

PERSPECTIVAS

Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel  
Natália de Andrade Magalhães  
(Orgs.)

# JURÍDICAS



novas reflexões



Em tempos turbulentos, é preciso defender de forma intransigente o conhecimento e a educação enquanto ferramentas de emancipação social. Participando desse processo, o pesquisador do Direito se encontra no centro da polarização ideológica, construção de novos modelos e rearranjos de velhas estruturas do arcabouço político, social e normativo. Este livro, na forma de coletânea, se inclui em um processo mais amplo de reflexão sobre a superestrutura jurídica contemporânea que vem sendo transformada e exigida com intensidade e velocidade cada vez maiores na sociedade em rede na qual construímos nossas relações. A escolha dos ensaios que compõe esse projeto se deu de forma orgânica, norteadas pela premissa de que as produções humanas materializam as transformações do nosso “admirável mundo novo”. O ponto de partida do conhecimento jurídico é a curiosidade epistemológica, que precisa ser difundida, materializada e incentivada para fomentar o conhecimento científico e afastar o retrocesso e posturas anticientíficas. Assim, com temáticas múltiplas que se tangenciam, esta obra oferece ao leitor percepções diferentes e abrangentes sobre o Direito em 2020, consubstanciando-se no fruto da pesquisa de autores cujas vivências sociais e jurídicas são distintas, contudo, é perceptível que o ponto em comum entre todos é a defesa contundente do Estado Democrático de Direito.



## **Perspectivas jurídicas**



# Perspectivas jurídicas

Novas reflexões

**Organizadoras:**

Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel

Natália de Andrade Magalhães



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Lucas Margoni

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati; MAGALHÃES, Natália de Andrade (Orgs.)

Perspectivas jurídicas: novas reflexões [recurso eletrônico] / Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel; Natália de Andrade Magalhães (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

265 p.

ISBN - 978-65-87340-14-2

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Coletânea; 3. Estado; 4. Brasil; 5. Pesquisa; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito                      340

# Sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>9</b>
As Organizadoras	
<b>1 .....</b>	<b>13</b>
<b>Análise do direito à duração razoável da persecução penal no Brasil</b>	
Marcelo Leandro Pereira Lopes	
Thiago Henrique Reis de Araújo Costa	
<b>2.....</b>	<b>38</b>
<b>Ativismo judicial e direito tributário: uma análise da súmula vinculante nº 8</b>	
Gustavo da Silva Lino	
Deborah Christina Moreira Santos Jaime	
<b>3.....</b>	<b>64</b>
<b>Constelações familiares como meio de solução de conflito: possibilidade de sua aplicação aos casos de alienação parental</b>	
Sandriélen Cardoso da Silva	
José Octávio de Castro Melo	
<b>4.....</b>	<b>82</b>
<b>Direitos e liberdades individuais: limites acerca de sua eficácia</b>	
Naila Fortes e Silva	
Franco Didier Ferreira Cândido Júnior	
<b>5.....</b>	<b>105</b>
<b>Excludente de responsabilidade civil da responsabilidade médica por fato de terceiro: o sangue do médico</b>	
Ana Letícia Anarelli R. Leonel	
Fernanda Torres de Arruda Leão Coelho Oliveira	
Mirian Borges Fortes Couto	

6.....	117
<b>O ativismo judicial como ferramenta de efetivação do direito à saúde: uma análise sob a ótica do mínimo existencial e reserva do possível</b>	
Kércia Karenina Camarço Batista Rodrigues Leal	
Jeanne Freire Pontes	
7.....	135
<b>O contrato de franquia ou <i>franchising</i> empresarial no direito brasileiro</b>	
José Augusto Paz Ximenes Furtado	
8.....	145
<b>O crescimento da criminalidade no espaço digital frente a pornografia de vingança (<i>revenge porn</i>)</b>	
Mykelle de Jesus Araújo da Silva	
Paloma Torres Carneiro	
9.....	162
<b>O (des)governo, a pandemia e o discurso da dissonância</b>	
Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel	
Monnyke Olga Barbosa Assunção	
10.....	178
<b>O impacto das alterações no regime fiscal brasileiro no desenvolvimento social dos municípios: o caso da saúde do município de Canto do Buriti</b>	
Wendy Soares Nunes	
Giovana Ferreira Martins Nunes Santos	
11.....	202
<b>O processo eleitoral e o discurso do ódio: da liberdade de expressão à xenofobia</b>	
Luciana Carrilho de Moraes	
Maria Eduarda da Silveira Bona Madeira Campos	
12.....	220
<b>O racismo estrutural no Brasil: (des) igualdade pós Constituição Federal de 1988</b>	
Natália de Andrade Magalhães	
Jeciara de Barros Sousa	
13.....	238
<b>Os limites éticos nas pesquisas em saúde mental</b>	
Nestor Alcebiades Mendes Ximenes	

## **Apresentação**

*As Organizadoras*

Em tempos turbulentos, é preciso defender de forma intransigente o conhecimento e a educação enquanto ferramentas de emancipação social. Participando desse processo, o pesquisador do Direito se encontra no centro da polarização ideológica, construção de novos modelos e rearranjos de velhas estruturas do arcabouço político, social e normativo.

Este livro, na forma de coletânea, se inclui em um processo mais amplo de reflexão sobre a superestrutura jurídica contemporânea que vem sendo transformada e exigida com intensidade e velocidade cada vez maiores na sociedade em rede na qual construímos nossas relações.

A escolha dos ensaios que compõe esse projeto se deu de forma orgânica, norteada pela premissa de que as produções humanas materializam as transformações do nosso “admirável mundo novo”. O ponto de partida do conhecimento jurídico é a curiosidade epistemológica, que precisa ser difundida, materializada e incentivada para fomentar o conhecimento científico e afastar o retrocesso e posturas anticientíficas.

Desse modo, no primeiro capítulo, Marcelo Leandro Pereira Lopes e Thiago Henrique Reis de Araújo Costa analisam o Direito à razoável duração da persecução penal no Brasil, garantia que, embora assegurada pela Constituição Federal em seu art. 5.º, inc. LXXVIII, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é constantemente ignorada pela prática jurídica.

No segundo artigo jurídico, escrito por Gustavo da Silva Lino e Deborah Christina Moreira S. Jaime, a atuação do Supremo Tribunal Federal é alvo de análise crítica, especificamente em relação ao ativismo judicial demonstrado na edição da Súmula Vinculante Nº 8. Em tempos de

descrédito das instituições democráticas e dos poderes regularmente constituídos, os autores analisaram hermeneuticamente a atuação da Corte Suprema, respeitando, contudo, o papel imprescindível do STF no equilíbrio das forças constitucionais.

Sandriélen Cardoso da Silva e José Octávio de Castro Melo são os autores do terceiro artigo da coletânea onde a alienação parental é abordada por um novo viés, qual seja, a possibilidade de aplicação da constelação familiar para resolver litígios que envolvam alienação. É um tema instigante e interdisciplinar que merece atenção não apenas dos profissionais e operadores, mas também de genitores que estejam em processo de dissolução da sociedade conjugal e buscam resolver seus conflitos da forma menos danosa aos filhos.

O quarto artigo da nossa coletânea foi escrito por Naila Fortes e Silva e Franco Didier Ferreira Cândido Júnior. Os autores abordam uma problemática antiga que nunca envelhece: as liberdades individuais e os obstáculos impostos para que possam ser exercidas de forma plena. Com efeito, a dicotomia liberdade e igualmente não deixa de despertar curiosidade científica, especialmente em tempos de crise e exceção onde se discute quais os limites aos limites impostos ao exercício das liberdades individuais.

As autoras Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel, Fernanda Torres de Aruda Leão Coelho Oliveira e Mirian Borges Fortes Couto assinam o artigo “Excludente de responsabilidade civil da responsabilidade médica por fato de terceiro: o sangue do médico”. O tema abordado é pertinente ao momento de (re) valorização do profissional da saúde, quando a atuação do profissional da medicina se encontra em maior evidência, vislumbrando-se a possibilidade de afastar a responsabilidade médica quando o suposto erro decorre de fato alheio às possibilidades de diligência profissional.

O sexto artigo da nossa coletânea volta a discutir o papel do Poder Judiciário e a interferência judicial nas políticas públicas de saúde. No artigo, Kércia Karenina Camarço Batista Rodrigues Leal e Jeanne Freire

Pontes analisam o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível no tocante à efetivação do direito à saúde, temática que se renova no contexto da pandemia do novo corona vírus.

Em seguida, o professor José Augusto Paz Ximenes Furtado discorre acerca do contrato de franquia no ordenamento jurídico brasileiro. Em tempos de sociedade de (em) rede, essa modalidade de contrato mercantil e seus reflexos merecem aprofundamento doutrinário, principalmente, diante da relevância prática da temática que ainda não é dominada pelos empresários que pretendem se aventurar no ramo da franchising.

A sociedade em rede e a diminuição das fronteiras virtuais após o processo de globalização reflete no Direito Penal e no surgimento de novos crimes, ou, novas formas de praticar velhos crimes. Nesse diapasão, Mykelle de Jesus Araújo da Silva e Paloma Torres Carneiro abordam a *revenge porn*, discorrendo acerca da tipificação delitiva e dos mecanismos jurídicos de enfrentamento.

No artigo seguinte, Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel e Monnyke Olga Barbosa Assunção refletem sobre a politização da pandemia e a tensão entre a ideologia neoliberal e a efetivação dos direitos humanos em tempos de crise, apontando e analisando criticamente a dissonância dos discursos e posturas adotados pelos entes federados e organismos internacionais.

Wendy Soares Nunes e Giovana Ferreira Martins Nunes Santos dão seguimento à coletânea analisando as mudanças advindas da Emenda constitucional nº 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal da União, no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, congelando, em relação à despesa primária do ano anterior, os gastos futuros destinados à saúde, pelo período dos próximos de 20 anos, no Brasil, iniciando-se do exercício financeiro do ano de 2017. O artigo foca a abordagem em estudo de caso acerca do desenvolvimento social do município piauiense de Canto do Buriti.

No artigo seguinte, Luciana Carrilho de Moraes e Maria Eduarda da Silveira Bona Madeira Campos analisam o conflito entre a garantia constitucional da liberdade de expressão, tal como estabelecida nos direitos

fundamentais da Constituição de 1988, e a proliferação de *fake news* no processo eleitoral. Em tempos de polarização política e “cancelamento” em massa através de redes sociais, as autoras buscam um ponto de equilíbrio conforme a ordem constitucional brasileira.

Nesse momento de intensificação de protestos e manifestações após as mortes de George Floyd, nos Estados Unidos e João Pedro, no Brasil, Natália de Andrade Magalhães e Jeciara de Barros Sousa nos oferecem um artigo abordando o racismo estrutural brasileiro e o mito da democracia racial. As autoras discorrem sobre a insuficiência do arcabouço jurídico pós Constituição de 1988 para quebrar a cadeia de privilégios/opressão que disciplina a relação entre brancos e pretos no Brasil.

Em seguida, fechando nossa coletânea o professor Nestor Alcebíades Mendes Ximenes disserta sobre o aspecto histórico na evolução da pesquisa científica em doentes mentais, visando a melhoria no quadro de saúde mental desenvolvida no Brasil, levando em conta, sobretudo, a fundamentação legal no tratamento desses grupos.

Assim, com temáticas múltiplas que se tangenciam, esta obra oferece ao leitor percepções diferentes e abrangentes sobre o Direito em 2020, consubstanciando-se no fruto da pesquisa de autores cujas vivências sociais e jurídicas são distintas, contudo, é perceptível que o ponto em comum entre todos é a defesa contundente do Estado Democrático de Direito.

## **Análise do direito à duração razoável da persecução penal no Brasil**

*Marcelo Leandro Pereira Lopes*  
*Thiago Henrique Reis de Araújo Costa*

### **Introdução**

O presente estudo tem como tema de pesquisa o direito à duração razoável no processo penal brasileiro, objeto de grande relevância por se tratar de uma garantia processual positivada na constituição, fundamental para a construção de um sistema acusatório.

A definição do que seja tempo razoável é uma celeuma longe de alcançar um ponto pacífico, uma vez que os critérios de aferição que melhor atendem ao exercício desse direito fundamental estão em constante discussão e contestação. Ainda é preciso buscar um conceito mais equilibrado entre a garantia processual do indivíduo e a celeridade processual. Os tribunais brasileiros adotam postura discricionária na sua aplicação e a legislação ainda tem sido tímida a seu respeito.

O tema objeto do presente estudo tem chamado a atenção de juristas como Aury Lopes Jr. (2019), com forte crítica a adoção da doutrina do não prazo e a falta de coragem legislativa para determinar prazos máximos e mínimos quanto a devida duração. Tanto William Ricardo Petter (2015) como Raquel Ferreira Lyrio (2014) apresentam pesquisa baseada na legislação, no comportamento das cortes superiores e no direito comparado, com a conclusão pela lentidão do processo penal brasileiro.

Carlos Henrique Borlido Haddad e Lucas Bacelette Otto Quaresma (2014) trazem em detalhes o entendimento – ou desentendimento – do Supremo Tribunal Federal quanto ao que seja duração razoável, com a problematização da discricionariedade nos resultados analisados.

O presente trabalho tem o objetivo de, a partir da análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária, compreender o panorama do que seja tempo razoável para a duração da persecução penal no Brasil e as respectivas críticas do que deve ser adotado para melhorar o atual quadro. Neste sentido, organizou-se em três partes. Na primeira, aborda-se a constitucionalidade da razoável duração da persecução penal e a busca de um equilíbrio entre celeridade processual e a observância das garantias processuais. Em seguida, aborda-se o tempo razoável da persecução penal no Brasil sob um viés legal e jurisprudencial. E, finda com análise do caso Ximenes Lopes e sua repercussão.

## **1 A constitucionalidade da duração razoável da persecução penal**

O direito fundamental a uma duração razoável do processo, positivado na CF/88, art. 5º, LXXVIII, representa garantia imprescindível ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, afinal, o tempo é um bem de grande valia na vida humana, o que não escapa das atenções da ciência do Direito, e que na seara penal tem uma delicadeza ainda maior.

Tal importância já era apontada desde Beccaria (1764), quando demonstrou preocupação quanto ao tempo adotado nos processos e os riscos de condenações de inocentes. Para o autor italiano, a certeza da punição e o processamento dos crimes em tempo hábil são instrumentos mais eficazes de inibição da criminalidade que a aplicação de penas desproporcionais e desumanas.

O tempo como recurso elementar do direito penal moderno foi destacado por Foucault (1975). Para o autor, diferentemente da lógica dos suplícios, própria do antigo regime, na qual o castigo corporal constituía o

cerne das penas, o Estado moderno passou a utilizar o tempo como objeto de aflição ao delinquente, o que potencializou a aplicação das penas e o controle dos condenados.

No processo penal, objeto do presente trabalho, o tempo exerce papel basilar para uma efetiva aplicação dos mandamentos constitucionais. Como bem demonstra Lopes Jr. (2019), a inobservância da devida duração do processo acarreta em ferimento a uma gama de garantias fundamentais.

A primeira delas é a jurisdicionalidade, garantia voltada a proteger o indivíduo do poder punitivo do Estado com a aplicação da pena apenas aos culpados. Acontece que, mesmo sem uma sentença condenatória, o acusado padece de uma série de castigos consequências diretas do arrastamento do processo ao longo do tempo, como, por exemplo, maiores custos financeiros por conta de gastos com a defesa, restrição de bens e até perda de emprego devido à estigmatização; além do natural desgaste pessoal de estar sob uma acusação criminal, o que desencadeia muitas vezes em isolamento social. É o fenômeno do Processo-Pena, conceito que será destrinchado mais a frente. (LOPES JR., 2019).

Ainda de acordo com Lopes Jr. (2019), a presunção de inocência também é atingida pela dilação indevida do processo, garantia fundamental que determina que o acusado seja tratado efetivamente como inocente ao longo de todo o processo. Resta prejudicada quando o mesmo perde credibilidade perante a sociedade e o próprio Estado, pois o status que carrega corrói a força de sua tese defensiva ao longo do tempo processual.

Deve-se atentar que os efeitos de uma acusação criminal demasiadamente longa, já aludidos acima, não se restringem somente a figura do acusado, atingem também os seus familiares e dependentes, que se veem arrastados para dentro do processo — resultado das consequências de uma acusação criminal que se protraem no tempo, como os gastos financeiros com a defesa, principalmente para os mais pobres; ou prejuízos emocionais e sociais decorrentes da estigmatização do acusado — o que danifica a garantia da intranscendência da pena. (LOPES JR., 2019). O

princípio da responsabilidade pessoal ou intranscendência da pena, positivada na CRFB de 1988, art. 5º, XLV, prevê que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. As penas não podem atingir pessoas que não praticaram o crime. (NOVAES; BELLO, 2019).

Como consequência dos ferimentos às garantias fundamentais supracitadas, o direito de defesa é enfraquecido, pois, como corolário do sistema acusatório, perde os instrumentos que lhe dão substância e possibilitam sua concretização no mundo prático por conta de todo o sobrecurso adicionado para o seu exercício. (LOPES JR., 2019).

Diante do exposto, imperioso é aceitar a duração razoável do processo como pilar assegurador das promessas de um direito penal moderno, capaz de proporcionar as respostas corretas e adequadas aos valores da dignidade humana e da justiça.

### **1.1 O equilíbrio entre a celeridade processual e as garantias processuais**

Demonstrada a relevância do direito à duração razoável do processo penal devido a sua interligação com garantias fundamentais próprias do sistema acusatório, passemos agora à digressão quanto ao desafio de equilibrar um adequado tempo do processo com a preservação de direitos de defesa.

Não é raro que a celeridade processual seja colocada como adversária do direito ao contraditório e da ampla defesa, numa espécie de embate inconciliável no qual um tem de necessariamente prevalecer sobre o outro o que resta inexoravelmente em prejuízos; ora a vítima e a sociedade que vê seu direito à prestação jurisdicional emperrado nas garantias do réu, ora ao acusado que vê seu direito de provar sua inocência atropelado por um abstrato interesse social.

Contudo, entende-se que por meio da resposta correta, qual seja, a constitucionalmente adequada, que respeita os direitos humanos e cumpre com as promessas do Estado moderno, é possível alcançar a harmonia entre os interesses da vítima, sociedade e acusado. (STRECK, 2017).

Porém, tal ponto de equilíbrio está longe de ser alcançado quando olhamos para um quadro completamente embaralhado em burocracia e atolado em ineficácia estatal por falta de estrutura e financiamento. O resultado é um processo demasiadamente longo que pode se arrastar por décadas, e prejudicar o acusado que vê seu direito de defesa se esfumar e a angústia crescer ao longo do tempo, como muito bem ilustrado na obra *O Processo de Kafka* (1925). O senhor K, personagem principal, tem toda sua vida afetada pelo processo, que passa a exigir toda a sua atenção, com prejuízos ao trabalho e a suas relações interpessoais.

Ainda quanto ao acusado é preciso atentar ao fenômeno fruto da demora processual que antecipa as mazelas próprias de uma condenação criminal já na fase do processo, como bem descrito por Carnelutti (1957, p. 15) “O acusado sente ter a aversão de muita gente contra si; algumas vezes, nas causas mais graves, lhe parece que esteja contra ele todo mundo.” É o denominado processo pena, falha essa que resulta da impossibilidade humana de criação de um instituto plenamente justo, e, por isso mesmo, deve ser lembrada sempre que possível a fim de alertar os juristas da importância de usar o direito penal com prudência, como *ultima ratio*. (BITENCOURT, 2017).

Segundo Lacava (2009, p. 22) “Há, ademais, com o prolongamento do processo, uma maior estigmatização do indivíduo. Quanto mais tempo durar o processo, com toda sua ritualística degradante, mais será o estigma social suportado pelo acusado.”. Uma acusação criminal perante a sociedade, muitas vezes, legitima a retirada da condição de cidadão de um determinado indivíduo.

Como resultado da somatória entre estigmatização e os encargos próprios do poder punitivo estatal – dentre eles o processo penal – o indivíduo é empurrado para a criminalidade, sem alternativas, o que vai de encontro com a pretendida função ressocializadora da pena. (BITENCOURT, 2016). Essa criminalidade secundária explicita o Estado e a sociedade como agentes responsáveis, dentre outros, pelo fenômeno da criminalidade. (LACAVA, 2009).

No outro extremo, e não menos maléfico ao Estado Democrático de Direito, está a excessiva celeridade processual que em nome de uma economia processual ignora as garantias constitucionais. É o risco que assumimos quando importamos institutos como a justiça penal negociada sem nos atentarmos à sua compatibilidade com o modelo acusatório, adotado pela CRFB/88, com o intuito exclusivo de acelerar o processo, em detrimento das formalidades próprias do processo penal. (LOPES JR., 2019).

Antes de qualquer coisa é preciso ressaltar que a forma é imprescindível para o processo penal, pois a sua lógica, diferente do processo civil, pressupõe toda uma série de cuidados para que se evite que os subjetivismos do julgador interfiram e distorçam a verdade processual, transformando-o em mera encenação. (LOPES JR., 2019). Um tempo processual exageradamente exíguo é cego quanto aos direitos do acusado e surdo quanto aos reclames da vítima.

Procurar delimitar o que seja tempo razoável é tarefa das mais delicadas como visto pelo exposto acima, mas entendemos ser desafio necessário para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, e o enfrentaremos com humildade no presente estudo. Primeiramente, urge responder questionamento essencial para tamanha tarefa: quando deve começar a incidir o direito à duração razoável do processo? Somente na fase processual?

Neste ponto estamos de acordo com Lacava (2009), quando diz que na seara penal deve tal garantia fundamental incidir desde os primeiros efeitos suportados pelo indivíduo, o que pode ocorrer já na fase de investigação criminal, seja por conta de prisão provisória ou qualquer outra medida cautelar passível de ser aplicada nesta fase. E como bem lembrado pela mesma, essa conclusão está lastreada pelo artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, que determina:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em

liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, 1969, Art. 7.5).

Prefere-se, por isso mesmo, denominar de direito à duração razoável da persecução penal, a fim de garantir efetiva proteção do indivíduo contra as mazelas de uma acusação criminal, que se fazem presentes desde antes da instauração da ação penal. (LACAVA, 2009).

Passemos a análise de como se encontra o direito humano objeto do presente estudo no ordenamento jurídico brasileiro e de seu processo de positivação.

## **2 O tempo razoável da persecução penal no Brasil**

O direito à duração razoável do processo está previsto no artigo 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal. Protegido como cláusula pétrea, foi incluído apenas no ano de 2004 por meio da Emenda Constitucional 45º. Porém, entende a melhor doutrina que a citada garantia já se encontrava implícita na constituição desde sua promulgação, decorrendo naturalmente dos princípios fundamentais do devido processo legal e do acesso à justiça. E pela imperatividade dos artigos 7.5º e 8º do Pacto de São José da Costa Rica do ano de 1969, dada por força do § 2º do artigo 5º da Carta Magna “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. (LACAVA, 2009).

Positivado no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, tem como característica a aplicabilidade imediata, o que impõe ao Poder Público o dever de efetivá-lo ao máximo, como determina o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. (FERNANDES, 2017). Entretanto, a ausência de legislação reguladora da citada garantia impede

a sua real concretização, o que deixa o jurisdicionado brasileiro a toda sorte de arbitrariedades do poder judiciário quanto a sua aplicação.

Passando à análise terminológica, concordamos com Lacava (2009) quanto ao acerto pelo termo escolhido no texto da Emenda Constitucional n° 45 “razoável duração do processo” em detrimento do termo “processo sem dilações indevidas”, pois garante tanto a sua não dilação excessiva como também a sua não abreviação excessiva, ambas irrazoáveis. Como destacado pela mesma, a redação utilizada na indigitada emenda pelo legislador permite sua incidência em processos de qualquer natureza, seja cível, trabalhista, administrativo, etc. Merece atenção a seara penal, pois é preferível a nomenclatura persecução a fim de garantir sua aplicação já na fase de investigação criminal, como já explicado alhures.

Quanto à opção pelo termo “razoável” é preciso tecer algumas críticas. Por ter conteúdo vago e impreciso abre espaços para subjetivismos e discricionariedades, mazelas que corroem a legitimidade das decisões no Estado Democrático de Direito por inviabilizar qualquer espécie de controle ou justificação em critérios jurídicos e científicos. (STRECK, 2017).

Sem fazer distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, como parte da doutrina, tal conceito surgiu na Alemanha como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana a fim de evitar uma supressão do núcleo essencial dos direitos fundamentais, denominado pelos alemães de proibição do excesso. (LACAVA, 2009).

Como se pode depreender das lições de Fernandes (2017) a teoria Alemã dos limites dos limites protege os direitos fundamentais por meio da imposição de requisitos materiais para a sua restrição, dentre eles o princípio da proporcionalidade. O referido princípio se divide em três sub-princípios, verdadeiros critérios para sua aplicação. São eles:

**Adequação** (meio que deve ser apto ao fim visado), **necessidade** (não deve haver outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo, ou seja, a única forma de alcançar o fim visado deve ser pela restrição ou limitação ao direito fundamental, visto que não há outro meio menos gravoso) e **proporcionalidade em sentido estrito** (relação **custo/benefício**), ou seja, o **ônus** com a

medida restritiva (que obviamente causa ônus) deve ser menor que o **bônus**. (FERNANDES, 2017, p. 353).

Contudo, a observância de tais critérios têm sido negligenciada no Brasil, seja pelo judiciário ou por parcela da doutrina, usado apenas como rota de escape argumentativa para escolhas arbitrárias, ferindo de morte a coerência e a integridade do direito. (DWORKIN, 2011).

Entende-se que a demasiada discricionariedade do poder judiciário brasileiro na aplicação da razoabilidade/proporcionalidade, sobram exemplos de decisões completamente conflitantes, justifica a ressalva quanto ao uso exclusivo do termo na definição da duração do processo, sem o estabelecimento de critérios legais mais claros. (STRECK, 2017).

Além da indefinição do que seja razoável, dificulta a efetivação do mandamento constitucional contido no artigo 5º inciso LXXVIII a “doutrina do não prazo” adotada no Brasil, originária do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tem como premissa a não fixação de prazos deixando a cargo dos tribunais e juízes a avaliação a posteriori da sua adequação. Para atenuar o grau de indeterminação, a corte europeia se baliza em três critérios para auferir a razoabilidade temporal do processo, são eles: a complexidade do caso; a atividade processual do interessado; e a conduta das autoridades judiciárias. Mas, ainda assim, persiste margem para subjetivismos. (LOPES JR., 2019).

É compreensível o uso da citada teoria pelas cortes internacionais, afinal, lida com casos de diversos países, todos constituídos de soberania, o que faz necessário maior maleabilidade, tendo em vista que a imposição de um prazo único inviabilizaria suas atividades. Entretanto, quanto aos ordenamentos jurídicos internos a melhor opção, em respeito ao princípio da legalidade e as garantias individuais, é a adoção de prazos máximos e mínimos para a duração da persecução penal previstos em lei, a fim de dirimir eventuais arbitrariedades, entendimento compartilhado pelas próprias cortes internacionais. (LACAVA, 2009).

