederam como havia procedido o apóstolo Paulo com o cris-

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30.

tianismo. Dilataram as fronteiras da nova fé política. De tal sorte que o governo livre deixava de ser a prerrogativa de uma raça ou etnia para se o apanágio de cada ente humano, em Roma, universalizou-se uma religião; em Paris, uma ideologia. O homem-cidadão sucedia ao homem-súdito.

A declaração de 1789 traz expressa a alteração do paradigma da cidadania. Esta alteração como se disse atrás, se dá com relação à concepção de cidadania existente da idade antiga. Após o século XVIII, a cidadania começa a tornar-se a relação política do indivíduo para com o Estado, não quer significar ainda uma necessária atuação do cidadão integrado a sociedade, como tornar-se-á no século XX, mas deixa de significar uma participação direta na estrutura estatal como fora na Grécia antiga, tanto é, que os ideais que se manifestam na declaração francesa são tendentes a uma diminuição estatal e uma ampliação da iniciativa privada, e quanto menor for o Estado (economicamente), menor será a atuação do cidadão, que terá mais tempo para atentar-se aos assuntos particulares.

5. UMA ALTERAÇÃO DE PARADIGMAS: A CIDADANIA NO SÉCULO XX

Se a cidadania na antiguidade e no período moderno teve sua variação, muito mais se pode dizer do século XX, onde a humanização ganhou força, principalmente no pós-guerra, e com isso, fez do século passado, palco para a alteração de alguns conceitos básicos firmados há mais de dois séculos, e que a partir de então, começaram a ser interpretados e desenvolvidos sob o viés do humanismo.

O início do século XX é caracterizado por um ideal de socialização do direito, que vem, na verdade, se desenvolvendo desde o século XIX, no entanto, esta revolução, social e filosófica, contra os ideais liberais se dá com justas razões, pois as revoluções burguesas do século XVIII tiveram condão, quase exclusivo, de estabelecer o ideal liberal burguês, que atendia unicamente a uma pequena parte da sociedade.

Nesse sentido, conforme já observado anteriormente:

Daí se depreende, já, ao que tudo indica, que não somente os direitos humanos constituem verdadeiro produto cultural, mas também que sua conformação depende das circunstâncias particulares de cada época – que, muitas vezes, posteriormente avaliadas, configuram retrocessos, a partir de uma ou outra de múltiplas perspectivas possíveis¹⁵².

¹⁵² ANTUNES, Thiago Caversan. *Estabilidade jurídica e desenvolvimento sustentável: coisa julgada e sustentabilidade*. Londrina: Thoth, 2020, p. 31.

Desta forma, se os direitos políticos passaram -a partir do século XVIII-, a acenar para “toda a sociedade”, o efetivo exercício do poder político ficou à mercê de uma pequena parte endinheirada da coletividade¹⁵³.

Assim, o direito que se põe no pós-revolução francesa, tem um caráter antiabsolutista, e que por isso, supervaloriza os direitos individuais -que são direitos de defesa-, no entanto, esta proteção contra as arbitrariedades dos governantes do Estado, que atomizou o indivíduo, não foi capaz de protegê-los dos abusos econômicos dos patrões, levando diversas classes a verdadeira miséria e exclusão social¹⁵⁴.

Por outro lado, no que tange a uma análise da constitucionalização dos direitos humanos¹⁵⁵, o século passado serviu para inflamar uma “nova” dimensão¹⁵⁶ dos direitos fundamentais: os direitos de segunda dimensão (direitos sociais), inerentes ao princípio da igualdade. O primeiro quarto do século XX demonstrou claramente este ideal socializante. A Constituição mexicana de 1917 e a alemã 1919 promulgada em Weimar, demonstram bem a preocupação e a atenção aos direitos sociais que começam, a partir de então, a figurar nas Constituições estatais. Estas alterações se tornaram, depois, significativas para uma nova conceituação mundial de cidadania, principalmente no pós-guerras. No que tange as influências estatais, os ideais socialistas, mesmo que derrotados em sua luta contra o capitalismo, exercem ainda influência direta nas diversas constituições no mundo, sendo clara a sua presença no sistema constitucional brasileiro que se estabeleceu no final do século passado.

Em 1918, um documento de ordem internacional pôs-se a proteger os direitos do povo trabalhador, trata-se da Declaração do Povo Trabalhador e Explorado. Esta declaração que fora proveniente do III congresso pan-russo dos Soviotes (Capítulo II), tem caráter e finalidades bem definidas, qual seja, implantar o socialismo e acabar com a sociedade de classes, desta forma, levadas por ideais socialistas, principalmente embasadas nas teorias de Marx, Lênin e Engels¹⁵⁷, caracteriza-se pela socialização do Estado, pela queda da propriedade

¹⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44.

¹⁵⁴ : COMPARATO, Fábio Konder. *Evolução histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52-53.

¹⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 372.

¹⁵⁶ Há autores que desdenham desta classificação dos direitos fundamentais em dimensões, no entanto adota-se aqui a classificação de Paulo Bonavides (2004 p.564) entre outros. Por outro lado, o século XX desencadeou já no seu término, os direitos fundamentais de terceira dimensão, ligados ao valor solidariedade, que alçam no meio jurídico interesses de caráter difusos como v.g a proteção ao meio ambiente.

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165.

privada e com o aumento das atribuições do Estado, que deixa de ser *gendarme* para ser providência.

Ainda sob este viés, Flávia Piovesan¹⁵⁸ tem lição acerca da importância da Declaração:

A declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da República Soviética Russa de 1918, bem como as Constituições sociais do início do século XX (ex: Constituição de Weimar de 1919, Constituição mexicana de 1917), primou por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto

Esta declaração, mesmo não sendo tão aclamada quanto outras do meio do século XX, tem a sua importância histórica, principalmente porque eleva a *status* de norma fundamental o direito a igualdade. Este igualitarismo vem de encontro a uma sociedade liberal burguesa que sobrevivia às custas de uma grande parte da população, população está proveniente ainda de um grande êxodo dos campos, e que se vendia por qualquer preço em troca de serviço. De outro lado, havia uma minoria detentora do capital e que com isso, determinava as regras de mercado, sendo assim, os ideais provenientes do liberalismo burguês: do *laissez faire* e da mão invisível, fora competente para garantir liberdade econômica e comercial, no entanto, não foi capaz de impedir desigualdades sociais que marginalizavam grupos de pessoas, o que desencadeou uma tendência socializante do direito.

Neste sentido, as palavras de Carlos Weis¹⁵⁹ demonstram bem a importância da Declaração de 1918 e, conseqüentemente, dos ideais socialistas para uma concepção atual dos direitos humanos, além de influenciar sobremaneira os debates na construção da Constituição brasileira de 1988:

Esta compreensão da posição dos direitos humanos na conformação jurídico-política dos Estados permanece nos tempos atuais, matizada pela introdução de preocupações sociais nas políticas públicas, decorrentes da adoção do Estado social, inclusive pela Constituição Federal de 1988.

Assim, vários ordenamentos em todo o mundo começam a atentar-se para os direitos sociais, e com isso a cidadania que até então se pautava apenas pelo exercício de direitos políticos, começa a conceber também direitos econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, as palavras de Marshal¹⁶⁰, que mesmo estando

¹⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.129.

¹⁵⁹ WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

¹⁶⁰ MARSHAL, T.H. Cidadania e classe social. In: PORTO, Walter Costa (org.). Leituras sobre cidadania. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002, p. 39.

diante da realidade inglesa, desenha uma condição que se mostrava comum em quase toda Europa:

Os direitos civis eram poderes legais cujo uso foi drasticamente prejudicado por preconceito de classes e falta de oportunidade econômica. Os direitos políticos deram poder potencial cujo exercício exigia experiência, organização e uma mudança de ideias quanto às funções próprias do Governo. Os direitos sociais compreendiam um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania. A finalidade comum das tentativas voluntárias e legais era diminuir o ônus da pobreza sem alterar o padrão de desigualdade no qual a pobreza era, obviamente, a consequência mais desagradável.

A importância de garantir ao cidadão condições de vida com um mínimo de dignidade começa a ser levada em consideração para que o indivíduo possa também a atentar-se para as questões públicas. Assim, os ideais sociais não estabeleceram uma nova concepção da cidadania, que necessariamente supera a primeira concepção que se baseia nos direitos políticos, mas vem, na verdade, jungir-se a estes, para dar início a uma cidadania composta de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, o que vale dizer que a cidadania comporta, a partir de então, novos debates, que englobam a possibilidade de uma cidadania cultural, de uma cidadania econômica e de uma cidadania de participação social, ao mesmo tempo em que continua a se pensar numa cidadania política/eleitoral e de uma cidadania de direitos civis.

No entanto, foi com o advento da segunda Guerra mundial e as atrocidades que dela decorreram, que uma nova tendência da cidadania foi pensada, principalmente levada pelas tendências humanitárias que afloram no pós-guerra. Desta forma, os direitos inerentes a cidadania começam a ser analisados como um direito inerente ao ser humano e não mais ao cidadão de um determinado país, o que acabou por estabelecer, ao menos conceitualmente, concepções mundializadas da cidadania. Neste embate, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é de análise obrigatória, pois caracteriza-se num marco divisório do fim desta antiga concepção restritiva de cidadania para caracterizar o início de uma concepção mais abrangente.

5.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

A Declaração Universal dos direitos humanos, proclamada em dezembro de 1948, traz como significado histórico o marco de divisão de uma antiga visão dos direitos do homem e ao mesmo tempo dá início a uma nova caminhada dos direitos humanos internacionais¹⁶¹.

¹⁶¹ WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21

Neste sentido, Flávia Piovesan¹⁶² explicita que a Declaração marca o início de uma nova conceituação dos direitos humanos:

Seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais, a declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.

O caráter inovador da Declaração é explícito, e mesmo havendo ainda discussões acerca da sua exigibilidade aos países signatários, a Declaração não perde a sua posição de vanguarda, no que tange a uma “conciliação” de ideologias que eram tidas como antagônicas, a ponto de separar o mundo em dois blocos, neste sentido, as palavras de Carlos Weis¹⁶³ expressam bem a importância da Declaração de 1948 na conciliação de direitos tidos como liberais de um lado e de outro os direitos sociais

(...) importa salientar que a declaração foi o primeiro documento internacional a tratar dos direitos humanos, tanto civis e políticos quanto econômico sociais e culturais, de maneira indivisível, ainda que reconhecendo sua distinta natureza jurídica.

Contudo, a importância de se analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, está na influência direta que esta Declaração exerce sobre a Constituição Federal brasileira de 1988 e consequentemente sobre a caracterização da cidadania que pela Lei Maior brasileira foi albergada.

Nesse sentido, pode-se perceber que o preâmbulo da declaração demonstra desde já a atenção que destina à dignidade da pessoa humana, elevando-a a “fundamento de toda a liberdade, justiça e paz no mundo”. Neste mesmo sentido acenou a Constituição brasileira ao elevar a dignidade humana a fundamento do Estado brasileiro, o que significa dizer que a dignidade é a pedra de toque do ordenamento brasileiro, assim como é para a Declaração Universal.

Desta mesma maneira, a Declaração fez separação entre os direitos civis e políticos com os econômicos, sociais e culturais, que foram depois tratados especificamente em pactos diferentes em 1966. Esta separação se deu na Declaração reconhecendo a natureza diferenciada de cada uma destas concepções. Assim, as garantias trazidas do artigo III ao XXI da Declaração cuidam dos direitos civis e políticos, que têm natureza autoaplicável, ou seja, passíveis de tutela jurisdicional imediata, enquanto os previstos do artigo XXII até os XXVIII

¹⁶² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

¹⁶³ WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

atentam-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, que têm natureza prescricional e, portanto, dependem do esforço político para a sua realização. Neste mesmo sentido fez a Constituição brasileira, tratando no Título II, dos direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I) e no capítulo IV dos Direitos Políticos enquanto os Direitos sociais estão previstos no título II, Capítulo II e os Direitos econômicos no Título VII.

Verificam-se dispositivos da Declaração que foram trazidos quase na íntegra para o interior da Constituição Federal assim está o artigo 3º da Declaração que compõe o caput do artigo 5º da Constituição, o artigo 5º da Declaração que está inserido em sua íntegra no artigo 5º, III da Lei Maior, entre outros que demonstram claramente a atenção da Constituição brasileira aos dispositivos da Declaração Universal dos direitos humanos.

É a partir da Declaração Universal que a cidadania rompe definitivamente com o antigo paradigma do século XVIII, a partir de então, os direitos humanos, passam a ser a nova baliza que determina a condição política do indivíduo dentro do Estado, a participação política/eleitoral passa a ser apenas mais um dos direitos inerentes a cidadania e não mais os únicos.

É importante salientar que esta influência dos diplomas legais internacionais de direitos humanos fez com que a cidadania ganhasse concepções universalizantes, o que configura reflexo direto da influência dos direitos humanos, que são, por sua própria natureza, universais. Ainda, isso afeta diretamente a cidadania brasileira, no sentido de que retira da cidadania o *status* meramente político que se firmou por dois séculos, desde as revoluções burguesas do século XVIII, e a concebe também com ideais econômicos, sociais e culturais, para ser cidadão é necessário comer, ter saúde, trabalhar, ir à escola...

As diferenças se mostram explícitas entre as duas declarações de 1789 e de 1948, até mesmo nos artigos onde a Declaração Universal elenca os direitos individuais, que foram objetos quase exclusivos da primeira declaração (1789).

Há muitos pontos em que as Declarações se distanciam. É o caso da propriedade, *v.g.*, que na primeira Declaração (1789) tinha lugar de destaque e na segunda é concebida apenas como mais um dos direitos tutelados pela Declaração de 1948¹⁶⁴. Mais uma vez, enquanto a primeira separa os direitos do homem e do cidadão a segunda coloca a cidadania como um dos direitos humanos.

A separação entre o homem e o cidadão já foi abordada por José Afonso da Silva¹⁶⁵ que a respeito desta cisão se manifesta da seguinte maneira:

¹⁶⁴ ARON, Raimond; CROCE, Benedito; CARR, E.H. *Declarações de direitos*. In: PORTO, Walter Costa (org.). *Leituras sobre Cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002, p. 33.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 139.

(...) a expressão Direitos do Homem denota o conjunto de direitos individuais, pois ela¹⁶⁶ é profundamente individualista, assinalando à sociedade um fim que é o de servir aos indivíduos, enquanto a expressão ‘Direitos do Cidadão’ significa o conjunto dos direitos políticos de votar e ser votado, como institutos essenciais à democracia representativa.

Assim, como se disse atrás, a cidadania que se concebe no século XVIII e que fica patente na Declaração francesa, está ligada unicamente aos direitos políticos/eleitorais, assim “o cidadão era somente aquela pessoa que integrasse o corpo eleitoral”¹⁶⁷. Esta concepção está marcada no artigo 6º da Declaração que parece cuidar exclusivamente do exercício desta cidadania:

Art. 6º- A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Deve-se, contudo, salientar que o artigo 15 apresenta uma concepção contemporânea de cidadania, pois garante à sociedade o direito de pedir conta aos agentes públicos sobre a sua administração. No entanto, o problema que se verifica ao interpretar tal artigo relembra as discussões gregas acerca da cidadania, pois nem todos no século XVIII eram considerados cidadãos, pois se esta era vinculada diretamente aos direitos políticos e estes tinham ainda uma conotação censitária, poucos exerciam a cidadania, pois poucos eram os cidadãos.

Outra, no entanto, parece ser a posição da cidadania quando se analisa a Declaração do século XX, pois esta, já “embebida” de um significado humanitário realçou a cidadania como um direito inerente a todo ser humano, o que significa dizer, que está passou de uma concepção meramente política -e estatal- do século XVIII, para um viés humanitário, onde fazer parte do gênero humano já concede garantias que são inalienáveis, qualificando o indivíduo a ser titular destes direitos.

É importante salientar que se a declaração francesa de direitos proclamou em sua totalidade apenas direitos inerentes a liberdade, ou seja, direitos civis e políticos, esta não foi a postura da Declaração Universal de 1948, neste sentido, pode-se perceber que os próprios artigos que tratam dos direitos inerentes ao exercício da cidadania, previstos tanto no bloco de dispositivos que tratam dos direitos civis e políticos quanto os que tratam dos direitos econômicos sociais

¹⁶⁶ Refere-se à Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138-139.

e culturais. Assim, o artigo XXI fecha o bloco dos dispositivos que tratam dos direitos civis e políticos:

§1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

§2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

§3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Da mesma forma, se verifica que há preceitos dentro da declaração de 1948 que tratam da cidadania também no bloco concernente aos direitos econômicos, sociais e culturais, assim está o artigo 22:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Estes exemplos corroboram com o discurso da doutrina que elenca a Declaração como marco divisório inicial dos direitos humanos, pois ao ligar os direitos civis e políticos aos sociais econômicos e culturais, deu a cidadania uma roupagem mais ampla, onde a participação no corpo social é direito fundamental do ser humano.

A aproximação dos direitos de cidadania aos direitos humanos se verifica por várias vertentes, primeiro pela necessidade de regulamentação de direitos mínimos aos indivíduos, principalmente no pós-guerra, onde as atrocidades cometidas, principalmente as nazistas, chocaram o mundo. Segundo, pela abertura das divisas estatais, levada pelo fenômeno da globalização, que é tendente a impor posturas menos domésticas dos ordenamentos jurídicos em todo o mundo.

Somente a partir desta nova tendência mundial de aproximação dos direitos de cidadania dos direitos humanos é que se pode começar a tratar de concepções mais generalizadas da cidadania, levando até a algumas discussões acerca de uma cidadania global. Neste sentido, em trabalho onde que discute a possibilidade de uma cidadania global, a professora Flávia Piovesan assevera: “hoje pode-se afirmar que a realização plena e não apenas parcial dos direitos da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados”¹⁶⁸

¹⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Cidadania global é possível?*. In: PINSKY, Jaime (org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004, p. 266.

Desta forma, parece que se cumprem os objetivos propostos acima, quais sejam, o de demonstrar as influências de algumas¹⁶⁹ declarações internacionais do século XX, como alteradores da cidadania posta como paradigma pelas revoluções burguesas do século XVIII, neste embate, verifica-se que o século passado foi realmente palco para um rompimento de paradigmas, principalmente no que tange a discussão acerca da cidadania. Neste sentido, verificou-se que a Constituição brasileira tem estrita ligação com os direitos humanos, que foram expressos de maneira mais contundente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Será sobre estas assertivas que se desenvolverá o capítulo seguinte, que terá cumprido o seu objetivo se demonstrar, a contento, numa análise textual da Constituição e atentando-se para algumas conceituações doutrinárias da cidadania, que esta aparece na Constituição como reflexo direto da ligação do indivíduo com o ordenamento posto, significando muito mais do que um direito a participação na escolha dos representantes políticos de tempos e tempos, mas que requer do indivíduo uma atenção especial para seus deveres de cidadão, no entanto, ciente de seus vários direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais, que se espalham pelos vários artigos da Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

A Constituinte elencou a cidadania como fundamento do Estado brasileiro. Talvez do ponto de vista formal, este seja o ápice da cidadania dentro de um ordenamento e, como tal, a sua posição já esteja previamente identificada.

Neste sentido, a cidadania tem caráter interpretativo em caso de conflito normativo, além de ser influenciadora da criação de outras normas e de atos da administração pública. No entanto, do ponto de vista material a cidadania tem ainda um longo caminho a trilhar, por isso, o presente texto busca verificar a afirmação histórica da cidadania e, com isso, compreender a sua função como fundamento do Estado brasileiro.

Note-se, então, que a cidadania como concebida atualmente gera muitas vezes um paradoxo, de um lado é tida como direitos políticos apenas, por outro, é concebida como proporcionadora de uma gama infindável de direitos, onde tudo pode vir a ser cidadania (uma espécie de dignidade humana do campo dos direitos civis e políticos).

¹⁶⁹ O presente trabalho não abordou ainda vários documentos internacionais que tratam dos Direitos humanos, viés sob o qual se desenvolve uma nova conceituação de cidadania, pois a abordagem ampla destes documentos não é objeto a que se propõe aqui, onde a verificação da Declaração Universal dos direitos humanos já expressa claramente a alteração da concepção de cidadania, concepção esta, que se constrói a partir do século passado.

No primeiro caso, o problema que se verifica é que uma cidadania tão restrita seria refreadora da concepção inovadora que a Constituição brasileira apresenta; uma cidadania com faces apenas político/eleitorais seria retrógrada, pois é espelho de uma cidadania existente já no século XVIII e que na formulação estatal prevista na Constituição brasileira já não cabe mais. Ademais, esta cidadania esbarraria em problemas representativos, principalmente com os correntes problemas políticos enfrentados no Brasil. Se concebida a cidadania apenas nesta vertente, verificar-se-ia que ao contrário do que acontece na Europa unificada, onde a cidadania já perpassa as divisas estatais e alcança uma imaginável “cidadania europeia”, a cidadania brasileira posta como fundamento do Estado teria dado passos largos, mas em marcha ré.

Por outro lado, cria-se uma cidadania onde atividades quotidianas acabam sendo enquadradas como exercício de cidadania, o que tem na verdade um efeito contrário do que acontece com uma cidadania meramente política eleitoral, pois se neste aspecto a cidadania é muito limitada, naquele a cidadania jamais se realiza, dada a sua grande abrangência.