Como ensina Lopes Jr. (2019), as duas lacunas no direito brasileiro, fruto da “doutrina do não prazo”, agravam exponencialmente a ineficácia

do direito à duração razoável do processo, quais sejam, a não definição de prazo máximo para duração do processo; e a inexistência de sanção para o seu descumprimento, que inutiliza os prazos existentes. Como se pode observar nos exemplos lembrados pelo autor:

O CPP prevê vários prazos procedimentais, mas sem sanção: a) no rito comum ordinário, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 dias (art. 399, § 2º, c/c art. 400); b) no rito comum sumário, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 dias (art. 399, § 2º, c/c art. 531); c) no rito relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, a primeira fase do procedimento deve encerrar-se no prazo máximo de 90 dias (art. 412). (LOPES JR., 2019, p. 94).

Resta agora analisar o comportamento do judiciário brasileiro face ao direito fundamental da duração razoável da persecução penal.

## **2.1 Análise jurisprudencial**

Em virtude da “doutrina do não prazo” os tribunais brasileiros adotaram a teoria europeia dos três critérios a fim de estabelecer parâmetros do que seja duração razoável, contudo, os resultados aferidos até aqui não apresentam padrões seguros, por desenhar um quadro com grau muito alto de discricionariedade e abstração.

Como bem analisado por Haddad e Quaresma (2014) os julgados do STF confirmam a insuficiência da teoria. Como se pode observar no Habeas Corpus n. 109.349 – no qual o STF rejeitou a tese defensiva de excesso de prazo na formação de culpa, o acusado permaneceu preso por 7 anos, 4 meses e 17 dias sem julgamento em primeira instância – tempo considerado razoável pela egrégia corte. Como destacado pelos autores no estudo, a pequena diferença de apenas 16 dias entre a média de tempo em que se concedeu ordem para o excesso de prazo (irrazoável – 1245,06 dias); e a média de tempo em que se denegou a ordem para excesso de

prazo (razoável – 1229,40 dias), no biênio 2011/2012, demonstra a discricionariedade, e, por conseguinte, a falibilidade na definição de tempo razoável pela Suprema Corte.

Assim, “essa pequena variação temporal dá margem a que prisões processuais com 3 ou 4 anos de duração possam ser consideradas aceitáveis ou inaceitáveis dependendo de circunstâncias outras.” (Haddad; Quaresma, 2014, p. 647).

Nas circunstâncias definidoras da duração razoável, para a jurisprudência brasileira, o tempo não se mostra fator preponderante, o que fica para o comportamento da defesa, complexidade da causa e o comportamento das autoridades os postos de verdadeira influência (Haddad; Quaresma, 2014).

No comportamento da defesa analisa-se possíveis abusos por parte do acusado que, ao utilizar meios processuais, busca apenas postergar o andamento do processo. Contudo, tal critério é bastante controverso em razão de penalizar o indivíduo por usufruir do seu direito de ampla defesa, sendo muito tênue a linha que diferencia o abuso do seu exercício legítimo.

A realização de diligências do interesse da defesa, a insistência na produção de provas relevantes para o processo, assim como o exercício dos recursos postos à disposição pela sistemática processual, não podem ser usados como fatores de justificação da demora do procedimento, dado que o direito à razoável duração do processo deve contemplar também o direito à ampla defesa, e ao Estado cabe propiciar os meios para que o processo seja desenvolvido num prazo razoável. (LACAVA, 2009, p. 154)

O STJ editou as súmulas nº 21, 52 e 64 no intuito de anular o abuso do exercício da defesa (PETTER, 2015), mas que acabam por vezes na negativa do apelo legítimo ao direito à razoável duração do processo sem antes se fazer uma análise do caso concreto. Segundo Lopes JR. (2019), as indigitadas súmulas não podem prevalecer em detrimento da garantia fundamental do artigo 5º inciso LXVIII, conforme percebido em alguns julgados do STJ.

A súmula 21 determina que “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”. Contudo, tal súmula se viu superada pelo STJ no HC 74852 / PE no qual o paciente se encontrava em prisão cautelar há mais de seis anos. Embora já houvesse pronúncia, entendeu a corte que a aplicação da súmula violaria os critérios da razoabilidade. Atentamos aqui para o fato do julgamento no júri apenas terminar com o julgamento em plenário, a pronúncia encerra apenas a primeira fase, deve o termo final do prazo da duração razoável do processo, no procedimento do júri, considerar no cálculo o tempo despendido até o fim da sessão de julgamento pelo Tribunal Popular. (LOPES JR., 2019).

A súmula 52 “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”; foi afastada diante de evidente constrangimento ilegal pelo qual passou a paciente do HC 179955 / SP, que havia apresentado memoriais há quase 8 meses, sem que fosse proferida a sentença por conta de uma irregularidade na defesa de um corréu. Entendeu o STJ na ocasião que o feito deveria ter sido desmembrado, e pela inadmissibilidade da permanência da paciente sob a custódia do Estado por quase oito meses, após a apresentação de memoriais, com a total paralisia processual. De acordo com Lopes JR. (2019), a súmula 52 realiza um encurtamento do termo final para antes do julgamento em primeiro grau, ignorando que o fim da instrução não põe fim ao processo.

E a súmula 64 “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”; na decisão do STJ no HC 111197 / SP de relatoria do Ministro Og Fernandes cedeu perante flagrante delonga processual, o paciente se encontrava preso há mais de três anos. Entendeu o tribunal pela impossibilidade do paciente ser responsabilizado sozinho, visto que a acusação também foi responsável por uma maior delonga processual com interposição de recursos, cabendo pois o reconhecimento da irrazoabilidade na duração do processo.

Diante do exposto, imperioso é concluir que nenhum imputado tem o dever de colaborar, e não pode ser punido por exercer seu direito à ampla

defesa, excetuando os casos de deliberada má-fé e abuso de direito. (LYRIO, 2014).

Quanto à complexidade da causa presente na esmagadora maioria dos julgados do STF, bastando a presença de mais de um acusado para que reste configurada, tem também como motivo a expedição de cartas precatórias, a quantidade de volumes do processo, a suspensão processual nos termos do art. 366 do CPP, a natureza dos crimes, a existência de organização criminosa, o número de advogados, a tramitação de recursos e o número de crimes. (HADDAD; QUARESMA, 2014). Porém, é preciso cuidar para que o Estado não se escuse de sua responsabilidade alegando alta complexidade do processo de maneira leviana, pois tem o dever de estruturar-se de modo suficiente para suprir as demandas da justiça.

Em relação à conduta das autoridades na condução do processo, tem entendido a jurisprudência pela presunção da boa atuação das autoridades judiciais envolvidas, com o dever do acusado de demonstrar a má conduta por meio de dois indicadores, quais sejam, a existência de longos hiatos entre os atos processuais; e a incapacidade da autoridade judicial apresentar causas justificativas da demora. Contudo, fica de fora a principal causa de retardo, o chamado tempo morto, período de tempo em que o processo fica parado sem a realização de qualquer ato processual, e, por isso mesmo, não atribuível a qualquer autoridade, mas sim a própria ineficiência estatal. (LACAVA, 2009).

A doutrina do não prazo é complacente para com a ineficiência estatal ao alijar o cidadão do exercício do direito à duração razoável da persecução penal lhe tirando a régua pela qual poderia comprovar o seu desrespeito.

Outro fator relevante para uma maior concretização do direito fundamental da duração razoável da persecução penal diz respeito a irracionalidade na alocação dos recursos financeiros por parte do poder Judiciário. No ano de 2017, no qual o montante total das despesas do judiciário somaram R\$ 90,8 bilhões, o que representa um crescimento de 4,4% em relação ao último ano, 90,5% foi gasto com recursos humanos. (CNJ, 2018).

O detalhamento desta rubrica mostra que 84,7% dos gastos destinam-se ao pagamento de subsídios e remunerações dos magistrados e servidores ativos e inativos, que incluem também pensões, imposto de renda e encargos sociais; 6,8% são referentes ao pagamento de benefícios (ex.: auxílio-alimentação, auxílio-saúde); 3,4% correspondem ao pagamento de despesas em caráter eventual e indenizatório, tais como diárias, passagens e auxílio-moradia; 4,3% são gastos com terceirizados e 0,8% com estagiários. (CNJ, 2018, p. 61).

Há um desequilíbrio visível quando comparado o gasto médio do poder Judiciário com os magistrados, de aproximadamente R\$ 48,5 mil por mês, com o gasto médio dispendido com os servidores, de R\$ 15,2 mil por mês, sendo que estes somam um total de 272.093 funcionários, o equivalente a 60,6% de toda a força de trabalho, enquanto aqueles somam um total de 18.168 pessoas, representando 4% do quadro de pessoal. (CNJ, 2018).

Uma vez que a maiorias dos procedimentos processuais encontram-se na secretaria, o investimento deveria ser maior na quantidade de servidores administrativos e em tecnologia, para promover atos céleres com eficácia. Em um país no qual a remuneração dos magistrados ultrapassa o teto constitucional, se incorporarmos no cálculo as verbas de natureza “indenizatória”, tais como auxílio moradia, auxílio saúde, entre outros, nota-se que a remuneração é totalmente desproporcional à realidade da nação. (CAMPOS; MUNARO, 2018, p. 17).

Defende-se que um gasto mais equitativo quanto às despesas com a força de trabalho e um maior rigor no respeito ao teto de gastos constitucional, com impedimento a sua burla com os famosos penduricalhos imorais e inconstitucionais disfarçados de auxílios, proporcionará maior investimento em aspectos que possam desafogar o Poder Judiciário para que responda às demandas que lhe são levadas em tempo razoável. (CAMPOS; MUNARO, 2018).

É chegada a hora da análise da legislação infraconstitucional no que se refere ao direito à duração razoável do processo.

## 2.2 A legislação brasileira

Apesar de reconhecido como direito fundamental protegido como cláusula pétrea por força do art. 60, § 4º, IV, da CRFB; a concretização do direito à duração razoável da persecução penal precisa de regulamentação a fim de que lhe seja concedido substância suficiente para sua aplicação. Cumpre agora observar justamente os instrumentos legais que podem atender a esta tarefa.

Além de positivizar expressamente o direito à duração razoável do processo no ordenamento jurídico nacional, trouxe a Emenda Constitucional n. 45 em seu art. 93, II, “e”, uma solução do tipo sancionatória para o seu eventual descumprimento por parte dos magistrados. (LOPES JR., 2019). Se efetivamente aplicada pelos tribunais, resguardará o direito individual objeto do presente estudo com a punição do magistrado da seguinte forma: “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”. (Brasil, 2004).

Outro dispositivo que merece ser trazido à baila se encontra no art. 66 do Código Penal “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”, a chamada atenuante genérica. Conforme já exposto acima, a dilação indevida do processo penal traz em si uma série de consequências para o acusado próprias de serem categorizadas como verdadeiras sanções, efeitos do processo pena, o que faz jus a um desconto na pena pelo castigo já suportado pelo indivíduo. (LOPES JR., 2019).

Contudo, conforme explica William Ricardo Petter (2015), tal solução ainda encontra resistência por parte da jurisprudência, com alcance limitado pela súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça “incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Por essa razão, se for aplicada, não surtirá muitos efeitos no quantum total da pena, infelizmente. Ou seja, a aplicação da atenuante inominada em testilha é

um avanço para, quiçá, em um futuro próximo, se encontre uma solução mais forte para diminuir os sofrimentos de quem responde ao processo penal por longos anos. (PETTER, 2015, p. 57).

Instrumento normativo muito lembrado quando discutido tempo processual é a prescrição, prevista no art 109 do Código Penal. Entretanto, entendemos no presente estudo que o referido instituto é insuficiente para tutelar o direito à duração razoável da persecução penal, primeiramente porque delimita o tempo a posteriori, quando o juiz profere sua sentença, ou seja, depois do indivíduo arcar com todo o peso da acusação estatal. Em segundo lugar, possuem objetivos distintos, enquanto a duração razoável do processo visa o tempo adequado para buscar uma verdade processual, respeitada as garantias fundamentais; a prescrição tem como escopo estabelecer o tempo máximo em que se justifica a aplicação do poder punitivo estatal. (LACAVA, 2009).

Outro fator a ser levado em conta é que o prazo prescricional se pauta pela gravidade do delito, sendo mais longo quanto mais grave for, já o prazo para o término da persecução penal deve ser maior quanto mais complexo for o caso. Assim, um latrocínio, em que a prescrição em abstrato é de 20 anos, pode ser mais simples e rápido de resolver que um crime de formação de quadrilha, em que o prazo prescricional é de 8 anos. (LACAVA, 2009).

Quanto às inovações da Lei nº 13.964/19, merece destaque positivo por afirmar o direito à duração razoável da persecução penal na nova redação do art. 316 do CPP. Determina o dispositivo o reexame obrigatório, pelo órgão expedidor, da necessidade da prisão preventiva a cada 90 dias de forma fundamentada, de modo a proteger os cidadãos de possíveis abusos a sua liberdade cometidos com esse instituto, pois se não respeitadas as exigências se tornará prisão ilegal ensejando seu imediato relaxamento. (Brasil, 2019). Apesar de benéfica, está longe do ideal para a tutela do direito fundamental a um tempo razoável, sendo imprescindível coragem legislativa para delimitar um prazo máximo de duração das prisões cautelares. (LOPES JR., 2019).

Em relação a maior celeridade processual a justiça penal negociada é tida como a resposta para muitos, contudo, apesar de pontos positivos — como servir de alternativa para o encarceramento em massa — é preciso cuidado quanto a sua compatibilidade para com o sistema acusatório e suas garantias de defesa, principalmente quando o acusado pertence a minorias sociais e não tem condições de se colocar em condição minimamente favorável para negociar com todo o poder acusatório estatal. (LOPES JR., 2019).

Um dos instrumentos da justiça penal negociada existentes no ordenamento pátrio é o acordo de não persecução penal recentemente regulada pela Lei 13.964/19, permite ao MP que deixe de apresentar a ação penal, desde que cumprido alguns requisitos, e aplique medidas alternativas à prisão o que desafoga a justiça criminal e as penitenciárias. (Brasil, 2019). Apesar da referida Lei 13.964/19 dar maior segurança jurídica, visto que anteriormente a matéria só era objeto da resolução 181/2017 do CNMP, deixou de impedir a proposta do referido instituto quando o dano causado for superior a vinte salários mínimos, a fim de evitar beneficiar crimes do colarinho branco e as classes sociais já abastadas de privilégios, impedimento previsto na antiga resolução do CNMP. (Brasil, 2019).

Outro diploma legislativo que merece comentários é a nova lei de abuso de autoridade, Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 que trouxe dispositivos capazes de constranger quem injustamente obstar a concretização do direito à razoável duração da persecução penal.

A começar pelo seu art. 9º, que impõe pena de detenção de um a quatro anos, e multa a autoridade judiciária que deixar de cumprir em prazo razoável de “I relaxar a prisão manifestamente ilegal; II substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; III deferir liminar ou ordem de **habeas corpus**, quando manifestamente cabível.”. (Brasil, 2019).

Acertadamente sancionou no seu art. 12 quem deixar de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal com pena de

detenção de seis meses a dois anos, e multa. O art. 19 pune quem, injustamente, impedir ou retardar o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia com detenção de um a quatro anos, e multa; incorrendo na mesma pena o magistrado ciente de tal situação que deixar de tomar as medidas para saná-los. (Brasil, 2019).

Inovação de suma importância se encontra no art. 31 da indigitada lei, ao tratar das investigações que são demasiadamente estendidas ao longo do tempo de modo injustificado, reconhecendo o direito ao tempo razoável já na fase de investigação criminal. (Brasil, 2019). Em seu art. 37 procura resguardar a estudada garantia fundamental dos pedidos de vista em órgãos colegiados com intuito meramente procrastinatório ou de retardar o julgamento. (Brasil, 2019).

Há que se chamar atenção para o art. 38 da lei de abuso de autoridade, que diferente dos demais dispositivos aqui citados da referida lei, procura reprimir não a delonga processual, mas a sua exagerada aceleração, com a antecipação da responsabilidade do fato investigado antes mesmo da conclusão da apuração e formalização da acusação, por meio da comunicação, inclusive por redes sociais. (Brasil, 2019). Nos últimos anos, no Brasil, tem se tornado cada vez mais comum a exploração de operações policiais na internet, com intuito de promoção pessoal por parte de alguns agentes do Estado.

Como já discutido anteriormente, um tempo muito reduzido implica em atropelo às garantias fundamentais, e não se adequa ao conceito de duração razoável, que deve ser garantido desde a fase de investigação, por já infligir prejuízos ao investigado. (LACAVA, 2009).

Por fim, o art. 40 da lei 13.869/19 acrescentou no art. 2º da lei 7960/89, que dispões sobre prisão temporária: “§ 4º-A O mandado de prisão conterà necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no **caput** deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado”.(Brasil, 2019).

E deu nova redação ao § 7º do mesmo art. 2º:

“§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.”. (Brasil, 2019).

Como visto, a preocupação do legislador quanto aos abusos nas prisões cautelares e consequentes ferimentos ao direito à duração razoável da persecução penal é crescente. E não poderia ser diferente, haja vista a gravidade de tais medidas aos direitos fundamentais, o que justifica seu caráter de excepcionalidade. (LOPES JR., 2019).

Nesse sentido, foi feliz o legislador ao reforçar a exigência de fundamentação por parte do magistrado ao decretar a prisão preventiva com observância da novidade ou contemporaneidade dos fatos ensejadores da decisão do decreto, como disposto pelo § 2º do art. 312 do CPP, incluído pela lei nº 13.964/19. (Brasil, 2019).

Dessa forma, evita-se que aconteça absurdos como o observado no julgamento do roubo de um guarda-chuva no ano de 2003, que teve a prisão preventiva decretada pelo Tribunal de justiça de São Paulo no ano de 2019 – depois de 16 anos – com a alegação de que a medida era a única capaz de garantir a aplicação da lei penal. (CONJUR, 2020).

### **3 A condenação do Brasil no Caso Ximenes Lopes**

Como já referido alhures, a teoria dos três critérios tem origem no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, adotada expressamente no caso *Eckle contra a Alemanha*, de 1983. Essa doutrina também passou a ser o referencial teórico na definição de duração razoável do processo para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (LYRIO, 2014).

Com a análise da complexidade do caso, o comportamento da parte e o comportamento das autoridades judiciárias; as referidas cortes internacionais julgam casos de desrespeito ao direito humano à duração razoável

do tempo processual nos países sob suas respectivas jurisdições; com condenações das entidades estatais responsáveis a repararem os danos causados às respectivas vítimas. (LACAVA, 2009).

Foi o que ocorreu no episódio do caso Ximenes Lopes, com a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 4 de julho de 2006. (LOPES JR., 2019).

No dia 1º de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes, que já apresentava histórico de doença mental, sofreu uma crise e foi internado na Casa de Repouso de Guararapes. Em 3 de outubro, após um surto, foi imobilizado, espancado e sedado pelos funcionários do estabelecimento. No dia 4 de outubro, às 9 horas, sua mãe ao visitá-lo o encontrou sangrando, com diversas lesões e hematomas, roupa rasgada, sujo de fezes, com as mãos amarradas nas costas e com dificuldades respiratórias. Ela então saiu a procura da ajuda dos médicos e enfermeiros, contudo, Ximenes Lopes veio a falecer no mesmo dia, às 11h30min. (LOPES JR., 2019).

Devido a uma série de negligências por parte da clínica no ocorrido, a família de Ximenes Lopes fez notícia-crime junto à autoridade policial, e denunciou o fato às demais autoridades competentes do Estado. Porém, apesar de oferecida a denúncia pelo Ministério Público no dia 27 de março de 2000, até a data da condenação do Brasil pela Corte Interamericana, na esfera penal não havia sequer sentença de primeiro grau, e na cível a ação de indenização ajuizada pela família em 1999 também não havia sido sentenciada. (LOPES JR., 2019).

Diante de tamanha inércia a família peticionou contra o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após o Estado brasileiro ignorar o processo e tentar postergá-lo ainda mais, a Corte Interamericana entendeu pela violação de diversos direitos por parte do País, dentre eles, o direito de ser julgado no prazo razoável — assegurado pelo art. 8.1 do Pacto de San José e no art. 5º, LXXVIII, da Constituição brasileira — a partir dos pressupostos da doutrina dos três critérios. (LOPES JR., 2019).

O Brasil foi condenado a pagar 125 mil dólares a título de compensação financeira à família; mais 10 mil dólares a título de ressarcimento das despesas processuais; o País deverá pagar esses valores no prazo máximo de 1 ano a contar da data da intimação da sentença; sobre esse valor não incidirá impostos de qualquer natureza; em caso de atraso, incidem juros moratórios bancários. (LOPES JR., 2019).

A condenação brasileira no caso Ximenes Lopes é de suma importância, não só por demonstrar o quadro de negligência estatal brasileiro quanto a preservação do direito à duração razoável do processo; mas também por colocar um importante agente internacional — a Corte Interamericana de Direitos Humanos — na luta pela efetivação do direito à duração razoável, inclusive com a produção de resultados concretos no direito pátrio, o que revela o significativo papel que as cortes internacionais podem exercer.

Contudo, os efeitos das condenações dos tribunais internacionais restringem-se apenas a ações reparatórias, como as indenizações, devido às limitações atinentes à soberania nacional de cada estado que lhe são impostas. Reforça-se assim, mais uma vez, a necessidade dos ordenamentos jurídicos internos de adotarem critérios legais para a proteção do direito à duração razoável da persecução penal. (LYRIO, 2014).

## **Conclusão**

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou analisar a proteção dada pelo ordenamento jurídico pátrio ao direito à duração razoável da persecução penal, a sua concretização pelo judiciário brasileiro, as suas respectivas críticas doutrinárias, a história de sua positivação e o comportamento das cortes internacionais quanto ao seu desrespeito por parte dos países signatários. Além disso, também permitiu uma pesquisa quanto aos critérios mais adequados a fim de definir o que seja duração razoável.

Em resumo, é possível inferir pela imprescindibilidade do direito à duração razoável da persecução penal para o sistema acusatório e para a

construção de um direito penal moderno e humanitário, vide sua intersecção com as demais garantias fundamentais. Pelo fato dos efeitos da acusação estatal já se fazerem sentir desde a fase de investigação deve a garantia inculpada no art. 5º, inciso LXXVIII, incidir desde a fase do inquérito policial.

Como visto, no Brasil, a doutrina do não prazo dificulta o seu exercício, à discricionariedade dada ao julgador não é eliminada pela teoria dos três critérios. Mas, é preciso destacar as recentes modificações legislativas trazidas pelas leis anticrime e de abuso de autoridade, que importaram em avanço na tutela da duração razoável, porém, o triste episódio da condenação no caso Ximenes Lopes lembra o longo caminho que devemos percorrer.

Ao fazer uma análise da legislação vigente e de decisões jurisprudenciais, verificou-se que o direito à duração razoável no Brasil carece de estabelecer prazos máximos e mínimos para sua definição e de vencer uma jurisprudência que ainda lhe é resistente.

Dada à importância do direito fundamental estudado, cabe a elaboração de futuras pesquisas quanto a sua situação no direito comparado, a fim de estabelecer parâmetros — com atenção aos limites inerentes ao método, devido às diferenças de cultura jurídica — que possam indicar instrumentos normativos bem sucedidos na experiência internacional.

Nesse sentido, a definição de critérios mais concretos que diluam a discricionariedade do julgador, sanções processuais ao não cumprimento dos prazos e a estruturação do poder judiciário podem trazer resultados mais benéficos.

## Referências

Afastada preventiva de acusado de roubar guarda-chuva em 2003. **Consultor Jurídico**, 27 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-27/afastada-preventiva-acusado-roubar-guarda-chuva-2003>> Acesso em: 12/04/2020.

BECCARIA, Cesare. **DOS DELITOS E DAS PENAS**. Tradução de Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: MARTIN CLARET, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **TRATADO DE DIREITO PENAL**: parte geral 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Emenda Constitucional nº 45**, Brasília, 30 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **LEI Nº 7960**, Brasília, 21 dez. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7960.htm#art2%C2%A74a](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm#art2%C2%A74a). Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 set. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm). Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 12 abr. 2020.

CAMPOS,, Caroline Lemes de; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. ANÁLISE CRÍTICA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. **6º Simpósio: Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**, Cascavel, 2018. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/5b451d5f5942c.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **AS MISÉRIAS do PROCESSO PENAL**. Tradução de Carlos Eduardo Trevelin. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Número 2018** (ano-base 2017). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf> > acesso em: 12 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. 07/08/2017. **RESOLUÇÃO Nº 181**, Brasília, 7 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A RAPOSA E O PORCO-ESPINHO**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FOUCAULT, Michel. **VIGIAR E PUNIR**: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; QUARESMA, Lucas Bacelette Otto. **DOIS LADOS DA MESMA MOEDA**: O TEMPO NO STF. REVISTA DIREITO GV, São Paulo, ed. 20, p. 639-654, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48711/47091>. Acesso em: 12 abr. 2020.

JR., Aury Lopes. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 16. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Modesto Carone. 1. ed. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

LACAVAL, Thaís Aroca Datcho. **A GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL**. Orientador: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. 2009. 180 f. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25072013-154032/publico/Thais\\_Aroca\\_Datcho\\_Lacava\\_Integral.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25072013-154032/publico/Thais_Aroca_Datcho_Lacava_Integral.pdf). Acesso em: 12 abr. 2020.

LYRIO, Raquel Ferreira. **A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO**. Orientador: Marcella Alves Mascarenhas Nardelli. 2014. 60 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5025/1/raquelferreiralyrio.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

NOVAES, Felipe; BELLO, Rodrigo. **MANUAL de PRÁTICA PENAL**. 6. ed. São Paulo: MÉTODO, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS(OEA). **Convenção americana sobre os direitos humanos**. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 17 abr. 2020.

PETTER, William Ricardo. **DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL EM MARCHA LENTA!**. Orientador: Prof. Ms. Pedro Rui da Fontoura Porto. 2015. 71 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário UNIVATES, Lajeado, 2015. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1120/1/2015WilliamRicardoPetter.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

SÚMULAS do Superior Tribunal de Justiça, **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 2020. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf). >. Acesso em 12 abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **DICIONÁRIO DE HERMENÊUTICA**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

## **Ativismo judicial e direito tributário: uma análise da súmula vinculante nº 8**

*Gustavo da Silva Lino*

*Deborah Christina Moreira Santos Jaime*

### **Introdução**

Há muito tempo, as questões jurídicas deixaram de ser pauta exclusiva dos profissionais do direito. Com isso é comum observar nos mais diversos âmbitos e contextos verdadeiros debates sobre as grandes polêmicas envolvendo a atuação do judiciário. Esses comentários envolvem os mais diversos temas, à exemplo das pesquisas científicas envolvendo células tronco, do aborto, das questões raciais e de gênero, da implementação de políticas públicas e, ultimamente, de forma mais calorosa do que nunca, do combate à corrupção.

Por trás de toda essa atuação, observa-se o fenômeno conhecido como ativismo judicial, caracterizado pela postura criativa e proativa do poder judiciário, resultando em uma espécie de protagonismo ante os demais poderes.

Outro tema que desperta igual fascínio na população, apesar de toda a complexidade da qual se reveste, é a tributação, ao passo que representa a principal forma de arrecadação de receitas para a manutenção dos fins do estado e a qual todos estão vinculados enquanto contribuintes.

A princípio os dois temas estão aparentemente isolados, entretanto a convergência entre eles é algo comum. Neste sentido, para uma análise

mais específica a respeito, este artigo se debruça sobre o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula Vinculante nº 8.

Com efeito, essa análise tem o objetivo de responder se houve a manifestação do fenômeno do ativismo judicial no caso em questão. Para tanto, promover-se-á uma análise qualitativa, baseada na construção jurisprudencial, doutrinária e normativa.

Neste sentido, quanto ao tema do ativismo judicial, o trabalho irá se debruçar sobre suas principais características no contexto brasileiro, suas formas de manifestação pela jurisprudência, sua relação com o tema da judicialização, bem como irá expor algumas críticas pontuais e atuais. Sobre a temática da tributação, será feita uma breve exposição de como a Constituição Federal instituiu a regulamentação da tributação, dando especial atenção aos princípios relacionados as limitações do poder de tributar, sob a ótica da segurança jurídica.

Ao final, será traçado um critério de análise a fim de definir os parâmetros de uma atuação ativista, a partir da contextualização da capacidade institucional do poder judiciário, apresentada como crítica ao ativismo judicial no primeiro capítulo, com os princípios limitadores do poder de tributar, apresentados no segundo capítulo.

## **1 Delimitações sobre o ativismo judicial**

De forma global, o ativismo judicial trata-se de um fenômeno resultante da evolução do neoconstitucionalismo e, mais especificamente em relação ao caso brasileiro, consiste em uma expressão do arranjo institucional trazido pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 possui algumas características que contribuiram para o desenvolvimento do ativismo judicial. Dentre elas, assumem especial importância seu caráter rígido, seu conteúdo analítico e a expansão do acesso à justiça.

Sobre a rigidez, trata-se da pura manifestação da supremacia constitucional, pois a atual Constituição é um documento escrito e solene, elaborado por uma assembleia constituinte originária, que delimitou um sistema normativo verticalmente hierarquizado.

Por ser um sistema normativo hierárquico encabeçado pela própria Constituição, fixa-se como limite formal a necessidade de procedimento especial, solene, dificultoso e exigente de maiorias parlamentares elevadas para que o legislador ordinário consiga modificá-la (MENDES; BRANCO, 2015, p. 62). Estabelece-se também um limite material, vedando normas que contrariam seu conteúdo, além de definir um núcleo normativo intangível. Com isso, tem-se como resultado o estabelecimento de mecanismos de controle constitucional, do procedimento de elaboração de emendas constitucionais e das cláusulas pétreas.

Quanto ao caráter analítico, deve-se levar em conta que o texto constitucional é amplo e diversificado, tratando muito além de elementos precipuamente constitucionais, sobretudo na área da extensão dos direitos sociais e políticos aos cidadãos em geral e às chamadas minorias (FAUSTO, 2012).

E é exatamente por ser analítica que tudo que está em seu corpo normativo pode ser levado a discussão no judiciário (LEWANDOWSKI, 2009, p.81). Enseja-se, então, a outra característica do protagonismo judicial, que é o fato da Constituição de 1988 ter escancarado as portas do poder judiciário, através do princípio da inafastabilidade da jurisdição, sedimentado em seu art. 5º, inciso XXXV, impondo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Essas três características alinhadas criaram a condição adequada para o protagonismo assumido pelo judiciário. De forma simplória, a nova conjuntura nutriu e alongou os tentáculos da função jurisdicional, que cada vez mais passaram a atingir espaços, até então, funcionalmente inalcançáveis.

Outra característica fundamental que será abordada, refere-se à criação e expansão dos instrumentos jurisprudenciais de vinculação obrigatória, que serão melhor expostos no tópico seguinte.

## 1.2 Instrumentos jurisprudenciais de vinculação obrigatória

Existem dois modelos básicos quanto aos grandes sistemas jurídicos no mundo: o *civil law* (ou modelo continental) e o *common law* (ou modelo britânico). Num viés mais tradicionalista, sistematizando as diferenças entre os dois blocos, Lenio Streck (2018) aponta que o (i) modelo continental é edificado em fontes codificadas, com controle de constitucionalidade concentrado nas cortes constitucionais; e o (ii) sistema britânico é um modelo eminentemente jurisprudencial, com controle de constitucionalidade difuso entre os órgãos jurisdicionais ordinários.

Mesmo estando em um sistema jurídico baseado no *civil law*, cresce no Brasil um fascínio pelos institutos do *common law*, criando uma espécie de convergência entre os sistemas, culminando na atual importância dada aos precedentes, que se manifestam em sua forma abramileirada na figura da jurisprudência e de suas variações com efeito vinculante, representando, assim, as principais formas pelas quais o ativismo judicial emerge.

Dentro de uma perspectiva cronológica, as primeiras decisões de efeito vinculante foram estabelecidas pelos diplomas especiais das ações de controle, no art. 28, da lei 9.868/199 e no art. 10, §3º, da lei 9.882/1999 (PINHO; RODRIGUES, 2016. p. 282).

Posteriormente, com Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foram criados os instrumentos da repercussão geral e a súmula vinculante (PINHO; RODRIGUES, 2016. p. 283). Essas inovações contribuíram para o STF agilizar sua pauta de processos, bem como criar paradigmas de aplicação da tutela jurisdicional, criando relativa segurança jurídica e reduzindo o conflito de entendimentos de cima para baixo nos órgãos jurisdicionais.

Por fim, a inovação mais recente a criar decisões com vinculação obrigatória foi o art. 927<sup>1</sup> do Novo Código de Processo Civil. Esse dispositivo reforça a ideia de valorização de precedentes jurisprudenciais, trazendo “balizamentos para a construção de um modelo de ordenamento de jurisprudência mais estável e de superior respeito” (PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 296), ao passo que tece e reafirma metodologias capazes, em tese, de gerar certa racionalidade, uniformidade e segurança na prestação jurisdicional.

### 1.3 Ativismo e judicialização

Ativismo e judicialização são fenômenos bastante semelhantes e, diante de tantas afinidades, é inevitável que sejam feitas comparações a fim de distingui-los. Neste sentido, de forma metafórica, o Ministro Luís Roberto Barros os descreve da seguinte forma: “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas” (BARROSO, 2012, p. 21).

Dentro dessa alegoria, Barroso (2012) deixa claro que ambos são da mesma família, ou seja, pertencem à dinâmica judicial (ou justiça). O autor também ilustra que ambos frequentam os mesmos lugares – os órgãos do poder judiciário – e conclui, sabiamente, ao indicar que a diferença fundamental entre eles é a origem.

Tratando especificamente da origem, pode-se observar que a judicialização nasce do próprio texto constitucional, à medida que cria mecanismos de acesso a jurisdição. Quanto ao ativismo judicial, ele emerge

---

<sup>1</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

da postura proativa dos intérpretes da lei, que dão à norma um contorno maior ou distinto daquele idealizado pelo legislador, de forma a instrumentalizar, em certa medida, a atuação jurisdicional dentro das esferas essencialmente políticas de poder (executivo e legislativo).

Por fim, exatamente por girar em torno de uma atividade criativa, que chega a extrapolar os seus próprios limites de atuação, é que o fenômeno desperta inúmeras críticas, como as que poderão ser observadas a seguir.

#### **1.4 Críticas ao ativismo judicial**

Mesmo sendo um dos grandes defensores do ativismo judicial, o Ministro Luís Roberto Barroso (2012) pondera seu entusiasmo e indica alguns riscos sobre esse protagonismo. Suas críticas apontam riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário (BARROSO, 2012, p.21).

Refere-se a riscos para legitimidade democrática no sentido de que o judiciário é uma instância de poder essencialmente técnica e, portanto (em tese), não política, já que seus membros são investidos de jurisdição através de concurso público ou por indicações previstas pelo quinto constitucional.

Mesmo assim, por vezes exerce um papel contra majoritário, ao passo que invalida atos dos outros poderes precipuamente políticos – o executivo e o legislativo. Portanto, a crítica reside em como o judiciário tem legitimidade para contrariar atos das instâncias de poder eleitas pelo povo.

Sobre a politização indevida da justiça, observa-se o risco de que o direito se afaste da ética e corra em direção da política, no sentido de trocar a técnica pelo populismo.

Quanto aos limites da capacidade institucional do Judiciário, tem-se o debate sobre qual poder é mais habilitado para melhor resolver um problema (BARROSO, 2008, p. 16). Isso toma relevo, principalmente, nas

discussões sobre implementação de políticas públicas e nos dilemas envolvendo conflitos de competência entre as formas de controle externo e interno<sup>2</sup>, bem como inovações polêmicas em matéria penal trazidas pelo judiciário, mas que seriam de competência adequada do legislativo<sup>3</sup>.

Outra crítica importante ocorre quanto a existência de um sistema de interpretação aberto, composto por cláusulas gerais e princípios, que possibilitam excessivo grau de discricionariedade ao intérprete da lei, o qual através dos métodos hermenêuticos vê a possibilidade de tornar a norma maleável, moldando-a de acordo com seus interesses e distanciando-se da imparcialidade técnica. Como exemplo, cita-se o Ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Graus (2014, p. 23), que entende que “a chamada ponderação entre princípios coloca--nos amiúde em situações de absoluta insegurança, incerteza”.

O autor vai além, e descreve em seu livro *Por que tenho medo dos juízes* que os seis anos em que atuou no STF mudaram sua percepção quanto à interpretação/aplicação do direito, dizendo o seguinte: “passei realmente a temer os juízes que, usando e abusando dos princípios – lembro-me aqui a canção de Roberto Carlos –, *sem saber o que é direito, fazem suas próprias leis*” (GRAU, 2014, p. 11). O ex-ministro entende ser necessário uma reconfiguração desse sistema de cláusulas gerais e principiológico, de forma a promover uma interpretação menos ativista sem, logicamente, deixar de guardar a devida aproximação da lei com a realidade social (GRAU, 2014, p. 26).

---

<sup>2</sup> DECISÃO SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA. DENÚNCIA EM TRIBUNAL DE CONTAS. SUSPENSÃO DE TC N. 019790/2016 POR DECISÃO JUDICIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PERIGO DA DEMORA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA (...). (STF - SS: 5179 PI - PIAUÍ 0004376-47.2017.1.00.0000, Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 18/10/2017, Data de Publicação: DJe-245 26/10/2017).

<sup>3</sup> Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os andados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). (Trecho de decisão na ADO 26).

Por fim, é importante tratar de uma nova tendência que surge como alternativa aos possíveis excessos do ativismo judicial. Trata-se do consequencialismo jurídico.

Os defensores desta tendência afirmam que o ativismo judicial está em expansão, especialmente nas decisões em que a lacuna da lei ou os conceitos abertos não determinam a amplitude de atuação do Poder Judiciário (CORREIA, 2015, p. 69), o que pode resultar em um quadro de insegurança jurídica.

Como alternativa para remediar a possibilidade de decisões equivocadas de insegurança, o consequencialismo propõe ao julgador que tenha em mente todas as possíveis consequências de suas decisões, observando o impacto na sociedade e no desenvolvimento econômico no país (CORREIA, 2015, p. 70) e utilizando-as como balizas na prestação jurisdicional:

Nisso temos que o ativismo judicial é atuação que, embora além das funções do judiciário, na atualidade, deve ter como um dos objetivos a identificação da projeção da decisão para a sociedade, pois por meio desta atuação é possível tanto o benefício quanto o prejuízo da sociedade. É necessário fazer a ponderação da utilidade que as partes têm ao buscar o judiciário e a desutilidade sofrida pelas perdas. (CORREIA, 2015, p. 72).

Foi seguindo essa tendência, numa nítida tentativa de mitigar o ativismo judicial, que o congresso nacional promoveu uma reforma à Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) através da lei nº 13.655/2018.

A reforma inseriu no diploma legal 10 novos artigos (arts. 20 a 30), que passaram a estabelecer regras básicas sobre segurança jurídica e aplicação do Direito Público, especificamente para as matérias de Direito Administrativo, Financeiro, Orçamentário e Tributário.

Dentre as inovações, cita-se como exemplo a trazida pelo art. 20, condicionado a utilização de princípios e de valores jurídicos abstratos à previa análise de seus possíveis desdobramentos nas esferas administrativa (no Processo Administrativo Disciplinar, por exemplo), controladora (nos órgãos de controle externo) e judicial.

## **2. Delimitações sobre a matéria tributária**

A manutenção/execução dos fins de um Estado não se dá apenas pela estipulação legal de direitos e obrigação, há também a necessidade de uma ampla fonte de financiamento a eles inerentes. Neste sentido, o tributo se perfaz no Brasil como a principal forma arrecadatória para o patrocínio desses objetivos (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1414).

Assim, seguindo o viés analítico e a característica da rigidez já apresentados na seção anterior, a Constituição Federal traz no seu Título VI, no Capítulo I, uma minuciosa regulamentação da matéria tributária, estabelecendo as regras básicas da dinâmica arrecadatória e definindo as espécies de tributos (arts. 145, 148 e 149, da CF/88) com suas respectivas competências (arts. 147 a 149-A; e, 153 a 156, da CF/88), a repartição das receitas tributárias (arts.157 a 162, da CF/88), bem como as limitações do poder de tributar (arts. 150 a 152, da CF/88).

A análise minuciosa de todas as essas regras citadas seria bastante enriquecedora, é verdade, mas, pela proposta que este artigo assume, serão expostos especificamente os princípios constitucionais pertinentes ao tema das limitações do poder de tributar.

A dinâmica tributária/arrecadatória exercida através da relação jurídica estabelecida entre o Estado e o Contribuinte é nitidamente pouco equilibrada. O Estado, de forma coercitiva, munido de todo o seu aparato institucional e burocrático e representado por agentes tecnicamente qualificados, assume uma posição de superioridade em comparação com o contribuinte, que, no geral, em sua individualidade mal conhece as normas tributárias.

Nesse sentido, a Constituição Federal, insere cinco princípios fundamentais que estruturam e limitam o sistema tributário vigente: a legalidade, a capacidade contributiva, o não confisco, a irretroatividade e a anterioridade (MENDES; BRANCO, 2015), indicando, assim, critérios objetivos de segurança jurídica. A seguir, esses princípios serão tratados

individualmente, concatenando, ao final, a ideia que servirá como ponto de relação com o ativismo judicial.

A legalidade é um dos princípios mais relevantes do nosso ordenamento jurídico, estando estampado inicialmente no art. 5º, II, da CF/88, e impondo a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Está também sedimentado no art. 150, I, da CF/88, ao tratar da vedação que os entes federados têm em exigir ou aumentar tributo sem lei que assim estabeleça, elucidando, nas lições de Roberto Caparroz (2019, p. 254), que o único instrumento apto à conformação de direitos e obrigações, especialmente nas relações entre o Poder Público e os particulares, é o vetor normativo da lei.

O princípio da capacidade contributiva está positivado no art. 145, §1º, da CF/88, e determina, em síntese, que “os impostos devem ter caráter pessoal e ser graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte” (CAPARROZ, 2019, p. 294).

Passando ao princípio do não confisco, ele está tipificado no art. 150, IV, CF/88, e garante que não serão instituídos tributos com efeito confiscatório, ou, nas lições de Gilmar Mendes (2015), a tributação não poderá absolver a matéria tributada. Ou seja, o tributo não poderá comprometer direitos básicos inerentes à manutenção pessoal e às atividades existenciais do contribuinte.

Sobre o princípio da Anterioridade, ele está estampado no art. 150, III, ‘b’ da Constituição Federal, e traz a garantia de que o contribuinte não pagará tributo que já tenha sido instituído ou alterado dentro de um mesmo exercício financeiro. Essa garantia se materializa através de dois critérios baseados no tempo: a Anterioridade Nonagésima e a Anterioridade Anual.

Quanto ao princípio da Irretroatividade, que está positivado no art. 150, III, ‘a’, da constituição federal, estabelece que é vedado aos entes tributantes cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (CF, art. 150, III, a).

Importante citar ainda a sistematização do professor Eduardo Mainera (2016), que classifica os princípios da Legalidade, da Anterioridade e da Irretroatividade como os principais critérios de um princípio maior, que é a garantia de Não-Surpresa ao contribuinte.

Nesse sentido, a Não-Surpresa se manifesta na ideia de que não basta a segurança com relação aos fatos passados, também se faz necessário um mínimo de previsibilidade quanto aos fatos futuros (ALEXANDRE, 2017, p. 153). Assim, o conceito de não-surpresa se confunde com a própria garantia de segurança jurídica, servindo como critério objetivo apto a viabilizar o seu alcance.

Importante ressaltar que este tópico, referente as limitações constitucionais ao poder de tributar, foi deixado por último por ser, na proposta do trabalho, o mais importante, ao passo que subsidia diretamente a análise que será realizada no capítulo seguinte.

Ressalta-se também, que esta unidade consolida a ideia de que o arranjo constitucional do direito tributário é muito forte e presente, devendo ser invariavelmente respeitado.

### **3. O ativismo judicial em matéria tributária**

Esta última seção fará a convergência entre dois pontos fundamentais apresentados nas unidades anteriores, de forma a relacionar a capacidade institucional do poder judiciário com os princípios limitadores do poder de tributar, a fim de definir um critério para avaliar se uma atuação judicial é ativista ou não.

Sobre a capacidade institucional, segundo o Ministro Luiz Roberto Barroso (2018), diz respeito à “qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria” (2008, p. 16), funcionando como uma espécie de barreira para a atuação dos poderes. Neste contexto, no caso do judiciário, quando esta barreira é ultrapassada, observa-se a manifestação do ativismo judicial.

Ocorre que, a capacidade institucional não possui um limite previamente definido, variando de acordo com o caso concreto e com a matéria em que este caso se insere. Assim, para a análise da manifestação do fenômeno do ativismo em matéria tributária, surge a necessidade de definir quais as margens da capacidade institucional do judiciário nela inseridos.

Para tanto, seguindo a sistematização do Professor Eduardo Maneira (2016), será delimitado o momento em que ocorrerá o ativismo judicial, tomando como base as limitações constitucionais ao poder de tributar, especialmente no que diz respeito à garantia da Não-Surpresa, preceito maior de segurança jurídica que, segundo o autor, está fundada constitucionalmente nos princípios da Legalidade, da Anterioridade e da Irretroatividade, previamente apresentados no capítulo anterior:

A não-surpresa amplia o raio de ação desses princípios e regras para que eles sejam aplicados em face de “atos normativos” emanados do Poder Judiciário e do Poder Executivo (nos casos de guerra fiscal, por exemplo), do mesmo modo em que são aplicados em relação à lei nova que cria ou aumenta tributo. Em suma, o princípio da não-surpresa, em sentido amplo, deve também atuar como instrumento constitucional de limitação ao poder judicial de tributar, fenômeno do século XXI (MANEIRA, 2016, p. 15).

O autor entende que o judiciário se torna ativista quando passa a inovar em matéria tributária. Algo negativo, pois contraria a segurança jurídica ao dispensar os ditames da legalidade, que reserva ao legislativo e, excepcionalmente, ao executivo, no caso dos tributos extrafiscais, a capacidade criativa em matéria tributária:

A partir do momento em que a lei oriunda do Poder Legislativo deixa de ser a única fonte de obrigação tributária, a segurança jurídica fica abalada a não ser que os princípios e regras constitucionais que agem para dar eficácia à segurança jurídica e que são conexos e interligados com a legalidade tributária, passem também a atuar em face das decisões judiciais e dos atos do Executivo (MANEIRA, 2016, p. 15).

Assim, levando-se em consideração que o Direito Tributário é regido por um sistema em que o princípio da estrita legalidade ou da tipicidade cerrada deve imperar (MANEIRA, 2016, p. 09), pode-se concluir que a capacidade institucional do judiciário em matéria tributária se confunde com as limitações constitucionais ao poder de tributar, havendo manifestação de ativismo sempre que essas limitações são desconsideradas.

A partir desse critério, será a feita a análise de um entendimento jurisprudencial do STF, a fim de avaliá-lo como ativista ou não.

### **3.1 Análise da Súmula Vinculante nº 8**

O dilema envolvendo este entendimento trata de dois diplomas legais que contrariavam normas gerais definidas no Sistema Tributário Nacional. Ocorre que, segundo o art. 146 da CF/88, é definido que somente leis complementares podem tratar de normas gerais em matéria tributária, dentre elas as relativas a prescrição, decadência e suspensão de créditos tributários.

A condição descrita acima foi adequadamente regulamentada pelo CTN, que prevê as modalidades de extinção do crédito tributário em seu capítulo IV, delimitando as hipóteses de decadência e suspensão e definindo, por exemplo, no art. 174, que o prazo de prescrição dos créditos tributários é de 05 (cinco) anos.

O primeiro contraponto a este parâmetro estava na lei nº 8.212/1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social) que estabeleceu, em sentido contrário, nos seus arts. 45 e 46, que o prazo prescricional, quando se tratando de contribuições previdenciárias, seria, na verdade, de 10 (dez) anos.

O segundo, seguia a mesma lógica e envolvia o art. 5º, parágrafo único do Decreto Lei 1.569/1977, definindo normas de suspensão e prescrição de créditos tributários de reduzido valor ou de comprovada inexequibilidade de cobrança sustada pela Fazenda Nacional.

Essa celeuma culminou nos Recursos Extraordinários de números 556.664/RS e 559.943/RS, que declararam inconstitucionais os dispositivos citados no parágrafo anterior.

Sobre o RE 556.664/RS, do ano de 2008, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, trata-se de recurso extraordinário proposto pela União, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de Ação Civil Pública, que declarou inconstitucionais os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social) e do artigo 5º, parágrafo único, do Decreto-lei 1.569/77.

O tribunal, por maioria, confirmou/votou pela inconstitucionalidade dos dispositivos, sob fundamento de que o princípio da legalidade reserva unicamente à Lei Complementar a capacidade de definir normas gerais sobre direito tributário, não podendo, portando, outra espécie normativa tratar do tema:

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art.

146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.<sup>4</sup>

Sobre o RE 559.943/RS, também do ano de 2008, de relatoria da Ministra Cármen Lucia, tratou de Recurso Extraordinário, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra decisão do TRF-4, que também declarou inconstitucionais os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social), sob o mesmo fundamento de respeito ao princípio da legalidade:

1. A Constituição da República de 1988 reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência, nos termos do art. 146, inciso III, alínea b, in fine, da Constituição da República. Análise histórica da doutrina e da evolução do tema desde a Constituição de 1946. 2. Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, por disporem sobre matéria reservada à lei complementar. 3. Recepcionados pela Constituição da República de 1988 como disposições de lei complementar, subsistem os prazos prescricional e decadencial previstos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional.<sup>5</sup>

Sob o pretexto de conferir maior segurança jurídica às decisões, o STF utilizou-se, em ambas, da modulação de efeitos, atribuindo-as eficácia prospectiva (com efeito *ex nunc*), definindo como marco inicial para produção de efeitos a data do trânsito em julgado, afastando de todos os contribuintes previamente afetados a possibilidade de ajuizamento de ações de repetição de indébito tributário, com exceção das manifestações antes da conclusão do julgamento, como se pode observar no trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do RE 556.664/RS:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas

---

<sup>4</sup> STF. RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886.

<sup>5</sup> STF. RE 559943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-10 PP-02169 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 321-366.

estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento. Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN/1966, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento. Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento. Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do DL 1.569/1977 e dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991, porém, com a modulação dos efeitos, ex nunc, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.<sup>6</sup>

Importante salientar que as declarações de inconstitucionalidade ocorreram por vias de controle difuso, através de Ações Cíveis Públicas distribuídas originalmente e julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O entendimento produzido pelo julgamento desses casos assumiu tanta relevância (CUNHA. 2010, p. 35) que suscitou a proposta de criação de uma Súmula Vinculante pelo então Ministro Cezar Peluso, nos termos do seguinte enunciado: “São inconstitucionais o parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”, que foi aprovado sem alterações em sessão plenária, no dia 12 de junho de 2008, dando origem à Súmula Vinculante nº 8<sup>7</sup>.

### 3.2 Principais pontos do entendimento

Para uma melhor compreensão, é importante que se entenda a dinâmica do caso por completo, trazendo, assim, a necessidade de tratar de

---

<sup>6</sup> Trecho de voto. RE 556.664, proposta do rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 12-6-2008, DJE 216 de 14-11-2008.

<sup>7</sup> Súmula Vinculante nº 8. DJe nº 112 de 20/6/2008, p. 1.

algumas questões envolvendo a ação de repetição de indébito tributário, o controle difuso de constitucionalidade e a modulação de efeitos.

Sobre a repetição de indébito, trata-se de uma ação condenatória de rito ordinário, cujo objeto é a restituição de valores pagos indevidamente ou em excesso ao fisco em razão de erro material ou formal, bem como de normas ilegais ou inconstitucionais, nos termos do art. 165 do CTN<sup>8</sup>.

Contextualizando com o entendimento em análise, a declaração de inconstitucionalidade operaria efeito retroativo e *inter partes*, possibilitando aos contribuintes integrantes do processo, afetados pelo pagamento indevido ou excessivo, a faculdade de ingressar com a ação de repetição de indébito tributário.

Entretanto, com modulação foram atribuídos efeitos prospectivos (*ex nunc*) e vinculantes à decisão, promovendo, em termos práticos, a expansão desse efeito aos sujeitos não integrantes do processo e limitando temporalmente a possibilidade de ajuizamento da ação de repetição de indébito tributário.

Quanto ao controle difuso de constitucionalidade e a modulação de efeitos, a Constituição Federal é caracterizada pela rigidez, ao passo que estabelece núcleos normativos (i) formais, fixando procedimentos (ex.: processo legislativo); e, (ii) materiais, estabelecendo conteúdos (ex.: cláusulas pétreas) e a existência dessa característica compele que todas as normas emanadas do Poder Público cumpram com os princípios e regras nela albergados (DANTAS, 2018, p. 177), sendo que toda norma ou atuação que os contrarie enseja, fatalmente, numa inconstitucionalidade.

---

<sup>8</sup> Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

No Brasil adota-se uma forma mista de controle de constitucionalidade, congregando as possibilidades do controle concentrado e de controle difuso.

O controle concentrado, segundo o Professor Paulo Roberto Figueiredo (2018, p. 201) é de competência exclusiva do STF, tendo por objeto a análise da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, cuja decisão emana efeitos vinculantes e retroativos (*ex tunc*).