Talvez disso tudo o grande problema da cidadania esteja na ausência de eficácia social do dispositivo que a consagra, pois a grande massa de pessoas marginalizadas, seja pela pobreza patente em nosso Estado, seja pela falta de absorção de certas classes sociais (minorias), são exemplos crassos de uma não-cidadania ligada a direitos sociais.

Assim, se na Grécia antiga o problema estava no fato de que poucos eram os cidadãos, dentre estes poucos o exercício da cidadania era pleno, ou seja, se numa concepção geral faltava a isonomia, dentre os cidadãos imperava a isegoria. Por outro lado, o problema que se verifica hoje, em especial na cidadania brasileira, é que depois do século XVIII, num sentido formal, e após o século XX, num sentido material, a isonomia passa a fazer parte inafastável do conceito de cidadania. Contudo, o exercício da cidadania é que passou a ser menos patente entre os cidadãos.

Desta forma, a cidadania brasileira hodierna, parece encontrar problemas de ordem prática, pois o regime democrático e a forma de governo republicana impelem a uma necessária atuação cidadã dos indivíduos ligados ao ordenamento jurídico, mas a carência de substratos práticos como os direitos sociais ligados à moradia, trabalho e salário digno, remetem a cidadania à mera posição formal, sem qualquer sentido prático.

Por fim, vale dizer que, se na era da informação, a cidadania ganha contextos que remetem a uma participação mais ativa dos indivíduos, tampouco isso implica a uma concretização da cidadania, pois o que se tem percebido é que as novas tecnologias nem sempre aproximam o cidadão do interesse público, apenas permite que pessoas que sequer compreendem o desenvolvimento mínimo do agir estatal acabam muitas vezes pautando as discussões públicas,

levando temas importantes para uma seara onde a solução é impossível ou é juridicamente inválida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Thiago Caversan. **Estabilidade jurídica e desenvolvimento sustentável**: coisa julgada e sustentabilidade. Londrina: Thoth, 2020.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ARON, Raimond; CROCE, Benedito; CARR, E.H.. **Declarações de direitos**. In: PORTO, Walter Costa (editor). *Leituras sobre Cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; KOUCHNER, Évelyne Pisier-. **História das ideias políticas**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- COMPARATO. Fábio Konder. **Evolução histórica dos direitos humanos**. São Paulo: saraiva, 2005.
- CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: In Filosofia e Política 2. L.e P M UNICAMP/UFRGS/ CNPQ: Porto alegre, 1985.
- COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é Cidadania**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno amazonas de. **A cidadania na Grécia e em Roma**. In: PORTO, Walter Costa (editor). *Leituras sobre Cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria teral do estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são os Direitos da pessoa**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. São Paulo: moderna, 2004
- FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Renovar, 2001
- KYMLICKA, Will. **Cidadania**. Disponível em: http://www.didacticaeditora.pt/artes_de_pensar/leit_cidadania.html. Acesso em 13 maio 2007
- MARSHAL, T.H. Cidadania e classe social. In: PORTO, Walter Costa (ed.). *Leituras sobre cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **Curso de ciência política estado e justiça**. Belo Horizonte: De Plácido, 2015.
- PINSKY, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi (org.). **História da cidadania**. 3.ed. São Paulo: Contexto, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. Cidadania global é possível? In: PINSKY, Jaime (org.). **Práticas de cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004.
- SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e o constitucionalismo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**, São Paulo: Malheiros, 2002.
- TEMER, Michel, **Elementos de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania global**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/direitoglobais/cidadania-global/cidadania_global.html. Acesso em: 13 maio 2007.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

A NATUREZA POLÍTICA DA AÇÃO POPULAR: INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Hwidge Lourenço Ferreira

Advogado. Procurador-Geral Adjunto do Município de Santa Fé-PR. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana/ESB com láurea acadêmica. Pós-graduado em Direito Constitucional pela PUC-PR. Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo AVM/Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito e Gestão do Agronegócio pelo IDASP/OAB-TO.

INTRODUÇÃO

A construção de uma democracia decorre de um lento processo histórico/evolutivo, por vezes entrecortado por momentos da grande agitação e ruptura. Não apenas dos grandiosos eventos históricos moldados no calor das batalhas e conflagrações, banhados na dor e no sangue, mas também de pequenos atos e decisões que, aos poucos, constroem todo um sistema democrático e dos direitos fundamentais, com as evidentes peculiaridades de cada momento histórico, mesmo que a revelia da classe dominante, uma síntese da eterna luta entre opressores e oprimidos (MARX; ENGELS, 2001, p. 33).

Mas esse não, por evidente, processo tranquilo. O conflito entre as forças construtoras de uma democracia efetivamente garantidora de direitos fundamentais, sempre visando em busca de melhor posicionamento no intrincado tabuleiro político-social, para a final obtenção de seus interesses, legítimos ou não, molda a realidade dessa democracia.

Isso pôde ser magnificamente observado na construção da Constituição Federal de 1988, quando diversos grupos agiram para garantir direitos e obrigações. E, não se pode negar, de um modo ou de outro, daquele caldo democráti-

co todos¹⁷⁰ foram razoavelmente atendidos pela Constituição cidadã que nasceu daquele processo. Nossa sociedade representada por grupos, microssociedades em conjunto representando uma macrosociedade, o Povo, conforme a visão de Coelho¹⁷¹ (1991, p.132).

Ocorre que a (re)construção de nossa democracia não cessou com a promulgação, em 1988, da Constituição da República Federativa do Brasil. Ao levantar em suas mãos a Constituição, Ulisses Guimarães apenas iniciou o processo de compreensão e acomodação daquela coleção de direitos fundamentais sedimentados nesse novo documento constitucional, sendo inclusive direitos voltados especificamente à garantia dos direitos políticos e o direito a participação política por parte do cidadão.

Ali, naquele momento, o “fazer política” deixava de ser uma atividade “subversiva” ou meramente garantidora do *status quo* do regime, para adentrar na seara da democracia participativa representativa, em sua *quintessência*.

Entretanto, de lá para cá, nossa experiência com a democracia participativa representativa não tem sido das melhores. De alguma forma, a política parece nos incomodar, nos envergonhar, ou, ao menos, envergonhar boa parte da população.

De fato, hodiernamente, com a promiscua relação entre os poderes da República, claramente percebida pela sociedade, a política parece soar como algo sujo, distante, descompromissado com as necessidades sociais e destinada apenas à locupletação dos ditos “políticos”, e ocupação de ladrões. Seria apenas uma percepção equivocada do Povo?

A história política do Brasil e seus escândalos de corrupção parecem demonstrar que não. Porém, se aceitarmos tal suposição como absolutamente verdadeira, teríamos também que imaginar que a classe política surge das estrelas, colocada em seus postos por vontade divina, e não como originada em nossa própria sociedade, e alimentada por nossos votos. O exercício do Poder como concreção máxima de interesses pessoais.

Mais que tolice, esse afastamento entre “nós e eles” apenas nos mostra uma faceta ainda pouco desenvolvida de nossa sociedade e de nossa demo-

¹⁷⁰ Em nossa opinião há um, porém, um grande ente federativo derrotado durante o processo de construção da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: os municípios. Por falta de uma entidade capaz de centralizar e multiplicar seus anseios, os municípios ficaram com a menor fatia do orçamento e com a maioria das atribuições, o que hoje repercute na atual situação pré-falimentar dos municípios do país.

¹⁷¹ “Num sentido atual, a sociedade deixou de ser considerada simples aglomerado de indivíduos para ser vista como reunião de grupos; por isso, é possível falar em *micro-sociedade*, que é cada um desses grupos, e *macro-sociedade*, que é o conjunto dos diversos grupos que convivem num determinado espaço histórico: a macro-sociedade é o povo, a nação, a sociedade propriamente dita e a humanidade. Esta definição atem-se aos componentes “materiais” da sociedade, isto é, elementos empiricamente verificáveis que a constituem”.

cracia, que revela nossa própria omissão. Mas seríamos nós, o Povo, o único responsável por isso?

Evidentemente, não há como se atribuir ao Povo a responsabilidade exclusiva por este estado de coisas, por essa omissão quase criminosa e voluntária de nossas responsabilidades cidadãs. Tal situação foi cultivada por toda a nossa história, Colônia, Império e República, e hoje, qual grillhões, nos impede de tornarmos agentes de nossa própria democracia.

Se nos imaginarmos como nação desde o Império, em 1824, veremos que nos sucederam momentos críticos em nossa história, alguns como participação popular, outros não.

Durante o Século XX tivemos a Política do Café com Leite, o Tenentismo, a Era Vargas, a ascensão dos estados totalitários, incluindo aí o Estado Novo de Vargas, o Nazismo, o Fascismo, a União Soviética e o Imperialismo japonês, a guerra fria, uma guinada à esquerda com Jango, uma ditadura militar e 20 anos de conturbação e violação de direitos de parte a parte.

Por outro lado, tivemos a derrota dos estados e impérios totalitários, o *Rock and roll*, a contracultura, o LSD, os protestos contra a guerra no sudeste asiático, a revolução dos cravos e a derrubada do muro de Berlim, marcando o princípio do fim da União Soviética e a redemocratização do Brasil.

De todo esse processo, e ao fim dele, tivemos como resultante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e um longo período de estabilidade democrática desde então. Período esse que viveu inclusive a morte do primeiro presidente civil eleito em décadas e a derrubada de dois presidentes corruptos pela via democrática, sem rupturas institucionais.

Agora vivemos novamente tempos extraordinários. Uma polarização jamais vista, com uma clara divisão social, após fatos que resultaram no desmantelamento da chamada Operação Lava Jato, com especial protagonismo do Poder Judiciário, resultando em uma promiscuidade institucional poucas vezes vista em nossa história. Grande parte da população, talvez a maioria, perdeu a fé no sistema político, nas instituições e nas leis. Isso, certamente, afasta a maioria da população da participação política.

E diga-se que, como visto, nossos direitos políticos estavam plenamente protegidos pela Constituição, inclusive os que permitem o exercício da democracia direta, em maior ou menos grau. Usa-se o verbo “estavam” já que desde 2018 estamos submetidos a um processo político que, na falta de melhor definição, indica que Lassalle e sua “Constituição Pedaco de Papel” venceram por goleada ou, usando uma referência mais moderna e atualizada, uma era de “Medievalismo Jurídico Contemporâneo”, nas palavras do Professor Jônatas Luiz Moreira de Paula¹⁷²

¹⁷² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. MEDIEVALISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: UMA CRÍTICA AO ATIVISMO POLÍTICO DO STF. Londrina – PR. p. 113. Toth Editora, 2025.

Temos hoje, graças a disseminação de informações de forma descentralizada e distribuída pela internet em toda as suas formas, para horror de certos atores políticos e da mídia dita “*mainstream*” um nível de consciência situacional jamais experimentado sobre as decisões políticas e administrativas que nos afetam, bem como sobre o correto proceder ou não do administrador, algo talvez, por paradoxal que seja, só tenha sido conhecido pelos gregos clássicos e sua democracia direta.

Com isso, a forma de fazer política obviamente não deixou de acompanhar tal crescimento na disponibilidade das informações, muito embora nosso regramento jurídico permaneça estável, quase que imutável. Assim, antigas ferramentas políticas devem ser analisadas de modo a permitir que o cidadão, dotado de maior capacidade de obtenção de informações exerça seu direito de participação política muito além do que deseja a elite dominante, como mero agente que vota a cada período determinado.

O advento da Constituição Federal de 1988 consolidou diversos direitos fundamentais de forma a garantir que dali em diante, com a refundação do Estado brasileiro, tais garantias ficassem expressamente asseguradas para todo cidadão diante das pretensões estatais. Entretanto, não há como se dizer que o que resultou dali seja uma realidade pronta e acabada, ou que tenha surgido naquele momento. Muito ainda resta a ser construído e do ali assegurado decorre mesmo de antigos preceitos que datam do direito romano clássico.

Um destes direitos fundamentais, se não o mais importante, certamente um dos que maior poder direto mantém (mantém, e não transfere, já que é o cidadão o titular do poder¹⁷³ cedido ao governante, momentaneamente.), é o direito de propor Ação Popular¹⁷⁴ para anulação de atos lesivos ao patrimônio material ou imaterial do Estado ou de entidade de que este participe.

Mas ainda existem juízes em Berlim¹⁷⁵! A Constituição de 1988 permite o manejo da Ação Popular como instrumento de efetiva participação política. O processo como elemento de realização dos objetivos fundamentais¹⁷⁶ da República Federativa do Brasil.

¹⁷³ CF/88 – Art. 1º, Parágrafo único: Todo poder emana do Povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁷⁴ CF/88 – Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹⁷⁵ “O Moleiro de Sans-Souci”, de François Andrieux.

¹⁷⁶ CF/88 – Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Esse importante instrumento tem sido negligenciado em nossa história. E historicamente incompreendido, mesmo no ambiente solene dos tribunais. Entretanto, como ferramenta constitucional disponibilizada à sociedade não temos como negligenciá-lo impunemente. O resultado dessa negligência nos é apresentado diariamente, seja na esfera federal seja nas pequenas e desesperançadas cidades do país.

Devemos, pois, lutar, com as armas da Democracia e da Constituição.

2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Por certo, nossa Constituição de 1988 definiu no parágrafo único de seu artigo primeiro a titularidade *do poder*, atribuindo-o ao Povo (Brasil, 1988). É certo também que embora defina seu titular, limita ao mesmo tempo a forma do exercício de seu poder, definindo se dará através de representantes eleitos, e apenas excepcionalmente de forma direta, nos exatos limites dados pela própria Constituição.

Esse modelo tem, com suas peculiaridades, nos servido há gerações. Desde a Constituição do Império, de 1824, guardam-se certos poderes ao Povo¹⁷⁷, ou lhes é dado por Deus um *Defensor Perpétuo* (Os Imperadores D. Pedro I e D. Pedro II eram, por força da Constituição de então, os defensores perpétuos do Brasil), para que este o exerça, ainda que indiretamente o poder ou, já na moderna Constituição de 1988 de forma direta em alguns casos.

Modernamente, nosso modelo de democracia representativa, considerada participativa, tem nos dado ao longo do tempo ao menos certa *ilusão* de poder. Ocorre que nossas decisões nos têm lançado eventualmente ao sabor do vento, mormente nos guiando eventualmente a verdadeiras tragédias no campo político, com profundas repercussões sociais e econômicas.

Nosso modelo democrático participativo representativo, semidireto, parece definitivamente exaurido. A democracia participativa, ou semidireta, tem sua base na representação do poder do Povo por representantes eleitos, mas que lhe guarda espaços, ainda que pequenos e de difícil manejo, para participação direta em questões de maior relevância, através dos meios definidos pela Constituição, sendo o plebiscito, o referendo, projetos de iniciativa popular, a necessidade de audiências públicas, o orçamento participativo, consultas como as realizadas por agências reguladoras de serviços públicos.

Sendo o modelo grego de democracia inviável ao longo de nossa evolução (usado aqui para representar a ideia de voz e voto, e não quanto a seu alcance

¹⁷⁷ Preferimos o termo poder do Povo (assim, grafado em maiúsculo mesmo, algo fora dos manuais de redação, para enfatizar sua importância superior aos entes federativos e seus gestores. Ainda, poder do Povo e não “poder popular”, em face de uma nítida distorção da expressão em favor de partidos e grupos organizados de esquerda em tempos recentes.

em todas as camadas da sociedade grega), e a democracia representativa indireta afastando o povo das decisões, de modo geral, nosso modelo de democracia semidireta aparece como uma forma de aproximar o verdadeiro titular do poder, o Povo, e aqueles que efetivamente o exercem.

Não nos restam dúvidas que quanto mais a real vontade do Povo prevalecer, mais democrática será a sociedade. Sob tal prisma, a democracia direta, onde cada cidadão possui voto direto sobre cada questão, parece ser a mais adequada, embora virtualmente utópica.

Nossos atuais mecanismos de participação direta nas decisões são por demais engessados. Esse, aliás, é um problema recorrente da democracia, que sucumbe em um mar revolto de burocracia e falta de estrutura adequada. Isso tem tornado impossível o controle democrático das atividades do governo, de modo a forçá-lo a comportar-se como um estado baseado na ética e nos direitos humanos, conforme ensina Luiz Fernando Coelho.

Há dissociação entre a vontade do Povo e a democracia representativa participativa, por diversos fatores. O primeiro diz respeito a complexidade dos problemas públicos atuais, que demandam por cada vez mais especialização dos agentes encarregados de resolvê-los.

Dessa dissociação surge o pior dos mundos em nosso atual modelo, que é o total desencanto pela participação democrática, pela participação política. Em todas as regiões do Brasil temos exemplos claros de políticos ao estilo “rouba, mas faz”, que são ignorados, ou pior, festejados pela população.

De fato, esse problema é recorrente na modernidade. Em sua obra “El Retorno a la Sociedad Civil – Democracia, Ciudadania y Pluralismo em el Siglo XXI” Alfonso de Julios Campuzano e Nuria Beloso Martín (2011, p.17) exemplificam tal rompimento, reconhecendo o desmoronamento da participação democrática:

Por otro lado, la fórmula política del Estado Social de Derecho ha abierto una profunda brecha en el vínculo, esencial para la democracia representativa, entre gobernantes y gobernados. El control progresivo de los procesos de toma de decisiones por parte de la élite gobernante, sustentado en la creciente complejidad de los problemas y el desarrollo de una red de tecnócratas vinculados al autismo que provoca al sistema de partidos, favorece la deserción ciudadana, el debilitamiento de la praxis democrática y el eclipse de las fórmulas participativas.

Nessa realidade cruel, a imensa maioria de nosso povo segue levando uma existência condicionada a um mínimo existencial, ou a nem isso. Aceitam sua triste sina, em uma forma endêmica de *fatalismo caboclo*, levando uma vida morderrenta e alienada, apartados das grandes decisões políticas que decidem os destinos do povo e cujo resultado em geral é a limitação do exercício de sua cidadania. Essa triste realidade veio sedimentada de longa data, desde a colônia

até a República, sendo a fonte de toda a desmotivação de nosso Povo para a participação política. Povo e classe dirigente distanciaram-se. Uma não se preocupa em explicar, a outra não faz questão de ouvir.

Já no começo do século passado, Manoel Bomfim lecionava, algo desesperançado, em seu último legado “O Brasil Nação”, sobre a triste realidade de aculturação e domínio secular por uma elite interessada na aculturação e desesperança de nosso Povo¹⁷⁸⁻¹⁷⁹.

Há evidente crise em nosso sistema democrático. Nosso sistema eleitoral, conspurcado por uma miríade de partidos sem orientação, ideologia ou razão de existir, senão para servirem como legendas de aluguel apenas afastam o cidadão cada vez mais das vistas dos dirigentes e representantes. Com isso, a representação política tornou-se coisa de profissionais, que dela fazem seu meio de vida ou de grupos estruturados com fins nem sempre adequados.

Contemporâneo de Manoel Bomfim, Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra “Raízes do Brasil” (2006), ao tratar da construção do brasileiro como “homem cordial” reflete o desencanto com nossa democracia posta à mesa, em três momentos naquela obra: “A ausência de verdadeiros partidos não é entre nós, como há quem suponha singelamente, a causa de nossa inadaptação a um regi-

¹⁷⁸ Nessa trama que o mantém dominado, o povo brasileiro dá ideia de qual humanidade larvar, que um destino mau retém, a não deixar elevar-se para as formas realmente humanas, socialmente evoluídas. No entanto, na sua espontânea cordialidade, esses humildes irradiam vida. Não tem formas para impô-la; não sabem, mesmo, que têm o supremo direito a uma existência superiormente definida; não lhes veio, ainda, a legítima ânsia de reivindicação; mas, na expansão afetiva lhes palpita a própria essência da vida social. Mantê-los, ainda, na ignomínia; acreditar que é possível negar-lhes eternamente o caminho na insofismável ascensão; esse é o crime estúpido que os nossos dirigentes pagarão caro. Pobre povo! Tão naturalmente simples na grandeza destas paisagens! Pobres gentes, essencialmente boas, para aceitar a secular espoliação que as avilta. Na sua tranquila cordialidade de agora, esse pobre povo apenas insinua implícita súplica de viver; mas, será eternamente assim?...E não se sentem infamemente criminosos, tais dirigentes, que só podem governar sobre o absoluto amesquinamento das populações? (BOMFIM, 1998)

¹⁷⁹ O amesquinamento do Brasil é essa mesma degradação dos dirigentes, dominando o aviltamento do povo. As sociedades modernas valem pelo pensamento, para o bem, para o mal. E nós valem como um país cujos dirigentes só se definem pela incapacidade, e cuja massa se conserva, sistematicamente, no embrutecimento preciso para a supremacia da mesma incapacidade. De tal sorte, só subsiste a nação, em nominal soberania, porque a condição de americana a garante. Fosse outra sua situação no mundo, em imediata competência com povos válidos, e teríamos perdido até o nome. O Brasil é um mundo fechado à verdadeira atividade social e de pensamento, isolado, sequestrado num mentalismo arcaico, na imunda aridez de um coimbrismo regredido da própria Coimbra de 1800. Temos vivido em constância de governos garantidos pela placidez das populações, dirigidos numa política depravada na exploração da mesma placidez, e que, assim depravada, há um século intenta fazer uma nação sem povo, para perpetuidade do bragantismo que nos dirigentes se continua. Em verdade, a massa da nação brasileira é uma, e a gestão política é outra, nunca em relação de existência com a alma nacional. (BOMFIM, 1998)

me legitimamente democrático, mas antes uma consequência dessa inadaptação (p. 151)”; “A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido (p. 153)”, para finalizar: “Todo o pensamento liberal-democrático pode resumir-se na frase célebre de Bentham: “A maior felicidade para o maior número”. Não é difícil perceber-se que essa ideia está em contraste direto com qualquer forma de convívio humano de base emocional” (p. 156).