Quanto ao controle difuso, ocorre sob a competência dos demais órgãos do poder judiciário, de forma incidental no bojo de um processo judicial, e cuja decisão emenda tem eficácia limitada entre as partes litigantes, operando, também, o efeito retroativo (DANTAS, 2018, p. 203).

Contextualizando com os entendimentos, sabe-se que as declarações de inconstitucionalidade foram proferidas em sede de Recursos Extraordinários, cujos processos originários eram Ações Cíveis Públicas, portanto, através de controle difuso, sendo-lhes atribuídas, curiosamente, o efeito vinculante, em contrariedade com o definido como regra geral nessa espécie de controle, que é a eficácia vinculante.

Certo é que existe a possibilidade de concessão de efeito vinculante dentro do controle difuso, mas este atributo está reservado ao Senado Federal que, nos termos do art. 52, X, da CF/88, poderá suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal:

Quer isso dizer que o Senado, na hipótese de aplicação do dispositivo constitucional em comento, poderá ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, obtida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso extraordinário, fazendo com que a norma propriamente dita deixe de ser aplicada em face de todos, e a partir daquela suspensão (DANTAS, 2018, p. 205).

Portanto, a ampliação da esfera de efeitos da forma como se deu nas decisões se demonstra inapropriado, pois não seguiu o procedimento estabelecido na própria constituição.

Quanto a modulação, em regra, as duas espécies de controle produzem, num primeiro momento, efeito *ex tunc* (ou retroativos). Entretanto, o art. 27 da Lei 9.868/1999<sup>9</sup>, prevê de modulação dos efeitos temporais da decisão, que se traduz da possibilidade de restringir, atribuir ou condicionar a eficácia temporal de uma decisão.

Trata-se, portanto, da possibilidade de declarar uma espécie de “inconstitucionalidade por tempo certo” ou “inconstitucionalidade interrompida” (STRECK. 2018, p. 449), rompendo com a tradicional produção de efeitos retroativos nas ações de controle concentrado.

Num primeiro momento, esse instrumento era restrito às ações de controle concentrado, porém, a possibilidade de ocorrência dentro do controle difuso já é aceita pelo STF:

Assim, também no controle difuso de constitucionalidade, cabe atribuir efeitos prospectivos à decisão judicial, pois, da mesma forma, aqui se faz necessário considerar o princípio da segurança jurídica, principalmente com a crescente importância erga omnes que esta modalidade de controle vem conquistando a partir da criação de institutos como a súmula vinculante e a repercussão geral como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário. (VASQUES. 2011, p. 89).

Ressalta-se o detalhe de que as súmulas vinculantes vêm sendo utilizadas para dar efeito vinculante a esses entendimentos, manobra claramente utilizada no caso em análise.

### 3.3 Súmula Vinculante nº 8 - análise dos desdobramentos

De início, é importante salientar que a súmula, entendida em sua individualidade, sob o ponto de vista literal, não transparece maiores polêmicas, já que seu enunciado é conciso e direto. Entretanto, pela maneira que é utilizada, subentende-se que o objetivo primordial de sua

---

<sup>9</sup> Art. 27, lei 9.686/99 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

edição foi instrumentalizar o caráter vinculante para uma série de decisões primordialmente sem este efeito, expondo uma verdadeira manobra criativa, cujos efeitos são desapegados da prestação jurisdicional adequada.

No caso em tela, houve a declaração de inconstitucionalidade, por via difusa, de dispositivos referentes à extinção do crédito tributário, cuja consequência imediata seria a produção de efeitos retroativos e limitados as partes do processo.

Entretanto, observou-se o contrário, a passo que os efeitos da decisão se assumiram vinculantes e prospectivos, reduzindo de forma significativa a possibilidade de ajuizamento de ação de repetição de indébito decorrentes da declaração de inconstitucionalidade:

Como já visto, em referidos recursos, em que se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei Federal 8.212/91 e do art. 5º do Decreto-Lei n. 1.5699/77, a leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes leva à conclusão de que o STF concedeu efeitos prospectivos (determinando que os valores pagos não serão repetidos se os contribuintes não fizeram o requerimento, administrativo ou judicial, até o dia do julgamento), assim como teria concedido efeitos erga omnes à sua decisão. (CUNHA, 2010, p. 48).

No que tange à modulação dos efeitos, fere a garantia de não-surpresa, pois rompe com a legítima expectativa do contribuinte de ajuizar ação de repetição de indébito tributário pelo pagamento indevido gerado pela inconstitucionalidade das normas, caso fosse estabelecido o esperado efeito retroativo dos efeitos da decisão: “o administrado, que possuía legítima expectativa de repetir o indébito, dentro do prazo prescricional, calcado na pacífica jurisprudência sobre a matéria, se veria surpreendido pela súbita prescrição de seu direito (CUNHA, 2010, p. 49).

Com isso, somando-se o fator da concessão de efeito vinculante, criou-se uma verdadeira norma, prevendo a prescrição do indébito vinculado à inconstitucionalidade declarada, rompendo, dessa forma, com o princípio da legalidade:

Se entendermos que houve a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes e vinculantes, fácil verificar que o STF teria na verdade, de forma genérica e abstrata, criado uma norma de prescrição do direito de repetição do indébito tributário em relação a matéria (CUNHA, 2010, p. 49).

Feita a reflexão sobre os dois principais desdobramentos do entendimento em questão, chega a hora de avaliá-los segundo o critério previamente definido.

Neste sentido, ficou nítido que a atuação judicial no caso em concreto não obedeceu às limitações constitucionais ao poder de tributar, especificamente no que diz respeito ao critério da não surpresa, no momento em que a tutela jurisdicional atribui efeito prospectivo a uma manifestação naturalmente retroativa, bem como quando conferiu efeito vinculante a uma decisão, *a priori*, restrita entre as partes do processo originário. Feriu-se indiretamente, também, o critério da legalidade, pois a manobra criou uma espécie de norma tratando da prescrição do indébito vinculado a inconstitucionalidade declarada.

### **3.4 Aceitação e possibilidade do ativismo judicial**

Aprofundando-se um pouco mais no debate, abre-se margem para uma nova ponderação, no que se refere as possibilidades de aceitação de uma manifestação ativista, visto que as manifestações judiciais podem representar desdobramentos positivos e negativos para o contribuinte.

Neste sentido, vale lembrar que as limitações ao poder de tributar representam uma garantia ao contribuinte em relação ao poder do estado e, portanto, citando novamente as lições do professor Eduardo Maneira, se o judiciário tiver que legislar positivamente, que seja em favor dos direitos e garantias dos contribuintes.

O ativismo poderá ser aventado em matéria tributária somente nas hipóteses de necessidade de ampliação dos direitos do cidadão contribuinte, mas tal situação, se existe, é remotíssima. Isto porque, os direitos e garantias do cidadão

contribuinte são assegurados pelo judiciário no exercício do seu papel clássico de legislador negativo, quando declara ilegitimidade de lei e medidas provisórias que afrontam normas constitucionais. (MANEIRA. 2016, p. 09-10).

Utilizando-se desse preceito, observa-se que a manifestação judicial em questão produziu efeitos negativos para o contribuinte, fato visto aqui como inadequado diante do panorama constitucional apresentado, pois ao invés de consolidar uma interpretação que ampliasse os direitos do contribuinte, posicionou-se em sentido contrário, tolhendo o direito a repetição de indébito e dando efeitos vinculante e prospectivo fora dos critérios usualmente/legalmente estabelecidos.

## **Conclusão**

Nos trilhos do que foi tratado na introdução e baseando-se nas informações descritas ao longo do trabalho, conclui-se as informações seguintes.

Sobre o ativismo judicial, tem-se que é um fenômeno inegável, que tem crescido exponencialmente desde a redemocratização do país. Representa, pois, até certo ponto um mecanismo muito eficaz para a implementação, consolidação e manutenção de direitos, mas que, por outro lado, representa riscos, ao passo que a atuação excessivamente criativa do judiciário pode minar com a estabilidade das instituições.

Sobre o perfil constitucional do direito tributário, tem-se que o legislador constituinte originário quis garantir de forma definitiva um sistema em tese equilibrado, delimitando de forma clara os limites de atuação do Estado, enquanto agente tributante.

Através da convergência dessas duas primeiras conclusões, chega-se ao entendimento de que o poder judiciário, enquanto manifestação do Estado, também deve se submeter aos limites constitucionais tributários, promovendo uma verdadeira reflexão sobre sua capacidade institucional.

A conclusão final fixa a tese de que a capacidade institucional do poder judiciário em matéria tributária se confunde com a limitações

constitucionais ao poder de tributar, definindo, assim, um critério para aferição de manifestações ativistas, que ocorrerão sempre que esta capacidade institucional for ultrapassada.

Observando este critério, e aplicando-o ao entendimento judicial envolvendo a Súmula Vinculante nº 8, observa-se, a princípio, que a literalidade da súmula não transparece a ideia de que se trate de um enunciado de manifestação ativista.

Entretanto, com o aprofundamento do estudo, percebe-se que os entendimentos que suscitaram a edição da súmula fogem da capacidade institucional definida pelos princípios limitadores da tributação, concluindo-se, assim, que a edição da súmula se trata de uma manobra criativa do STF para dar feição de contenção institucional a uma conduta evidentemente ativista.

## Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 2019-09-06.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm)>. Acesso em: 15, set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2)>. Acesso em: 15, set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15, set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm)>. Acesso em: 15, set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - **ADO 26**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>>. Acesso em: 15, set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - **RE 556664**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+556664%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+556664%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cj74vkq>>. Acesso em: 15, set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - **RE 559943**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-10 PP-02169 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 321-366. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+559943%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+559943%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b2qsnpo>>. Acesso em: 15, set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - **SS: 5179 PI** - PIAUÍ 0004376-47.2017.1.00.0000, Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 18/10/2017, Data de Publicação: DJE-245 26/10/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+5179%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/l488jfk>>. Acesso em: 15, set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - **Súmula Vinculante nº 8**. DJe nº 112 de 20/6/2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=8.NUME%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 15, set. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Breves comentários à Lei 13.655/2018 e ao Decreto 9.830/2019**. In: Dizer o Direito. Disponível em: <[dizerodireito.com.br/2019/06/breves-comentarios-lei-136552018-e-ao.html](http://dizerodireito.com.br/2019/06/breves-comentarios-lei-136552018-e-ao.html)>. Acesso em: 06, set. 2019.

CAPARROZ, Roberto. **Direito tributário esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CORREIA, Ângela Karine G. de Miranda. **O argumento judicial consequencialista na visão da análise econômica do direito e o desenvolvimento brasileiro**. 2015. Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.

CUNHA, Carlos Renato. Sumula vinculante nº 8 e modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade. In: **Argumentum - Revista de Direito**, nº 11, UNIMAR, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, mai/ago. 2009.

MAGALHÃES, Pedro Naves. **O ativismo judicial e os reflexos no processo civil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15122015-143227/pt-br.php>>. Acesso em: 06, set. 2019.

MANEIRA, Eduardo. **Ativismo judicial e os seus reflexos em matéria tributária**, 2016. Disponível em: <<http://www.maneira.adv.br/imagens/userfiles/files/28.pdf>>. Acesso em: 06, set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

NOVAIS, Rafael. **Direito tributário facilitado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2018.

PINHO, Humberto. RODRIGUES, Roberto. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC. In: DIDIER JR., Fred (coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC: Julgamento de casos repetitivos**. v. 10. Salvador: Jus-PODIVM, 2016. p. 281-310.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VASQUES, A. C. B. Segurança Jurídica e Modulação de Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Especificidades em Matéria Tributária. In: **Revista da PGFN**. v. 3, p. 79-100, 2013.

## **Constelações familiares como meio de solução de conflito: possibilidade de sua aplicação aos casos de alienação parental**

*Sandriélen Cardoso da Silva*

*José Octávio de Castro Melo*

### **Introdução**

As Constelações Sistêmicas ou Constelações Familiares foram desenvolvidas pelo alemão Bert Hellinger e correspondem a um método que utiliza técnicas fenomenológicas a fim de se obter relações sociais mais harmônicas. Essa técnica consiste na representação do núcleo familiar do cliente para que este consiga compreender o motivo do desequilíbrio de suas relações.

No Brasil, a constelação sistêmica passou a ser praticada no âmbito jurídico e teve como precursor o Juiz de Direito do Estado da Bahia Sami Storch. Considerando-se os resultados positivos alcançados na resolução de diversos conflitos no direito de família passaram a serem adotadas também por outros profissionais da área em diferentes estados.

Um dos conflitos que requer atenção são os casos de alienação parental. Entende-se por alienação parental a intervenção na formação psicológica de uma criança ou de um adolescente, esta realizada por um dos seus genitores ou pelos avós ou por aqueles que os tenham sob a sua responsabilidade. A referida intervenção visa o afastamento da criança ou do adolescente com o seu próprio genitor, rompendo assim, os laços afetivos entre ambos.

Destarte, o tema sugere relevância exatamente pela necessidade de garantir as crianças e os adolescentes o direito a convivência familiar adequada, entretanto, em decorrência da alienação parental esse direito se torna inalcançável. Dessa maneira, é necessário compreender a importância da aplicação das constelações familiares como meio alternativo de resolução de litígios.

Diante do exposto, tem-se como objetivo do presente trabalho, o estudo das Constelações familiares como meio de solução de conflito nos processos de família, em especial aos casos de alienação parental bem como a análise dos seus benefícios e resultados.

## **2 Conflitos no direito de família**

A família é a base fundamental sobre a qual se ergue o imenso edifício da sociedade (FRANCO, 2012. p.9). De acordo com Gonçalves (2017), o direito de família é o ramo do direito mais inerente à vida, tendo em vista que todas as pessoas compõem um organismo familiar. “Ao longo dos séculos a família sofreu profundas modificações em todos os aspectos, seja na sua finalidade, na sua origem ou na sua composição”, (MADALENO, 2018. p. 16). Esta instituição está em constante transformação e é considerada uma das mais importantes da sociedade. Assim, ganhou proteção constitucional pelo Estado.

Nesse contexto, é necessário destacar a importância do instituto do casamento, bem como seus desdobramentos. Segundo Gonçalves (2017), o casamento é à base das normas do direito de família, posto que de sua constituição e dissolução surjam direitos e deveres.

Os institutos do casamento e do divórcio estão intimamente ligados (VENOSA, 2013, p.173). Segundo Madaleno (2018, p. 37), em seu livro Síndrome de Alienação Parental: a importância da detecção:

O divórcio ou a dissolução da dupla parental é uma crise pessoal, como as enfrentadas no desenvolvimento humano, que se inicia no âmbito psicológico, com questões relativas a conflitos afetivos e emocionais para só depois passar

para o âmbito jurídico, com as resoluções de ordem prática, mas que geralmente não põem fim ao primeiro aspecto.

Ademais, de acordo com Alexandridis (2014, p.33), a família é a principal referência das crianças e dos adolescentes, em formação, e assim, os efeitos da dissolução conjugal geralmente os abrangem, seja antes, durante ou até mesmo após o processo de divórcio, tendo como uma de suas principais consequências às ações de alimentos, as ações de guarda, os atos de alienação parental, bem como as ações de reconhecimento de paternidade.

## **2.1 Alienação parental**

O termo “síndrome de alienação parental” foi inicialmente utilizado pelo psiquiatra norte americano Richard Gardner em 1985 para descrever o comportamento no qual um genitor aliena uma criança ou um adolescente contra o outro genitor, criando um sentimento de repúdio, desprezo sem qualquer justificativa.

A dissolução do casamento e eventual processo de divórcio trazem grandes mudanças na convivência familiar, como consequência surge à disputa da guarda dos filhos. Logo, em decorrência do desgaste emocional entre as partes envolvidas neste processo, em muitos casos ocorre o referido transtorno. Assim, frisa-se que sua ocorrência está diretamente relacionada à separação dos genitores e consequentemente a disputa pela guarda dos filhos nos tribunais. Segundo Gonçalves:

A situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Cria-se, nesses casos, em relação ao menor, a situação conhecida como “órfão de pai vivo”. (GONÇALVES, 2016, p.385):

Por outro lado, também é importante destacar a dificuldade em se estimar ao certo a quantidade de casos por ano, pois os processos tramitam em segredo de justiça e na maioria dos casos em ações autônomas.

É difícil a identificação da existência ou não dos episódios denunciados. Complicado reconhecer que se está diante de uma alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como meio de acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Muitas vezes, nem psicólogos conseguem identificar que se trata de sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança, a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias, com o só intuito de afastá-lo do genitor. (DIAS, 2015, p.1169).

Deste modo, em face às dificuldades e objetivando evitar que os filhos sejam usados como instrumentos de punição de seus pais e que sofram as consequências destas “punições” é necessário primeiro garantir um procedimento adequado para assegurar os direitos dos filhos, resguardando-os da aplicação de medidas inadequadas.

Nesse contexto, deverá o juiz, com toda a prudência, de forma a preservar a dignidade física e moral do menor, bem como a sua proteção psicológica, estabelecer medida provisória mais adequada para coibir a agressão narrada na exordial, mas, também, buscar meios para a salvaguarda dos direitos do genitor que se diz vitimado. (ALEXANDRIDIS, 2014, p. 62).

O Estado visa à proteção das crianças e dos adolescentes a fim de resguardar os direitos dos mesmos estabelecidos pela Constituição Federal seja com medidas protetivas ou demais meios de solução de conflito familiar. Nessa perspectiva, geralmente nas ações de guarda os juízes estabelecem a guarda compartilhada, pois a guarda unilateral só será imposta em casos excepcionais, devendo ser garantido o direito de visitas, não apenas ao genitor que não possui a guarda, mas também a família deste assegurando assim, a ambas as partes o direito de convivência.

As crianças são as maiores vítimas da Síndrome de Alienação Parental (SAP), e seus efeitos psicológicos são profundamente nefastos, mas que, infelizmente, o genitor alienador não consegue enxergar, pois ele mesmo se coloca como vítima de um tratamento injusto e cruel por parte do outro ascendente, e sua vingança cria corpo utilizando os filhos, com os quais cria um pacto de lealdade, para afastá-los do não guardião. (MADALENO, 2018, p. 613)

Por outro lado, em muitos casos o problema se intensifica justamente ao ser estabelecida a guarda compartilhada, tendo em vista que o genitor insatisfeito com a decisão tenta revertê-la. Nesse sentido, Venosa (2013, p.332) afirma que:

O ranço da separação pode traduzir-se numa atitude beligerante em relação ao outro genitor, geralmente aquele que não tem a guarda, embora isso não seja uma regra. Mesmo aquele que só recebe os filhos nos finais de semana e em datas específicas pode ter conduta de alienação parental. O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo sua personalidade sob as mais variadas formas.

Neste contexto, também ocorre à introdução de lembranças de fatos que seque chegaram a ocorrer, sendo estes fatos usados para denegrir a imagem que os filhos possuem dos pais.

As falsas denúncias ou falsas memórias surgiram como uma ampliação das estratégias destinadas a desvincular um filho do outro genitor e essas estratégias costumam ocorrer em quatro ocasiões: a) às vésperas de uma separação; b) após uma separação; c) às vésperas do ingresso de alguma ação judicial de disputa de guarda e visitas; d) no contexto concreto de uma ação judicial. (MADALENO, 2018, p.613).

Assim, tendo em vista os diversos momentos em que podem ocorrer, é evidente a dificuldade da constatação das falsas denúncias e das falsas memórias nos casos, por esse motivo a temática se faz importante, bem como os seus meios de proteção estabelecidos perante o Estado.

### **3. Constelações sistêmicas familiares**

A abordagem da “Family Constellations”, em português Constelações Familiares ou Constelações Sistêmicas, foi desenvolvida pelo alemão Bert

Hellinger<sup>1</sup> através de suas experiências em diversos campos como na psicanálise, na terapia familiar e na hipnoterapia. “A constelação familiar, como um método de aconselhamento e terapia, desenvolveu-se e expandiu-se, no decurso dos últimos quinze anos, em muitas áreas profissionais” (HAUSNER, 2010, p.12).

Na Hellinger Ciencia®, as Constelações Familiares não se caracterizam como um método em si, sua prática terapêutica foi desenvolvida e é guiada por sua concepção e postura filosófico-fenomenológica e, através das Ordens do Amor, oferecem uma ampla visão do “funcionamento das relações” nos diferentes grupos. (GONÇALVES, 2013, p.25).

As constelações visam promover um insight libertador e proporcionar assim, relações saudáveis. Frisa-se ainda, que possibilita aos indivíduos um autoconhecimento e por consequência as relações familiares se tornam mais harmônicas. Destaca-se que as práticas das constelações familiares estão diretamente relacionadas ao método fenomenológico.

O método fenomenológico se apraz de tudo o que pode ser mostrado pelo sistema do cliente e tudo o que pode ser percebido e utilizado naquele momento pelo observador; comportamentos, sensações, sentimentos, pensamentos, estímulos internos e externos, tudo aquilo que se faz presente através da consciência do observador naquele fenômeno (GONÇALVES, 2013, p.25).

“Todas as informações observáveis pelo observador que se mostram num campo de inúmeras possibilidades são consideradas” (GONÇALVES, 2013, p.25). Portanto, o referido método para aqueles que buscam o saber possibilita através da observação a percepção do real e por consequência uma visão mais humana sobre as suas relações interpessoais.

De acordo com Hellinger, em seu livro *A fonte* não precisa perguntar o caminho, ela não deve ser compreendida nem aplicada como as regras, pois o essencial é a percepção, sendo utilizada para a solução de conflitos.

---

<sup>1</sup> Nascido na Alemanha em 1925 estudou teologia, pedagogia e filosofia.

Assim, compreende-se que quando as partes se entregam a esta prática encontrar a solução se torna mais fácil, tendo em vista que o resultado só se concretiza no final, não sendo visível no início. “Nesse tipo de psicoterapia o que vem à luz é, ao mesmo tempo, uma instrução para a ação à qual, talvez, precisemos nos entregar, mesmo que não a entendamos” (HELLINGER, 2005, p.29). Dessa forma, é fundamental que as partes envolvidas na prática das constelações familiares estejam dispostas a realizá-las para que assim alcancem os resultados.

O método da constelação é muito simples em seu processo básico. O terapeuta pede ao cliente, num grupo terapêutico ou de desenvolvimento pessoal, que posicione, de acordo com suas mútuas relações, pessoas significativas no tocante à questão ou necessidade apresentada por ele. São, por exemplo, pessoas mais íntimas de sua família de origem, a saber, ele próprio, seus pais e irmãos, às vezes apenas ele e seus pais ou ele e um sintoma que o incomoda. Para representar os personagens, o cliente escolhe certos participantes do grupo e os posiciona no recinto, de acordo com suas mútuas relações, sem fazer comentários. Ele deve fazer isso a partir de seu sentimento ou do “coração”, portanto, sem buscar justificativas, sem escolher um determinado período de sua vida, e sem imaginar determinadas cenas que vivenciou em sua família. Simplesmente se deixa conduzir por um impulso interno indiferenciado e por uma atitude amorosa. Normalmente é preciso haver clareza sobre quem representa uma determinada pessoa da família ou algum sintoma, como o “medo” ou alguma entidade abstrata, como o “segredo” ou a “morte.” (SCHNEIDER, 2007, p.15).

Segundo Gonçalves, (2007, p.29), “a possibilidade de escolha dos representantes e do posicionamento destes pelo cliente na prática da constelação é conhecida por técnica da estrutura família.” Ocupando e revezando diversas posições todos os membros da família são capazes de examinar externamente as representações e refletir sobre a posição em que ocupam e suas relações com os demais membros.

Destaca-se ainda, que a constelação objetiva soluções e novas ordens. As ordens estão relacionadas ao amor e nesse sentido Schneider (2007, p.50) diz:

Nosso amor está vinculado a ordens que não se deixam configurar ou mudar ao nosso bel-prazer. A ordem fornece a moldura, o amor a preenche. O amor sem ordem costuma acabar em tragédia. A ordem sem amor permanece fria e vazia.

Assim, “numa perspectiva geral podemos chamar de “ordem” todo evento que transcorre de acordo com determinadas leis” (SCHNEIDER, 2007, p. 50). Essa ordem, também chamada de “ordens do amor”, são fundamentais para a aplicação das constelações familiares e foram apresentadas no livro de Hellinger, (2005) “As ordens do amor”.

O campo de energia familiar é dirigido pelas ordens do amor que não podem ser rompidas. Se não forem respeitadas, os indivíduos sofrem: quando se conformam com elas, eles se desenvolvem até o limite de seus talentos e da sua sina. As constelações permitem resolver as faltas cometidas contra o sistema e trazem a pacificação. Elas conseguem chegar aí porque estão livres de qualquer julgamento e são guiadas pelo amor. (MANNÉ, 2008, p. 23).

Sendo assim, Manné (2008) em seu livro *As constelações familiares em sua vida diária*, compara a família a uma rede e considera as constelações como uma solução para os eventuais problemas familiares.

Uma família é um campo de energia. Podemos compará-la a uma rede. Quando a rede é danificada num determinado local, a parte à sua volta fica enfraquecida. E a parte sólida da rede que a mantém. A estrutura da rede corresponde aos valores transpessoais. Ela tem exigências: todo tipo de erro impõe, cedo ou tarde, castigo e reparação. As gerações futuras acabam por pagar por coisas que não fizeram! A própria rede é impessoal. As constelações familiares revelam os momentos em que os valores foram desprezados e nos mostram o caminho da cura. (MANNÉ, 2008, p. 15).

Logo, percebe-se que as constelações são um instrumento para a manutenção da rede, ou seja, havendo o enfraquecimento das relações familiares e o surgimento de demais conflitos, elas são praticadas a fim de auxiliar o restabelecimento dos vínculos.

Destaca-se ainda, que os métodos das constelações familiares são aplicados em diversos campos como, por exemplo, em empresas no que se refere à hierarquia e organização, na interpretação de sonhos e no teatro para que os atores possam aprofundar suas habilidades.

Outrossim, destaca-se que o Ministério da Saúde, através da Portaria nº 702, de 21 de março de 2018, incluiu a Constelação Familiar no rol de procedimentos disponíveis no Sistema Único de Saúde, contribuindo para a saúde e bem-estar da população.

### **3.1 A relação conjugal e as constelações familiares**

As pessoas buscam êxito na relação conjugal. “Certamente, em face dos diferentes tipos humanos que existem em toda parte, sempre haverá confrontos entre as diferentes pessoas, seja na intimidade doméstica ou fora dela” (FRANCO, 2012. p. 79). Dessa forma, a existência de confrontos provoca grande frustração e profunda dor, assim, em alguns casos as partes envolvidas neste conflito procuram ajuda para solucioná-los.

Nesse contexto, as constelações passaram a ser um meio utilizado para equilibrar essas relações. Assim, de acordo com Schneider com a prática da constelação:

O terapeuta tenta perceber o desequilíbrio e ajudar o casal a encontrar de novo um bom equilíbrio, que permita uma convivência ou uma boa separação. A grande utilidade das constelações nesse particular é que, com a ajuda dos representantes, elas reproduzem com muita precisão a dinâmica do casal, permitindo evitar discussões e encarar a situação em comum. (SCHNEIDER, 2007, p.53)

Dessa maneira, os parceiros podem identificar o motivo primordial dos conflitos e assim, tentar resolvê-los da melhor forma possível para ambos. Entretanto, se dela advir à separação, a convivência entre os ex-cônjuges deverá ser harmônica e equilibrada, principalmente quando estes possuem filhos em comum, tendo em vista, que “o vínculo entre o homem e a mulher nasce da realização amorosa da sexualidade e também,

naturalmente, dos filhos comuns, onde a relação do casal se torna indissolúvel” (SCHNEIDER, 2007, p.53).

Segundo Madaleno, em seu livro Síndrome de Alienação Parental: a importância da detecção:

Os conflitos não são vistos como um problema a ser resolvido, mas sim como uma função, ou seja, qual a função de determinado conflito na vida dos litigantes em questão? Ele é visto desta maneira, pois sempre pretende trazer à tona algo que está oculto, que está no inconsciente das partes, como uma questão familiar ou uma dor muito profunda que gerou um trauma ainda na infância. (MADALENO, 2018, p. 66)

Consequentemente, a identificação da questão oculta possibilita que as partes consigam superar o trauma e a dor que a gerou. Logo, com o rompimento deste trauma, alcança-se o real significado do “conflito”.

Nesta seara, é necessário entender a relação e o papel dos filhos. Segundo Bert Hellinger, as crianças possuem a visão de que a felicidade do outro encontra-se em suas mãos. Para elas o amor é suficiente e poderoso, logo, seus sacrifícios permitirão que a sua felicidade repasse ao outro.

Frequentemente, os pais têm em relação aos filhos essa mesma postura. Pensam que se amarem o filho o suficiente, tudo dará certo para ele. Atrás disso atua a ideia de que o amor teria poder. Mas esse amor é sentido ao mesmo tempo como impotência total. Por isso, esse amor é tão doloroso e frequentemente escondido, por exemplo, através de comportamentos ásperos e negativos. (HELLINGER, 2005, p. 141)

Assim, é comum a ocorrência dos casos de alienação parental. Os pais por amarem muito seus filhos e por não conseguirem dissociar sua relação com o ex-cônjuge da relação com os filhos possuem comportamentos negativos a fim de romper o vínculo entre estes.

“Quando um relacionamento se dissolve está ligado sempre a uma profunda dor. É importante que ambos os parceiros cedam à dor. Muitos parceiros se esquivam da dor ao invés de ceder a ela. Por exemplo, através

de censuras ou procura da culpa” (HELLINGER, 2005, p. 119). Logo, visando romper a buscar por culpas e culpados, estabelecendo assim a paz, as constelações familiares são utilizadas.

Nesse sentido, Gonçalves (2013, p.62) diz que “esse é o verdadeiro trabalho das Constelações Familiares, promover um olhar para as próprias questões dos vínculos no amor”. Portanto, através desta prática as partes envolvidas conseguem identificar as causas dos conflitos, que muitas vezes envolvem situações do passado que não foram superadas. Assim, ao romper essa barreira conseguem enfrentar a dissolução conjugal ou a depender do caso prosseguir em suas relações, bem como alcançar a harmonia nas relações com os filhos.

Atingindo, desse modo, a situação de harmonia e de entrega dos filhos à sociedade, a família, alcançando a plenitude, torna-se modelo que servirá de estímulo para outros grupos humanos que se atormentam nas lutas diárias do lar, explodindo nos conflitos sociais das ruas e das comunidades por falta da harmonia que a educação moral e intelectual bem conduzida consegue realizar (FRANCO, 2012. p. 126).

Ademais, é importante frisar, conforme explica Manné (2008, p. 37), “que nenhum método possui plena eficácia. As constelações familiares devem ser praticadas em alguns casos específicos, estes terão resultados significativos, por outro lado, demais problemas não terão os mesmos resultados”.

#### **4. O direito sistêmico**

O Direito Sistêmico possui esta nomenclatura por ter como base a Teoria Sistêmica, que percebe os indivíduos em constante inter-relação, influenciados e influenciando tudo que os rodeia (MADALENO, 2018. p. 66). Surge visando à solução definitiva de conflitos, com um olhar mais humano, e utilizando as técnicas das constelações familiares.

Em suma, o Direito Sistêmico pode ser percebido como um conjunto de saberes, posturas e práticas que resgatam a autonomia e a dignidade do sujeito. Neste ínterim, constata-se que a epistemologia da expressão “Direito Sistêmico” ainda está em construção, a fim de atender a sociedade que demanda a resolução dos conflitos de forma mais pacífica e perene. (Anais do Seminário Nacional de Constelações Familiares na Justiça: Práticas de Constelação Familiar no Judiciário, 2017, p.130).

No Brasil, teve como precursor o Juiz de Direito do Estado da Bahia Sami Storch, que desde 2006 vem aplicando os princípios e as técnicas das constelações sistêmicas como meio de solucionar os conflitos na justiça. Destaca-se, que durante esses anos sua aplicação vem obtendo bons resultados, com altos índices de acordo nos processos de família de sua comarca.

Segundo o referido juiz Storch (2010), as causas dos conflitos são complexas e na maioria das vezes não são solucionadas de fato pelas leis ou pela aplicação de uma sentença judicial. Momentaneamente poderá solucionar o conflito, entretanto, isso não significa que as partes terão paz. Dessa forma, afirma que o direito sistêmico pode ser um mecanismo a fim de se obter a verdadeira resolução.

Considerando que o Direito está a serviço das relações humanas, uma vez que estabelece limites e desenha condutas que servem de padrão para o bem comum, a compreensão das leis sistêmicas e dos efeitos que decorrem a partir do seu rompimento é ferramenta poderosa para a condução dos conflitos ao melhor termo. (Anais do Seminário Nacional de Constelações Familiares na Justiça: Práticas de Constelação Familiar no Judiciário, 2017, p.129).

Dessa maneira, sua aplicação é impulsionada. Está alinhada ao Código de Processo Civil (2015) e a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que incentivam os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Ademais, frisa-se que para se alcançar uma solução através do direito sistêmico ou pelos demais

meios de solução de conflito é necessário que os operadores do direito estejam dispostos a ajudar e neste contexto, podemos inserir a figura do advogado peacemaker.

Um das suas atuações são nos casos de alienação parental, tendo em vista que sua prática está proporcionando bons resultados. De acordo com Madaleno (2018, p. 67), em seu livro Síndrome de Alienação Parental: a importância da detecção, “considerando-se a dificuldade de se convencer o alienador que seus comportamentos provocam danos aos seus filhos, através das constelações familiares este consegue identificar o real motivo de seu comportamento e suas consequências”.

O que fica claro ao observar Constelações acerca deste tema é que muitas vezes aqueles que alienam também foram alienados, como por exemplo, em uma família de mulheres fortes e homens fracos ou onde os homens serviram ao exército e foram mortos em guerras ou mesmo onde parceiros violentos precisaram ser afastados e o padrão de violência se repete - em virtude desta lealdade familiar e desta ânsia por pertencimento (ainda que inconsciente) gerações e gerações repetem as mesmas condutas, seja alienando, seja escolhendo homens com perfil fraco ou que dão mostras de não comprometimento com a família e que acabam se autoalienando, entre outros tantos exemplos. Sendo assim, uma simples decisão judicial, ainda que com a fixação de multas ou medidas extremas para coibir a alienação, não surtirá qualquer efeito, pois não conseguem superar este sentimento primitivo de lealdade que o próprio alienador desconhece em si. (MADALENO, 2018. p. 68).

Assim, adotando uma conduta mais humana em relação aos clientes e alcançando a resolução dos conflitos os advogados peacemaker estão contribuindo com a redução do abarrotamento do judiciário. Ademais, destaca-se que a sua atuação nos conflitos familiares é de suma importância, tendo em vista, que a resolução destes são mais complexas, posto que estes conflitos envolvam sentimentos.

Destaca-se ainda, que atualmente a advocacia sistêmica vem sendo praticada pelos Estados de São Paulo, do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, de Rondônia, da Bahia, do Mato Grosso, do Mato Grosso do Sul, do

Pará, do Paraná, do Espírito Santo, do Piauí, de Alagoas, do Ceará, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, do Amapá e do Distrito Federal e “propõe o desenvolvimento pessoal e profissional dos advogados, porém o individual não é suficiente” (Anais do Seminário Nacional de Constelações Familiares na Justiça: Práticas de Constelação Familiar no Judiciário, 2017, p.120).

Outrossim, conforme dispõem Cardoso (Anais do Seminário Nacional de Constelações Familiares na Justiça: Práticas de Constelação Familiar no Judiciário, 2017, p. 124):

A Advocacia Sistêmica não se limita a aplicação das constelações familiares como um instrumento a mais na solução de conflitos. Também não se limita ao método de Bert Hellinger. Está aberta a todo e qualquer pensador sistêmico ou método que colabore com o desenvolvimento da advocacia e seu papel fundamental na sociedade. Em essência, busca a ampliação de consciência dos advogados em desenvolvimento pessoal e profissional, a estruturação de seus escritórios como uma organização viva que aprende e compartilha com os clientes as competências que adquiriram com o pensamento sistêmico em ação.

Compreende-se assim, que a função primária da advocacia sistêmica vai além da resolução dos conflitos dos clientes, está inserida em todos os contextos de atuação, desde a organização até os resultados.

#### **4.1 Constelações sistêmicas familiares na vara de família**

Segundo o CNJ (2018), nos últimos anos no Brasil ocorreu um aumento significativo de conciliações em processos judiciais com a aplicação das constelações familiares nas Varas de Família. Em 2015, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) foi premiado pelo Comitê Gestor Nacional da Conciliação do CNJ durante a 9<sup>o</sup> Semana Nacional de Conciliação por ter atingido o maior índice de composição no âmbito da justiça Estadual.

Em novembro de 2014, após 10 dias de trabalho, o TJBA totalizou R\$ 358,8 milhões e 35.785 acordos, alcançados em 51.604 audiências realizadas em todo

o estado. O índice de sucesso chegou a 69%. O TJBA superou outros 26 tribunais de todo o país, incluindo os de maior estrutura. (CNJ, 2015)

Frisa-se que as práticas das constelações sistêmicas são aplicadas no Estado da Bahia desde 2006 por Sami Storch, passando a ser um exemplo de transformação a ser seguido pelos demais estados por alcançar de forma mais eficaz a resolução do conflito que uma decisão judicial.

Se o Poder Judiciário foi o grande responsável por adubar e regar a forma tradicional de solução de conflitos, fundada na cultura do litígio, do “ganha” e “perde”, na prevalência do mais forte e na visão de uma sociedade que se acostumou com a guerra e a violência como formas legítimas de solução de litígio, é esse mesmo Poder Judiciário, agora oxigenado, renovado e ressignificado, que assume o protagonismo de oferecer um sistema que comporte diversas modalidades de solução dos conflitos. (Anais do Seminário Nacional de Constelações Familiares na Justiça: Práticas de Constelação Familiar no Judiciário, 2017, p.83).

Dessa forma, esta modalidade mais recente de solução de conflito, qual seja, a constelação familiar sistêmica, passou a ser implantada em diversos estados. Atualmente no Piauí há um olhar mais humanizado para os processos através das constelações. O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí - TJPI através do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC/TJPI realiza palestra vivencial sobre constelação sistêmica familiar aplicada ao judiciário.

Frisa-se ainda, que as palestras vivenciais são realizadas para várias pessoas que possuem processos semelhantes, estas são convidadas a participar por meio de notificação judicial. Também é possível que as partes definam um advogado ou um constelador que seja de sua confiança. É necessário destacar ainda, que nessas palestras vivenciais as constelações ocorrem em grupo, sendo facultado as partes decidirem se querem ou não que sejam aplicadas ao seu caso.

Após a realização da palestra, ou melhor, da constelação, é marcada uma audiência de conciliação. Na maioria dos casos, nesta audiência as

partes conseguem realizar um acordo. A realização de acordos é fundamental, em especial aos casos que envolvem conflitos familiares, tendo em vista que sua resolução acontece em um prazo mais razoável e sua solução é mais satisfatória que as das decisões judiciais.

## 5. Conclusão

Com os ensinamentos Bert Hellinger acerca das constelações familiares observa-se que este vem se tornando um meio bastante utilizado em diversos contextos para a identificação das causas de possíveis problemas, incompreensões e adversidades dentro dos grupos familiares, bem como em diversos ambientes.

Ultimação, por todo o exposto, é indubitável que as constelações familiares e a alienação parental têm um elo de grande proporção, visto que a partir da utilização das constelações tanto no âmbito judiciário quanto no extrajudicial pode-se haver uma melhoria significativa nas resoluções dos conflitos em sede de alienação parental.

Dessa forma, conclui-se que a aplicação das constelações familiares é viável e auxiliam o poder judiciário na resolução de conflitos no âmbito do Direito de Família, corroborando também para uma sociedade mais humana e harmônica.

## Referências

ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fabio Vieira. Alienação parental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: versão atualizada até a Emenda n. 99/2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 2 mar. 2019.

BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 2 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm) > Acesso em: 2 mar. 2019.

CARVALHO, Valéria. Nupemec e Cejusc retomam práticas de Constelação Familiar no Judiciário no dia 28. TJPI, 24 de jan. de 2019. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias-tjpi/nupemec-e-cejusc-retomam-praticas-de-constelacao-familiar-no-judiciario-no-dia-28/>> Acesso em: 10 de out. de 2019.

\_\_\_\_\_. Projeto “Leis Sistêmicas a Serviço da (Re)conciliação”: Constelação Familiar será promovida no dia 18 de julho. TJPI, 24 de jan. de 2019. Disponível em: < <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias-tjpi/projeto-leis-sistemicas-a-servico-da-reconciliacao-constelacao-familiar-sera-promovida-no-dia-29-de-julho/> > Acesso em: 10 de out. de 2019.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCO, Divaldo. **Constelação familiar pelo espírito Joana de Ângelis**. 3 ed. Bahia: Centro Espírita Caminho da Redenção, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marusa H. da Graça. **Constelações familiares com bonecos e os elos que de amor que vinculam aos ancestrais**. Curitiba: Juruá, 2013.

HAUSNER, Stephan. **Constelações familiares e o caminho da cura**. São Paulo: Cultrix, 2010.

HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho**. Tradução de Eloisa Giancoli Tironi Tsuyuko Jinno Spelter. Patos de Minas: Atman, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ordens da ajuda**. Tradução de Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2005.

I SEMINÁRIO NACIONAL DE CONSTELAÇÕES FAMILIARES NA JUSTIÇA: Práticas de Constelação Familiar no Judiciário. (1: 2017: Rio de Janeiro, RJ) **Anais do Seminário Nacional de Constelações Familiares na Justiça: Práticas de Constelação Familiar no Judiciário** (30 de setembro de 2017) / Org. Fabiana Lanke e Juliana Lopes – Rio de Janeiro, RJ: Práxis Sistêmica, 2017.

MADALENO, A. C. Carpes. MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

MANNÉ, Joy. **Constelações familiares em sua vida diária**. São Paulo: Cultrix, 2008.

OAB Piauí. OABPI, 15 de ago. de 2019. Disponível em: < <http://www.oabpi.org.br/noticia/5218/conheca-mais-sobre-as-novas-comissoes-tematicas-da-oab-pi> > Acesso em: 10 de nov. de 2019.

OTONI, Luciana. FARELLO, Luiza. **Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário**. CNJ, 30 de abr. de 2018. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario/> > Acesso em: 25 de set. de 2019.

SCHNEIDER, Jakob Robert. **A prática das constelações familiares**. Tradução Newton A. Queiroz. Patos de Minas: Atman, 2007.

SILVA, Daniel. Palestra do NUPEMEC/TJ-PI **debate a temática ‘Constelação Familiar aplicada ao Judiciário’**. TJPI, 24 de out. de 2018. Disponível em: < <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias-tjpi/palestra-do-nupemec-tj-pi-debate-a-tematica-constelacao-familiar-aplicada-ao-judiciario/> > Acesso em: 17 de set. de 2019.

STORRCH, Sami. **Constelação Familiares e Judiciário: reflexões positivas**. Jornal Carta Forense, 03 de jul. de 2018. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/constelacao-familiares-e-judiciario-reflexoes-positivas/18232> > Acesso em: 20 de ago. de 2019.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário**. **Direito Sistêmico**, 23 de ago. de 2016. Disponível em: < <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/> > Acesso em: 20 de ago. de 2019.

\_\_\_\_\_. **O que é o direito sistêmico? Direito Sistêmico**, 29 de nov. de 2010. Disponível em: < <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/> > Acesso em: 20 de ago. de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 13 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

## **Direitos e liberdades individuais: limites acerca de sua eficácia**

*Naila Fortes e Silva*

*Franco Didier Ferreira Cândido Júnior*

### **Introdução**

Este trabalho estuda a limitação dos direitos fundamentais, abordando princípios constitucionais, aqueles que estão em sua órbita principiológica e seus limites, bem como a colisão destes.

O problema jurídico está na amplitude de algumas liberdades previstas na Constituição de 1988. Trata-se de um direito pleno, porém não absoluto que, quando em conflito com outros direitos igualmente protegidos pela norma constitucional, poderá ser mitigado quando o interesse em conflito sobrepuser ao direito de crença.

Os direitos fundamentais em regra, são relativos, isto é, limitados. É de fundamental importância que sejam delimitadas as bases que permitem o reconhecimento da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais. Desta forma a doutrina tem discutido se seriam limitações autônomas ou apenas uma delimitação normativa do direito fundamental, sendo dividida em teoria interna e teoria externa.

Ademais, quando se trata destas teorias não se pode deixar de abordar os princípios, normas que possuem maior abstração, sendo vinculado a valores. Robert Alexy caracteriza os princípios como mandamentos ou mandatos de otimização, que não dependem somente de possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas

Dessa forma, apesar de existir uma gama de redes protetoras nem todas as questões relativas aos direitos fundamentais foram aplicadas, suscitando discussões infundáveis entre os doutrinadores e nos tribunais brasileiros, por todo o exposto é que esse estudo se mostra de grande relevância para o meio acadêmico e para a sociedade.

Apesar dos direitos fundamentais encontrarem-se protegidos pela Constituição de 1988, como cláusula pétrea, os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, isto é, limitados, e não absolutos.

Saliente-se, contudo, que o foco do trabalho é o aspecto jurídico, mais precisamente o limite dos direitos fundamentais em confronto com determinados princípios elencados na Constituição de 1988.

Em virtude de ser um trabalho voltado mais para o âmbito principiológico, não há do que se falar em pesquisa de campo, portanto, foi realizada uma pesquisa terminantemente teórica.

A pesquisa de forma terminante e categórica é baseada em estudo bibliográfico. Essas informações são advindas de artigos científicos em sua maioria, livros especializados em direitos fundamentais, além da pesquisa documental das Jurisprudências dos Tribunais Superiores. Tem como método de abordagem uma análise sistêmica, quanto ao procedimento usam-se os métodos histórico e comparativo e o método de interpretação de cunho sociológico.

Inicia-se o presente trabalho fazendo um estudo sobre limitação dos direitos fundamentais, onde discorre-se ainda sobre princípios constitucionais e o conflito entre eles. Aborda-se ainda, como os tribunais e a jurisprudência nacionais estão analisando esse tema e a aplicabilidade das técnicas de resolução de conflito de princípios constitucionais.

## **2 Das liberdades e dos direitos fundamentais**

O ser humano, animal racional, com preterições destrutivas, tem em seu cerne a noção animalésca de ser livre, de ter a capacidade de ir e vir. Desta forma, diante dos inúmeros abusos cometidos pelas instituições no

período denominado Idade Média, o homem conseguiu auferir rompantes de liberdade, sendo expandido ao longo do tempo.

Liberdade torna-se no século XVIII a bandeira universal pela qual o indivíduo protege seus mais variados desconfortos e necessidades de autoafirmação em relação à sociedade. Ela se torna visível, seja na sua roupagem econômica nos fisiocratas – os quais homenageavam a livre concorrência dos interesses individuais como manifestação da ordem natural das coisas - seja na sua conformação mais sentimental em Rousseau - para quem a origem de todo mal e deformação advém da violência praticada sobre o homem pela sociedade historicamente constituída - seja na sua versão política na Revolução Francesa - que eleva a liberdade individual de tal modo como valor absoluto que nega aos trabalhadores a possibilidade de se unir para proteger seus interesses seja, finalmente, na sua sublimação filosófica com Kant e Fichte, os quais elevaram o eu como referência última do mundo possível de ser conhecido, e defenderam sua absoluta autonomia como valor absoluto da esfera moral. (SIMMEL, p. 02, 1998).

A liberdade, algo irremediável, que tece e é peça primordial da psiquê humana, tende a aflorar na medida que passamos a ser donos de si. Mas de forma, pitoresca e até surreal, temos a liberdade restringida para que possamos viver em comunidade.

O lugar mais profundo da individualidade é o da igualdade universal, seja ela fundada na "natureza", em cuja positividade universal nos inserimos tanto mais quanto mais nós apoiamos no nosso eu livre de condicionamentos e compromissos historicamente situados, seja ela ainda a universalidade da "razão", na qual, para Kant e Fichte, temos a raiz do nosso eu, ou ainda, finalmente, a "humanidade". Seja natureza, razão ou humanidade, temos sempre um compartilhamento no qual o indivíduo se encontra, quando ele acha sua própria liberdade e singularidade. (SIMMEL, p. 04, 1998)

Diante dos inúmeros abusos cometidos pelas instituições, não só medievais, mas ao longo da história, com déspotas esclarecidos, ditadores e presidentes de direita, as liberdades são cerceadas em prol de interesses escusos e patifarias energúmenas. Desta forma, o homem enclausurado, não consegue transcender questões intrínsecas ao seu ser.

Na opressão exercida por meio dessas instituições, que perderam todo o conteúdo jurídico, nasceu o ideal da mera liberdade individual: quando apenas essas instituições, que constroem os potenciais da personalidade de maneira não-natural, desaparecessem, teríamos o desenvolvimento de todos os valores internos e externos, para os quais o potencial já era existente, apenas paralisados por forças políticas, religiosas e econômicas. Essa passagem equivaleria à transição da desrazão histórica à razão natural. (SIMMEL, p. 02, 1998)

Portanto, restringindo a própria condição humana de ser livre, estaria-se restringindo o próprio desenvolvimento hominídeo, já que, por ser animais, como dito acima, não se teria e deveria ser presos, trancados, proibidos de fazer o que bem se entende.

A universalidade da titularidade consiste nisto, que direitos do homem são direitos que cabem a todos os homens. A determinação do círculo dos titulares causa vários problemas, dos quais dois devem aqui interessar. O primeiro resulta do emprego do conceito de homem. A delimitação mais clara se obtém quando se define este conceito biologicamente. Ao contrário, é objetado que isso é uma especificidade que se aproxima do racismo. 6 Essa objeção não vê, todavia, que no emprego do conceito biológico do homem para a delimitação do círculo de titulares se trata somente do conceito de direito do homem, não, porém, de sua fundamentação. Se os fundamentos melhores falassem a favor disto, de conceder determinados direitos, por exemplo, à vida, a animais em igual proporção como aos homens, então o direito à vida, como direito do homem, estaria caduco e deveria ser criado novamente, por exemplo, como "direito da criatura" com círculo de titulares alargado. O segundo problema nasce disto, que então, quando se considera o conceito biológico do homem, somente homens como indivíduos podem ser titulares de direitos do homem. Contra isso poder-se-ia objetar que existem, todavia, bons fundamentos para isto, de atribuir também a grupos, comunidades e Estados determinados direitos, por exemplo, direitos à existência, identidade ou desenvolvimento. Novamente deve ser acentuado que aqui não se trata da fundamentação de quaisquer direitos, senão somente de uma formação de conceito adequada. Grupos, comunidades e Estados compõem-se, sem dúvida, de homens, mas não são homens (ALEXY, p. 05, 1999).

Contudo, tal liberdade, apesar de essencial, não deve ser posta como algo absoluto, de forma que, na medida da proporcionalidade deve-se analisar o caso concreto.

Os direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva. Por outro, porém, eles indicam além do sistema nacional. Nessa passagem do nacional deixam-se distinguir dois aspectos: um substancial e um sistemático. Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem satisfazer os requisitos que lhes podem ser postos, devem incluir os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positividade, validade universal<sup>1</sup> Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordem jurídica. (ALEXY, p. 13, 1999).

Conforme preceitua os ensinamentos de Robert Alexy, os direitos do homem são compostos por cinco marcas, sendo os direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos (ALEXY, 1999)<sup>1</sup>.

Considerando que os direitos fundamentais não são absolutos, deve-se, portanto, sopesá-los em detrimento de outros, na chamada colisão de princípios fundamentais, onde, dependendo da gravidade e do caso específico, teríamos que preponderar um em detrimento do outro.

A maioria das constituições contém hoje catálogo de direitos fundamentais escritos. A primeira tarefa da ciência dos direitos fundamentais, como uma

---

<sup>1</sup> Da universalidade já se tratava na caracterização dos direitos do homem como ideal universal. Agora, este conceito deve ser determinado mais pormenorizadamente. Um primeiro aspecto da universalidade é a universalidade dos titulares e destinatários. Aqui, deve ser lançado somente um olhar sobre os titulares. (...) A segunda qualidade essencial para os direitos do homem é que eles são direitos morais. O conceito de direito moral é ambíguo. Aqui ele deve ser empregado como conceito contrário para o conceito de direito jurídico-positivo. Direitos jurídico-positivos nascem - como todas as normas do direito positivo - por atos de disposição, por exemplo, por contrato, poder constituinte, lei aprovada ou uma prática judicial ou social e dependem em sua existência - novamente como todas as normas do direito positivo - disto, se eles obtêm e mantêm um mínimo de eficácia ou oportunidade de eficácia social. (...) Apesar de seu caráter moral, direitos do homem estão em uma relação íntima com o direito. Se existe um direito moral, portanto, fundamentável perante cada um, por exemplo, à vida, então também deve existir um direito, fundamentável perante cada um, à concretização daquele direito. (...) A relação interna, definida pela prioridade necessária, entre direitos do homem como direitos morais e o direito positivo desempenha na questão, quais conteúdos têm direitos do homem, um papel decisivo. Nos objetos dos direitos do homem deve tratar-se de interesses e carências para os quais valem coisas distintas. (...) A quinta marca característica para direitos do homem é que neles se trata de direitos abstratos. Isso se mostra mais claramente na necessidade de sua restrição ou limitação que, por direitos de outros e pelo mandamento da conservação e fomento de bens coletivos como, por exemplo, da proteção do meio ambiente. é exigida. Qual restrição é admissível pode, no fundo, ser determinado apenas por ponderação. (ALEXY, p. 04-08, 1999).

disciplina jurídica, é a interpretação desses catálogos. Nisso, valem as regras tradicionais da interpretação jurídica. Estas, todavia, na interpretação dos direitos fundamentais, chocam-se logo com limites. Uma razão essencial para isso é a colisão de direitos fundamentais. O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise conduz a quase todos os problemas dessa disciplina. Todavia, antes de iniciar essa análise, deve, primeiro, o fenômeno a ser analisado ser considerado mais de perto. Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir. Isso vale tanto para colisões de direitos fundamentais em sentido estrito como também para tais em sentido amplo. (ALEXY, p. 14, 1999).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, baseando-se no princípio da convivência entre as liberdades, posicionou-se no sentido de que os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, isto é, limitados, e não absolutos.