Há, de fato, toda uma ilusão com o sistema representativo, conforme já percebido por Mikail Bakunin¹⁸⁰. Não há dúvida que a classe de representantes eleitos se curva ao povo no período eleitoral. Porém, imediatamente depois de encerrado o pleito e contados os votos, os eleitos são socialmente promovidos, passando a ver aqueles aos quais se curvaram como uma massa a ser dirigida, como seus superiores.

Em nossa *terra brasílis* esse fenômeno dissociativo é visto como algo comum. O cidadão não se lembra em quem votou e o “votado” não se lembra do cidadão e de sua subordinação a ele. Cidadania é algo exercido apenas no período eleitoral, e de má vontade. Em artigo publicado na Revista Judiciária do Paraná (CAMBI; FERREIRA, 2015, p. 207-226) demonstramos que tal fenômeno brasileiro é de reconhecimento mundial:

Não há cidadania plena sem efetiva participação política. No estudo chamado “The Democracy Index” de 2011, do jornal “The Economist”¹⁸¹, o Brasil apareceu na 45ª posição, entre as chamadas “democracias imperfeitas”. A pesquisa revela que o país possui bons índices em vários quesitos. Em relação ao “processo eleitoral e pluralismo” e às “liberdades civis”, as notas, atribuídas ao Brasil, são compatíveis a das democracias europeias consolidadas e classificadas na pesqui-

¹⁸⁰ Por mais democráticos que sejam seus sentimentos e suas intenções, atingida uma certa elevação de posto, veem a sociedade da mesma forma que um professor vê seus alunos, e entre o professor e os alunos não há igualdade. De um lado, há o sentimento de superioridade, inevitavelmente provocado pela posição de superioridade que decorre da superioridade do professor, exercite ele o poder legislativo ou executivo. Quem fala de poder político, fala de dominação. Quando existe dominação, uma grande parcela da sociedade é dominada e os que são dominados geralmente detestam os que dominam, enquanto estes não têm outra escolha, a não ser subjugar e oprimir aqueles que dominam. (...) É verdade que, em dia de eleição, mesmo a burguesia mais orgulhosa, se tiver ambição política, deve curvar-se diante de sua Majestade, a Soberania Popular. Mas, terminada a eleição, o povo volta ao trabalho, e a burguesia, a seus lucrativos negócios e às intrigas políticas. Não se encontram e não se reconhecem mais. Como se pode esperar que o povo, oprimido pelo trabalho e ignorante da maioria dos problemas, supervisione as ações de seus representantes? Na realidade, o controle exercido pelos eleitores aos seus representantes eleitos é pura ficção, já que no sistema representativo, o controle popular é apenas uma garantia da liberdade do povo, é evidente que tal liberdade não é mais do que ficção” (WOODCOCK, George. A Ilusão do Sufrágio Universal (Mikhail Bakunin). In: Os Grandes escritos anarquistas. Porto Alegre: L&PM, 1986. p. 98-100).

¹⁸¹ Disponível em: <http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2011>. Acesso em: 16 mar. 2015.

sa como plenas. Além disso, no quesito “funcionamento do governo” o Brasil teve a mesma avaliação que os Estados Unidos. Entretanto, o estudo revelou que as falhas na consolidação da democracia plena decorrem da participação popular. Tanto no quesito “participação política” quanto “cultura política” as notas brasileiras se igualam a diversos países subdesenvolvidos e, também, regidos por regimes ditatoriais.

Para superar a apatia social, conforme salientamos no item anterior, é preciso começar pela educação para o exercício da cidadania. Nesse sentido, a Noruega, país melhor colocado no ranking do “The Democracy Index”, dá especial atenção à educação. Além das disciplinas tradicionais, os alunos são incentivados a procurar dados e avaliá-los de forma crítica, a formar uma opinião própria baseada na informação adquirida e na sua própria avaliação, bem como argumentar as suas próprias ideias. Ainda, é uma diretriz do Ministério da Educação daquele país que a educação auxilie a promover a democracia, a igualdade e o pensamento científico.

Tais números revelam uma grande falha e nosso modelo de democracia representativa participativa: Não participamos! Não temos cultura de participação política, e dela preferimos manter certa distância. De certa forma, isso é incentivado. Com isso, nossos políticos agem livremente. Nossos representantes representam a si mesmos, e com isso nos afastamos cada vez mais. Um campo fértil para nossos tristes governantes.

Chegamos, então, a uma encruzilhada de nossa vida política. Não temos condições de pleno exercício da democracia direta, e nossa democracia participativa é, de certo modo, viciada. Como proceder?

Cidadania. O efetivo exercício da cidadania é a chave da questão. A participação cidadã. Não há outra forma. O exercício da cidadania é a melhor forma de participação política.

3. AÇÃO POPULAR COMO FERRAMENTA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As origens da Ação Popular remontam a Roma antiga e, com ela, também surgiu o autor popular. O primeiro conceito de cidadão demandando contra outros, em defesa não de interesse exclusivamente seu, mas de toda a coletividade, foi cristalizado no Direito Romano como um apanhado de culturas mais antigas, superando os direitos sobre os próprios bens e ampliando na *actio* a capacidade de tutela de bens coletivos.

Na verdade, a Ação Popular surge em um momento anterior à fase clássica do direito romano, de modo a permitir a qualquer cidadão agir *pro populo*, na defesa de um interesse da coletividade. O conceito da época guardava certa similitude com o atual. Esclarece Sidou (1989, p. 348):

É que em Roma, emparelhando os crimes e os delitos, havia ilícitos que, sem se constituírem ofensa enorme à sociedade ou ao indivíduo, isto é, nem tão amplos que vulnerassem o Estado *latu sensu* nem tão restritos que se circunscrevessem ao indivíduo, eram, entretanto, ofensivos à sociedade inteira ou a uma coletividade determinada, e contra os quais se concediam ações a quem quisesse intentar. Estas ações, perseguindo embora um ressarcimento não constituíam um bem privado e, mesmo depois de definidas suas raíais na *litiscontestatio*, não passavam a integrar o patrimônio do ofendido para acrescê-lo, se o autor triunfante, embora seu fosse o ônus se derrotado.

Na época, as ações populares possuíam algumas características que hoje não verificamos. Não podia ser intentada através de procuradores, mesmo no caso de incapazes, se qualquer pessoa poderia buscá-las, qualquer pessoa poderia contestá-la, mediante simples juramento (SIDOU, 1989, p. 348). De fato, encontramos no *Digesto*: “*In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.*”¹⁸²

Superada Roma, e vindas as trevas medievais, absolutistas por natureza, não havia espaço para a ação popular. Com certa poesia assim definiu o Professor Nelson Carneiro em sua tese de livre-docência, ainda em 1951:

10. A Idade Média não cultivou as ações populares, flores exóticas nos regimes absolutos, e cuja eficácia somente se compreende – pondera Serrigny – naquelas em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas como por seus próprios negócios. Isso justifica o fato de haverem tais ações florescido nos tempos de liberdade e, após as trevas do despotismo, ressurgido nos Estados liberais.

Othon Sidou pondera no mesmo sentido de Nelson Carneiro:

De ato, tendo surgido da proscrição do regime romano ao cabo de treze séculos de domínio, o isolamento feudal não poderia permanecer oferecendo ao indivíduo o meio de defender as coisas públicas como se suas fossem e conscientizando-o para uma união mais íntima entre a própria pessoa e o Estado. Simplesmente porque não havia mais bens públicos na acepção antiga a defender individualmente com o interesse insuflado patrioticamente pelo Estado monolítico. Todo o sentimento coletivo foi suplantado pelo instituto egoístico e todo o ideal patriótico transubstanciou-se em fervor religioso.

Ainda assim, o próprio Othon Sidou traz um aspecto à luz, citando Tomaso Bruno, relato de obra de Giovanni Battista de Luca, o *Cardeal de Luca*, jurista e Cardeal

¹⁸² “Nas ações populares e comuns contra os outros a prestar juramento, ele já passou por isso, então, finalmente irá ajudá-lo, se de boa-fé que ele tem passado por ter sido, mesmo que se tem necessidade de, pelo menos, é consumido pela ação pública, se não for por meio de um ato de convivência.”

Católico dos primórdios do Século XVII, que em sua *De Iudiciis, Discorso XII*, esclarecia: “*Quilibet in iudicio esse potest, puta quilibet monachus pro monasterio vel religione; quilibet canonicus pro capitulo, et quilibet civis pro civitate; ac magis generaliter quilibet de populo, vel pro furioso, seu pro ecclesia, vel pia causa, cum similibus, quae quod istae actiones dicantur populares.*”¹⁸³

Já na modernidade embora se diga que o berço da Ação Popular é a França, haja vista lá ter sido admitida em 1837, ousamos discordar de tal entendimento. Ainda que de maneira limitada, a Ação Popular já estava prevista na Constituição do Império do Brasil de 1824¹⁸⁴⁻¹⁸⁵, e em uma época em que a pessoa do imperador era sagrada e por disposição constitucional não estava sujeita a qualquer responsabilidade¹⁸⁶. E note-se que o texto constitucional de então trazia expressamente a expressão *ação popular* que poderia ser intentada *por qualquer do Povo*. Portanto, mais de uma década antes de ingressar no ordenamento francês.

Historicamente, a Ação Popular é instrumento que se verifica em regimes democráticos e/ou participativos, ainda que incipientes ou nascedouros, iniciada no direito romano com uma ou outra roupagem, mas agora mantida com a mesma essência. Não deixa de ser um fato curioso, por isso, que a atual lei que a regulamenta, a Lei nº 4.717/65 tenha sido editada em 1965, primeiro ano do regime de exceção iniciado com a Revolução de 1964. Sobre essa natureza democrática da Ação Popular, já afirmava Othon Sidou:

A ação popular não é só um resultante do Estado organizado; é um imperativo do Estado democrático; não que se trate de uma inconciliabilidade estrutural, porém se um estrabismo conceitual. O Estado despótico, ou absolutista, em princípio é exclusivista, ou monopolizador; tem-se por infalível, infalibilidade que se estende a todos os seus agentes, e assim considera prescindível a colaboração do indivíduo nos mistérios de fiscalização de seus atos, o fulcro objetivo da ação popular entende o Estado despótico que só o órgão basta para exercitarem o velamento dos coletivos, o que em razão última significa a defesa interna *corporis* dele, Estado. Daí por que, tal como na concepção marxista-lenista reputa o

¹⁸³ “Todo aquele que puder estar em juízo, se for um monge o fará em interesse do mosteiro ou da religião; se fórum canônico em favor do capítulo (colegiado eclesiástico); se for um cidadão; em benefício de sua cidade; e, de modo geral, qualquer do povo em favor do órfão, ou do louco, ou da igreja, ou de uma cousa pia e da mesma forma em casos similares, porque essas ações são declaradas populares.”

¹⁸⁴ Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsáveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

¹⁸⁵ Canotilho et al (2014, p. 489) discordam dessa visão. Para eles, a Constituição de 1824 omitia o direito à Ação Popular, em que se pese o permissivo do art. 157.

¹⁸⁶ Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

habeas corpus um instrumento jurídico de inspiração reacionária, a concepção fascista considera a ação popular produto de uma mentalidade liberal ultrapassada.

Porém, desde os tempos do Império passamos por longa evolução enquanto nação, Povo e democracia. Este longo processo resultou, em fins do século passado, no período de estabilidade democrática em que vivemos, decorrente e protegido pela Constituição Federal de 1988, e com respeito a direitos e garantias fundamentais, conforme vimos no capítulo anterior.

Ingo Sarlet dá a importância e extensão desse referencial:

A amplitude do catálogo de direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco de direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar o art. 5º possui 78 incisos, sendo que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores.

Assim, esta *liberdade constitucional* tem uma amplitude muito maior do que é usualmente percebido. Ela não nos dá apenas o direito de cuidarmos de nossa própria vida sem a intromissão indevida ou inesperada do Estado, direito obtido ainda na primeira geração dos direitos fundamentais, mas também nos proporciona ferramentas capazes de permitir que nos ocupemos positivamente da vida do conjunto de nossa sociedade, sob o aspecto de comunidade, e que nos tornemos agentes efetivos da eterna construção da democracia e dos direitos fundamentais, bem como da proteção de nosso patrimônio coletivo, seja ele de valor pecuniário ou não. Esse é o terreno fértil onde deve vicejar a Ação Popular. Sua retrospectiva histórica mostra isso. Ela é a *estrela* dos regimes democráticos, onde o povo se vê como dono da *res publica*. Em sua mais recente obra, Helênia e Devília, onde demonstra o que deveríamos ser e o que efetivamente somos, Luiz Fernando Coelho resolve, com maestria, essa dolorosa dicotomia entre interesse público e interesse de governo.

Daí a prevalência da Devília brasileira, onde o ganho fácil sem sacrifícios, o bem-estar sem esforços e a exploração desmedida da natureza e dos outros constituíram desde sempre a ideologia dos ricos, representados por uma classe política igualmente corrupta, com algumas exceções.

Essa ética deviliana, presente no inconsciente coletivo dominado pela alienação, faz os homens públicos, salvo alguns exemplos, desenvolverem suas atividades, que deveriam estar voltadas para a população, em proveito de si próprios e dos grupos aristocráticos que lhe deram o poder político, uma atividade baseada na esperteza, na ganância, na hipocrisia, na exploração e na fraude, em detrimento do proceder correto, honesto e meritório. (HELÊNIA; DEVÍLIA, 2014, p. 435).

Coelho identifica com clareza os perigos do político que vê a administração como mera extensão de seu poder pessoal, o político dissociado do proceder equilibrado e populista. No mesmo sentido, Jônatas Luiz Moreira de Paula

também já alertava sobre os perigos advindos dessa dissociação entre interesse público e interesse de governo, ao pregar quanto aos procedimentos equivocados dos governos populistas: “Contudo, mesmo diante dessa nocividade e “traição” praticada contra o seu eleitorado ao não realizar as promessas efetuadas, inegavelmente os políticos “populistas” sempre tiveram ascendência e sucesso sobre o eleitorado, seja para se eleger ou reeleger.”

Quando o governante decide por demolir determinado imóvel histórico, exterminar um ecossistema, privilegiar amigos e parentes ou simplesmente saquear os cofres públicos, de plano cada cidadão pode verificar com razoável simplicidade o acerto ou não de tais medidas, em especial diante da pluralidade¹⁸⁷ de fontes de informação.

Ocorre que se facilmente percebíveis pelo cidadão comum, esses desvios de trajetória do administrador contam na grande maioria das vezes com um obsequioso silêncio da sociedade como um todo. Esse silêncio, mais que um traço de nossa permissiva cultura política, vem do desconhecimento das ferramentas legais disponíveis para o enfrentamento daquelas situações em que o cidadão percebe que o agente público lesa o patrimônio público, seja físico, como o erário, seja imaterial, como a moralidade¹⁸⁸ pública.

Porém, para aquele cidadão que deseja ultrapassar a mera indignação, reclamações em redes sociais e marchas, e agir efetivamente na defesa dos interesses de sua comunidade, o manejo da Ação Popular por vezes é desestimulado pelo desconhecimento de suas potencialidades, por medo de retaliação ou de eventual condenação em custas decuplicadas e honorários. Parece assustador, mas não deveria ser.

Tal “ameaça” não deveria afastar do cidadão a oportunidade de lutar pelo que considera justo. O cidadão tem a seu dispor, enquanto não lhe vem um mundo ideal, elementos constitucionais que garantem nossa participação política sem os intrincados meandros dos modos tradicionais de democracia direta.

4. AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DA DEMOCRACIA PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esses elementos apresentados anteriormente nos obrigam à análise de uma questão específica: a utilização do Poder Judiciário como elemento possibilitador de participação política e democrática.

¹⁸⁷ Embora *pluralidade* no caso não possa ser interpretada como qualidade e imparcialidade, em especial diante da necessidade de edição das notícias.

¹⁸⁸ José Afonso da Silva afirma “A ideia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica.” SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.668)

Como dissemos na introdução, o objetivo deste trabalho não é tratar da Ação Popular sob o aspecto de seu manejo e seus meandros, mas sim considerar aspectos ideológicos inerentes a ela mesma enquanto direito fundamental e elemento de participação política, mesmo que por via jurisdicional.

Historicamente, porém, buscar a tutela jurisdicional do Poder Judiciário nessas situações acarreta toda sorte de adversidade, superáveis, mas que exigem paciência, determinação e conhecimento por parte tanto do operador do Direito quanto dos autores populares, que encontrarão seu primeiro amparo já nas disposições e princípios da Constituição Federal de 1988.

As ferramentas processuais coletivas, mais que garantidoras de direitos individuais ou de pequenos grupos, tornam-se capazes de permitir aos cidadãos e demais legitimados a possibilidade de enfrentamento do Estado, obrigando-o a realizar o que sem provocação quedar-se-ia inerte.

Com efeito.

Com isso, pode a sociedade interferir na gestão de políticas públicas e na sua efetivação, possibilitando melhoras que beneficiem o conjunto dessa sociedade, muito embora *odiosamente* certos grupos, na defesa de seus membros flagrados em atos criminosos atualmente preferam chamar isso de *criminalização da política*, o que efetivamente não é, dado nosso sistema de freios e contrapesos.

Se todo poder emana do Povo, é certo que as ações coletivas e ações populares valem-se de parte deste poder para determinar e modificar condutas dos agentes públicos, com os efeitos daí decorrente. A implantação de determinada política pública por conta de decisão judicial importará em reflexos não apenas políticos, mas também financeiros e sociais.

É sabido que os municípios, estados e a União possuem sólida e complexa legislação tributária, com planejamento que abrange até quatro anos, no Plano Plurianual. Com isso, qualquer alteração demandará alterações complexas no planejamento orçamentário, algo que deverá ser considerado pelo magistrado.

De início temos, portanto, um conflito: a efetivação das políticas públicas contra a capacidade financeira do ente federado. Qual deve prevalecer, ou qual devem ser os parâmetros de quantificação a serem adotados pelo juiz?

Ao juiz cabe, neste caso, verdadeiro papel político. Diante da omissão dos demais poderes, cabe ao juiz a efetivação dos mandamentos constitucionais, e apenas isso: foco na Constituição, e não sua interpretação de acordo com interesses políticos desviados de seu objetivo., com o objetivo do que Jônatas Luiz Moreira de Paula chama de cidadanização.

5. IDEOLOGIA E MOTIVAÇÃO POLÍTICA DA AÇÃO POPULAR

Antes de tentarmos compreender as questões envolvidas no manejo da Ação Popular como instrumento de luta política, convém compreendermos o Direito e o Processo sob o prisma ideológico.

Quando pensamos no uso de uma ação constitucional como a Ação Popular como instrumento de participação político-democrática, não podemos deixar de considerar que ainda que possamos identificar diversos grupamentos políticos em nossa sociedade, qualquer cidadão estará mais ou menos afeito a determinado grupo ideológico.

A neutralidade é impossível¹⁸⁹. Isso pode ser magnificamente observado durante os protestos contra o governo Dilma, quando qualquer pretensa neutralidade foi rapidamente (e pejorativamente) alcunhada como sendo de “*isentos*” e apontada como de elementos alinhados ao governo.

Abordando um seguimento ainda mais específico, o daquele cidadão engajado na disputa política, temos que considerar que o comportamento político do integrante de dado grupo político será determinado tanto pelos conceitos e dogmas de seu grupo quanto pela posição de poder ocupada, governo ou oposição. E que uma vez atingido a posição dominante, aquele grupo que a ocupa tenderá a perpetuar-se no poder, enquanto o grupo alijado do poder, ou que o almeja, tentará reduzir ao máximo a permanência do outro grupo na posição dominante.

Ainda, dentro de cada grupo ou partido, há luta pelas posições de poder, sendo que a elite dirigente buscará, da mesma forma, manter sua posição *Interna Corporis*.

Assim, o comportamento dos integrantes de cada grupo será determinado pela posição de poder ocupada no grupo e pelo grupo e pelas questões ideológicas que lhes são afeitas. O grupo moldará seus membros.

A obra Teoria Crítica do Direito de Luiz Fernando Coelho pode nos fornecer os subsídios teóricos para a compreensão da importância da ideologia na decisão do autor popular em propor a Ação Popular, e sua importância na consolidação da democracia participativa e da justiça social.

Citando Coelho, Jônatas Luiz Moreira de Paula afirma que a representatividade social que legitima os poderes Executivo e Legislativo por um processo eleitoral é um elemento imaginário, dado pelo Direito, confrontando o projetado, imaginário, e o real. Esse imaginário, portanto, surge como teoria crítica

¹⁸⁹ Mesmo no campo da Física a possibilidade de neutralidade é afastada pelo chamado *Efeito do Observador*, eventualmente associado ao Princípio da Incerteza de Heisenberg e à Mecânica Quântica.

(ideologia), pois molda tanto o Direito quanto o Estado, reconstruindo o social pela desalienação do indivíduo e da sociedade.

O próprio Coelho, citando Marx, demonstra que não é a consciência do homem que define o seu ser social, mas sim seu ser social é que determina sua consciência. Oras, tal afirmação nos parece por demais acertada quando imaginamos as motivações ideológicas do manejo da Ação Popular, e sua, se não necessária, clara vinculação ao jogo político.

Parece-nos clara em sentido e aplicação a afirmação de Marx conforme trazida por Coelho. São as escolhas sociais do indivíduo que orientarão suas opções políticas, e o que mais delas decorrerem. Ao optar por determinado grupo político, partido ou agremiação, parece claro que o indivíduo atuará na defesa daquele determinado grupo. Por sua vez, o grupo político adversário irá sempre se opor, tentando demonstrar os erros e equívocos do lado adversário. Há como se imaginar, na sociedade atual, algo diferente disso? Ou em toda a nossa história? Unanidades só foram obtidas sob atos de força, em ditaduras.

Sendo assim, teremos então, minimamente em qualquer situação política, dois grupos em situação de antagonismo, cada um com suas convicções políticas e ideológicas, e é salutar que seja assim.

Cada um dos membros de cada grupo político carregará suas convicções e bagagem ideológica cuja construção decorrerá de suas escolhas sociais, sendo construídas, via de regra, na forja do real, da ação, da participação e do debate. Se um dos grupos alcança o poder em determinada esfera política, o que se espera é que os demais grupos ou se alinhem àquele, ou lhe façam antagonismo.

Tomando emprestado tal conceito para o utilizarmos no campo político, haverá sempre essa relação antagonica entre os diversos grupos que compõem o cenário político, e haverá sempre um grupo buscando a ascensão. Embora Coelho denomine tal movimento como *movimento social*, evidente que com relação ao que nos importa consideremos isso como *movimento político*. Que buscará ascender em contraposição ao grupo dominante.

Muito embora em Coelho a definição de movimento social seja muito mais ampla que a que pretendemos de movimento político, entendemos que há certa vinculação sob o aspecto da transformação social, resultante do conjunto de princípios orientadores desta proposta de transformação surgida no seio daquele grupo político, conjunto esse se denomina ideologia.

Se considerarmos que por erro ou má-fé determinado dirigente cometa irregularidades na gestão do erário. Salvo exceções absolutamente desinteressadas, e raríssimas, seus partidários adversários se apressarão em denunciar o ocorrido.

Eventualmente, em meio a tudo isso, um do povo, sem qualquer vinculação a qualquer grupo político poderá intentar algo para enfrentar a ação, mas, convenhamos, isso é (infelizmente) raríssimo em nossas plagas.

Oras, o cidadão que é contra a política *por ser*, que considera todos os políticos como criminosos, sem atentar para o fato de que os políticos são avatares que nos representam, individualmente ou como sociedade, não trabalha sob si na liberação de sua autoconsciência, permitindo a exploração do homem pelo homem não sob o aspecto do capital, mas sob o prisma político. Perde, ou não desenvolveu, a consciência de sua real importância na sociedade, legando a terceiros toda a sua capacidade de produzir política. Desse cidadão, distante e alienado, não se pode esperar que atue na defesa de sua comunidade, em especial acionando a Jurisdição através da Ação Popular.

De fato, mais que fenômeno que ocorre no *espírito*, como pretendeu Hegel, e valendo-se do conceito marxista, essa alienação é fruto de nossa época e evolução histórica, da concretude dos eventos políticos atuais. Seria ignorar o óbvio não imaginar que a atual situação política, com uma miríade de partidos políticos inexpressivos, corrupção, impunidade, voto obrigatório, falta de opções, sejam o gatilho para a alienação do cidadão comum.

Entretanto, só o enfrentamento dessas situações, na luta política, permitirá ao cidadão reverter sua alienação. O trabalho como ferramenta de opressão, alienação e como fator de resgate do trabalhador dessa situação de alienação.

Mas enquanto Marx só vislumbra essa possibilidade frente a abolição da propriedade privada, no campo político nossa tradicional letargia é que deve ser abolida, para que o cidadão encontre e se valha de sua consciência política. Não há crescimento da consciência nem efetivação da justiça social senão pela *práxis* da atividade política. Essa atividade política, a nosso ver, pode bem comportar o uso político da Ação Popular, como ferramenta de enfrentamento do grupo político antagonico, diante de eventuais irregularidades cometidas pelos dirigentes em face da coisa pública capaz de ser tutelada pela Ação Popular.

Mas, enquanto isso não ocorre, seja em função da ideologia que dirige os movimentos e partidos políticos, seja em função da alienação do cidadão comum, quando pensamos então na propositura da Ação Popular temos que considerar que, se não em todas as vezes, mas na maioria absoluta delas, a motivação para sua propositura deverá ser basicamente ideológica e política.

Oras, a ideologia é parte indissociável da sociedade, de cada grupo político e de cada cidadão, assim como seu aspecto negativo, a manipulação dessa ideologia, a manipulação dos grupos sociais e políticos pela elite dirigente de cada um desses grupos, na defesa de seus próprios interesses. Esse é outro aspecto que demonstra ser a discussão ideológica indissociável quando pensamos no manejo de ações em face de atos de governo e seus agentes, em especial na Ação Popular. Não há como se imaginar que os *integrantes do grupo dominante* atacam eventuais problemas causados por seus integrantes na condução do governo, pois ideologicamente entrelaçados, o grupo congrega uma igualdade de pensamentos unidos pela ideologia. Basta ver nos dias de hoje a condenação

por claros crimes cometidos pela elite dirigente e a existência de grupos que lhes defendem e acusam o Poder Judiciário de *perseguição*, enquanto relevam os crimes cometidos pelos líderes de seus grupos.

Temos, portanto, que o Direito é o local ideal para disputas ideológicas e luta política, para o exercício e construção da democracia. Assim sendo, como seria possível ser considerada a motivação política como sendo um demérito para o autor popular? Aliás, que local seria mais adequado para a modificação da realidade social e política que não sob a vista vigilante de Themis?

Neste mesmo passo, seria forçoso considerarmos que não beneficia a sociedade a imputação de comportamento negativo a propositura de Ação Popular ainda que com nítida *intenção política*, pois não interessa à sociedade, mesmo por ausência de vedação legal, os motivos da propositura da ação no aspecto do foro íntimo do autor popular, mas sim o bem público tutelado.

Nenhum direito é superior àqueles originados no Preâmbulo e artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, fundamentos da República, e que definem o poder do povo como fonte de todo poder estatal. Todo poder emana do povo. É o povo o titular do poder, cedido temporariamente a terceiros, que o exercem em seu nome. Mas a democracia participativa, prevista na própria Constituição, deve ser um objetivo a ser sempre perseguido.

Quando pensamos em ação ou participação política, podemos considerar uma vasta gama de comportamentos e manifestações tendentes a participação direta ou indireta no jogo político, lícito, natural e esperado em nossa sociedade.

Entretanto, por diversas razões históricas e culturais, a política é vista por boa parte de nossa sociedade como um demérito, algo negativo. Inclusive, por mais paradoxal que possa parecer, pelos próprios políticos, que frequentemente atribuem esse *aspecto negativo* ao próprio jogo político¹⁹⁰.

De forma mais precisa, quando um cidadão resolve valer-se dos remédios constitucionais que lhe foram disponibilizados pela Constituição Federal de 1988, insurgindo-se contra ato ou omissão do poder público, ou na busca da efetivação de direitos, capaz de ser questionado pela via da Ação Popular, tradicionalmente a primeira grita dos réus populares é que se trata de “ação política”, ou elaborada com motivos “eleitoreiros”. O erro, o dano ao erário ou aos demais bens tuteláveis via Ação Popular parecem, em grande parte, relegados a segundo plano. Eis alguns exemplos:

- a) Nilson Silva diz que espera desfecho de ação popular para processar o advogado autor do processo. “Vou buscar meus direitos”. Carlão Pignatari e Sebastião Santos não responderam aos pedidos do Diário.

¹⁹⁰ Como exemplo: **Advogado de Padilha alega motivação política em denúncia**. Disponível em <https://istoe.com.br/advogado-de-padilha-alega-motivacao-politica-em-denuncia/>. Acesso em 13 fev 2018.

Para o presidente do Instituto Avante Brasil, Luiz Flávio Gomes, a Lei da Ficha Limpa foi um avanço, mas não impede condenados de serem candidatos. “Existe também uma morosidade muito grande da Justiça. É difícil ter condenação em segundo grau. Por isso defendemos o fim da reeleição”, destacou. **Ele considera o número de ações e processos contra candidatos da região “excessivos.”** “É um número sério. Mostra processo de degeneração moral impressionante. (MARQUES, 2014).

- b) A discussão sobre os contratados do Reda, que começou nos tribunais e foi parar nas ruas, também contou com manifestações no rádio. Bem ao seu estilo, o deputado federal Anthony Garotinho (PR) comentou no último sábado, em uma emissora de rádio, sobre a **suposta motivação política por trás da ação**. Um dos motivos seria o fato de José Paes neto ser filiado ao PPS. No entanto, segundo o vereador eleito Rafael Diniz, que também é do PPS, a tentativa de politizar a ação popular não tem o mínimo sentido. (BASTOS, 2012).
- c) Infelizmente, a motivação política acaba sendo a **motivação de quase todas as ações populares**. A judicialização da política é agora uma prática comum, por isso figura entre os instrumentos mais discutidos na pauta nacional nos dias de hoje. (RODRIGUES, 2012).
- d) O governador Ronaldo Lessa (PDT) reagiu ontem à notícia de que uma ação popular, com pedido de liminar, tenta suspender o processo de licitação para contratação do banco que vai operar a conta-salário dos servidores públicos e a conta-fornecedores. A informação foi veiculada na edição de ontem da Gazeta. **Segundo Lessa, a ação popular é um “vigarismo” e foi movida por “laranjas”**. A licitação está marcada para o dia 13. Dois bancos públicos detêm hoje as contas: o Banco do Brasil e a Caixa Economia Federal. “Para ajudar é muito difícil, mas para complicar, tem gente de todo tipo”, reagiu o governador. “Evidente que isso deve ser um laranja para atrapalhar o Estado”, emendou Lessa. Inquirido se acreditava em motivação política para a ação popular, o governador negou e acrescentou: “Não, para mim é vigarismo”. (BASTOS, 2012).

Parece paradoxal que ocupantes de cargos políticos se refiram ao manejo da Ação Popular como negativa se decorrente de suposta intenção política ou eleitoral. De fato, não parece fazer sentido algum, ainda mais se considerarmos que o legitimado à propositura da Ação Popular é o cidadão-eleitor, ou seja, aquele que prove o *exercício efetivo* do direito político ao voto.

A Ação Popular decorre da condição de cidadão e do ideal do Estado Democrático de Direito. Essa é a verdadeira lição. Oras, mais uma vez, evidente que a Ação Popular é política. Ela se origina em diploma político. Integrar seu

polo ativo exige, por construção jurisprudencial, prova de quitação eleitoral. Ela acaba sendo proposta, em regra, contra agentes políticos detentores de cargos eletivos, embora não se limite a estes.

A Ação Popular deve possibilitar o exercício político e construção democrática enquanto direito fundamental. A questão está em definir em bases claras a validade de seu uso como ferramenta processual capaz de tutelar *aspectos* da democracia e como meio de exercício político, bem como proporcionar a qualquer cidadão claro entendimento da ferramenta processual constitucional, e dos privilégios que lhe são concedidos quando de seu uso, de modo a permitir a proteção jurisdicional da democracia brasileira. Ela é e deve ser ferramenta política.

Ela possui uma natureza jurídica evidentemente dupla. Permite a fiscalização por parte do cidadão, amparado por norma constitucional e ao mesmo tempo lhe garante do direito de sua participação política.

Sendo também política, há indissolivelmente um aspecto ideológico ligado a Ação Popular. Oras, desconsiderado o cidadão médio, restam grupos políticos antagônicos, um que ocupa momentaneamente as posições de poder político outro que lhe opõe resistência, dentro das regras democráticas. Evidente que vários grupos ou partidos podem ocupar ao mesmo tempo essas posições, mas o conceito de governo/oposição será sempre basicamente o mesmo.

6. DO INTERESSE PROCESSUAL NA AÇÃO POPULAR

A questão primordial na Ação Popular gira em torno do interesse processual. Aqui realmente há severo embate doutrinário e jurisprudencial. De fato, tem-se que o interesse do autor popular é na maioria das vezes mal compreendido, ou, de outra forma, mal interpretado. Não há uma explicação simples para esse conflito de entendimentos. Ele decorre da construção de nossa democracia e de nosso sistema judicial.

Vimos no capítulo sobre democracia participativa que sempre houve um desestímulo no país à participação política do cidadão. Parece, pois, evidente, que para a manutenção do *status quo* o afastamento do Povo da participação política tende sempre a beneficiar os detentores do poder.

Há um longo caminho a ser trilhado para reverter-se tal situação. Mas vimos também que inegavelmente nossa própria constituição nos garante meios adequados à participação política. Um meio que não se adéqua, talvez, com precisão, às definições de democracia vigentes. Esse meio, esse caminho, e a via do uso da jurisdição como efetivadora da participação democrática.

Entretanto, quando um cidadão resolve fazer da Ação Popular uma ferramenta de luta política e efetiva participação democrática, toda sorte de adversidades lhe atinge enquanto autor popular. Muitos atores do direito advogam

a tese de que o uso político da Ação Popular seria um desvirtuamento de sua finalidade, fundamento inclusive para sua extinção sem julgamento de mérito.

Tal crítica é replicada inclusive por quem deveria e poderia se valer da ação popular como forma de atingir seus objetivos sociais. Além disso, a jurisdição constitucional não pode ser vista apenas sob uma ótica *chiovendana*, de mera resolução da vontade da lei. Sob o prisma constitucional, a efetivação de princípios parece muito mais significativa frente a necessidade de *garantismo* dos direitos assegurados na própria constituição.

Evidencia-se que a Ação Popular não é mera ferramenta processual, mas verdadeira forma de participação democrática “direta”, por que não dizer, ao menos sob o aspecto de que uma única voz será ouvida. Através dela, qualquer cidadão capaz de exercer seus direitos políticos pode se apresentar diante do Estado e se opor às suas pretensões, ainda que em tese tais pretensões tenham se originado na manifestação da vontade dos “representantes” do Povo. E o faz não em seu nome, mas em benefício da coletividade, e isso desde suas origens no Direito Romano.

Mesmo assim, ainda temos a lapidar frase “Esta ação é política!”, ou obra de adversários políticos, seguida de toda sorte de teorias conspiratórias e afins. Tal decisão parece ignorar aspectos que devem ser destacados: A exigência de atuação política, mesmo através do voto, como forma de comprovação de cidadania, a natureza de direito fundamental da Ação Popular e a inexistência de vedação ao seu uso “político”, aqui entendido como forma de oposição a determinada decisão dos legitimados passivos, dissociada dos princípios por ela protegidos, pois é a decisão judicial que verificará a ocorrência ou não de lesão, e não sua mera propositura. A isso se manter, estaria criada uma forma de vedação ao uso da Ação Popular por integrante de grupo político de oposição ao governo da vez, ainda que observados seus requisitos, o que atenuaria um direito fundamental de forma indevida.

Há que se considerar que é recorrente entre os ocupantes de cargo público menos afeitos à observância da lei e dos princípios que regem a administração pública que uma vez instados a responderem por eventuais desvios recorram a velhas teses de perseguição política.

A Ação Popular é tanto direito fundamental quanto ação de natureza político-democrática. Vedar seu uso na discussão política seria afastar do cidadão que não está no poder um dos poucos meios processuais que lhe garantem a voz.

Assim sendo, inerente aos direitos políticos decorrentes de nossa constituição, e sob a proteção de seu art. 5º e, portanto, da necessária prestação jurisdicional, que não pode ser afastada mediante considerações tão etéreas quanto a pretensa finalidade do uso de tal direito.

Analogicamente, temos então que o objeto da jurisdição constitucional é o de garantir a aplicação e efetivação dos direitos lá positivados, bem como

a efetivação dos princípios lá insertos. Assim, não há fundamento na eventual limitação da aplicação da Ação Popular meramente por aparente uso político, haja vista ser a política parte indelével da construção desses direitos.

O direito à Ação Popular decorre da condição de cidadão e do ideal do Estado Democrático de Direito. Essa é a verdadeira lição. Mais uma vez, evidente que a Ação Popular é política. Ela se origina em diploma político. Integrar seu polo ativo exige, por construção jurisprudencial, prova de quitação eleitoral. Ela acaba sendo proposta, em regra, contra agentes políticos detentores de cargos eletivos, embora não se limite a estes.

A Ação Popular deve possibilitar o exercício político e construção democrática enquanto direito fundamental. A questão está em definir em bases claras a validade de seu uso como ferramenta processual capaz de tutelar *aspectos* da democracia e como meio de exercício político, bem como proporcionar a qualquer cidadão claro entendimento da ferramenta processual constitucional, e dos privilégios que lhe são concedidos quando de seu uso, de modo a permitir a proteção jurisdicional da democracia brasileira. Ela é, e deve ser, ferramenta política.

Conforme expusemos no tópico sobre interesse processual e democracia participativa, é evidente que a polarização entre os diversos grupos políticos é a força motora do jogo democrático. É um absurdo se imaginar que a Ação Popular deveria ficar restrita apenas àqueles sem participação política. E note-se que, apesar da tese defendida em sustentação oral ser a mesma já apresentada desde a impugnação à contestação, a Ação Popular foi integralmente bem-sucedida, o que demonstra e comprova que sim, o uso da Ação Popular como instrumento de democracia participativa e participação política não é apenas aceitável, mas sim desejável, haja vista estarem os diversos grupos políticos melhor estruturados para manejá-las.

6. CONCLUSÃO

Não visamos aqui, como já dissemos, os aspectos processuais da Ação Popular, diante da vasta doutrina já produzida. Nosso objetivo é a discussão ideológica. É a esperança de que um dia um novo mundo seja capaz com o cidadão valendo-se não de pedidos de “intervenção já”, mas de sua própria iniciativa use as ferramentas trazidas por nossa Constituição para efetivar nossa democracia, através da participação política, ainda que pela via jurisdicional.

Ao final, podemos afirmar que a Ação Popular, apesar de sua longa trajetória por milhares de anos de história não tem obtido o destaque merecido. Negligenciada e desestimulada, seu uso parece tender a ser inibido por juízes, promotores e políticos.

Ao contrário, deveria a sociedade aperceber-se de seu potencial como instrumento de democracia participativa. Isso se obtém através da proteção

aos autores populares e pela valorização dos advogados que as patrocinam, na maioria das vezes sem honorários contratuais, através de honorários sucumbenciais dignos e que não premiem o comportamento lesivo do réu popular.

A construção de uma democracia exige participação. “Odiar” política não é um comportamento aceitável, pois ela rege nosso futuro.

Não importa qual seja o grupo político dominante, este parece tender a desestimular essa participação política, gerando o desencanto que já vimos nos trechos transcritos das obras de Mikhail Bakunin e Manoel Bomfim, até mesmo com o processo democrático.

Mas não é a democracia o problema. Por isso parece soar tão absurdo os pedidos de “intervenção” vistos nos últimos (justos) protestos contra o governo Dilma Rousseff. Preferimos então entregar a um ditador nosso futuro, porque nos julgamos incapazes de nos tutelarmos?

Com efeito, não!

Não é o que nos falta. O que seria então, conhecimento? Talvez. Talvez as ações constitucionais, as ações coletivas, e mais, a educação básica em si, devam ser melhor pensados quando ao aspecto do conhecimento dos próprios direitos e sua defesa. Acostumamo-nos à eterna tutela do “governo”, e nos esquecemos que este só existe com nossa autorização. Que por maior e mais importante que seja o cargo do gestor público, ele ainda está abaixo de qualquer um do povo.

Devemos, pois, superar as eternas amarras da letargia que nos mantém subservientes e temerosos quanto a tudo que envolve o poder público.

A primeira mudança, a pequenina mudança, pode bem ser a defesa de nosso patrimônio mediante o uso da Ação Popular. Bilhões poderiam ter sido poupados na última década se propostas as ações adequadas e se, por outro prisma, o uso da Ação Popular tivesse sido compreendido especialmente pelo Poder Judiciário, deixando de lado exigências processuais por demais rígidas e interpretação restritiva dos conceitos legais para focar na ampliação da proteção dos bens tutelados.

Resta evidente também que diante do desestímulo verificado ao cidadão médio, os grupos políticos possuem melhor organização e estrutura para não apenas verificarem a ocorrência de lesões aos bens tutelados, mas para suportarem eventuais custos com advogados, produção de provas e outras despesas que desestimulam o cidadão médio.

Assim, é claro que é muito mais comum que a Ação Popular seja intentada por integrante de grupo político antagônico ao do gestor público que cometeu a ilicitude.