### **3 A limitação dos direitos fundamentais**

Na filosofia kantiana, a busca por um amplo arcabouço de liberdades traz em seu cerne uma ideia de que estas não podem ser tratadas de forma absoluta, ou seja, não deve existir um direito ilimitado de proteção, tendo como limite a própria concepção de dignidade humana. (KANT, 1974)

Dessa forma tem-se a indicação da inexistência hierárquica entre os direitos fundamentais, sendo sua posição no texto constitucional um mero instrumento de organização do poder constituinte originário, mas sem representar um rol de superioridade entre eles. (FERNANDES, 2014)

Os direitos fundamentais tanto possuem a faculdade de serem direitos subjetivos quanto elementos objetivos constitucionais. Nesse sentido:

Sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais outorgam aos indivíduos posições jurídicas exigíveis do Estado, ao passo que, na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais representam uma matriz diretiva de todo o ordenamento jurídico, bem como vinculam atuação do Poder Público em todas as esferas. (PINHEIRO, 2008, p. 33)

Esse caráter objetivo atua como uma restrição aos direitos fundamentais no aspecto subjetivo, tendo em vista que a aplicação de um direito fundamental de um indivíduo pode afetar direitos de toda a sociedade (PINHEIRO, 2008).

Por esse motivo, é utópico dizer que as liberdades são voltadas, num primeiro momento, aos cidadãos. Primeiramente, devem ser direcionadas ao poder público que tem a competência para real efetivação desses direitos.

Resgatando ideias anteriores, os direitos fundamentais em regra, são relativos, isto é, limitados. É de fundamental importância que sejam delimitadas as bases que permitem o reconhecimento da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais. Desta forma a doutrina tem discutido se seriam limitações autônomas ou apenas uma delimitação normativa do direito fundamental, sendo dividida em teoria interna e teoria externa.

### **3.1 Teoria interna**

De acordo com essa teoria, o direito fundamental tem um conteúdo demarcado, de tal forma que qualquer posição que perpassa o âmbito normativo não pode ser tutelada por esse direito.

Gilmar Ferreira Mendes (2005, p.25) ao tratar de teoria interna: “Não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a ideia de direito individual com determinado conteúdo. A ideia de restrição (Schranke) é substituída pela de limite (Grenze)”.

Portanto para essa teoria o limite de um direito está interno a ele, com isso qualquer limitação só se dá a partir de dentro, não ocorrendo restrições externas, relacionando-se assim com a “teoria dos limites imanentes” explanada por Virgílio Afonso (p.166): “Em termos rigorosos, os limites imanentes não se relacionam com a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais e, com isso a ponderação mediante a regra da proporcionalidade.

Em divergência a tal entendimento, Canotilho preceitua que:

Os chamados “limites imanentes” são o resultado de uma ponderação de princípios jurídicos-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia.( CANOTILHO, 1998, p. 1148.)

Destaca-se, ainda, que Ana Paula Barcelos e Wilson Antônio Steinmetz adotaram a teoria interna no sentido de que cada direito possui limites lógicos, da própria estrutura e natureza do direito, sendo assim limites implícitos ao sistema.

### **3.2 Teoria externa**

Opondo-se a teoria interna, a teoria externa propõe uma distinção entre os direitos fundamentais e as restrições destes direitos, reconhecendo-se assim dois objetos, passando assim a ter a possibilidade de restrições a direitos fundamentais.

A partir desta concepção, observa-se que:

Se direito individual e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado (*eingeschränktes Recht*). (MENDES, 2006, p. 25)

Conforme entendimento de Marcelo Rebello Pinheiro, a adoção das teorias externas das restrições é o mais adequado para estimar o alcance

das normas de direitos fundamentais, por ser mais compatível com o sistema de regras e princípios.

Gilmar Ferreira Mendes ao dispor sobre a teoria externa concluiu que:

Essa teoria, chamada de teoria externa (Aussentheorie), admite que entre a ideia de direito individual e a ideia de restrição inexistente uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos. (MENDES, 2006, p. 25)

A Constituição Brasileira de 1988 não prevê, de forma expressa, como deve ser realizada a restrição de direitos fundamentais. A doutrina, porém, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF (DIAS, 2007), vem identificando como “limites aos limites”, princípios da convivência entre as liberdades, da harmonização de interesses em disputa, da razoabilidade e proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito.

Por meio desses métodos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência, parte-se de um problema concreto para a norma, analisando o caso concreto, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos conflitos entre os princípios constitucionais.

### **3.3 Princípios constitucionais**

Os princípios são normas que possuem maior abstração, sendo vinculado a valores. Robert Alexy caracteriza os princípios como mandamentos ou mandatos de otimização, que não dependem somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Em consonância com o exposto:

Os princípios possuem uma dimensão de peso [...]. Isso significa que os primeiros, caso entrem em conflito, não são excluídos do ordenamento jurídico, mas submetidos a uma ponderação, pela qual, na decisão do caso, ocorre a cedência de um diante do outro. Mas isso não impede que em outra situação

se decida pela aplicação do princípio oposto [...]. As normas de direitos fundamentais têm, em regra, a natureza de princípios, levando a que as posições jurídicas nelas assentadas somente se convertam em direitos definitivos após uma ponderação com os princípios opostos nas circunstâncias do caso concreto. (ALEXY, 1993, p. 90-91)

Os princípios não funcionam na base do “tudo ou nada” (CANOTILHO, 1999, p. 1177.), uma vez que devem ser aplicados conforme uma dimensão de peso ou importância, ou seja, graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (DWORKIN, 2002)

A Teoria dos limites dos limites (Schranken-Schranken), como o próprio nome sugere, tem o limite como a base em determinados parâmetros para restringir os direitos fundamentais, havendo a necessidade de obedecer a certos critérios. O primeiro critério preceitua que qualquer restrição deve respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais e por derivação a noção de dignidade da pessoa humana.

A limitação, conforme o segundo critério, deve ser estabelecido de forma explícita, com clareza e precisão, resguardando assim a segurança jurídica. As restrições devem ser de cunho geral e abstrato, ou seja, propondo-se a abarcar o maior número de pessoas e situações, sendo este o terceiro critério.

O quarto e último critério aduz que as limitações devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (FERNANDES, 2014)

Sobre o princípio da convivência entre as liberdades as prerrogativas não podem ser exercidas de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, os quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica, corroborando assim com a ideia de que os direitos e garantias fundamentais são relativos, entendimento este seguido pelo Supremo Tribunal Federal:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se resistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse

público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legítimas, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (STF, 2010)

Uadi Bulos assevera que apesar do caráter limitado e relativo, não se pretende criar uma brecha para a ilicitude, o que se busca é evitar o abuso de poder por parte do Estado e não criar mecanismos de ilícitos. (BULOS, 2012)

Ao tratar do princípio da harmonização dos interesses em disputa, sua aplicação pelo Poder Judiciário aduz que se podem trazer prejuízo às relações privadas. Segundo o entendimento de Robert Alexy, o julgador deve utilizar na medida do possível, o princípio da razoabilidade. (ALEXY,1993)

Em caso de colisão de direitos fundamentais, deve ser feita a técnica de ponderação, promovendo a concordância prática entre eles, não obstante se não for possível, deve ser avaliado qual interesse deve prevalecer (BULOS, 2012).

O princípio da proporcionalidade não foi previsto explicitamente na Constituição de 1988. Contudo, ele foi acolhido pela doutrina e jurisprudência nacionais nas mais variadas vertentes. Segundo José Sampaio a doutrina tem discutido se os institutos da proporcionalidade e razoabilidade são termos correlacionados ou se um é componente elementar do outro (SAMPAIO, 2003).

Luís Roberto Barroso defende a primeira teoria, em que os termos proporcionalidade e razoabilidade são tidos como equiparados:

De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa Continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. (BARROSO. 1988, p.69)

Em sentido contrário Sampaio e Afonso da Silva, defendem a distinção entre princípios, tendo o primeiro adotado a teoria da razoabilidade em um sentido mais amplo (SAMPAIO, 2003), enquanto o segundo é defensor da maior complexidade da proporcionalidade (SILVA, 2002).

O subprincípio da adequação, também chamado de pertinência ou de idoneidade, preceitua que o meio deve ser apto ao fim visado, ou seja, o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido. Se este subprincípio por si só não conseguir resolver o fim almejado na norma, é necessário que seja utilizado o segundo subprincípio, referente a necessidade de medida. (LENZA,2017)

A necessidade, denominada também por exigibilidade, emana também um subprincípio preceituando que a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável e não se puder substituir por uma mais benéfica. Nos ensinamentos de Gonçalves: “Não deve haver outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo, ou seja, a única forma de alcançar o fim visado deve ser pela restrição ou limitação ao direito fundamental, visto que não há outro meio menos gravoso”. (FERNANDES, 2014)

Portanto a norma constitucional, no entendimento de Hesse (1991) é eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo subprincípio da necessidade, possibilitando o seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito preceitua que deve ser analisado a relação custo/benefício, sendo assim a medida restritiva terá mais bônus do que ônus, ou seja, o prejuízo deve ser menor que o benefício na limitação do direito fundamental em questão (FERNANDES, 2014).

Rebello alude que quanto maior for a restrição (limite) do direito fundamental, maior deve ser a importância do princípio contraposto. Mencionando as ideias de Robert Alexy, Gilmar Mendes conclui:

Para Robert Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação” segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção (MENDES, 2006, p. 94).

Urge ressaltar que, se o primeiro critério (adequação) não for atendido, então não há de se falar em análise de outros critérios, da mesma forma se o segundo critério (necessidade) não for satisfeito, portanto só haverá a atuação do princípio da proporcionalidade se forem atendidos os três critérios (PINHEIRO, 2008).

Trata-se de princípio extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados. Diante dos métodos de interpretação abordados, busca-se a certeza e segurança jurídica, para produção de efeitos em todo o ordenamento jurídico.

### **3.4 Colisão de princípios constitucionais**

É possível falar em colisão quando entre direitos fundamentais se identifica um conflito decorrente do exercício por diferentes titulares. Para complementar tal afirmação, Canotilho expõe que:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos. (CANOTILHO, 1993. p. 294.)

Alexy, influenciado por Dworkin, elaborou uma tese no que concerne ao conflito existente entre regras ou direito, determinando que tal conflito deve ser resolvido pelo critério da ponderação. Nesses termos:

O choque entre princípios, assumidos como direitos fundamentais, deve ser resolvido por critérios de valoração, [...]. Prossegue afirmando que, na ocorrência de colisão entre princípios, o reconhecimento da preponderância de um sobre outro não resulta na declaração de invalidade do que possui menor “peso”. Não se pode pensar em aplicar a cláusula de exceção, pertinente às regras. [...] Esse critério busca avaliar qual dos interesses, “abstratamente do mesmo nível”, possui “maior peso diante das circunstâncias do caso concreto”. Quando há dois princípios equivalentes abstratamente, prevalecerá, no caso concreto, o que tiver maior peso diante das circunstâncias. A tensão entre ambos os princípios não pode ser resolvida com a atribuição de prioridade absoluta de um sobre o outro. (ALEXY, 2001, p. 295)

Steinmetz, afirma que os direitos fundamentais estão em constante tensão, sendo limitados uns pelos outros, onde dependendo do momento um prevalecerá sobre o outro, ora o contrário:

São direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental. (STEINMETZ, 2001, p. 609)

Apesar da utilização da tradição alemã da ponderação dos princípios, o tema é de complexa resolução porque não existe acordo quanto a existência ou não de conflitos entre direitos. Comprovando tal entendimento, Ávila diverge do entendimento dos autores anteriormente citados:

O conflito é aparente, pois, a questão na aplicação dos princípios se encontra mais em reconhecer qual dos princípios será aplicável e qual a relação que

mantêm entre si. Nesse contexto, todas as colisões são aparentes, exceto as irresolúveis, problema que deve ser discutido com base na distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo STEINMETZ, 2001, p. 608).

Com o aumento da complexidade dos casos e o desenvolvimento de novos paradigmas jurídicos, é imprescindível que haja certa uniformidade das decisões envolvendo conflitos entre direitos fundamentais, devendo ser resguardar a segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

### **3.5 Liberdade e o judiciário brasileiro**

No final do século XVII desencadeou-se na Europa o processo que levaria à queda do Antigo Regime. Esse processo pode ser caracterizado pelo colapso do Estado Moderno centralizado e sua substituição por um novo tipo de Estado, controlado pela burguesia, chamado Estado Liberal (VICENTINO, 2013).

Os direitos fundamentais emergiram nesse contexto de passagem entre a repressão pelo Poder Público para o Estado burguês, tendo sido concebidos com o papel de garantia do cidadão perante o Estado, com o respeito às liberdades individuais (LENZA, 2017).

Sendo caracterizada como um direito de primeira geração, ou seja, na evolução das liberdades públicas foram uma das primeiras liberdades garantidas ao cidadão.

A primeira geração, séculos XVII a XIX, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Abrange os direitos referidos nas Revoluções Americana e Francesa. Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas a preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, etc. (BULOS, 2012).

A Constituição de 1988 apreendeu-se, não só da primeira geração de direitos, quando em seu preâmbulo proclamou que a Assembleia Nacional

Constituinte buscou instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança.

O Estado está vinculado à concretização dos direitos fundamentais, seja por ser destinatário de tais normas, seja em razão do próprio modelo de Estado de Direito. Nesse sentido o artigo 5º., § 1º da Constituição Federal de 1988, enuncia que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nas lições de José Afonso da Silva:

Ter aplicação imediata significa que as normas constitucionais são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicabilidade imediata (SILVA, p 408, 2000).

Esse conflito entre o Estado e o particular têm-se a chamada eficácia vertical. Em outros casos, os direitos fundamentais podem ser ameaçados nas relações entre particulares, sendo chamada de eficácia horizontal. Portanto, os direitos fundamentais produzem efeitos tanto nas relações privadas quanto nas relações entre o particular e o Estado (CANARIS, 2003).

Na concepção de eficácia vertical, uma vez que os direitos fundamentais apresentam vigência imediata, estes devem ser respeitados. Entretanto, com os direitos fundamentais não possuem eficácia imediata nas relações particular-particular, o cidadão não tem como fazer valer os efeitos do direito fundamental sobre outro particular (TESSLER, 2005).

Nesse sentido, ganham destaque duas importantes funções dos direitos fundamentais: as proibições de intervenção e os imperativos de tutela:

A proibição de intervenção será prestada mediante tutela inibitória negativa ou tutela de remoção do ilícito. A primeira tem lugar quando se pretenderá do particular o cumprimento de uma obrigação de não fazer (não intervir no direito alheio), já a segunda deve ser prestada quando a intervenção indevida ao direito fundamental já iniciou, mas removendo o ato ilícito é possível evitar

futuros danos ao bem tutelado. O imperativo de tutela deve ser evocado sempre que o bem jurídico estiver sendo ameaçado em razão da ausência de proteção, seja fática, seja normativa. (CANARIS, p. 56, 2003).

O Poder Judiciário é vinculado de forma imediata à realização dos direitos fundamentais, diante da omissão do outros Poderes. Cabe-lhe, portanto, a função de concretude dos direitos fundamentais, conferindo a estes a máxima concretude (BRANCO, 2002).

O papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, não se restringe ao âmbito processual formal. O judiciário como órgão do Estado, também está imediatamente vinculado aos direitos fundamentais e não pode ausentar-se ante a omissão do Executivo ou do Legislador, sob pena de também deixar de cumprir o seu dever. (BRANCO, 2002).

O Supremo Tribunal Federal, baseando-se no princípio da convivência entre as liberdades, posicionou-se no sentido de que os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, isto é, limitados, e não absolutos.

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime

jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **MS 23452**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086). [...].

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça enuncia que:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. [...] Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **HC 268.459/SP**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 28/10/2014.) [...].

Pela análise da jurisprudência nacional têm se observado cautela na resolução dos conflitos que lhes são postos a partir do choque entre liberdades. Percebe-se que o Poder Judiciário tem buscado equilibrar a abrangência de direitos fundamentais de acordo com o caso concreto, primando pela isonomia do tratamento as partes em conflito.

### **Considerações finais**

Buscou-se demonstrar a análise do conflito de normas constitucionais e os limites dos direitos fundamentais. A liberdade é um dos

sustentáculos do princípio da dignidade humana, por meio dessa liberdade são efetivadas todas as possibilidades de desenvolvimento humano.

Durante boa parte da evolução social humana o cumprimento dos direitos fundamentais não foi garantido, tendo alcançado proteção recentemente com as revoluções do século XIX, ressalvando que em algumas partes do mundo essa liberdade ainda não é tratada como premissa fundamental.

A Constituição Brasileira de 1988 não prevê, de forma expressa, como deve ser realizada a restrição de direitos fundamentais. Contudo, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria, vem adotando práticas de restrição de princípios fundamentais.

Por meio desses métodos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência, parte-se de um problema concreto para a norma, analisando o caso concreto, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos conflitos entre os princípios constitucionais

A limitação deve, sobretudo, resguardar a segurança jurídica. De forma que, não podem ser exercidas de modo danoso à ordem pública e aos outros direitos e garantias fundamentais, ratificando o entendimento do STF no qual afirma que os direitos e garantias fundamentais são relativos.

No Brasil, o atual ordenamento constitucional protege e resguarda as liberdades de cada indivíduo. Apesar do respeito amplo, o Estado tem o dever de punir os possíveis abusos.

Em um segundo momento foi tratado da limitação dos direitos fundamentais. De forma que essa liberdade não é absoluta como o próprio Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado. Foi discutido ainda sobre princípios constitucionais e o conflito entre eles.

Em caso de colisão de direitos fundamentais, deve se analisar o caso concreto, observando a técnica da ponderação, harmonia entre princípios, promovendo a concordância prática entre eles, não obstante se não for possível, deve ser avaliado qual interesse deve prevalecer.

Com o aumento da complexidade dos casos e o desenvolvimento de novos paradigmas jurídicos, é imprescindível que haja certa uniformidade das decisões envolvendo conflitos entre direitos fundamentais, devendo ser resguardar a segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

## Referências

ARAUJO, Paulo Anderson Moreira de. **A liberdade religiosa na constituição de 1988 e alguns aspectos polêmicos**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2015.

ABREU FILHO, Júlio. **Biografia de Allan Kardec**. in: O Princiante Espírita. São Paulo: O Pensamento, 1956.

ALEXY, Robert. **Balacing, constitutional review and representation**. International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, 2005.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. Revista de direito administrativo, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Editora Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/jun. 1998.

BRANCO, Francisco José do Nascimento. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Intervenção Social, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais.** Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.452**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-05-2000. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>.> Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 1114**, Rel. Min. Lafayette de Andrada, Revista Arquivo Judiciário, v. CI/6-15. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>.> Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **HC 268.459/SP**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 28/10/2014.

BULOS, Uadi Lammego. **Direito Constitucional ao alcance de todos.** 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional de conflitos e proteção de Direitos fundamentais.** Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, ano 125, n. 3823, fev. 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1991.

DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6ª Ed., rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GODOY, Marino Luís Michilin. **O Espiritismo em Ponta Grossa – PR**: Perspectivas de um espaço do além e para um além do espaço. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Geografia, Curso de Pós-Graduação em Geografia, Setor de Ciências da Terra, Universidade Federal do Paraná, 2007.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Fabris, 1991.

IMBASSAHY, Carlos. **A mediunidade e a lei**. São Paulo: Ed, 1983.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, in Os Pensadores, Editor Victor Civita, 1974.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª Ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2006

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos. 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O retorno às tradições**: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: \_\_\_\_\_ (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHEFFER, MÁRIO. **O gigante fragilizado**. Valor Econômico, EU & FIM DE SEMANA.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais** – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMMEL, Georg. O indivíduo e a liberdade. **Simmel e a modernidade**, 1998.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TACRIM/SP, **AC 1253973-9**, 14<sup>a</sup> Câmara, Tel. Juiz San Juan França, j. 08/05/2001. In Prado, Luiz Regis. *Comentários*.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. 2010. 110f. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **O papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais**. Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VICENTINO, Claudio. DORIGO, Gianpaolo. **História para o Ensino Médio**: História Geral e do Brasil. São Paulo: Scipione, 2013.

**Excludente de responsabilidade civil  
da responsabilidade médica por fato de terceiro:  
o sangue do médico**

*Ana Letícia Anarelli R. Leonel*

*Fernanda Torres de Arruda Leão Coelho Oliveira*

*Mirian Borges Fortes Couto*

**Introdução**

O judiciário brasileiro enfrenta um aumento exorbitante do número de denúncias e processos exigindo a reparação civil de médicos e hospitais, que envolvem questões complexas de direito material e processual. Dados do Conselho Nacional de Justiça, retratam que, apenas em 2018, foram ajuizadas 23.884 ações solicitando indenização por danos materiais e danos morais.

Neste sentido, mostra-se importante destacar se os pressupostos para configuração da responsabilidade civil estão, de fato, presentes no caso concreto. O mesmo se aplica à configuração do erro médico e da noção de culpa.

Além disso, não deve haver nenhuma cláusula de excludente desta responsabilidade. E neste aspecto, merece destaque a questão do fato de terceiro, consistente nas precárias condições de trabalho que são oferecidas aos médicos, tanto na saúde pública, quanto em planos de saúde.

Este trabalho tem por objetivo traçar linhas iniciais sobre o tema, com o objetivo de fomentar a pesquisa sobre a noção de responsabilização

que deve, de fato, recair sobre o médico no exercício de suas atividades profissionais.

## **2. A necessária colocação do tema: responsabilidade e erro médico**

Todo ato decorrente de uma atividade humana tangencia o campo da responsabilidade, sendo, portanto, de suma importância o estudo deste tema. A palavra responsabilidade deriva do latim *respondere*, que significa responder a alguma coisa e nos termos jurídicos, resume-se ao dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao previsto no ordenamento jurídico. Segundo Gagliano (2018), a acepção que se faz de responsabilidade está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, decorrente de um fato jurídico em sentido amplo. Entretanto, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade, enquanto obrigação é sempre um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico conseqüente à violação do primeiro.

Aliás, a obrigação pode conter responsabilidade ou não. Nos termos da teoria dualista, dívida não se confunde com responsabilidade e vice-versa. E, neste sentido, a obrigação civil, por exemplo, seria composta do *Schuld und Haftung*, segundo a qual pode haver até responsabilidade sem dívida e dívida sem responsabilidade.

Neste sentido, a responsabilidade civil baseia-se no dever de indenizar o dano causado a outrem, decorrente da violação de um dever jurídico. Pereira (2001) define que a responsabilidade civil traz a reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Assim, reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Farias (2018) concebe a responsabilidade civil como a reparação de danos injustos resultantes de uma violação de um dever geral de cuidado.

Por outro lado, convém destacar que a doutrina divide a responsabilidade em subjetiva e a objetiva. A teoria subjetiva da responsabilidade civil consiste na reparação de danos injustos e resultantes da violação de um dever de cuidado, partindo da ideia de uma classificação tetrapartida dos pressupostos da responsabilidade civil, cujos elementos são: ato ilícito, culpa, dano e nexa causal.

O primeiro desses elementos, o ato ilícito, é um fato jurídico, ou seja, um evento sobre o qual incidiu a regra jurídica, passando a repercutir na órbita jurídica, produzindo diferentes efeitos. A culpa é definida no próprio Código como uma ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente. O dano é indispensável para a configuração da responsabilidade civil, sendo a lesão a um interesse jurídico protegido, causado por uma ação ou omissão de quem infringe, este dano pode ser patrimonial, moral e estético. O nexa causal caracteriza-se por ser o liame entre a conduta e o dano, ocasionando a obrigação ressarcitória. O atual Código Civil consagrou expressamente, e como regra, a teoria subjetiva, nos seus artigos 186 e 187.

Mas a teoria objetiva da responsabilidade civil também foi admitida e consagrada expressamente no Código Civil de 2002, no seu artigo 927. Neste tipo de responsabilização, a culpa não é necessária. E por ser exceção, seus casos são expressos: casos especificados em lei e quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

De fato, percebe-se que o Código deixa lacunas ao não delimitar o que se entende por atividade de risco. O juiz deve avaliar, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica ou eventual, qual seja, aquela que, por um momento ou por uma circunstância possa ser um ato de risco. (VENOSA, 2020, p. 15).

Desta forma, o magistrado poderá reconhecer tanto a responsabilidade decorrente do ilícito civil ou abuso de direito (responsabilidade subjetiva), quanto a responsabilidade civil do transgressor, sem necessidade de culpa (responsabilidade objetiva).

Além da responsabilização na esfera cível há a responsabilização penal, que trata da reparação do dano causado à sociedade, sendo regulada pelo Código Penal e que ocorre quando o sujeito comete um crime. Esta responsabilidade atinge tanto a ação quanto a omissão, desde que aquela conduta esteja tipificada no Código Penal, incorrendo no delito, inclusive aquele que age com falta de cuidado e desleixo proposital (negligência), quando desrespeita uma conduta e atua sem precauções (imprudência) ou que faz sem a aptidão necessária (imperícia).

E quando coincidem a responsabilidade penal e a civil, pode-se ver que a ação civil sofre influência da ação penal. Mas isso não implica na conclusão de que, isoladamente, a responsabilidade pode se dar apenas no âmbito civil, objeto deste esboço.

Do outro ponto do trabalho, destaque-se o que vem a ser considerado o conhecido “erro médico”. E este se mostra no dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Deve-se levar em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

Para França (2020), o erro médico, no campo da responsabilidade, pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. Caracteriza-se como pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. É de ordem estrutural, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória.

E tal responsabilidade se configura tanto em contratos onerosos quanto nas prestações benévolas, que ocorrem quando um médico atende gratuitamente um amigo ou um familiar. Da mesma forma, há responsabilização aos médicos que fazem atendimentos urgentes na rua. Desta feita, importante destacar que a gratuidade do atendimento não isenta o médico.

### 3. Responsabilidade civil profissional no contexto da medicina

Destaque-se que o presente trabalho tem por objetivo tratar o tema sob a visão profissional, tendo em vista a já mencionada amplitude que o termo responsabilidade engloba.