A despeito disso, é inegável que a Ação Popular se configura em uma ferramenta de participação democrática independente das razões de quem a intenta, de quem a maneja, pois a política é uma atividade justa e lícita.

O cidadão médio poderá também valer-se dela para ter sua voz ouvida. Democracia participativa. Democracia Direta. *Eu não concordo com esse gasto. Eu não concordo com essa omissão. Eu não concordo com essa benesse a determinado grupo.* E comparece perante a jurisdição e diz: “ouça-me”!

A Ação Popular tutela aquilo que a todos pertence, até mesmo ao gestor relapso ou desonesto. Até ele irá se beneficiar enquanto cidadão se determinado ato lesivo for anulado. Por isso pouco importa quem aciona o botão. Quem coloca a máquina em movimento. O que importa é o fim, é a proteção daquilo que é difuso, que é de todos, que nos pertence.

Se de outro modo fosse, estaríamos sob uma ditadura.

A Ação Popular dá voz a quem não tem. Dá poder político a quem dele é alijado. Mais que isso, devolve ao titular a capacidade de exercer o poder que dele emanou. Cabe a nós exercê-lo. Sem medo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

BASTOS, A. **Reda: Autor da ação diz que prefeitura é inconsequente**. Folha on-line, 2012. Disponível em: <<http://www.fmanha.com.br/politica/reda-autor-da-acao-diz-que-prefeitura-e-inconsequente>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BELLOSO MARTÍN, Nuria; DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (coords.): **El retorno a la sociedad civil**. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo xxi. Madri: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati Dikynson, 2011.

BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo. Saraiva, 2014.

BEM PARANÁ. **Empreiteira oferece 350 vagas para operário de obras**. Construtora responsável pela nova fábrica de baterias GNB está recrutando operários para trabalhar nas obras, que devem durar cerca de cinco anos. 2007. Disponível em: <<http://www.bemparana.com.br/noticia/20347/empreiteira-oferece-350-vagas-para-operario-de-obras>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BIELSA, Rafael. A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 38, p. 40-65, jan. 1954. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14254>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOMFIM, Manoel. **O Brasil nação**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Serviço: Entenda a diferença entre Ação Popular e Ação Civil Pública**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81222-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-acao-popular-e-acao-civil-publica>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

_____. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

_____. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

_____. Constituição (1937) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Pesquisa nacional sobre perfil e opinião da juventude brasileira 2013**. Base de dados. Disponível em: <www.ipea.gov.br/participacao>. Acesso em: 13 mar. 2015.

_____. JusBrasil. **REsp 440502 SP 2002/0069996-6**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 15/12/2009. Segunda turma, DJe 24/09/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16807195/recurso-especial-resp-440502-sp-2002-0069996-6>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

_____. Justiça Federal do Estado do Ceará. Diário da Justiça Federal N°. 069 de 19/04/2011 – 15ª Vara. N. Boletim 2011.000034. Disponível em: <http://gdrpublico.blogspot.com.br/2011_04_01_archive.html>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____. **Lei Nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Lei da Ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 24 maio 2016.

_____. **Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 maio 2016.

_____. **Projeto de LEI do Senado N. 282 de 2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106771>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 889.766/SP**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19209074/recurso-especial-resp-889766-sp-2006-0211354-5/inteiro-teor-19209075>>. Acesso em: 01 ago. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1177453/RS**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16781771/recurso-especial-resp-1177453-rs-2010-0014773-0/inteiro-teor-17012839>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 889.766 – SP**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9275/recurso-especial-resp-889766/inteiro-teor-100018613>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 575998 / MG**, Relator Ministro LUIZ FUX – PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 07/10/2004 Data da Publicação 16/11/2004. p. 191 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150904/recurso-especial-resp-575998>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 779.810 – SP (2005/0148716-9)**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6558513/peticao-de-recurso-especial-resp-779810>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 440502/SP**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16807195/recurso-especial-resp-440502-sp-2002-0069996-6/inteiro-teor-16807196>>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE: 74151 PR**, Relator: Min. LUIS GALLOTTI, Data de Julgamento: 16/06/1972, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25-08-1972. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14666724/recurso-extraordinario-re-74151-pr>>. Acesso em: 24 ago. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.452-1-RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno. Publicado no Diário da Justiça de 12 de maio de 2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696321/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n.282032, 20000150022150EIC**, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: JOSÉ DE AQUINO PERPÉTUO, 3ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 11/06/2007, Publicado no DJU SECAO 3: 09/10/2007. P. 89. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2670540/embargos-infringentes-civeis-cic-20000150022150-df>> Acesso em: 23 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **APL: 00304018620118120001 MS 0030401-86.2011.8.12.0001**, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 18/11/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/11/2014. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153330044/apelacao-apl-304018620118120001-ms-0030401-8620118120001/inteiro-teor-153330065>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **APL: 00304018620118120001 MS 0030401-86.2011.8.12.0001**, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 18/11/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/11/2014. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153330044/apelacao-apl-304018620118120001-ms-0030401-8620118120001/inteiro-teor-153330065>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **AC: 10400130015532001 MG**. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118551931/apelacao-civel-ac-10400130015532001-mg>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.999213-6/001**. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5865516/10024039921360011-mg-100240399213-6-001-1/inteiro-teor-12010644>>. Acesso em: 24 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. TJ-MG – **AC: 10024044929636009 MG**, Relator: Corrêa Junior, Data de Julgamento: 09/04/2013, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/05/2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115505662/apelacao-civel-ac-10024044929636009-mg>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Autos 0029973-33.2010.8.16.0000**. Agravo de Instrumento. Julgado em 01 fev 2011. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19421753/agravo-de-instrumento-ai-7092815-pr-0709281-5/inteiro-teor-104327216>>. Acesso em 10 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Autos 0003646-98.2010.8.16.0049**. Apelação Cível. Julgada em 01 mar 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/323596137/andamento-do-processo-n-1380671-0-apelacao-civel-12-04-2016-do-tjpr>>. Acesso em 10 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **AC – 1120405-4** – Guarapuava – Rel.: Nilson Mizuta – Unânime – J. 18.02.2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/92815654/djpr-28-05-2015-pg-156>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AC: 125388 SC 1996.012538-8**, Relator: Eder Graf, Data de Julgamento: 29/04/1997, Primeira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação cível nº 96.012538-8, de Joinville. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4914720/apelacao-civel-ac-125388-sc-1996012538-8>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **REEX: 603511 SC 2009.060351-1**, Relator: Vanderlei Romer, Data de Julgamento: 09/02/2010, Primeira Câmara de Direito Público. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8377250/reexame-necessario-reex-603511-sc-2009060351-1>>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **REEX: 10175755420148260053 SP 1017575-54.2014.8.26.0053**, Relator: Leonel Costa, Data de Julgamento: 29/04/2015, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/04/2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185070076/reexame-necessario-reex-10175755420148260053-sp-1017575-5420148260053/inteiro-teor-185070085>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AG: 76259 SP 96.03.076259-8**, Relator: JUIZ MANOEL ALVARES, Data de Julgamento: 22/03/2000, Data de Publicação: DJU DATA:04/05/2000 PÁGINA: 125. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2089569/agravo-de-instrumento-44926-ag-76259-sp-9603076259-8>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

BORGES, Fernanda. **GNB garante que não vai poluir**. Folha de Londrina. Londrina, 31 jan. 2008. Folha cidadã. Disponível em: <http://www.folhaweib.com.br/?id_folha=2-1-30188-20080131>. Acesso em: 13 fev. 2016.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil**. Revista dos Tribunais, n. 949, nov. 2014.

CAMBI, Eduardo; FERREIRA, Hwidge Lourenço. Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia. **Revista Judiciária do Paraná**, v. 9, maio 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

CARNEIRO, Nelson. Das Ações Populares Civil no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 468-495, jan. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12141>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Tudo político pilhado na corrupção diz que é perseguido político, diz jurista sobre Lula na ONU**. O Estado. 2016. Entrevista concedida a Julia Affoso. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/todo-politico-pilhado-na-corrupcao-diz-que-e-perseguido-politico-diz-jurista-sobre-lula-na-onu>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

CARVALHO, Luiz de. **Prefeito afirma que anulação de concurso e atitude de ma-fé**. ODiário .com. 2010. Disponível em: <http://digital.odiario.com/parana/noticia/356190/prefeito-afirma-que-anulacao-de-concurso-e-atitude-de-ma-fe/>>. Acesso em: 24 de abr. 2016.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: S. Fabris, 1991.

_____. **Helênia & Devflia** – Civilização Barbária na Saga dos Direitos Humanos. Curitiba: Editora Bonijuris, 2014.

COLÉGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. **Reflexiones**. Disponível em: <<http://www.colabogados.org.ar/larevista/articulo.php?id=124&pag=6>>. Acesso em: 22 out. 2015.

COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “Writs” na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1996.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Legitimidade Ativa do Cidadão. In: COSTA, Susana Henriques da (Coord). **Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ESPAÑA. **Constitucion española de 1978**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=125&tipo=2>>. Acesso em: 27 out. 2015.

FARINHA, André. **Cafezinho” do MPE/MS é o mais saboroso (R\$) do estado**. Disponível em: <<http://www.jlnews.com.br/geral/cafezinho-do-mpe-ms-e-o-mais-saboroso-r-do-estado>>. Acesso em: 21 out. 2014.

GAZETA DO POVO. **Perfil**. Advogado e Ex-vereador. Gazeta do povo. 2006. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/advogado-e-ex-vereador-a2y6i1lm17d1xvrduij9fxsum>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 34, v. 176, p. 174-194, out. 2009.

_____. **Ação popular** – aspectos polêmicos. 2. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUSSEN, Ana Flávia. **Secretário vê motivação política em ação contra ele**. O tempo, 2011. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/secret%C3%A1rio-v%C3%AA-motiva%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADtica-em-a%C3%A7%C3%A3o-contra-ele-1.352927>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução De Gilmar Mendes. Porto Alegre: S. Fabris, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa: 70 anos. Org. Ricardo Benzaquen de Araújo e Lília Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido**: O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 5. ed. Revista, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Pílulas de direito para jornalistas**. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=205>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

MINHOTO JUNIOR, Alcebiades da Silva. **Teoria e prática da ação popular constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. Temas de Direitos Processual civil. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito administrativo brasileiro.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 33. ed. Atualizada por WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Uma visão crítica da jurisdição civil.** Leme: LED – Editora de Direito, 1999.

_____. **Ciência política** – Estado e Jurisdição. Leme: J. H. Mizuno, 2007.

_____. **Direito processual ambiental.** Porto Alegre: S. Fabris, 2009.

_____. **Teoria política do processo civil** – A Objetivação da Justiça Social. Curitiba: J.M. Editora, 2013.

_____. **Sociologia do processo civil** – As Novas Lides e o Processo Civil. Curitiba: J.M. Editora, 2013.

_____. **Democracia e jurisdição.** Curitiba: J.M. Editora, 2014.

RODRIGUES, Lucas Cherem de Camargo. Licitação supostamente dirigida não é anulada por insuficiência de provas. Migalhas, 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI165938,61044-Licitacao+supostamente+dirigida+nao+e+anulada+por+insuficiencia+de>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria Geral ds Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12 ed. ver.. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015.

_____. **Curso de direito constitucional.** Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre direitos fundamentais. São Apulo: Saraiva, 2015.

SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular:** As garantias ativas dos direitos coletivos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. **Ação popular ambiental.** Prefácio Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

_____. **Ação popular constitucional:** doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação popular mandatória.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Ação popular:** a concretização da democracia participativa. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a330c881-9d23-4ad4-b9b2-87661a0cd837&groupId=10136>. Acesso em: 23 fev. 2016.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O plebiscito, o referendo e o exercício do poder.** São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

UNIVERSIA BRASIL. **Quebrado o sigilo bancário da Uepa.** 2005. Disponível em: <<http://noticias.universia.com.br/destaque/noticia/2005/05/13/482617/quebrado-sigilo-bancario-da-uepa.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

WOODCOCK, George. A ilusão do sufrágio universal (Mikhail Bakunin). In: **Os Grandes escritos anarquistas.** Porto Alegre: L&PM, 1986.

DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS PROCESSOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

Fabio Fernandes Neves Benfatti

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduação em Administração. Graduação em Direito e Mestrado em Direito Negocial, ambos pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália.

Luciene Ienke de Macedo

Doutoranda em Direito Constitucional pela FADISP. Mestre em Direito e Gestão de Conflito pela Universidade de Araraquara (UNIA-RA). Mestre em Direito, Sociedade e Tecnologias, pela Faculdade Londrina. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera Uniderp. Tabeliã e Oficiala de Registro.

1. HISTORICIDADE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A historicidade da IA remonta um processamento interdisciplinar e reúne uma ampla contribuição que envolve algumas áreas de conhecimento de forma abrangente, a partir da lógica, filosofia, matemática, ciências cognitivas, engenharia elétrica e ciências da computação. Nada obstante esteja altamente em voga na atualidade, a IA tem sua concepção teórica há séculos, acerca da possibilidade de se aplicar entendimentos da cognição humana por meios artificiais.

A partir do estudo da filosofia, na época da Antiguidade, já se aplicavam alguns pensamentos e entendimentos que passaram a ser reflexões iniciais da IA, embora distantes da concepção atual. Inicialmente, Aristóteles trouxe o estudo do silogismo como uma forma de desenvolvimento do raciocínio lógico. Após ele, René Descartes e Gottfried Leibniz trouxeram ensinamentos não somente sobre a mecânica do pensamento humano, como também acerca da possibilidade de sua representação formal, conforme ensinam Russell e Norvig¹⁹¹.

Portanto, esses debates foram muito importantes para consolidar que o raciocínio poderia ser organizado em termos de regras lógicas, o que sustenta os primeiros modelos de IA simbólica. Enquanto isso, já no início do século XX, o desenvolvimento da lógica matemática e da teoria da computação constituiu marcos importantes para o surgimento da IA, por sua vez, enquanto campo científico.

Conforme Gomes, o primeiro grande trabalho reconhecido como IA foi realizado por Warren McCulloch e Walter Pitts, em 1943, que teve como base três fontes diversas de áreas de conhecimento: da fisiologia básica e da função dos neurônios do cérebro, a partir de uma análise da lógica proposicional, conforme criação de Russell e Whitehead, além da teoria da computação de Turing¹⁹².

Esses pesquisadores propuseram um modelo de neurônios artificiais, no qual cada neurônio era caracterizado como “ligado” ou “desligado”, sendo que o estado de um neurônio era analisado como equivalente a uma proposição que definia seu estímulo adequado. Todo esse estudo criou embasamento para o desenvolvimento das redes neurais artificiais, que atualmente tornaram-se uma das principais ferramentas da IA.

Gomes salienta que Alan Turing, matemático britânico, foi o primeiro a articular uma visão completa da IA, momento em que apresentou o conceito de “máquina de Turing”, estrutura teórica capaz de realizar cálculos algoritmicamente processáveis. Após, em 1950, Turing, no artigo “*Computing Machinery and Intelligence*”, questionou: “As máquinas podem pensar?”¹⁹³.

Interessante notar que o Teste de Turing se tornou um marco conceitual para a discussão sobre a natureza da inteligência e a possibilidade de máquinas pensantes. Esse questionamento deu origem à base conceitual para pesquisas sobre a possibilidade de máquinas realizarem operações cognitivas semelhantes às humanas.

O termo “Inteligência Artificial” foi adotado na Conferência de Dartmouth, nos Estados Unidos, em 1956, considerada por grande parte da litera-

¹⁹¹ RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial: uma abordagem moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen LTC, 2022.

¹⁹² GOMES, Denise dos Santos. Inteligência artificial: conceitos e aplicações. **Revista Olhar Científico**, Ariquemes, v. 1, n. 2, p. 234-246, 2010.

¹⁹³ *ibid.*

tura especializada como o marco fundador do campo. Na ocasião, os pesquisadores John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon redigiram uma proposta para investigar métodos pelos quais uma máquina poderia ser programada para simular aspectos do comportamento inteligente, como aprendizagem, raciocínio e solução de problemas complexos¹⁹⁴.

Sendo assim, a partir desse cenário, a IA consolidou-se como área de pesquisa autônoma, embora tenha enfrentado períodos de oscilações entre avanços e retrocessos. As primeiras décadas foram marcadas por grande entusiasmo, com avanços em linguagens de programação específicas, como o LISP, criado por McCarthy em 1958. Esses sistemas basearam-se em regras lógicas, conhecidos como IA simbólica e ganharam destaque, buscando representar o conhecimento humano por meio de regras explícitas e bancos de dados estruturados¹⁹⁵.

Contudo, nas décadas de 1970 e 1980, a limitação de capacidade computacional e o alto custo de processamento levaram a um período conhecido como o “Inverno da IA”, caracterizado pela frustração com os resultados práticos abaixo das expectativas geradas, segundo Russell e Norvig¹⁹⁶. Ainda assim, importantes linhas de pesquisa sobreviveram, como os sistemas especialistas, voltados a resolver problemas específicos em áreas delimitadas, por meio de bases de conhecimento estruturadas e motores de inferência.

Após, a retomada do interesse pela IA ocorreu a partir dos anos 1990, com o desenvolvimento de novas técnicas de aprendizado estatístico e o aprimoramento da capacidade de armazenamento de dados. O surgimento do *machine learning* (aprendizado de máquina) como subcampo autônomo impulsionou aplicações mais eficientes, permitindo que algoritmos ajustassem seus próprios parâmetros com base em grandes conjuntos de dados, dispensando, em parte, a programação de regras fixas.

Importante ressaltar que a expressão “inteligência artificial” foi criada há décadas e desde então tem sido fonte de grande imaginação humana, especialmente da forma como se vive hoje uma transformação na percepção da sociedade sobre essa tecnologia, na medida em que se verificou que diversos artefatos computacionais podem alcançar um bom desempenho em tarefas associadas à inteligência, o que parecia fazer parte apenas de obras de ficção científica, como ressalta Kaufman¹⁹⁷. Nada obstante várias ferramentas computacionais baseadas em IA tenham sido desenvolvidas antes de 2010, foi justamente a partir daquele ano que a tecnologia passou a ter mais sucesso e ganhar notoriedade.

¹⁹⁴ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

¹⁹⁵ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

¹⁹⁶ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

¹⁹⁷ KAUFMAN, Dora. **Desmistificando a inteligência artificial**. São Paulo: Autêntica, 2022.

Por outro lado, no início do século XXI, o avanço do papel da organização da informação em estruturas das redes neurais artificiais, inspirado em estudos sobre o funcionamento do cérebro humano, propiciou o desenvolvimento do *deep learning* (aprendizado profundo). Esse campo da IA, relacionado à aprendizagem de características, torna-se crucial na dinâmica de ensinamento e processamento de máquinas por redes de múltiplas camadas que processam informações de forma hierárquica, possibilitando o reconhecimento de padrões em dados não estruturados, como imagens, áudios e textos¹⁹⁸.

Com os avanços tecnológicos dessa espécie, assistentes virtuais, sistemas de tradução automática e reconhecimento facial tornaram-se viáveis a partir dessas inovações. Consta-se, portanto, que a IA, com seu crescimento exponencial, deixou de ser exclusivamente um projeto apenas de cunho acadêmico e experimental para se tornar uma tecnologia aplicada, com presença crescente em setores diversos, como saúde, segurança, finanças, comércio eletrônico, mobilidade urbana e, mais recentemente, em serviços jurídicos e notariais.

Nesse sentido, toda essa expansão foi possível em razão da convergência de vários fatores, como a popularização da internet de banda larga, a disponibilidade de grandes volumes de dados (*big data*) e o aumento exponencial da capacidade de processamento computacional.

É interessante ressaltar que a aplicação da IA no âmbito jurídico abre perspectivas para a automação de tarefas repetitivas, a organização de bancos de dados, a classificação de documentos e o auxílio na tomada de decisões técnicas. Nesse sentido, em alguns países como os Estados Unidos e membros da União Europeia, a integração de tecnologias baseadas em IA em cartórios e registros públicos vem sendo objeto de estudo e regulamentação, principalmente para garantir segurança jurídica, proteção de dados pessoais e responsabilidade civil dos operadores¹⁹⁹.

No Brasil, a discussão sobre IA na estrutura dos serviços notariais e de registro se insere em um cenário mais amplo de modernização digital, estimulado por normas como a Lei n.º 11.977/2009, que instituiu o SREI, e o Provimento CNJ n.º 89/2019, que regulamenta o funcionamento do ONR.

Nesse sentido, essas iniciativas visam promover maior eficiência, padronização e integração entre as serventias extrajudiciais, abrindo espaço para o uso de ferramentas como a IARI, como apoio à execução de atividades de

¹⁹⁸ GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. **Deep Learning**. Cambridge: MIT Press, 2016.

¹⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Recommendation on the ethics of artificial intelligence**. Paris: Unesco, 2021. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>. Acesso em: 5 jun. 2025.

natureza operacional, sempre sob supervisão e responsabilidade do oficial registrador de imóveis.

Portanto, ressalta-se que a compreensão da historicidade da IA é necessária para elucidar sua origem e delimitar seus potenciais e limites. Embora a tecnologia tenha avançado de forma expressiva nas últimas décadas, permanece fundamental reconhecer que sistemas de IA, por mais sofisticados que sejam, operam dentro de parâmetros lógicos e estatísticos definidos por seus programadores.