Atividade profissional, segundo Gagliano (2018, p. 288), refere-se ao “conjunto de atos praticados por um sujeito, em decorrência do exercício de seu ofício, seja esta profissão autônoma ou subordinada, ou seja, é o desempenho da atividade do trabalhador”.

Nestes casos, é inegável a natureza contratual da responsabilidade. Isso é o que acontece com a responsabilidade médica, tendo em vista que o sujeito realiza a atividade em decorrência de sua atuação profissional e se obriga a realizar determinada atividade. E quando se refere ao campo das obrigações, há uma divisão em obrigações de meio e resultado. A obrigação de meio é aquela que o devedor se obriga a realizar uma atividade, com todo o empenho para garantir o objetivo final, mas não garante o resultado. Já a obrigação de resultado é aquela em que o profissional, além de realizar a atividade, se propõe a produzir o resultado esperado. Para efeito da delimitação da culpabilidade, utiliza-se a distinção entre as obrigações de meio e de resultado, porque nas obrigações de meio, a responsabilidade só se configura mediante culpa do agente. Já a obrigação de resultado, a culpa é dispensada para responsabilização.

De forma geral, pode-se dizer que a atividade profissional médica é obrigação de meio, mas há situações em que a obrigação de resultado se faz presente.

Isso acontece, por exemplo, na atividade do cirurgião plástico. Este médico, quando atua em cirurgia plástica estética, tem obrigação de resultado. No entanto, se desempenha suas atividades em cirurgia plástica reparadora, tem-se a obrigação de meio. Esse é o entendimento consolidado, por exemplo, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A questão é que a cirurgia estética ou embelezadora traz, em seu bojo, uma relação contratual. Como nesse caso, na maioria das vezes, o paciente

não sofre de moléstia nenhuma e a finalidade procurada é obter unicamente um resultado estético favorável, a obrigação é de resultado. (VENOSA, 2020).

Em suma, a responsabilidade civil médica recai sobre quem realizar determinada conduta sem observar os deveres jurídicos essenciais decorrentes da obrigação da prestação de serviços médicos, em que a culpa fique caracterizada, em qualquer uma de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia) ou o dolo, no cumprimento das obrigações.

Ademais, é importante chamar a utilização do Código de Defesa do Consumidor também na relação de médico e paciente.

Também, é importante destacar o papel do hospital ou clínica no qual o profissional médico presta serviço, nesse contexto de responsabilidade. E o CDC trata esses organismos como submetidos ao regime de responsabilidade objetiva, independentemente da avaliação da culpa, por força do artigo 14, *caput*, do CDC: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

Isso não exclui, frisa-se, a responsabilidade do médico no contexto do CDC. O juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, pode inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor.

#### **4. Excludentes da responsabilidade civil médica: a questão dos médicos e o sistema de saúde pública e de planos de saúde**

Como dito, a responsabilização por erro médico é bastante comum e corriqueira. No entanto, há causas que geram a exclusão de tal responsabilidade, como cláusula de não indenizar, culpa exclusiva do paciente, caso fortuito ou força maior. E, dentro deste último conceito, pode-se mencionar o fato de terceiro.

A cláusula de não indenizar pode ocorrer, apesar da necessidade de se levar em conta a função social do contrato no caso concreto. Em contratos de adesão ou de consumo, tal cláusula é vista com limitação pelo dirigismo contratual.

Em relação à culpa da vítima, ela acontece nos casos em que o médico não contribuiu para o evento danoso, sendo o dano causado decorrente exclusivamente do comportamento do próprio paciente, que deixa de cumprir com os seus deveres. Segundo Rodrigues (2002), na culpa exclusiva da vítima desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima. Entretanto, há situações em que médico e paciente concorrem para a culpa, gerando a culpa concorrente, que não isenta o profissional, mas contribui para a atenuação da responsabilidade.

Caso fortuito e força maior são fatos imprevisíveis e inevitáveis, não existindo ação ou omissão do agente, excluindo a responsabilidade do agente, pois descaracteriza o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima. Nas palavras de Maria Helena Diniz (2003, p. 105), na força maior, conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., rio que provoca incêndio; inundação que danifica produtos; (...) No caso fortuito o acidente que gera o dano advém de (...) causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos (...).

No fato de terceiro, o evento causador do dano não depende do comportamento do médico ou do paciente, mas de uma pessoa estranha àquela relação, retirando a responsabilidade do profissional, por não haver nexo de causalidade. Neste sentido, com bastante frequência vê-se que órgãos públicos vem contribuindo para que o médico não consiga desempenhar o seu trabalho de forma satisfatória. Neste caso, a responsabilidade do médico pelo fato do Estado não lhe dar condições dignas de trabalho, desconfigura sua responsabilidade.

Não é novidade a precarização da saúde pública, que atinge, de forma direta, o trabalho desenvolvido pelos médicos e demais profissionais de

saúde. Dessa forma, diante de falta de material, insumos, equipamentos de proteção, até mesmo leitos e vagas em unidades de tratamento mais eficazes, como centros de terapia intensiva, o trabalho do médico acaba sendo prejudicado.

“O trabalho precário está generalizado. A OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) estima que 60% da força de trabalho a nível mundial é precária. À instabilidade laboral, que não permite aos trabalhadores organizarem a sua vida pessoal, associam-se os baixos salários, que se prolongam sem grandes atualizações. O trabalhador é flexível e pobre. A precariedade refere-se a uma situação geral de escassez, insuficiência, desestabilização, falta de reconhecimento e apreço social e corresponde a certo ‘modo de vida’ caracterizado pela falta de condições mínimas, que permitam ao ser humano ser um sujeito individualmente ativo” (SÁ, 2009).

Segundo Franco e Druck, há seis tipos de precarização no Brasil: vulnerabilidade das formas de inserção e desigualdades sociais, intensificação do trabalho e terceirização, insegurança e saúde no trabalho, perda das identidades individual e coletiva, fragilização da organização dos trabalhadores, condenação e o descarte do direito do trabalho. Além destas, no contexto da saúde pública, acrescenta-se a deficiência da estrutura física, da gestão e de recursos humanos.

Isso não pode, efetivamente, recair sobre a responsabilidade do profissional. Nestes casos, a responsabilidade deve ser do ente público que não dá as condições necessárias e efetivas ao tratamento que o profissional pode dispensar ao paciente.

Entretanto, segundo França, o médico deve informar as condições precárias de trabalho, registrando-as em locais próprios e omitindo-se de exercer alguns atos eletivos da prática profissional, tendo o cuidado de conduzir-se com prudência nas situações de urgência e emergência. Além disso, é dever do médico manifestar-se sobre as condições dos seus instrumentos de trabalho para não ser rotulado de negligente pelo fato dos objetos, considerando a teoria subjetiva da guarda da coisa inanimada,

principalmente se o dano verificou-se em decorrência da má utilização ou de conhecidos defeitos apresentados pelos equipamentos.

A precarização não ocorre somente na saúde pública. Diante do sucateamento da saúde pública, as pessoas socorrem-se dos planos de saúde para que se livrem de grandes problemas de atendimento e tratamento. Mas os planos de saúde não apresentam soluções no que diz respeito ao apoio médico.

Há fortes pressões de operadoras para a limitação do número de exames e outros procedimentos, a ponto dos profissionais realizarem protestos: “Tem plano de saúde que enfia a faca em você e tira o sangue dos médicos” (BARBA, 2014). Os médicos são mal remunerados e recebem por uma consulta, em grande parte das vezes, meses depois que a mesma aconteceu.

A interferência dos planos de saúde na autonomia do médico, prejudicando os pacientes, é reclamação comum da categoria que, segundo a Associação Médica Brasileira (AMB), concentra-se em restrições à cobertura de doenças preexistentes, glosas de procedimentos ou medidas terapêuticas, liberação de atos diagnósticos e terapêuticos somente mediante a designação de auditores, interferência no tempo de internação de pacientes com a pressão das operadoras para diminuição do número de exames e tempo da internação, recusa de pagamento de serviços prestados ou valor irrisório pago para consultas e procedimentos. E tudo isso contraria o compromisso com o exercício ético da medicina, violando dispositivos do Novo Código de Ética Médica, especialmente o inciso VII.

Não há como se negar que a limitação do número de exames, prática corriqueira no campo dos planos de saúde, impede o diagnóstico correto e precoce e, qualquer dano gerado ao paciente deve ser imputado ao plano de saúde e não ao médico. O caminho seria considerar a inversão do ônus da prova em favor do médico contra a operadora, especialmente em ação de regresso que contra ele o paciente mova. Porém, há inúmeras decisões do STJ sobre o assunto, considerando responsabilidade solidária entre o

plano e seus médicos segurados (REsp n. 1133386, AREsp 1155735, AREsp 661608, etc).

Na verdade, a responsabilidade, diante de evidências de má condições de trabalho (especialmente na saúde pública) ou de interferências indevidas (nos planos de saúde privados) não deve recair sobre os profissionais médicos. Se, diante do paciente, o médico responder pelo erro, a ação de regresso contra os terceiros (Estado e Plano de Saúde) deve garantir a inversão do ônus da prova aos profissionais.

## **6. Considerações finais**

Como visto, a responsabilidade civil médica é a obrigação que o profissional tem de reparar o dano ou prejuízo causado ao paciente no exercício das suas atribuições. O erro médico pode ser de ordem pessoal – quando o ato lesivo se deu por despreparo técnico ou intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais – ou estrutural – deriva de falhas estruturais ou de condições precárias de trabalho.

O profissional pode ser obrigado a indenizar tanto pelo fato de sua responsabilidade subjetiva, imprescindível de demonstração de culpa, que está atrelada à obrigação de meio, quanto pela responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, relacionada às obrigações de resultado.

No entanto, convém destacar que a regra da responsabilidade pode ser excetuada quando a questão se refere às excludentes de responsabilidade, especialmente quando decorre de fato de terceiro, que de fato, tenha causado a má prestação do serviço médico.

Assim sendo, propõe-se o estudo do tema sob o aspecto de proteção do médico no que diz respeito àquele que exerce sua função sob precárias condições ou sob constantes interferências indevidas em sua autonomia.

## Referências

BARBA, Mariana Della. Insatisfeitos, médicos e pacientes criam alternativas a plano de saúde. In BBC News Brasil. 07 abr.14. Disponível em [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140407\\_saude\\_planos\\_mdb\\_dg](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140407_saude_planos_mdb_dg) Acesso em 08 mai.20.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAjaxZfc/QvsViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%04oneodimio03&name=Temp/28e679da8cao4b709fc9d76705fa1f6.html> . Acesso em: 01 de março de 2020.

BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm) . acesso em: 01 de março de 2020.

BRASIL, LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) . acesso em: 01 de março de 2020.

BRASIL, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA**. Disponível em: <<http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>>. Acesso em: 01 de março de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 16ed., p. 172.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRANCO, T.; DRUCK, G. **O trabalho contemporâneo no Brasil: terceirização e precarização**. In: SEMINÁRIO FUNDACENTRO. Salvador, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 4. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUSBRASIL, 2018. <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551741538/apelacao-civel-ac-70075880633-rs> . Acesso em: 01 de março de 2020.

JUSBRASIL, 2019. <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729419596/apelacao-apl-45772420078190211?ref=serp>. Acesso em 01 de março de 2020.

MORAES, Maria Celina de, GUEDES, Gisela Sampaio da (coords.). **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. pág. 38.

SÁ, T. **Precariedade e trabalho precário: consequências sociais da precarização laboral**. Configurações. Lisboa, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. Ed., São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2020, v.2.

**O ativismo judicial como ferramenta  
de efetivação do direito à saúde:  
uma análise sob a ótica do mínimo existencial  
e reserva do possível**

*Kércia Karenina Camarço Batista Rodrigues Leal  
Jeanne Freire Pontes*

## **Introdução**

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, preocupada em garantir direitos mínimos à coletividade e assegurar melhores condições de existência para os indivíduos, ou seja, promover o mínimo existencial tem em seu corpo um rol extenso de direitos fundamentais que visam propiciar o alcance de um dos seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, está o direito à saúde que constitui bem essencial para o ser humano, pois é pressuposto de existência, ou seja, se conecta integralmente à vida, sendo além disso o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade, como antes das primeiras regulamentações fora entendido (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Sabendo que o direito à saúde é direito fundamental social, para que haja a efetivação do referido direito são necessárias ações positivas do Estado. Contudo, por vezes, o Estado, o permanece inerte à criação de

políticas públicas, principalmente em épocas de crises políticas e econômicas, o que acarreta de forma clara a não persecução do mínimo existencial e a sobrevivência digna das pessoas.

Como justificativa ao não cumprimento dos deveres estatais de promoção de políticas públicas, muitas vezes o Estado faz menção à teoria da reserva do possível que corresponde a uma espécie de limite jurídico-fático dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que o Estado pode estabelecer prioridades de investimentos diante da realidade financeira e econômica que se encontre (MASSOM, 2012, p. 289).

É nesse diapasão que o fenômeno do ativismo judicial se consolidou no Brasil, correspondendo a uma atividade proativa dos magistrados em propor uma análise mais expansiva dos direitos constitucionais e a concretização dos mesmos, diante da inobservância ou omissão legislativa e executiva (BARROSO, 2010, p. 09).

## **1 Considerações acerca dos direitos sociais**

É imperioso investigar e analisar os direitos sociais para tão somente aprofundar-se no estudo do direito à saúde, uma vez que este está entre os previstos como direitos sociais.

Os direitos sociais surgiram em importante momento histórico, trazendo consigo o rompimento de uma visão jurídica minimalista antes consolidada, tendo em vista que se apresentaram em conjunto com o estado do bem – estar social, rompendo assim, com a visão ostentada pelo Estado Liberal, cuja ideia principal era a de que o Estado não deveria interferir na vida e escolha dos cidadãos, garantindo a eles apenas os direitos considerados básicos aos homens: vida, liberdade e propriedade. Ademais, cumpre esclarecer que tais direitos foram regulamentados a partir de lutas e conquistas históricas sociais, formados frente a diversos acontecimentos que levaram a uma mudança estrutural da sociedade e obrigaram o Estado a assegurar direitos antes esquecidos.

A transição do Estado liberal para o Estado social foi o grande marco para o surgimento dos direitos sociais. Atendendo as reivindicações ferozmente exigidas pelos movimentos sociais no século XX, o Estado se viu na obrigação de conter os ânimos aflorados dos manifestantes, o que acarretou o surgimento dos direitos sociais.

A crise do Estado liberal foi cenário propício para a instauração do Estado Social, deixando de ser o Estado mero expectador do cenário econômico e social, tornando-se intervencionista e principal garantidor dos direitos sociais do cidadão e responsável pela promoção da igualdade social, e consequentemente da justiça social.

Sob a influência causada pela instauração do Estado social, os direitos sociais no Brasil foram implementados de forma pioneira na Constituição de 1934, a qual trouxe diretrizes para a atuação intervencionista estatal no que diz respeito à efetivação de tais direitos. Gomes (2013, p. 1) relata como foi influenciado o cenário brasileiro pelo Estado social, mais precisamente com a promulgação da Constituição de 1934:

No âmbito social a Constituição de 1934 trouxe grande inovação ao prever não só as garantias dos direitos individuais e sociais como também prever ações estatais em defesa dessas garantias. O absentéismo estatal não era mais bem visto e o Estado por meio dos poderes públicos deveria atuar para a defesa de direitos dos seus governados.

Mesmo com a regulamentação das ações estatais em defesa dos direitos sociais estabelecidas pela Constituição de 1934, como bem explanou Gomes, somente com a redemocratização trazida pela atual Constituição de 1988 foi que os direitos sociais foram disciplinados de forma menos tímida, ganhando espaço significativo no cenário jurídico normativo e propiciando ao cidadão a busca pelas prestações positivas e concretas do Estado, para que haja as mínimas condições de subsistência, em conformidade com o que relata Nathalia Massom:

A Constituição da República de 1988 enunciou um extenso rol de direitos fundamentais relacionados à segunda dimensão, e trouxe um grande avanço:

inserindo-os no títuloII, superou a estéril desnecessária de discussão acerca da natureza dos direitos sociais. Estes são direitos fundamentais ,dotados de normatividade e força vinculante, que asseguram aos seus titulares a capacidade de pleitear, em face do Estado, prestações positivas e concretas que assegurem as condições mínimas de subsistência e permitam aos indivíduos, ao menos, a aproximação da igualdade real. (MASSOM, 2016, p.282).

A Constituição Cidadã, como também é chamada a Constituição Federal de 1988 deu significativa relevância ao combate das desigualdades sociais, conferindo maior alcance à justiça social, tendo como objetivo fundamental “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

Cumprе evidenciar que não há entendimento pacífico nos que diz respeito à inserção dos direitos sociais no rol de direitos protegidos como cláusula pétrea.

Nesse sentido, Nathalia Masson expõe o motivo pelo qual muitos doutrinadores tendem a inserir os direitos sociais no rol amparado pela cláusula pétrea:

Não há como negligenciar o faro de que somos um Estado democrático e social de direito, o que fica claro a partir da leitura de boa parte dos princípios fundamentais (constantes do art. 1º ao 4º da CF/88, especialmente a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, a construção de uma sociedade justa e solidária), todos aptos a demonstrar a Íntima ligação entre os direitos sociais e a nossa concepção de Estado. Nesse sentido, como os direitos sociais compõem o rol de elementos tidos por essenciais à nossa Constituição e as cláusulas pétreas visam exatamente proteger os preceitos essenciais à ordem constitucional, é automática a conclusão de que referidos direitos, muito embora não estejam previstos expressamente no rol das matérias petrificadas, seriam verdadeiros limites materiais implícitos à reforma constitucional (MASSOM, 2016, p. 1242-143).

Em contrapartida, Gilmar Mendes e Paulo Branco expõem de forma clara os argumentos que levam muitos juristas a não considerarem os direitos sociais como cláusula pétrea:

Nega-se que os direitos sociais participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma, argumentando-se que aquele dispositivo da Lei Maior fala em “direitos e garantias individuais” e não em direitos fundamentais, gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécies. Se o inciso IV do §4º do art. 6º não aludiu a direitos sociais, não os terá tomado como especialmente protegidos. Diz-se, ainda, que essa teria sido uma opção do constituinte, atenta à diferenciada estrutura entre direitos individuais e direitos sociais. Como estes últimos, por serem direitos a prestação, estão na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis, não poderiam ser afirmados como imodificáveis (MENDES; BRANCO, 2012, p. 191).

Mesmo não havendo entendimento harmônico e pacificado acerca da regulamentação dos direitos sociais como sendo passíveis de proteção em caráter de cláusula pétrea, é inegável a importância que ostenta a Constituição Federal de 1988 com relação aos direitos sociais.

## **2 Evolução histórica do direito à saúde e sua abordagem na CRFB/88**

Em uma breve análise histórica e social, percebe-se sob a perspectiva de inexistência de Direito Positivo/ Jusnaturalismo que na Antiguidade as pessoas associavam a ideia de saúde a divindades e causas sobrenaturais.

Já o modelo predominantemente que explica a saúde na atualidade possui ligação direta como Renascimento e Revolução Industrial. Durante o período renascentista, frente ao adoecimento em massa da população que o chanceler, Otto Von Bismarck criou, em 1883, um sistema de seguridade social e de saúde, que por vários aspectos, foi pioneiro.

O modelo de seguridade social criado por Bismarck foi copiado por vários países, mas ainda não se tinha um conceito universal de saúde. Somente depois da Segunda Guerra Mundial e da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Saúde (OMS) o conceito de saúde foi finalmente concebido, sob a égide que “Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade” (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

No âmbito interno, o direito à saúde foi reflexo da conquista do movimento da Reforma Sanitária, cujo início ocorreu em 1970. Atendendo as reivindicações propostas pela Reforma Sanitária, a atual Constituição Federal, promulgada em 1988, transformou a saúde em direito de cidadania e dava origem a um sistema público, universal e descentralizado de saúde. Nesse contexto, esclarece Carlos Paiva e Luiz Teixeira:

Em outubro de 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, completa-se o processo de retorno do país ao regime democrático. No contexto de busca de implantação de um estado de bem-estar social, a nova carta constitucional transformava a saúde em direito de cidadania e dava origem ao processo de criação de um sistema público, universal e descentralizado de saúde. Transformava-se, então, profundamente a organização da saúde pública no Brasil. Velhos problemas, como a tradicional duplicidade que envolvia a separação do sistema entre saúde pública e previdenciária, passaram a ser estruturalmente enfrentados. Outros, como a possibilidade de financiamento de um sistema de corte universal, ainda representam dificuldades que parecem intransponíveis. (TEIXEIRA; PAIVA, 2014, p. 16).

Além da regulamentação universal proposta pela Constituição Federal de 1988, outra grande conquista do movimento da Revolução Sanitária foi a implementação do SUS (Sistema Único de Saúde). Com o advento do SUS, toda a população passou a ter direito à saúde e o Estado dever de promovê-la:

O SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE).

O SUS se consolidou como principal sistema público de promoção à saúde no Brasil, sob a égide de que a saúde é direito universal e todos os brasileiros possuem acesso ao referido sistema.

A Carta Constitucional de 1988, portanto, foi pioneira no Brasil no tocante a consagração do direito fundamental à saúde, uma vez que os

textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições aleatórias e vagas sobre o assunto, como é o caso da Constituição de 1824, a qual fez apenas referência à garantia de “socorros públicos”, em seu artigo 179, XXXI (MENDES; BRANCO, 2012, p. 901).

De forma genérica, a Constituição Federal de 1988 regulamentava a saúde em seu artigo 6º, elencando-a como direito fundamental social, essencial para o alcance de uma vida digna, do bem-estar e justiça social. É patente salientar, nesse sentido, que ao posicionar a saúde como direito fundamental ao indivíduo, o constituinte conferiu à saúde importante proteção constitucional, colocando-a em posição prioritária na ordem de distribuição de direitos à população.

Cumprido ressaltar, nesse sentido, que a saúde diferentemente dos demais direitos elencados como integrantes da seguridade social é direito de todos. A diferença é delineada ao tempo que a previdência social é devida apenas aos que contribuem, pois observa o caráter contributivo e de filiação obrigatória, já a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição (RUSSO, 2013).

Ressalte-se ainda que os serviços e ações de saúde são de extrema importância para as pessoas, não se resumindo o dever do Estado apenas à sua recuperação, devendo se preocupar também com a prevenção ao tentar reduzir os riscos de doenças, além de promovê-la e protegê-la (RUSSO, 2013).

A Constituição de 1988 inovou não somente na regulamentação em sentido estrito do direito à saúde, mas também ao criar o SUS, pois é a demonstração da ruptura da tradição existente ao adotar uma rede organizada, regionalizada, hierarquizada, utilizando o critério de subsidiariedade, a fim de concretizar mais eficientemente o direito à saúde (MENDES; BRANCO, 2012, p. 195).

Vale ressaltar, ademais, que a promoção do direito à saúde é um dos principais norteadores do alcance do mínimo existencial. Isto porque é imprescindível que o Estado coloque à disposição do indivíduo os direitos essenciais para a sua existência, e não somente para sua subsistência. Caso

contrário, haverá uma afronta direta ao direito constitucional à vida, e mais ainda, a uma vida digna, uma vez que o Estado não deve apenas proporcionar o “mínimo vital”, mas também qualidade de vida (SOUZA, 2013).

Na visão de Haberle (2003, p. 356-362) “o mínimo existencial possui uma relação com a dignidade humana e com o próprio Estado Democrático de Direito, no comprometimento que este deve ter pela concretização da ideia de justiça social”.

O mínimo existencial pode ser compreendido como os direitos básicos para a sobrevivência do cidadão que devem ser garantidos pelo Estado, concretizando assim, condições para uma vida digna. Acrescenta-se que o mínimo existencial não deve garantir apenas o “mínimo vital”, mas o essencial para uma vida digna e saudável.

Ressalte-se, nesse sentido, que a saúde é necessidade básica do indivíduo e dos grupos humanos, direito inalienável que pode ser entendido com um dos valores éticos-jurídico supremo no ordenamento jurídico, assumindo posição de destaque nos direitos sociais, pois reflete o princípio da dignidade da pessoa humana (RAMOS, 2015).

### **3 O direito à saúde como norma programática e o contraponto da reserva do possível**

É oportuno salientar que o direito à saúde, considerado direito fundamental social que necessita da intervenção estatal para a sua efetivação, é direito de segunda geração, ou seja, o Estado deve garantir ao indivíduo meios que o faça alcançar o mínimo existencial e bem estar social, afastando toda e qualquer inércia estatal, diante da normatividade e força vinculante que trouxe a Constituição de 1988 aos direitos sociais. Logo, o direito social à saúde é dotado de característica prestacional, uma vez que sua implementação depende de ações positivas do Estado.

As ações positivas do Estado compreendem tanto a autorização orçamentária da aplicação dos recursos públicos sob competência do

Poder Legislativo, quanto da implementação de políticas públicas, cuja competência é do Poder Executivo. Com base nisso, parte da doutrina entende que as normas que regulamentam os direitos sociais, os quais abrangem o direito à saúde, se caracterizam como normas programáticas, uma vez que não possuem eficácia imediata, devendo ser efetivados por meio de ações do Estado.

Limitando-se a temática, ainda mais ao dever do Estado de garantir a promoção da saúde, evidencia Ingo Wolfgang Sarlet:

Mas a saúde, para além da sua condição de direito fundamental, é também dever. Tal afirmativa decorre - no que diz com o Estado - diretamente da dicção do texto constitucional, que, no art. 196, dispõe solene e claramente que "a saúde é direito de todos e dever do Estado...", sublinhando a obrigação precípua do poder público para com a efetivação deste direito. Todavia, a não ser que se pretenda sustentar uma interpretação literal e restritiva, que, no entanto - ao menos no nosso sentir - não resiste minimamente quando se privilegia uma hermenêutica sistemática e hierarquizante, afinada, por sua vez, com os postulados da unidade da Constituição e da sua força normativa, também haverá se se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais (SARLET,2007).

Com base no que aduz o renomado jurista supracitado, bem como pelo que prevê o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, ainda que em face do dever de respeito e sua força normativa conferidos ao direito à saúde, que impõe também aos particulares o dever de proteção e promoção do referido direito, o Estado em caráter primário é quem deve propiciar aos indivíduos o alcance e efetivação da saúde.

Sabe-se que sem saúde não há condições de uma vida digna, sendo ela direito de todos e dever do Estado. Sendo, assim, para que a saúde seja disponibilizada de forma universal, é necessário que o Estado crie condições de atendimento em postos de saúde, hospitais, programas de

prevenção, distribuição de medicamentos, dentre outras medidas. Ademais, é imprescindível que além de ser universal, deve ser integral, de modo que seja garantido a todas as pessoas (REBELLO, 2018).

Em contrapartida, a cláusula da reserva do possível funciona como um limite jurídico-fático que permite que o Poder Público estabeleça um rol de prioridades diante dos recursos financeiros existentes e sua autonomia orçamentária.