Dessa forma, seu uso na esfera registral deve ser compreendido como instrumento auxiliar, e não substitutivo, da função técnica, jurídica e social desempenhada pelas serventias de registro de imóveis. Sendo assim, a incorporação da IA na atividade registral brasileira exige uma infraestrutura tecnológica e um cuidado permanente a aspectos éticos, normativos e de proteção de dados, conforme orientam diretrizes como a LGPD e recomendações internacionais de organismos como a Unesco²⁰⁰.

Em síntese, a história da IA é marcada por avanços significativos, mas também por desafios que permanecem atuais, exigindo análise crítica, regulamentação adequada e capacitação de profissionais para sua utilização responsável no contexto dos registros públicos.

O estudo do fenômeno contemporâneo da IA traz algumas nuances interessantes em todo seu percurso histórico. Esse termo ganhou maior notoriedade a partir do século XX, trazendo algumas origens conceituais que remetem a reflexões filosóficas sobre a possibilidade de replicar a inteligência humana com a utilização de mecanismos artificiais.

Todos os avanços vivenciados durante os últimos anos trazem características relevantes, marcadas pela irreversibilidade e pela transformação nas relações sociais, em vários campos do conhecimento humano, em especial, na área do Direito, com a utilização de tecnologias e ferramentas capazes de disseminar novas formas de interação e de conhecimento nesta área.

Os princípios de IA visam assegurar que o desenvolvimento e a aplicação dessas tecnologias estejam alinhados com valores éticos e com os direitos fundamentais. Tais diretrizes compreendem a promoção do bem-estar humano e da equidade social, assegurando que a IA seja utilizada de forma benéfica e inclusiva. Também está entre os fundamentos o respeito à autonomia das pessoas, exigindo que sistemas automatizados sejam transparentes, explicáveis e passíveis de supervisão humana. A governança da IA deve ser construída com base na responsabilidade, garantindo que possíveis danos causados por decisões

²⁰⁰ *ibid.*

automatizadas sejam devidamente atribuídos e reparados, conforme ensinam Fachin, Fachin e Silva²⁰¹.

Outro princípio essencial da IA é o da segurança e da robustez técnica, o qual prevê que os sistemas de IA sejam confiáveis, seguros e capazes de operar de maneira consistente diante de falhas ou tentativas de manipulação. A proteção de dados e a privacidade também se destacam como eixos estruturantes, especialmente diante da capacidade das tecnologias de IA em processar grandes volumes de informações sensíveis. Além disso, a sustentabilidade e a inclusão são destacadas como aspectos indispensáveis para garantir que os benefícios da IA não ampliem desigualdades existentes, promovendo um uso responsável em consonância com o bem comum²⁰².

É interessante notar que toda a transformação digital emerge junto às novas formas de convivência em sociedade, tornando-se um fenômeno irreversível da sociedade atual, no sentido de impulsionar a inovação tecnológica. Sendo assim, todo esse progresso científico e tecnológico impulsiona grandes modificações no âmbito das interatividades sociais, culturais, econômicas, políticas e governamentais, em especial com a disseminação de tecnologias disruptivas e ferramentas de IA, como *machine learning*, *deep learning*, algoritmos, *big data*, *analytics*, entre outras, conforme lições de Trindade e Antonelo²⁰³.

Vivencia-se, portanto, o nascimento de uma nova maneira de interrelação, um novo espaço e um novo tempo, denominado como Era Digital. Com o surgimento da internet foram desenvolvidas novas tecnologias, que não só facilitaram a comunicação entre as pessoas, como também propiciaram a criação de um novo universo, chamado de universo digital.

2.1. Marco legal e teórico

No campo da justiça e da ética na IA, remete-se a uma questão ética cada vez mais urgente no tocante à responsabilidade. Nesse sentido, segundo Kaufman²⁰⁴, a sociedade humana, desde Aristóteles, considera que cada ser humano torna-se responsável pelas consequências de seus atos, ao passo que os algoritmos de IA, como agentes, são capazes de realizar ações e tomar decisões

²⁰¹ Fachin, Jéssica; Fachin, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. Marcelino Princípios de inteligência artificial. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**, v. 14, n. 26, p. 362-381, 2022. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/434>. Acesso em: 25 jun. 2025.

²⁰² *ibid.*

²⁰³ TRINDADE, André Karan; ANTONELO, Amanda. Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 18, n. 1, 2022. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4816>. Acesso em: 5 jun. 2025.

²⁰⁴ KAUFMAN, *op. cit.*

com consequências éticas, contudo não são capazes de um pensamento moral; assim, não podem ser responsabilizados pelas consequências de seus atos.

Portanto, entende-se que os algoritmos de IA são agentes, contudo não são agentes morais, por carecerem de consciência, emoções e sentimentos. Nesse sentido, segundo Aristóteles, somente os seres humanos podem realizar atos voluntários, sendo responsabilidade dos humanos a responsabilidade pelos atos maquínicos. Portanto, ao delegar o agenciamento à IA, os seres humanos retêm a responsabilidade, ou seja, devem ser capazes de explicar cada fenômeno ou evento²⁰⁵.

Sendo assim, o avanço recente da IA, quando as máquinas fogem de processos de decisão pré-programados pelos humanos e começam a aprender por si mesmas, coloca para a sociedade novos desafios éticos e expõe a necessidade de se estabelecer arcabouços legais a partir de uma regulamentação que proteja indivíduos, além de preservar um certo grau de liberdade necessário ao desenvolvimento científico e comercial.

2.2. Modelos algorítmicos

2.2.1 Conceito e Fundamentação Teórica

Os modelos algorítmicos constituem a base estrutural dos sistemas de IA, viabilizando o processamento de informações, a geração de inferências e a tomada de decisões automáticas. A literatura especializada indica que um algoritmo, em essência, corresponde a um conjunto finito de instruções, formulado de maneira lógica e sistemática para resolver problemas específicos²⁰⁶.

Do ponto de vista histórico, a ideia de descrever processos cognitivos por meio de sequências de regras tem origem na lógica formal e na álgebra booleana, desenvolvidas a partir do século XIX. A partir da década de 1950, com o surgimento das primeiras linguagens de programação voltadas para IA, consolidou-se a noção de que operações humanas de raciocínio, percepção e aprendizado poderiam ser simuladas por modelos algorítmicos computacionais, como discute Mitchell²⁰⁷.

2.2.2 Tipos de Modelos: Simbólicos e Subsimbolistas

Os modelos algorítmicos de IA são classificados em dois grandes paradigmas: modelos simbólicos (ou baseados em regras) e modelos subsimbolistas (ou connexionistas). No paradigma simbólico, predomina a representa-

²⁰⁵ KAUFMAN, *op. cit.*

²⁰⁶ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

²⁰⁷ MITCHELL, Tom M. **Machine learning**. New York: McGraw-Hill, 1997.

ção explícita do conhecimento, por meio de regras de inferência, ontologias ou redes semânticas. Tal abordagem marcou a primeira fase de desenvolvimento da IA, também conhecida como IA clássica, destacando-se sistemas especialistas, como o Mycin, voltado para diagnósticos médicos, segundo Russell e Norvig²⁰⁸.

Por outro lado, os modelos subsymbolistas derivam de uma analogia com a estrutura do cérebro humano, privilegiando redes de unidades interconectadas, denominados neurônios artificiais, que processam informações de forma distribuída e paralela. Por sua vez, essa IA, conhecida como conexionista, foi analisada por Goodfellow, Bengio e Courville²⁰⁹, que ressaltam o papel das redes neurais artificiais na aprendizagem de padrões complexos, especialmente quando articuladas em camadas múltiplas.

2.2.3. Aprendizado Supervisionado, Não Supervisionado e Por Reforço

Os modelos algorítmicos de IA, por sua vez, são, em grande medida, operacionalizados por métodos de aprendizado de máquina (*machine learning*). Esses métodos são tradicionalmente classificados em três categorias: supervisionado, não supervisionado e por reforço, segundo ensinamentos de Mitchell²¹⁰.

No aprendizado supervisionado, o algoritmo é treinado a partir de um conjunto de dados rotulados, buscando estabelecer uma função que relacione variáveis de entrada e saída. Exemplos comuns incluem classificadores de imagens ou sistemas de reconhecimento de fala. Já no aprendizado não supervisionado, não há rotulagem prévia: o objetivo é identificar estruturas latentes, como agrupamentos (*clusters*) ou relações de similaridade entre dados, destacando-se técnicas como análise de agrupamento e redução de dimensionalidade, segundo Goodfellow, Bengio e Courville²¹¹. O aprendizado por reforço constitui um terceiro paradigma, inspirado em modelos de comportamento animal. Nesse caso, o agente autônomo interage com um ambiente dinâmico, recebendo recompensas ou penalidades, ajustando suas ações para maximizar o retorno esperado ao longo do tempo. Esse modelo tem sido empregado em aplicações que exigem tomada de decisão sequencial, como jogos ou robótica, segundo lições de Sutton e Barto²¹².

²⁰⁸ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

²⁰⁹ GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, *op. cit.*

²¹⁰ MITCHELL, *op. cit.*

²¹¹ GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, *op. cit.*

²¹² SUTTON, Richard S.; BARTO, Andrew G. **Reinforcement learning**: an introduction. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2018.

2.2.4. Redes Neurais Artificiais e *Deep Learning*

As redes neurais artificiais representam uma das mais expressivas inovações no campo dos modelos algorítmicos. Seu princípio de funcionamento consiste na organização de unidades computacionais (neurônios) dispostas em camadas de processamento. Cada conexão possui pesos ajustáveis, que são modificados durante o treinamento, possibilitando que o sistema aprenda a reconhecer padrões mesmo em dados não estruturados, segundo Goodfellow, Bengio e Courville²¹³.

Nas últimas duas décadas, o desenvolvimento do *deep learning* viabilizou o uso de redes neurais com múltiplas camadas ocultas. Tal arquitetura se mostrou particularmente eficiente em tarefas complexas de reconhecimento de voz, tradução automática e processamento de imagens, tornando-se uma referência em aplicações comerciais de grande escala, como os sistemas de recomendação e os assistentes virtuais, conforme Russell e Norvig²¹⁴.

O diferencial do *deep learning*, para Chollet²¹⁵, está apenas na profundidade das redes, mas na combinação de grandes bases de dados, elevada capacidade computacional e técnicas de regularização, que permitem mitigar o risco de sobreajuste (*overfitting*). Essa sinergia tecnológica transformou o aprendizado profundo em ferramenta indispensável para o desenvolvimento de aplicações de IA no século XXI.

2.2.5. Limites, Potencialidades e Desafios Éticos

Apesar do progresso observado, a literatura aponta limites significativos aos modelos algorítmicos atuais. Um dos principais desafios reside na chamada “opacidade algorítmica”, expressão que descreve a dificuldade de interpretar decisões tomadas por sistemas de aprendizagem profunda. Essa questão tem implicações diretas para setores regulados, como saúde, finanças e administração pública, onde a explicabilidade das decisões é um requisito normativo, segundo Pasquale²¹⁶.

Além disso, autores como Mitchell²¹⁷ e Russell e Norvig²¹⁸ observam que a eficácia dos modelos de IA depende, de forma incontornável, da qualidade e da representatividade dos dados utilizados no treinamento. Dados enviesados ten-

²¹³ GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, *op. cit.*

²¹⁴ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

²¹⁵ CHOLLET, François. **Deep learning com Python**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

²¹⁶ PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

²¹⁷ MITCHELL, *op. cit.*

²¹⁸ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

dem a reproduzir discriminações sistêmicas, exigindo atenção a parâmetros éticos e legais, como proteção de dados pessoais e respeito a direitos fundamentais.

Nesse sentido, instrumentos normativos, como as recomendações da Unesco²¹⁹ e as diretrizes da União Europeia para uma IA confiável, buscam estabelecer princípios de governança que orientem o desenvolvimento de modelos algorítmicos alinhados a valores democráticos.

No Brasil, a recente aprovação da LGPD (Lei n.º 13.709/2018) reforça a necessidade de transparência e *accountability* em projetos de IA, especialmente na administração pública e em setores que operam com dados sensíveis.

Em síntese, os modelos algorítmicos configuram o núcleo técnico da IA, articulando métodos simbólicos e subsimbolistas, estratégias de aprendizado supervisionado, não supervisionado e por reforço, bem como redes neurais profundas. Seu desenvolvimento viabilizou avanços tecnológicos expressivos, embora suscite questões regulatórias, éticas e sociais que permanecem em aberto.

Sendo assim, o domínio crítico de suas potencialidades e limites constitui requisito essencial não só para pesquisadores, como também para profissionais e gestores públicos que pretendem adotar soluções de IA de forma responsável e juridicamente segura.

2.3. Aparatos Tecnológicos

2.3.1 Conceito e Perspectiva Histórica

Os aparatos tecnológicos são o conjunto de recursos materiais e digitais que viabilizam a operação de sistemas de IA. Para Russell e Norvig²²⁰, o desenvolvimento da IA está intrinsecamente ligado aos avanços da microeletrônica, da arquitetura de computadores e da engenharia de sistemas, tornando-se impossível dissociar algoritmos de suas infraestruturas de suporte tecnológico.

Desde o início da computação digital, a busca por máquinas capazes de automatizar cálculos complexos impulsionou o aprimoramento de dispositivos físicos. Mitchell²²¹ recorda que as primeiras experiências em IA dependiam de computadores de grande porte, com capacidades limitadas. O surgimento dos microprocessadores e a miniaturização dos circuitos integrados democratizaram o acesso a recursos computacionais, o que transformou o panorama global de pesquisa e aplicação prática.

²¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, *op. cit.*

²²⁰ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

²²¹ MITCHELL, *op. cit.*

2.3.2. Evolução dos Dispositivos de *Hardware*

Na sequência, quanto à evolução do desenvolvimento dessas tecnologias, o marco decisivo na infraestrutura de IA foi o uso de unidades de processamento gráfico (GPUs), originalmente desenvolvidas para computação gráfica. Chollet²²² explica que o potencial das GPUs para cálculos paralelos em alta escala viabilizou avanços em redes neurais profundas, revolucionando o treinamento de modelos de reconhecimento de padrões.

Mais recentemente, é interessante ressaltar que se observa o desenvolvimento de *chips* especializados, como *tensor processing units* (TPUs) e *application-specific integrated circuits* (ASICs). Goodfellow, Bengio e Courville²²³ apontam que essas unidades são otimizadas para operações de matrizes e tensores, fundamentais para algoritmos de aprendizado profundo. Essa especialização de *hardware* tornou possível reduzir drasticamente o tempo de treinamento de grandes modelos, como os baseados em transformadores para processamento de linguagem natural.

2.3.3. Arquiteturas de Processamento Paralelo e Especializado

Além de GPUs e TPUs, a evolução das arquiteturas paralelas e distribuídas é central para suportar aplicações de IA em larga escala. Russell e Norvig²²⁴ destacam que *clusters* de GPUs, *field-programmable gate arrays* (FPGAs) e supercomputadores são utilizados, ainda, para simulações cada vez mais complexas, e também para treinamento de modelos que exigem processamento massivo.

Tais arquiteturas são indispensáveis para tarefas como treinamento de redes neurais generativas, análise de grandes conjuntos de imagens médicas ou simulações de modelos climáticos. O processamento paralelo permite dividir operações entre milhares de núcleos, otimizando tempo e recursos energéticos — uma preocupação recorrente em projetos de grande porte²²⁵.

2.3.4. Plataformas de *Software*: *Frameworks* e Bibliotecas

O avanço do *hardware* caminha lado a lado com o desenvolvimento de plataformas de *software*. Chollet²²⁶ enfatiza que *frameworks* como TensorFlow, Keras e PyTorch facilitaram a prototipagem rápida de modelos complexos, graças a interfaces de programação intuitivas e comunidades de código aberto.

²²² CHOLLET, *op. cit.*

²²³ GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, *op. cit.*

²²⁴ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

²²⁵ PASQUALE, *op. cit.*

²²⁶ CHOLLET, *op. cit.*

Portanto, constata-se que a interconexão de bibliotecas com linguagens como Python, C++ e R amplia a acessibilidade. Goodfellow, Bengio e Courville²²⁷ destacam que tais ferramentas aceleram a transferência de conhecimento, permitem a replicação de experimentos e fomentam práticas de pesquisa aberta. Essa democratização impacta diretamente centros de pesquisa em países em desenvolvimento, permitindo que grupos acadêmicos e *startups* tenham acesso a recursos de ponta.

2.3.5. Computação em Nuvem, *Edge Computing* e Internet das Coisas

Com o crescimento da internet das coisas (IoT), novos desafios surgiram para a infraestrutura de IA. Para lidar com o fluxo massivo de dados, foi necessário adotar arquiteturas híbridas, combinando computação em nuvem com *edge computing*, conforme Mitchell²²⁸.

A computação em nuvem oferece escalabilidade e elasticidade para o treinamento de modelos de IA, enquanto a computação de borda possibilita que parte do processamento ocorra próximo à fonte de geração de dados — por exemplo, em sensores industriais ou dispositivos médicos. Goodfellow, Bengio e Courville²²⁹ ressaltam que essa estratégia reduz latências e economiza largura de banda, viabilizando aplicações críticas em tempo real, como veículos autônomos.

Portanto, a combinação de IoT e IA em ambientes produtivos, como agricultura de precisão ou monitoramento ambiental, resulta em ampliação das possibilidades de análise preditiva e automatização de processos, para Russell e Norvig²³⁰.

2.3.6. *Data Centers*, Sustentabilidade e *Green IT*

O crescimento exponencial de dados elevou a demanda por *data centers*. Segundo Pasquale²³¹, gigantes da tecnologia mantêm instalações de alta capacidade, que operam continuamente, consumindo grandes quantidades de energia elétrica.

Essa dependência de energia cria desafios ambientais. Russell e Norvig²³² destacam que práticas de *green IT*, como otimização de resfriamento, uso de energias renováveis e virtualização de servidores, são essenciais para mitigar a

²²⁷ GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, *op. cit.*

²²⁸ MITCHELL, *op. cit.*

²²⁹ GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, *op. cit.*

²³⁰ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

²³¹ PASQUALE, *op. cit.*

²³² RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

pegada de carbono. Organizações como a Unesco²³³ enfatizam a urgência de equilibrar inovação com sustentabilidade, principalmente em países que buscam expandir sua infraestrutura digital de forma socialmente justa.

2.3.7. Segurança Cibernética e Privacidade de Infraestruturas

Outro aspecto fundamental é a segurança cibernética dos aparatos tecnológicos. Sistemas de IA dependem de bases de dados extensas, muitas vezes compostas por informações sensíveis. Mitchell²³⁴ observa que ataques a servidores, vazamentos de dados ou adulteração de modelos treinados podem comprometer a confiabilidade de serviços automatizados.

Russell e Norvig²³⁵ ressaltam que infraestruturas críticas devem adotar protocolos de segurança robustos, desde criptografia de dados em repouso até autenticação multifatorial. Além disso, a governança da privacidade, em conformidade com legislações como a LGPD (Brasil) e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (União Europeia), é indispensável para garantir direitos individuais.

2.3.8. Considerações Éticas, Regulação e Desafios Futuros

A discussão sobre aparatos tecnológicos não se limita a *hardware* e *software*; envolve também regulação, ética e impacto social. Pasquale²³⁶ argumenta que a opacidade de sistemas algorítmicos e a concentração de poder computacional em grandes corporações levantam questões sobre responsabilidade e equidade.

Para a Unesco²³⁷, políticas públicas devem incentivar o desenvolvimento local de tecnologias, reduzir disparidades de acesso e estimular a formação de profissionais capacitados. Russell e Norvig²³⁸ alertam que o crescimento da IA deve vir acompanhado de mecanismos de auditoria, explicabilidade e *accountability*, para evitar usos discriminatórios e violações de direitos. Sendo assim, a governança dos aparatos tecnológicos é um campo em expansão, que exige diálogo multidisciplinar entre ciência, direito, engenharia e ética.

²³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, *op. cit.*

²³⁴ MITCHELL, *op. cit.*

²³⁵ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

²³⁶ PASQUALE, *op. cit.*

²³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, *op. cit.*

²³⁸ RUSSELL; NORVIG, *op. cit.*

3. REGISTRO DE IMÓVEIS

3.1. Marco Legal e Teórico

Os romanos deram início aos contornos jurídicos relacionados ao direito de propriedade, que vigora até os dias atuais. Segundo Pereira²³⁹, os romanos utilizavam esse direito como forma de poder, mesclada por determinações políticas, sendo que somente o cidadão romano podia adquirir a propriedade, somente o solo romano podia ser seu objeto, na medida em que a dominação nacionalizava a terra então conquistada.

Historicamente, a propriedade não foi um direito estático. Na Antiguidade, a posse coletiva da terra era predominante em diversos clãs e tribos. Esse modelo foi gradualmente substituído por formas de apropriação individual ou hierarquicamente distribuída, como se verificava no sistema feudal, onde o senhor detinha o domínio útil das terras, delegando seu uso a terceiros mediante laços de vassalagem e obrigações pessoais²⁴⁰.

A partir desse marco histórico, o direito de propriedade passou a ser adaptado, conforme os interesses de cada período histórico e dentro do contexto de cada sociedade. Segundo Couto²⁴¹, nos séculos XVIII e XIX, no âmbito do Liberalismo, a propriedade era símbolo de liberdade, ao romper com o antigo Regime Absolutista, que dela se valia para manter o controle sobre os camponeses, no período da Idade Média.

Na Revolução Industrial, por sua vez, a propriedade passou a ser vista como meio de dominação dos menos favorecidos pelas classes dominantes, o que culminou na mudança no constitucionalismo liberal vigente, em busca de maior igualdade substancial.

Atualmente, a propriedade deve atender aos anseios e respeitar os interesses individuais, além dos sociais e ambientais, devendo a propriedade cumprir sua função social. Do ponto de vista filosófico, trata-se de uma forma de exercício ao direito de liberdade, envolvendo um espaço próprio para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade. Portanto, ainda segundo Couto²⁴², sem esquecer todo o percurso na história que a propriedade trilhou na modernidade, ela deve servir como instrumento de promoção do ser humano, na busca de sua felicidade e bem-estar.

²³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
²⁴⁰ *ibid.*

²⁴¹ COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. **Usucapião extrajudicial**. 4. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivim, 2021.

²⁴² *ibid.*

3.1.1. Evolução Histórica do Registro de Imóveis

A história do registro de imóveis no Brasil tem raízes no período colonial, quando a terra era dividida em capitanias hereditárias, concedidas pela Coroa Portuguesa. Naquela época, a posse era o que mais valia, e o registro formal ainda era quase inexistente²⁴³.

Depois, veio o sistema de sesmarias, que eram concessões de terra para cultivo, mas ainda sem um sistema de registro público efetivo. O grande marco foi em 1868, com a criação do Registro Geral de Terras, que passou a exigir a transcrição dos títulos em um registro oficial, dando mais segurança jurídica à propriedade²⁴⁴.

A origem do registro de imóveis no Brasil está ligada à evolução das práticas de titulação da propriedade desde o período colonial. De acordo com Kümpe²⁴⁵, os primeiros registros eram rudimentares, compostos por anotações em livros paroquiais e nas câmaras municipais. A ausência de sistematização fomentava litígios, especialmente nas concessões de sesmarias, típicas do sistema colonial português²⁴⁶.

A grilagem de terras é a apropriação ilegal de terras, geralmente públicas ou devolutas, por meio de falsificação de documentos, registros fraudulentos ou ocupação irregular. Historicamente, no Brasil colonial, isso se relacionava com o sistema de sesmarias, onde terras eram concedidas pelo Estado, mas alguns aproveitadores passaram a fraudar documentos para registrar e vender terras às quais não possuíam direito. A grilagem contribuiu para a expansão da fronteira agrícola e concentração fundiária, mas sempre à margem da lei, gerando conflitos fundiários até hoje, envolvendo posseiros, fazendeiros, indígenas e o Estado.

Com a independência e o avanço da urbanização, tornou-se urgente um sistema que assegurasse a autenticidade das transações fundiárias. Pereira²⁴⁷ destaca que a Lei n.º 1.237/1864 representou um marco inicial, ao prever registros de hipotecas e transmissões de bens imóveis, ainda de forma fragmentária.

O registro de imóveis no Brasil possui uma trajetória marcada pela gradual evolução jurídica e institucional, que visa garantir a segurança dos direitos reais e a publicidade dos atos relacionados aos bens imóveis. Desde o período colonial, a ausência de um sistema registral unificado gerava insegurança jurídica, dificultando a comprovação da propriedade e favorecendo litígios e fraudes²⁴⁸.

²⁴³ KÜMPEL, Vitor Frederico. **Registro de imóveis**: teoria geral e prática. São Paulo: YK, 2017.

²⁴⁴ *ibid.*

²⁴⁵ *ibid.*

²⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁴⁷ PEREIRA, *op. cit.*

²⁴⁸ KÜMPEL, Vitor Frederico. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK, 2020. v. 5.

Posteriormente, com a chegada da independência e a consolidação do Código Civil de 1916, a preocupação com a publicidade registral ganhou maior destaque, reconhecendo o registro como requisito essencial para a eficácia contra terceiros dos direitos reais sobre imóveis²⁴⁹.

Com o advento do Código Civil de 1916, o direito de propriedade e o sistema registral foram mais bem organizados, consolidando o que atualmente é conhecido como registro imobiliário. O sistema atual usa a matrícula do imóvel como base, onde se lançam todos os atos relacionados ao imóvel, garantindo publicidade e segurança²⁵⁰.

A transição do Brasil Império para a República implicou mudanças significativas na estrutura fundiária. Gonçalves²⁵¹ observa que, com o Código Civil de 1916, o registro de imóveis passou a desempenhar função constitutiva para certos direitos reais. Ainda assim, persistiam lacunas na operacionalização.

A consolidação se deu com a edição da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973), que Kümpel²⁵² considera o divisor de águas na modernização do sistema registral. Esse diploma normatizou os procedimentos de abertura de matrícula, registro e averbação, estabelecendo princípios que guiam a atividade extrajudicial até hoje.

A promulgação dessa lei consolidou o sistema registral brasileiro, regulamentando de maneira detalhada os procedimentos de matrícula, registro e averbação dos imóveis, estabelecendo assim um marco legal fundamental para a segurança jurídica imobiliária²⁵³.

A Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/193) instituiu mecanismos para assegurar a autenticidade, a conservação e a publicidade dos atos relativos aos imóveis, incorporando princípios jurídicos que norteiam a prática registral até os dias atuais.

Hoje, o sistema de matrícula e registro de imóveis no Brasil é regulado por essa lei. Cada imóvel tem uma matrícula única, que funciona como uma ficha detalhada no Cartório de Registro de Imóveis. Na matrícula, constam informações essenciais como: a) descrição completa do imóvel: área, limites e localização; b) dados do proprietário: nome, CPF, estado civil; c) histórico de registros e transações anteriores; d) anotações de ônus e gravames, como hipotecas, usufrutos, penhoras e servidões.

Esse sistema organiza tudo cronologicamente, garantindo transparência e segurança jurídica para quem compra, vende ou tem interesse no imóvel. A

²⁴⁹ *ibid.*

²⁵⁰ *ibid.*

²⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direitos Reais**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

²⁵² KÜMPEL, **Registro de imóveis**, *op. cit.*

²⁵³ FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Registro de imóveis brasileiro**. São Paulo: YK, 2020.

matrícula é a base para evitar fraudes e litígios, pois é o documento oficial que comprova a propriedade e os direitos sobre o imóvel. Em suma, o registro imobiliário brasileiro é uma ferramenta fundamental para a regularização fundiária e para o funcionamento seguro do mercado imobiliário.

Nesse sentido, com toda sua evolução no decorrer do tempo, o registro de imóveis combate a grilagem hoje, principalmente pela organização e pelo controle rigoroso da matrícula do imóvel. Cada imóvel tem uma matrícula única, onde são registradas todas as informações e transações, garantindo transparência e segurança jurídica.

O princípio da fé pública registral dá presunção de veracidade aos registros, ou seja, o que está na matrícula vale contra terceiros. O registrador tem o dever de analisar a documentação com rigor, podendo recusar registros que apresentem indícios de fraude, como documentos falsos ou irregularidades. Esse sistema dificulta muito a grilagem, pois a apropriação ilegal precisa ser formalizada com documentos e registros válidos, e o cartório atua como um filtro para evitar fraudes.

Apesar disso, o Brasil ainda enfrenta desafios na regularização fundiária, com muitos imóveis sem registro formal, o que impulsiona políticas públicas para resolver essas pendências, e as inovações e implementações de novas tecnologias caminham para viabilizar esses avanços.

3.1.2. Princípios Fundamentais do Registro de Imóveis

Os princípios fundamentais do registro de imóveis são a base que garante segurança e organização ao sistema. Destaca-se o princípio da fé pública registral, ou seja, o que está registrado é presumido verdadeiro e confiável, protegendo o proprietário e terceiros de boa-fé. Isso dá segurança jurídica nas transações (art. 1º da Lei 6.015/73).

Outro princípio importante no registro de imóveis é o da unitariedade, segundo o qual todos os direitos reais sobre um imóvel devem estar concentrados em uma única matrícula, o que evita dispersão e confusão sobre a situação do imóvel. Também o da concentração, de que todos os atos e direitos relacionados ao imóvel devem ser registrados na mesma matrícula, mantendo um histórico completo e organizado.

Esses princípios, previstos na Lei de Registros Públicos são essenciais ao Registro de Imóveis com o objetivo de evitar fraudes, garantir transparência e facilitar o controle do patrimônio imobiliário.

O sistema de registro de imóveis brasileiro é pautado por uma série de princípios que visam conferir segurança, publicidade e eficácia aos atos registra-
tais. Entre eles, destaca-se o princípio da publicidade, que assegura a transpa-

rência das informações relativas à propriedade, garantindo a terceiros o conhecimento da situação jurídica do imóvel²⁵⁴.

Outro princípio essencial é o da segurança jurídica, que pode ser dividido em duas vertentes: a segurança estática, relacionada à proteção da situação jurídica consolidada no registro, e a segurança dinâmica, que assegura a atualização constante das informações e a validade dos atos subsequentes, conforme lições de Kümpel²⁵⁵. Ainda se destaca o princípio da causalidade, que exige que o registro decorra de um título jurídico válido, e o princípio da abstração, que diferencia o título da transmissão propriamente dita, garantindo a validade do registro mesmo na existência de vícios na causa, desde que preenchidos os requisitos formais.

Além disso, o princípio da especialidade determina que cada imóvel deve possuir uma matrícula individual, identificando-o de forma precisa e inequívoca, enquanto o princípio da continuidade assegura o encadeamento sucessivo dos registros, fundamental para a rastreabilidade dos direitos reais, segundo Figueiredo Neto e Kümpel²⁵⁶.

No campo teórico, o registro de imóveis é visto como instituição de publicidade e eficácia jurídica. Kümpel²⁵⁷ sustenta que o registro, além de formalizar a transmissão, confere segurança à posse e à propriedade. Gonçalves²⁵⁸ destaca que os principais princípios — continuidade, especialidade, prioridade e fé pública — garantem que a cadeia dominial seja ininterrupta e transparente.

Segundo Venosa²⁵⁹, a legalidade registral significa que o oficial de registro não apenas anota documentos, mas exerce controle de legalidade, recusando títulos que não atendam às exigências formais. Isso fortalece a confiança no sistema e na presunção de veracidade dos lançamentos.

Esses princípios são o alicerce que mantém o sistema registral sólido e confiável. Sem eles, o mercado imobiliário ficaria vulnerável a fraudes, insegurança jurídica e conflitos constantes. Portanto, juntos, esses princípios criam um sistema robusto que protege o mercado imobiliário, assegura a confiança nas transações e minimiza riscos de fraudes e litígios.

3.1.3. Teorias do Registro

A fundamentação teórica do sistema registral brasileiro está alicerçada principalmente na teoria do sistema de título e modo, que estabelece que a aquisição

²⁵⁴ KÜMPEL, **Tratado notarial e registral**, *op. cit.*

²⁵⁵ KÜMPEL, **Registro de imóveis**, *op. cit.*

²⁵⁶ FIGUEIREDO NETO; KÜMPEL, *op. cit.*

²⁵⁷ KÜMPEL, **Registro de imóveis**, *op. cit.*

²⁵⁸ GONÇALVES, *op. cit.*

²⁵⁹ VENOSA, *op. cit.*

da propriedade imobiliária depende não só do título jurídico (contrato, doação etc.), mas também do registro do respectivo ato no cartório competente²⁶⁰. Essa teoria reforça a necessidade do registro para a eficácia real, diferenciando a validade do título da transferência do direito.

Segundo Kümpel, uma das referências doutrinárias mais importantes na área, especialmente por aprofundar o estudo dos princípios registrais e sua aplicação prática, destacando a publicidade como o epicentro da aquisição da propriedade e a relevância do sistema de matrícula como identidade do imóvel²⁶¹.

A matrícula é a célula fundamental do registro de imóveis no Brasil. Conforme Kümpel²⁶², a ideia central é que cada imóvel possua uma matrícula própria, na qual se concentram todas as mutações jurídicas. Esse modelo, previsto no art. 176 da Lei n.º 6.015/1973, assegura que a realidade física e jurídica do bem esteja refletida em um único local.

Venosa²⁶³ aponta que a matrícula individualiza o imóvel com base em descrições precisas — confrontações, medidas perimetrais, localização georreferenciada — evitando sobreposições e fraudes. Gonçalves²⁶⁴ acrescenta que a matrícula reúne informações sobre proprietários, ônus reais, restrições administrativas e averbações de alterações.

Figueiredo Neto e Kümpel²⁶⁵ também contribuem significativamente para o entendimento da sistemática do registro imobiliário, especialmente ao destacar a importância da matrícula para conferir segurança e transparência no mercado imobiliário.

3.2. O Registro de Imóveis na Lei n.º 6.015/73

A Lei n.º 6.015/73, conhecida como Lei de Registros Públicos, é a principal norma que regula o registro de imóveis no Brasil. Ela estabelece as regras para abertura, manutenção e cancelamento das matrículas, além de disciplinar os atos registráveis e os procedimentos cartorários.

No registro de imóveis, a lei determina que cada imóvel deve ter uma matrícula individual (art. 176), onde serão lançados todos os atos relativos à

²⁶⁰ KÜMPEL, Vitor Frederico. **Sistemas de transmissão imobiliária sob a ótica do registro**. São Paulo: YK, 2021.

²⁶¹ KÜMPEL, Vitor Frederico; MADY, Fernando Keutenedjian. A transformação da central de indisponibilidade de bens: rumo ao SERP. **Colégio Notarial do Brasil**, 19 mar. 2025. Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2025/03/19/artigo-a-transformacao-da-central-de-indisponibilidade-de-bens-rumo-ao-serp-por-vitor-frederico-kumpel-e-fernando-keutenedjian-mady/>. Acesso em: 17 jun. 2025.

²⁶² KÜMPEL, **Registro de imóveis**, *op. cit.*

²⁶³ VENOSA, *op. cit.*

²⁶⁴ GONÇALVES, *op. cit.*

²⁶⁵ FIGUEIREDO NETO; KÜMPEL, *op. cit.*

propriedade, como compra e venda, hipoteca, penhora, usucapião, entre outros. Isso garante a publicidade, a segurança e a eficácia dos direitos reais.

A lei também prevê a atuação do registrador como um agente público delegatário, responsável por verificar a legalidade dos documentos apresentados, conforme os preceitos do princípio da legalidade, protegendo o sistema contra fraudes. Além disso, a Lei n.º 6.015/73 traz regras específicas para averbações, retificações e cancelamentos, permitindo a atualização constante da situação jurídica do imóvel.

No registro de imóveis são feitos os atos de registro e averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos que versem a respeito de direitos reais sobre imóveis, nos termos do art. 172 da Lei n.º 6.015/73, devendo todos os atos serem lançados na matrícula, em razão do sistema do fôlio real, adotado pelo Brasil.

Portanto, o termo registro pode ser entendido de forma ampla ou estrita no âmbito do registro de imóveis, ao passo que alcança todos os atos e negócios jurídicos no fôlio real. Sendo o registro obrigatório para a constituição de direitos reais, nos termos do art. 169, da Lei de Registros Públicos, e do art. 1.227, do Código Civil, conferindo publicidade *erga omnes*, garantindo, desse modo, oponibilidade perante terceiros.

3.2.1. Estrutura Normativa da Lei

O registro de imóveis é um serviço público, mas exercido em caráter privado, ou seja, por delegação do Estado a particulares — os titulares dos cartórios extrajudiciais. Essa delegação está prevista no artigo 236 da Constituição Federal de 1988, que determina que o ingresso no cargo de registrador depende de concurso público de provas e títulos, garantindo a qualificação técnica e idoneidade.

O Poder Judiciário exerce a fiscalização sobre esses serviços, garantindo que os cartórios cumpram a legislação, respeitem os princípios registrários e mantenham a segurança jurídica. Esse modelo permite uma prestação eficiente e especializada, com responsabilidade técnica e controle estatal, essencial para a confiança no mercado imobiliário.

A Lei de Registros Públicos é a principal norma que regulamenta os registros de imóveis no Brasil, estabelecendo os procedimentos e as regras para o registro, a matrícula e as averbações dos bens imóveis. A lei organiza o sistema registral, definindo a obrigatoriedade do registro para a validade e a eficácia dos direitos reais contra terceiros, além de detalhar os requisitos formais para a prática dos atos registrais.

A matrícula do imóvel, prevista nos artigos 167 a 183 da lei, é o instrumento essencial que contém o histórico completo do imóvel, incluindo sua identificação, descrições, titularidade, ônus e eventuais restrições. É nela que se lançam

todos os registros e averbações, permitindo o controle da cadeia dominial e garantindo a publicidade dos atos²⁶⁶.

A lei ainda distingue as diferentes espécies de registros — como registros de compra e venda, hipotecas, penhoras — e as averbações, que são atos que modificam ou complementam o registro, tais como alterações de estado civil, construções ou cancelamentos²⁶⁷.

3.2.2. Qualificação Registral

A qualificação registral é o processo pelo qual o registrador de imóveis analisa e verifica a validade e a regularidade dos documentos apresentados para registro ou averbação. É uma etapa fundamental para garantir que o ato seja legítimo, evitando fraudes e erros.

Na qualificação, o registrador verifica aspectos como: a) identificação correta das partes (nome, CPF, estado civil, capacidade); b) validade dos títulos apresentados (contratos, escrituras, procurações); c) conformidade da descrição do imóvel com a matrícula; d) existência de ônus ou gravames que possam afetar o registro; e) observância dos requisitos legais e formais previstos na Lei de Registros Públicos e nos provimentos do CNJ.

Na análise documental, se houver irregularidades, o registrador pode emitir uma nota de exigência, nos termos do art. 198, da Lei n.º 6.015/73, a ser cumprida pelo apresentante, para correção antes de efetivar o registro. Esse procedimento protege todo o sistema registral, assegurando segurança jurídica e transparência nas transações imobiliárias.

O registrador, portanto, exerce papel decisivo na validação dos atos registraes, em sentido amplo, através da qualificação dos títulos apresentados. Essa qualificação compreende a análise formal e material dos documentos, a verificação da legitimidade das partes e o cumprimento das exigências legais para a prática do registro.

O processo de qualificação é fundamental para prevenir fraudes e assegurar a segurança jurídica, já que o registrador atua como um agente de controle, responsável por assegurar que apenas títulos válidos e regulares ingressem a registro.

3.2.3. Efeitos do Registro

O registro do imóvel produz efeitos jurídicos de extrema importância, entre eles a oponibilidade contra terceiros, conferindo segurança à propriedade.

²⁶⁶ KÜMPEL, *Tratado notarial e registral*, *op. cit.*

²⁶⁷ FIGUEIREDO NETO; KÜMPEL, *op. cit.*

A partir do registro, o titular adquire direitos reais plenamente eficazes perante terceiros, protegidos inclusive em caso de litígio²⁶⁸.

Além disso, o registro assegura a preferência do titular registrado sobre outros eventuais adquirentes, sendo determinante em situações de conflito ou concorrência entre direitos. A presunção de veracidade do registro, prevista na lei, atribui ao registro um valor probatório significativo, facilitando a circulação imobiliária e a segurança das transações²⁶⁹.

3.2.4. Instrumentos Complementares

Além do registro convencional, a Lei n.º 6.015/73 e legislações correlatas trouxeram inovações para consolidar a propriedade e facilitar sua comprovação. Destaca-se a possibilidade de adjudicação extrajudicial, prevista na Lei n.º 14.382/22, que permite a consolidação da propriedade por meio do registro, sem a necessidade de processo judicial, agilizando a regularização fundiária.

Esses mecanismos reforçam ainda mais o papel do registro de imóveis como instrumento central para a consolidação e a segurança da propriedade, ampliando o acesso à regularização e reduzindo a morosidade do Judiciário.

3.3. Sistemas Informatizados

3.3.1 Implantação do Registro Eletrônico

A modernização dos registros de imóveis no Brasil tem avançado por meio da informatização dos cartórios, processo que busca substituir gradativamente o sistema tradicional baseado em livros físicos pela digitalização e automação dos serviços. O Programa Nacional de Informatização dos Registros Públicos, coordenado pelo CNJ em parceria com o Departamento de Registro de Imóveis e Órgãos Registradores²⁷⁰, tem estabelecido diretrizes para a implementação do registro eletrônico em todo o País.

A modernização tecnológica transformou o funcionamento do sistema registral, ao passo que o Provimento CNJ n.º 89/2019, ao disciplinar o Operador Nacional do Registro Eletrônico de Imóveis (ONR), viabiliza a interligação de cartórios extrajudiciais em nível nacional.

O Provimento n.º 89/2019, foi editado pela Corregedoria Nacional de Justiça a partir de um pedido de providências realizado pelo Instituto de Regis-

²⁶⁸ KÜMPEL, **Sistemas de transmissão imobiliária sob a ótica do registro**, *op. cit.*

²⁶⁹ FIGUEIREDO NETO; KÜMPEL, *op. cit.*

²⁷⁰ ONR LANÇA versão inicial da IARI para apoiar Registros de Imóveis na extração de dados. **ONR**, 19 mar. 2025. Disponível em: <https://www.onr.org.br/onr-lanca-versao-inicial-da-iari-para-apoiar-registros-de-imoveis-na-extracao-de-dados/>. Acesso em: 30 maio 2025.

tro Imobiliário do Brasil, com objetivo de melhorar a eficiência na gestão e nas atividades dos registros de imóveis.

A partir dos pareceres e manifestações das associações, o conjunto normativo foi editado, entrando em vigor em janeiro de 2020, ao regulamentar o SREI, o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado (SAEC), o Código Nacional de Matrículas, o acesso da Administração Pública Federal às informações do SREI e estabelece diretrizes para o Estatuto de ONR.

Ao analisar o Provimento CNJ n.º 109/2020, que deu origem à regulamentação do Agente Regulador do ONR, Rodrigues²⁷¹ enfatiza que este será regido pelos princípios que disciplinam a Administração Pública em geral, o serviço público de registro de imóveis eletrônico, além dos serviços públicos delegados, especialmente os princípios da: a) legalidade, b) integridade, c) impessoalidade, d) moralidade, e) representatividade, f) razoabilidade, g) finalidade, h) motivação, i) interesse, j) público, k) eficiência, l) segregação de funções, m) segurança, n) adequação, o) regularidade, p) continuidade, q) atualidade, r) generalidade, s) publicidade, t) autenticidade e u) cortesia na prestação de serviços.

O Agente Regulador do ONR é o órgão da Corregedoria Nacional de Justiça encarregado de exercer a competência reguladora, conforme o art. 76, parágrafo 4º, da Lei n.º 13.465/2017.

O Provimento n.º 115/2021 do CNJ trata da receita de Fundo para Implementação e Custeio (FIC) do SREI, regulamenta sua composição e prevê o recolhimento de sua receita. O referido provimento prevê que o ONR é quem deve operar o FIC/SREI subvencionado pelos cartórios do registro de imóveis dos estados e do Distrito Federal.

Por sua vez, a receita do FIC/SREI é constituída pela cota de participação dos cartórios de registro de imóveis dos estados e do Distrito Federal, sendo que esses registros integram o SREI e são vinculadas ao ONR. O provimento prevê que a cota de participação é devida mensalmente por todos os cartórios de registros de imóveis, sob o regime de delegação ou oficializadas, providas ou vagas, instaladas e em funcionamento nos estados e no Distrito Federal.

Essa cota de participação corresponde a 0,8% (oito décimos por cento) dos emolumentos brutos percebidos pelos atos praticados no serviço de registro de imóveis do respectivo cartório. Portanto, o valor da cota de participação do fundo deverá ser tomado por base exclusivamente dos emolumentos brutos do Oficial de Registro, desconsiderando-se demais parcelas, de qualquer natureza, ainda que cobradas por dentro, nas respectivas tabelas de emolumentos do estado ou do Distrito Federal.

²⁷¹ RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Como lotear uma gleba: parcelamento e desmembramento de solo, loteamento e condomínio de lotes**. Leme: Imperium, 2023.

Portanto, não são incluídas nessa apuração do valor as parcelas incluídas na tabela destinadas a repasses obrigatórios previstos em lei e não destinadas ao Oficial de Registro. Sendo assim, é devida apenas sobre os atos de registro de imóveis, excluídos os demais atos praticados no registro de imóveis, excluídos os demais atos praticados na respectiva serventia, caso estejam relacionados com outras atribuições, de outras especialidades, a exemplo do registro civil das pessoas naturais, registro civil das pessoas jurídicas ou títulos e documentos.

Ressalta-se que o valor da cota de participação deve ser destacado no relatório detalhado de apuração do respectivo mês de referência. Esse relatório detalhado deve ser mantido em meio eletrônico por cinco anos, e o lançamento do valor apurado recolhido ao fundo será efetivado como despesa obrigatória, no Livro Diário Auxiliar de Receitas e Despesas, nos termos do Provimento n.º 45/2015 do CNJ.

Desse modo, o recolhimento ocorrerá obrigatoriamente por meio do Sistema Financeiro Nacional, em conta própria do ONR mantida para essa finalidade. O valor apurado como valor base dos emolumentos percebidos no mês anterior, com o recolhimento da cota da participação, é efetuado até o último dia do mês.

Valerio e Benfatti²⁷² destacam as inovações normativas que viabilizam a assinatura digital e o registro eletrônico de documentos, ao passo que ressaltam sua relevância para cartórios de registro de imóveis. O estudo aponta que a certificação ICP-Brasil fortalece a validade jurídica dos atos e amplia a segurança na autenticação de partes. Além disso, enfatizam que o ambiente digital reduz custos operacionais e aproxima o serviço extrajudicial da sociedade. Segundo os autores, essas possibilidades reforçam a fé pública ao permitir que atos sejam formalizados à distância, sem abrir mão do controle registral, com destaque à importância de observância aos requisitos legais para garantir eficácia plena.

Nesse sentido, o SREI possibilita emissão de certidões *on-line*, consulta de matrículas e protocolo eletrônico, com assinaturas eletrônicas. Essa transformação favorece a celeridade e a redução de custos, mas impõe desafios como a proteção de dados, a padronização de sistemas e a necessidade de qualificação de pessoal.

A criação do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (SERP) e a meta de migração eletrônica até 2025 são marcos importantes para garantir maior celeridade, segurança e transparência na prestação dos serviços registrais. O Provimento CNJ n.º 143/2023 regulamenta o funcionamento desses sistemas

²⁷² VALERIO, Alexandre Scigliano; BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. Possibilidades de assinatura, registro e protesto eletrônicos dos títulos de crédito do agronegócio. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 17-38, 2021.

eletrônicos, definindo parâmetros para a validade dos documentos digitais, assinaturas eletrônicas e interoperabilidade entre os sistemas estaduais.

3.3.2. Central de Indisponibilidade de Bens (CNIB)

A CNIB foi regulamentada pelo Provimento n.º 39, de 25 de julho de 2014, pelo CNJ, com a finalidade de recepcionar comunicações de indisponibilidade de bens imóveis não individualizados. A central tem por objetivo armazenar e possibilitar a fácil verificação de todas as indisponibilidades de bens decretadas por magistrados ou autoridades administrativas.

É importante ressaltar a importância da central no combate às fraudes processuais, além de dar maior eficácia às decisões judiciais ou administrativas de bens, sendo as informações disponibilizadas aos Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro de Imóveis e para outros usuários do sistema, em todo o País. A CNIB garante maior segurança jurídica para as transações imobiliárias, ao possibilitar o rastreamento no território nacional dos bens imóveis atingidos pela indisponibilidade, além de evitar dilapidações de patrimônio.

Nesse sentido, dada a dificuldade de localização de bens do devedor ou do executado, a centralização de informações dos registros públicos ganha relevância para a satisfação do crédito. Portanto, a implementação da CNIB assegura maior efetividade para a satisfação das execuções e o cumprimento de sentença, evitando-se condutas fraudulentas, impossibilitando que o devedor dilapide seu patrimônio, com o rastreamento e o alcance nacional da propriedade de imóveis e de outros direitos imobiliários.

Com a utilização da CNIB, a comunicação entre os Ofícios de Registros de Imóveis e a interligação com o Poder Judiciário e a Administração Pública trazem segurança, eficiência e desburocratização nesse processo. A fiscalização, por sua vez, bem como o acompanhamento de suas funcionalidades, é realizada pela Corregedoria Nacional de Justiça, pelas Corregedorias Gerais de Justiça e Corregedorias Permanentes, nos âmbitos de suas competências, a partir de módulos que permitem relatórios para posteriores estatísticas, controle e fiscalização.

Por sua vez, as comunicações das indisponibilidades, decretadas pelos órgãos administrativos são inseridas diretamente no sistema pelos prolores dos atos administrativos. Do mesmo modo, as ordens de levantamento da indisponibilidade também ficam a cargo da autoridade competente. Sendo assim, há vedação expressa na normativa do envio pelas autoridades judiciárias e administrativas de comunicações em papel, genéricas, devendo, nessas hipóteses, serem devolvidas pelos registradores.

A CNIB fica disponível 24 horas por dia, todos os dias da semana, sem restrições de horário, tendo como finalidade garantir maior publicidade aos atos

processuais, resguardando as partes, os tabeliães e os registradores de imóveis, que devem sempre consultar o sistema de indisponibilidade antes da prática de seus atos.

3.3.3. Inteligência Artificial do Registro de Imóveis (IARI) e Automação

Uma das inovações tecnológicas mais significativas no âmbito dos registros de imóveis é o desenvolvimento da IARI, uma ferramenta criada pelo ONR em parceria com empresas de tecnologia, que utiliza técnicas avançadas de aprendizado de máquina para realizar a leitura, a interpretação e a migração automática de dados de matrículas físicas para o formato digital, conforme dados do ONR²⁷³.

A IARI representa um avanço significativo na automação dos serviços registrais no Brasil. Ela foi desenvolvida para otimizar a digitalização e o processamento das matrículas físicas, que são documentos complexos e volumosos, facilitando a migração para o meio digital com maior rapidez e precisão.

A IARI possibilita, ainda, a digitalização massiva das matrículas e dos documentos correlatos, facilitando a organização dos arquivos e a eficiência dos processos, além de reduzir erros humanos na transcrição dos dados²⁷⁴.

Essa automação auxilia também na qualificação inicial dos títulos, identificando inconsistências e sugerindo correções, segundo Pavon²⁷⁵. Ela reduz o trabalho manual, acelera a digitalização e melhora a qualidade das informações, contribuindo para a modernização do registro imobiliário e para a segurança jurídica. Traz ganhos práticos que impactam diretamente a rotina dos cartórios e a experiência dos usuários. Ao reduzir o trabalho manual, a IARI diminui a possibilidade de erros humanos, que são comuns em processos repetitivos e volumosos como a migração de matrículas físicas. Isso aumenta a confiabilidade dos dados registrados.

Além disso, a aceleração da digitalização do acervo dos registros de imóveis permite que as informações estejam disponíveis de forma mais rápida e acessível, facilitando consultas, pesquisas e transações imobiliárias. Assim sendo, essa agilidade é fundamental para o desenvolvimento do mercado imobiliário e para a segurança jurídica, pois documentos atualizados e organizados reduzem litígios e incertezas.

²⁷³ ONR, *op. cit.*

²⁷⁴ PAVON, Danilo Doneda. **Inteligência artificial e registros públicos: aspectos jurídicos e operacionais da automação nas serventias extrajudiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2025.

²⁷⁵ *Ibid.*

Por fim, a melhoria na qualidade das informações contribui para a transparência e a eficiência do serviço público, alinhando-se às normas, que estabelecem padrões para a informatização dos cartórios.

3.3.4. Ferramentas de Qualificação Assistida

Além da migração de dados, sistemas informatizados vêm sendo utilizados para apoiar a qualificação registral, com o uso de agentes virtuais e *chatbots* capazes de realizar análises preliminares dos documentos apresentados, verificar conformidade com requisitos legais e auxiliar na comunicação com sistemas auxiliares. Essas ferramentas permitem que o registrador concentre seus esforços na análise jurídica mais complexa, otimizando o tempo e reduzindo o risco de falhas operacionais.

3.3.5. Desafios e Cuidados

Apesar dos avanços tecnológicos, a informatização dos registros de imóveis traz desafios relevantes, sobretudo no que diz respeito à segurança da informação, proteção de dados pessoais e garantia da integridade documental. A implementação de sistemas informatizados deve observar rigorosos protocolos de segurança para evitar invasões, fraudes eletrônicas e vazamentos de informações sensíveis.

Outro ponto fundamental é a mitigação do viés algorítmico, assegurando que as decisões automatizadas não prejudiquem partes interessadas ou resultem em discriminação inadvertida. Além disso, é imprescindível que o uso da tecnologia seja sempre supervisionado por registradores humanos, garantindo a validade jurídica dos atos e a responsabilidade perante terceiros.

4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS PROCESSOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

Os serviços notariais e de registro no Brasil possuem respaldo jurídico estruturado principalmente pela Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que disciplina os registros públicos, e pela Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, estabelecendo normas para a organização, a fiscalização e o exercício das atividades notariais e registrais.

No âmbito do Registro de Imóveis, essas normas asseguram a observância de princípios essenciais, como a publicidade, a autenticidade, a segurança jurídica e a eficácia dos atos praticados. Tais princípios se mantêm fundamentais mesmo diante das transformações tecnológicas que impactam o funcionamento

das serventias extrajudiciais, especialmente com a incorporação de ferramentas digitais, como o SREI e a aplicação de soluções baseadas em IA.

A utilização de tecnologias inovadoras — a exemplo da IARI, desenvolvida no âmbito do ONR sob supervisão do CNJ — busca modernizar e padronizar processos, sem afastar a responsabilidade técnica e jurídica atribuída ao oficial, em conformidade com o regime legal vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, João Paulo do. **Blockchain e o registro de imóveis**: fundamentos e aplicações. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2025.

BENFATTI, Fábio. O *blockchain* como caminho para Inovação nos termos da Constituição de 1988. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 7, n. 1, e046, 2022. <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v7n1.e046>

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Tradução: Klaus Gerhardt. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

CHEZZI ADVOGADOS. Registro de Imóveis e IA – uso no expediente da Serventia. **Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**, 16 dez. 2024. Disponível em: <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/registro-de-imoveis-inteligencia-artificial-undefined-uso-no-expediente-da-serventia>. Acesso em: 25 jun. 2025.

CHOLLET, François. **Deep learning com Python**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. **Usucapião extrajudicial**. 4. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

Fachin, Jéssica; Fachin, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. Marcelino Princípios de inteligência artificial. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**, v. 14, n. 26, p. 362-381, 2022. Disponível em: <https://abdcconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/434>. Acesso em: 25 jun. 2025.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Registro de imóveis brasileiro**. São Paulo: YK, 2020.

GIOLO JUNIOR, Cildo; HENRIQUE JÚNIOR, Moacir; COELHO, Pablo Martins Bernardi. Responsabilidade dos provedores pelo tratamento dos dados sensíveis – Uma visão de acordo com as Leis de Proteção de Dados brasileira e europeia. **Prolegômenos**, Bogotá, v. 27, n. 53, p. 123-140, 2024. <https://doi.org/10.18359/prole.7053>

GOMES, Denise dos Santos. Inteligência artificial: conceitos e aplicações. **Revista Olhar Científico**, Ariquemes, v. 1, n. 2, p. 234-246, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direitos Reais**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. **Deep Learning**. Cambridge: MIT Press, 2016.

GUERRA, Ana Cláudia. O papel da IA no diagnóstico de irregularidades fundiárias. **Revista Brasileira de Direito Registral**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 35-52, 2024.

INTELIGÊNCIA Artificial do Registro de Imóveis é destaque no Jornal Nacional. **Registro de Imóveis do Brasil**, 3 jan. 2025. Disponível em: <https://www.registrodeimoveis.org.br/inteligencia-artificial-do-registro-de-imaveis-a-destaque-no-jornal-naciona>. Acesso em: 10 jun. 2025.

KAUFMAN, Dora. **Desmistificando a inteligência artificial**. São Paulo: Autêntica, 2022.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Registro de imóveis**: teoria geral e prática. São Paulo: YK, 2017.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Sistemas de transmissão imobiliária sob a ótica do registro**. São Paulo: YK, 2021.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK, 2020. v. 5.

KÜMPEL, Vitor Frederico; MADY, Fernando Keutenedjian. A transformação da central de indisponibilidade de bens: rumo ao SERP. **Colégio Notarial do Brasil**, 19 mar. 2025. Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2025/03/19/artigo-a-transformacao-da-central-de-indisponibilidade-de-bens-rumo-ao-serp-por-vitor-frederico-kumpel-e-fernando-keutenedjian-mady/>. Acesso em: 17 jun. 2025.

LIMA, Ricardo César. **Blockchain e desafios registraís**. Brasília: Fórum, 2025.

MITCHELL, Tom M. **Machine learning**. New York: McGraw-Hill, 1997.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Sociedade em rede, internet e estado de vigilância: algumas aproximações. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 132, p. 63-87, 2013. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/249>. Acesso em: 2 out. 2024.

NUNES, Luiz Fernando Pereira; SANTOS, José Carlos Francisco dos. Inteligência artificial: contextualização e possíveis impactos normativos e jurídicos. In: MARTOS, Frederico Thales de Araújo; FACHIN, Jéssica Amanda; ROVER, Aires Jose (org.). **ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I**, 6., 2023, Florianópolis. **Anais [...]** Florianópolis: Conpedi, 2023. Disponível em: <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wgq8v/38hm8z6e/dFV0BH84EpvikVJ5.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2025.

ONR LANÇA versão inicial da IARI para apoiar Registros de Imóveis na extração de dados. **ONR**, 19 mar. 2025. Disponível em: <https://www.onr.org.br/onr-lanca-versao-inicial-da-iari-para-apoiar-registros-de-imoveis-na-extracao-de-dados/>. Acesso em: 30 maio 2025.

ONSERP. **Instrução Técnica de Normalização n. 01 CNT/ONR, de 12/04/2021**. Brasília: Onserp, 2021. Disponível em: <https://onserp.org.br/instrucao-tecnica-de-normalizacao-n-01-cnt-onr-de-12-04-2021/>. Acesso em: 25 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Recommendation on the ethics of artificial intelligence**. Paris: Unesco, 2021. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>. Acesso em: 5 jun. 2025.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PAVON, Danilo Doneda. **Inteligência artificial e registros públicos: aspectos jurídicos e operacionais da automação nas serventias extrajudiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2025.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PORTAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS. **ONR lança versão inicial da IARI para apoiar registros de imóveis na extração de dados**. 25 mar. 2025. Disponível em: <https://portaldori.com.br/2025/03/25/anoreg-br-onr-lanca-versao-inicial-da-iari-para-apoiar-registros-de-imoveis-na-extracao-de-dados/>. Acesso em: 21 jun. 2025.

PUBLICIDADE registral imobiliária e a LGPD. **Observatório do Registro**, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://cartorios.org/2021/03/30/publicidade-registral-imobiliaria-e-a-lgpd/>. Acesso em: 7 jul. 2025.

RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Como lotear uma gleba: parcelamento e desmembramento de solo, loteamento e condomínio de lotes**. Leme: Imperium, 2023.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial: uma abordagem moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen LTC, 2022.

SANTOS, José Carlos Francisco dos. Da sociedade da informação e do conhecimento à era dos dados: perspectivas interdisciplinares contemporâneas das áreas jurídicas e da ciência da informação. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 7, n. 2, e062, 2023. <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v7n2.e062>

SILVA, Ana Beatriz. **Inteligência artificial no direito registral**. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

SUTTON, Richard S.; BARTO, Andrew G. **Reinforcement learning: an introduction**. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2018.

TRINDADE, André Karan; ANTONELO, Amanda. Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 18, n. 1, 2022. Disponível em: <https://seer.atis.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4816>. Acesso em: 5 jun. 2025.

VALERIO, Alexandre Scigliano; BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. Possibilidades de assinatura, registro e protesto eletrônicos dos títulos de crédito do agronegócio. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 17-38, 2021. <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0235/2021.v7i2.8209>

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Processo, Políticas Públicas e Biodireito – Volume 2 é uma obra que convida o leitor a refletir sobre alguns dos dilemas mais sensíveis e desafiadores do nosso tempo: a judicialização da saúde, os impactos da biotecnologia sobre a vida humana, a redefinição das vulnerabilidades sociais, os novos contornos da dignidade da pessoa humana e o papel do processo na concretização dos direitos fundamentais. Organizada por Tereza Rodrigues Vieira, Jônatas Luiz Moreira de Paula e Pedro Henrique Marangoni, a coletânea reúne pesquisadores que, a partir de diferentes perspectivas, enfrentam com rigor teórico e sensibilidade prática questões que atravessam o presente e projetam desafios para o futuro do Direito. A obra se articula em torno de uma inquietação comum: como o Direito pode responder, com racionalidade processual, sensibilidade ética e compromisso democrático, às novas demandas humanas e institucionais produzidas pelas transformações da medicina, da tecnologia e das políticas públicas. Nesse sentido, os textos dialogam entre si ao propor uma visão jurídica comprometida não apenas com a normatividade, mas também com a concretização dos direitos fundamentais em cenários marcados por desigualdade, vulnerabilidade e complexidade decisória.

AUTORES

Alexandre César Rodrigues da Silva
Arthur Gonçalves Cassian
Eduarda Seren Braga
Fabio Fernandes Neves Benfatti
Fernando de Lima Fogaça
Flávio Pierobon
Gabriela de Moraes Rissato
Giovana Agostinho Gomes
Guilherme Lunelli

Hwidger Lourenço Ferreira
Jeanne Carla Rodrigues Ambar
Jônatas Luiz Moreira de Paula
Jônatas Luiz Moreira de Paula Filho
Juliana de Fátima Moreira Costa
Karem Livia Miranda de Carvalho
Lucas Oliveira Faria
Luciene Ienke de Macedo
Matheus Rodrigues Kallas

Natan Galves Santana
Patrícia Borba Marchetto
Pedro Henrique Marangoni
Rayane Amann Tozoni
Tereza Rodrigues Vieira
Thiago Caversan Antunes
Valéria Silva Galdino Cardin
Winnicius Pereira de Góes