Sabe-se que a proteção e efetivação de todos os direitos acarretam custos econômicos, mas em se tratando de direitos sociais os gastos são ainda maiores, uma vez que em grande maioria correspondem a obrigações prestacionais por parte do Estado, como é o caso do direito à saúde. Nesse contexto, houve o reconhecimento da inequívoca ligação entre direitos fundamentais sociais e a realidade financeira econômica do Estado, o que acarretou com que o Estado defina e determine políticas públicas de alocação de verbas, podendo alegar a chamada, cláusula da reserva do possível (MASSON, 2016, p. 289).

No âmbito pátrio, a teoria se fundamentou unicamente como um limite financeiro suscitada pelo Estado quando não consegue atender as demandas sociais sob o argumento de que a efetivação dos direitos sociais geram altos custos aos cofres públicos e foge do que é possível ser proposto para a sociedade. Tornou-se, portanto, uma mera justificativa do Estado quando permanece inerte e não cumpre com o que a Constituição Federal estabeleceu como sua principal responsabilidade, prover as necessidades sociais.

Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p. 237) propõem com perspicácia o entendimento da teoria da reserva do possível ao apontar que a reserva do possível compreende a possibilidade de efetivação dos direitos de acordo com a disponibilidade econômica do momento:

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional.

Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

Portanto, a reserva do possível se convalida no fato de que frente a situação econômica, a qual pode ser de inexistência de suportes financeiros suficientes para a formulação de políticas públicas que visam efetivar os direitos sociais, como o direito à saúde, o Estado pode adotar critérios de distribuição dos recursos para as políticas públicas que achar mais eficiente.

#### **4 (In) efetividade do ativismo judicial na promoção do direito à saúde?**

*A priori*, é imprescindível entender historicamente e conceitualmente o ativismo judicial. Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso, magistralmente, faz uma abordagem histórica e define ativismo judicial da seguinte forma:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais... Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2010, p.09).

Urge salientar que a expansão da ação judicial no que toca a tomar atitudes proativas frente à inércia dos demais poderes é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O Poder Judiciário ao longo dos anos assumiu por vezes o papel de protagonista, o que pode ser observado claramente nos Estados Unidos e Europa, ainda mais nos países

regidos pelo sistema *common law*. Fato que contribui para a maior atuação do Poder Judiciário é a inserção de princípios no ordenamento jurídico que viabilizam interpretações construtivas por parte do Judiciário (CITTADINO, 2002).

Ressalte-se, ademais, que sobre o assunto pairam fortes críticas, pois muitos juristas entendem que o ativismo judicial afronta a separação dos poderes. Entende-se que os direitos sociais, mais precisamente, o direito à saúde, por se tratar de direito prestacional é norma programática que depende de formulação de políticas públicas. Diante disso, defende-se que a intervenção do Poder Judiciário ao reconhecer a omissão estatal violaria o princípio da separação de poderes (MENDES, 2012;BRANCO, 880).

No tocante especialmente a promoção do direito à saúde e ativismo judicial, é sabido que o acesso assistência à saúde está atrelada consubstancialmente ao direito à vida, a dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, sendo impossível viver dignamente sem o devido acesso à saúde.

Na visão de Ribeiro (2013), a sociedade contemporânea tem acompanhado o descaso do Poder Público em relação a saúde no Brasil, através da clara demonstração das milhares de pessoas espalhadas pelos corredores nos hospitais, no chão, sem tratamento médico, ocorrência de óbitos devido à ausência de medicamentos, infecções e demais problemas que poderiam ser evitados se houvesse uma postura ativa por parte do Estado na prestação do direito à saúde. Diante do descaso do Poder Público ocorre inequívoca afronta a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, surge indiscutível confronto entre teoria da reserva do possível e a promoção do mínimo existencial. Ocorre que ao alegar a reserva do possível, muitas vezes o Estado deixa de propor ao cidadão o necessário para que viva dignamente, conforme analisa Barcellos (2002, p. 245-246 citada por MASSON, 2016,294):

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade,

que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os valores prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.

Contudo, o Poder Público muitas vezes desobedece e não cumpre com o atendimento das demandas sociais em saúde, o que tem acarretado a busca incessante pela efetivação de tal direito em âmbito judicial, a fim de que sejam efetivadas as políticas públicas para viabilização da saúde.

Nesse diapasão, o ativismo judicial surgiu como estratégia não apenas para efetivar o direito à saúde em apenas um caso específico, mas para atingir um plano coletivo frente a proatividade do magistrado e propor o alcance efetivo do mínimo existencial, conforme alude Fensterseifer (2011, p. 117 citado por PETRY, 2014, p.23):

É muito importante destacar que o argumento da reserva do possível não é capaz de impedir a efetiva judicialização de normas constitucionais a fim de garantir o mínimo existencial. Logo, em relação ao mínimo existencial, sob hipótese alguma, a reserva do possível pode funcionar como uma cláusula obstaculizadora. É inegável que a reserva do possível impõe um cuidado de ponderação, prudência e responsabilidade, mas não exerce o poder de barrar o direito fundamental ao mínimo existencial, que se caracteriza por um direito fundamental originário, sendo possível, assim, ser postulado e concretizado perante o Poder Judiciário independentemente de viabilidade orçamentária.

Sobre o assunto Gilmar Mendes Paulo Branco fazem uma abordagem mais imparcial, salientando que os defensores da atuação do Poder Judiciário para a efetivação de direitos sociais, em especial, o direito à saúde argumentam com base no alcance do mínimo existencial, bem como da dignidade da pessoa humana. No entanto, aduz que muitas vezes as decisões entram em confronto com a política estabelecida pelo governo, assim como, as possibilidades orçamentárias:

Defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde ou à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. Por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastante com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias (MENDES;BRANCO, 2012, p.881).

A atuação do Poder Judiciário ao obrigar o Poder Público a custear a prestação de saúde não abrangidas pelas políticas públicas é justificada por se tratar de direito fundamental que preserva o bem maior, qual seja, a vida (AGUADO, VICENTE, 2017).

Insta evidenciar ainda que quando acionado, o Poder Judiciário não pode se esquivar de resolver a demanda de saúde, e diante das inúmeras possibilidades de interpretação do texto constitucional, acaba por decidir em sentido ainda mais expansivo, mesmo quando se pode aplicar a reserva do possível.

Esse entendimento corresponde ao que sustenta Robert Alexy:

Os direitos ligados ao mínimo existencial são aqueles que implicam deveres “definitivos” do Estado, contra os quais já não caberá invocar a reserva do possível, pois a ponderação terá revelado não existirem razões suficientemente fortes, tampouco aquelas de ordem orçamentária, que justifique a recusa em cumpri-los (ALEXY,2001, p. 482-483).

Infere-se que mesmo tendo o Poder Estatal a prerrogativa de escolher quais direitos devem ser colocados primordialmente a disposição da sociedade, uma vez que podem se valer da reserva do possível, o Poder Judiciário ao decidir as demandas que versam sobre o direito à saúde poderá compreender que se trata de direito indispensável à vida humana e

decidir pela obrigatoriedade do Poder Público, por meio das políticas públicas dispor tal direito aos indivíduos.

### **Considerações finais**

Considerando a análise realizada no presente trabalho, pode-se afirmar que a saúde é bem essencial para a vida do indivíduo e indispensável para a concretização da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que é pressuposto imprescindível para que as pessoas vivam dignamente, exerçam as atividades que lhe convier e desfrute integralmente do bem-estar social e demais direitos que contribuam para a sua existência e função na sociedade.

No entanto, sabe-se que em muitas ocasiões o direito à saúde não é disposto como devido aos indivíduos, sob o argumento de escassez dos recursos públicos, arguindo-se assim, a incidência da reserva do possível. O feito acarreta uma série de problemas e ofende o mínimo existencial do ser humano

Dito isto, o ativismo judicial se apresentou como ferramenta de efetivação do direito à saúde frente à inércia estatal. Não obstante a alegação de que as decisões judiciais que obrigam o Estado a promover o direito à saúde afronta o princípio da separação dos poderes, bem como a democracia por não ter sido os juízes eleitos para cumprir as tarefas dos demais poderes, sabe-se que o mínimo existencial deve ser proporcionado às pessoas, independentemente da alegação da reserva do possível.

Portanto, conclui-se sob a ótica do mínimo existencial que a atitude proativa dos juízes ao reconhecerem o direito à saúde como principal norteador do mínimo existencial e dá a importância que merece o referido direito, torna o ativismo judicial fenômeno legítimo para o alcance da dignidade da pessoa humana.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4º Janeiro/ Fevereiro 2009. Disponível em: <[http://www.plataforma democratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataforma democratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2019.

BARCELLOS, Ana. 9º ed..**Curso de Direito Constitucional**. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 05 de março de 2019.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2/3, n. 2/3, p. 135-144, 2001-2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25512>>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 30 de abril de 2019.

FIGUEIREDO, Eduardo; GIBRAN, Sandro. **O ativismo judicial, o princípio da separação de poderes e a ideia de democracia**, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/download/1728/1122>>. Acesso em: 09 de maio de 2019.

GOMES, Carlos. **A Dinâmica da separação de poderes nas Constituições brasileiras e os contornos de uma possível reconfiguração**, 2013. Disponível em: <<http://www.idag.com.br/site/artigos.php?sc=6&id=1558>>. Acesso em: 07 fevereiro de 2019. Häberle, Peter. **El Estado Constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7º edição. São Paulo: Saraiva.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>> Acesso em 10 de maio de 2019.

PAIVA, Carlos; TEIXEIRA, Luiz. **Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v21n1/0104-5970-hcsm-21-1-00015.pdf>>. Acesso em 07 de março de 2019

PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, n. 19, 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9qWEDxy2Pq4J:www.publicadireito.com.br/artigos/%03Fcod%03Ddf334b223e699294+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 29 de maio de 2019.

RAMOS, Adirson. **Direito social fundamental à saúde: efetividade, eticidade e juridicidade**. Disponível em <<http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2014/ADIRSON.pdf>>. Acesso em 01 de maio de 2019.

REBELO, Tertis. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64285/a-saude-e-direito-de-todos-e-dever-do-estado>>. Acesso em 10 de abril de 2019.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. **O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde**. Arquivos do Portal Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13281&revista\\_cader no=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13281&revista_cader no=9)>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

RUSSO, Luciana. **Saúde na Constituição de 1988**. Disponível em <<https://lucianarusso.jusbrasil.com.br/artigos/112024069/saude-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em 30 de maio de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao24/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao24/ingo_mariana.html). Acesso em 03 de maio de 2019.

SILVA, Airton; WEIBLEN, Fabrício. **Reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa 2007. Disponível em <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6793/4109>>. Acesso em 05 de abril de 2019.

SOUZA, Lucas. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias**. Disponível em: < <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>>. Acesso em 22 de maio de 2019

## **O contrato de franquia ou *franchising* empresarial no direito brasileiro**

*José Augusto Paz Ximenes Furtado*

La franquicia es un contrato de carácter distributivo, un típico y moderno contrato de la distribución comercial. Tiene fuertes rasgos ‘cooperativos o colaborativos’ y en la mayoría de los casos constituye un “contrato complejo”, que abarca una pluralidad de contratos muchas veces celebrados por separado para la consecución de un resultado negocial único.

Raúl Aníbal Etcheverry

### **1. A importância dos contratos nas relações jurídicas.**

Os contratos são de grande importância para a vida social. Como espécie de negócio jurídico, observamos que no caso brasileiro, a exemplos de outros países, diversos são os contratos previstos não somente na lei básica do Direito Privado – o Código Civil – mas também em legislação complementar.

As relações contratuais funcionam assim como propulsores socioeconômicos do mundo contemporâneo. Nelas, ocorrem concursos de vontades que serão somadas, no sentido de que os objetivos desejados pelos contratantes sejam alcançados. E as relações jurídicas contratuais se tornam, pois, mais estáveis na medida em que revestidas pela segurança jurídica necessária que a lei lhes confere.

Os bens e riquezas circulam socialmente por intermédio dos contratos. A compra e venda, a troca e a permuta, a doação, a locação, o

empréstimo, a empreitada, o depósito, a prestação de serviço, o mandato, a fiança, e tantos outros são firmados a todo instante pelos interessados.

Das primeiras formas contratuais até chegarmos às espécies típicas dos séculos XX e XXI – contratos provenientes das relações de consumo (também denominados de contratos de adesão) – seria impossível encontrarmos um marco histórico que pudesse determinar, com precisão, o momento em que o contrato surgiu.

Certamente que a concepção liberal-burguesa foi determinante nesse processo evolutivo dos contratos. O princípio da presunção de igualdade (formal) entre os contratantes, o princípio denominado *pacta sunt servanda*, a vontade livre como pressuposto maior para realização do negócio contratual, a propriedade como direito absoluto, foram valores individualistas que influenciam até hoje o Direito Civil.

Mas, o individualismo liberal-burguês trouxe também desequilíbrios sociais, prejudicando, por conseguinte, as relações jurídicas no campo obrigacional. Na contemporaneidade, em tempos de neoliberalismo, resultou que o patrimônio não poderia mais sobrepor-se à pessoa humana, à sua dignidade, ainda que o objeto do contrato seja de cunho eminentemente patrimonial. Ascendeu, nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana, que também deve ser transportado para as relações contratuais em geral.

A Constituição Federal do Brasil em vigor tem como seus fundamentos, entre outros, o do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – artigo 1º, III e IV. Em uma sociedade massificada, marcada pelas relações de consumos, a cidadania passou a ser o foco principal desse mundo pós-moderno. Por isso, os contratos de adesão – impostos por uma das partes, a mais forte economicamente – evidenciaram que não havia igualdade material entre os contratantes, e que a vontade de um sucumbia à vontade do outro, mas forte economicamente.

Surgiu o dirigismo contratual, ou seja, a intervenção do Estado nas relações contratuais, editando normas de observância obrigatória, normas

de ordem pública. E o Código de Defesa do Consumidor brasileiro insere-se nesse contexto, uma vez que, segundo seu artigo 1º, o mesmo compõe-se de normas de ordem pública e interesse social. Trata-se de um diploma legal “[...] adaptada à realidade contemporânea da *pós-modernidade jurídica*”. (TARTUCE; NEVES, 2012, p. 4). (Grifo do autor).

Atualmente contamos com diversos contratos de adesão: cartões de crédito, de *leasing*, de *factoring*, de franquia ou *franchising*, de telefonia celular, de empréstimo, de locação em *shopping center*, de concessão de serviços públicos, e tantos outros. Venosa, todavia, entende que a franquia não é um típico contrato de consumo, mas “[...] se clara e presente a vulnerabilidade do franqueado, devem ser aplicados os princípios do Código de Defesa do Consumidor”. (2012, p. 523). Porém, o artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir a figura do fornecedor, deixa claro que a franquia, não obstante ser prevista no Código Civil, está sujeita às regras e princípios aplicáveis às relações de consumo.

O abuso do poder econômico se instalou em grande escala. Surgiram, então, em decorrência da ascensão do Estado Social, novos princípios objetivando eliminar as distorções e abusos nos contratos: o da função social, o da probidade e o da boa-fé entre os contratantes. Buscou-se a, assim, concretizar a igualdade material entre as partes.

Em vista do crescimento das relações de consumo, passamos a ter um Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90. Porém, o Código Civil brasileiro atual estabelece a seguinte estrutura: 1) Dos Contratos em Geral – do artigo 421 a 480 - e dos Contratos em Espécies – do artigo 481 a 853. Apesar das inovações, o legislador não disciplinou no Código Civil em vigor outras espécies de contratos importantes: *leasing*, *franchising*, *factoring*, *consórcio*, *contratos bancários* e *contratos eletrônicos*.

## **2. O Direito Comercial (Empresarial) brasileiro em tempos de globalização.**

A globalização e o neoliberalismo pontuaram também seus efeitos transformadores no mundo do Direito, redesenhando-o inteiramente a

partir de um discurso econômico liberal reformulado, daí porque observamos a validade da afirmação de que o neoliberalismo “[...] é o substrato conceitual que caracteriza o modelo econômico da globalização”. (GODOY, 2004, p. 29).

No contexto dessas mudanças no fenômeno jurídico, faz-se oportuno identificar as fases que propiciaram a formação do Direito Comercial, que, no primeiro momento, teve caráter corporativo, em seguida, voltou-se para os atos de comércio, e, na atualidade, encaminhou-se para a atividade econômica organizada, empresarial (FAZZIO JÚNIOR, 2008).

Na última fase, de atividade econômica organizada, mais complexa, internacionalizada, de intensa produção e circulação de bens e serviços, é que se acham inseridos os contratos de adesão, entre os quais, o de franquia, como espécie de contrato mercantil importante e bastante praticado nos negócios empresariais.

Assim, no Brasil, considerando-se o as relações contratuais na ordem econômica, a exemplo do que também ocorre costumeiramente em diversos países, o empresário pode firmar contratos nos mais variados campos do direito positivo, sendo que, em vista dessa diversidade, normas diferentes também incidirão, disciplinando-os, já que esses vínculos obrigacionais “[...] podem estar sujeitos a cinco regimes jurídicos diferentes, no direito brasileiro: administrativo, do trabalho, do consumidor, civil e comercial”, conforme assevera Coelho (2012, p. 463).

Vivemos tempos de massificação dos contratos, fenômeno que atingiu também as relações jurídicas comerciais e empresariais, sob o influxo de uma nova perspectiva acerca da segurança jurídica, sendo que esta, no dizer de Nalin (2005, p. 213) “[...] não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é contrato de boa-fé”.

Dentro desse universo contratual, o presente artigo limitar-se-á a uma análise, em linhas gerais, acerca do contrato de franquia ou *franchising* empresarial, em vista de sua relevância para o Direito Comercial/Empresarial brasileiro, na atualidade. Justifica-se a escolha

desse tema pelo fato de que a franquia desempenha grande importância social e econômica no campo dos negócios, estimulando-os e ajudando-os no desenvolvimento, possibilitando a expansão, por exemplo, do uso de marcas ou patentes, com a distribuição de produtos e serviços, além de favorecer o empreendedorismo. Como destaca Fazzio Júnior (2008, p. 187), acerca da franquia empresarial:

Não se trata de singela licença para utilização de marca, mas de sistema de distribuição de bens e serviços distinto da concessão mercantil, envolvendo complexo suporte organizacional, ainda que o licenciado entremostre-se como sua característica essencial.

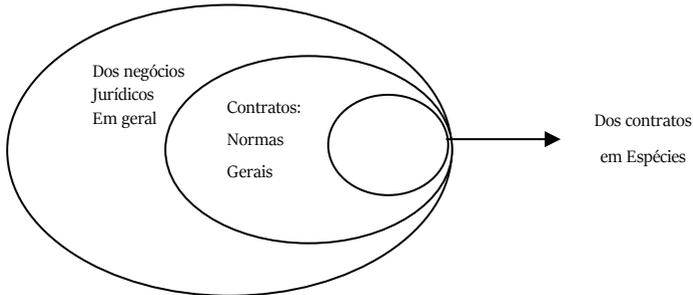
Feitas estas considerações iniciais, desenvolveremos nossas reflexões acerca do contrato de franquia ou franchising com fundamento teórico no que há de mais atual na doutrina brasileira a respeito do assunto, destacando-se doutrinadores como Fazzio Júnior (2008, 2012), Venosa (2012), Gonçalves (2012), Bertoldi e Ribeiro (2011), entre outros.

### **3. Aspectos gerais do Direito contratual no ordenamento jurídico brasileiro.**

O atual Código Civil brasileiro, entre as suas inúmeras inovações apresentadas, inseriu, na parte de Contratos, as cláusulas gerais, que são instrumentos de inserção no Ordenamento Jurídico pátrio, de princípios de valor, máximas de conduta, comportamento e norteadores econômicos, sociais e políticos que devem ser observados. O individualismo cedeu lugar ao interesse coletivo.

No âmbito contratual, duas cláusulas gerais se destacam, como sendo de real importância: a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Em todo caso, o atual Código Civil, nas Disposições Gerais dos contratos, no artigo 421, é incisivo ao afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato e, no artigo 422, dispõe

que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Seu disciplinamento legal segue, contudo, o estabelecido no quadro abaixo.



Na teoria dos contratos, em sua concepção clássica, de cunho liberal, estavam presentes, de modo irrestrito, os princípios da autonomia da vontade e da presunção de igualdade entre os contratantes. Essas concepções oriundas dos ideais da Revolução Francesa, extremamente individualistas, influenciaram enormemente o pensamento jurídico moderno e foram recepcionadas aqui entre nós, pelo Código Civil de 1916.

Tais fundamentos sofreram revezes, sobretudo com a ascensão do Estado Social, que trouxe consigo novos fundamentos constitucionais. Depois, os direitos dos mais frágeis nas relações jurídicas de consumo, aqui reunidos no Código de Defesa do Consumidor, contribuíram também para a mudança dessa perspectiva. Daí a aceitação, pela nova ordem jurídica, da influência de fatores limitadores, nos contratos, do interesse social, como limite à autonomia da vontade. Sob esse ângulo, a vontade estará regulada pelo direito e pela lei, voltados aos interesses sociais.

O caráter eminentemente privado cedeu lugar ao caráter social dos contratos. Normas jurídicas de ordem pública passaram a buscar o equilíbrio das relações jurídicas de consumo, visando assim assegurar os direitos patrimoniais e morais dos consumidores. Portanto, os interesses dos contratantes, ainda respeitados, encontram limites no interesse coletivo. Esses novos paradigmas iram forçar a conscientização de uma nova visão quanto aos contratos.

#### 4. O contrato de franquia no direito brasileiro.

Na atualidade, os empresários recorrem à franquia para ampliar e difundir seus negócios, de modo que possam levar seus produtos e serviços aos mais diversos lugares, “[...] sem a necessidade de fazer investimentos na constituição de filiais”. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2011, p. 805). Como, enfim, surgiu o *franchising*? Existem discordâncias entre os doutrinadores quanto à origem do *franchising*. Para Bertoldi e Ribeiro (2011, p. 805) o seu aparecimento [...] ocorreu nos Estados Unidos, em 1860, quando a sociedade empresária Singer Sewing Machine resolveu expandir suas operações mediante o credenciamento de agentes em diversos pontos do território norte-americano, cedendo-lhes a utilização da marca, publicidade, técnica de vendas, *know-how* e fornecendo-lhes produtos.

Gonçalves (2012) também afirma que esse contrato teve origem nos Estados Unidos, no ano de 1860. Seguindo um entendimento diferente, Fazzio Júnior (2012) afirma que a franquia teria surgido na Inglaterra, durante o período medieval, mas que somente a partir dos anos 50, do século passado, que adquiriu desenvolvimento nos Estados Unidos da América. Segundo ainda Fazzio Júnior (2012, p. 511),

No Brasil, como efeito da globalização sobre as práticas empresariais, o *franchising* só chegou três décadas depois, para alcançar maturidade profissional na transição do milênio, com a decisiva influência da internet e o aprimoramento das relações entre franqueadores e franqueados.

O que observamos mesmo é que o contrato de franquia ou *franchising* encontra-se largamente utilizado no Brasil nos dias atuais, tornando-o, por conseguinte, em um dos países onde essa espécie de contrato encontra sua aplicação mais disseminada. Acha-se regulamentado no Brasil pela Lei n. 8.955/94, que, no seu artigo 2º, define essa espécie de contrato, dispondo:

Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de

distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Venosa (2012, p. 523) ao examinar o contrato de franquia destaca que o mesmo “[...] se apresenta como um complexo negocial muito amplo, possuindo em seu bojo clara aproximação e conteúdo de vários outros contratos típicos e atípicos, [...]”. Prosseguindo em sua análise, o mencionado doutrinador acrescenta ainda que atualmente “É vasto o campo que pode ser atendido pelo contrato de franquia, podendo-se dirigir a produtos, serviços e distribuição. Cita-se também a franquia industrial, que contempla a fabricação de produtos”. (2012, p. 524). Para Diniz (2002) existem as seguintes espécies de franquias: a industrial ou *lifreding*, a de comércio ou de distribuição, e a de serviços.

Já Gonçalves (2012, p. 697) aponta no sentido de que a franquia “[...] assemelha-se ao contrato de agência e distribuição, mas dele se distingue porque, neste, o concessionário conserva a sua individuação jurídica e mercadológica”.

Como podemos ver, o contrato de franquia é um contrato multifacetário, complexo, que possui singularidades próprias, mas que se revela como um instrumento volitivo importantíssimo para o desenvolvimento das atividades econômicas, no vasto campo da produção e circulação de produtos e de serviços.

## **5. Considerações Finais.**

O mundo pós-moderno estabelece uma pluralidade de contratos, suscitando relações jurídicas obrigacionais complexas. Como bem aponta Lôbo (2011, p. 29) entre os contratos desenvolvidos nos espaços das atividades econômicas contemporâneas, encontramos os de adesão “[...]”

celebrados entre empresas, quando uma utiliza condições gerais e a outra adere (por exemplo, franqueadora e suas franqueadas).”

O Contrato de Franquia, desse modo, segundo o direito brasileiro na atualidade, avançou para manter um *diálogo de fontes*, aproveitando aqui, conforme citação de Tartuce e Neves (2012), a adoção no Brasil da tese concebida por Erik James, intitulada de *teoria do diálogo das fontes*. E, a propósito dessa concepção jurídica, afirmam os referidos autores, sintetizando-a, que “A essência da teoria é de que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos -, mas se completam” (2012, p. 15).

O Contrato de Franquia, não obstante sua tutela em Lei Especial – Lei n. 8.955/94 – alargou seus horizontes de aplicação, de incidência, fato este que, por conseguinte, sujeita-a a uma interpretação igualmente plural, segundo o princípio da função social dos contratos, transcendendo o campo tradicional do interesse meramente privado, para ser alcançada pelos princípios, regras e valores esculpidos no Código de Defesa do Consumidor, bem como pelas disposições gerais da teoria dos contratos presentes no Código Civil brasileiro atual, e de suas diretrizes fundamentais, expressadas na *eticidade*, na *operabilidade* e na *socialidade*.

## Referências

- BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Márcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Direito comercial: empresário, sociedade, títulos de crédito, contratos, recuperações, falência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008 (Série fundamentos jurídicos), v. XII.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e o direito no Brasil**. Londrina, PR: Ed. Humanidades, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. III.

LÔBO Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

## O crescimento da criminalidade no espaço digital frente a pornografia de vingança (*revenge porn*)

*Mykelle de Jesus Araujo da Silva*

*Paloma Torres Carneiro*

### 1 Introdução

Atualmente, uma nova modalidade criminosa vem abalando a honra em vários locais do mundo. O desrespeito aos direitos à intimidade e à privacidade deve ser classificado como uma das formas de agressão ao gênero feminino, principalmente quando decorre da divulgação e compartilhamento de cunho íntimo na internet. Esse fenômeno tornou-se conhecido como pornografia de vingança (*revenge porn*).

O artigo explana a pornografia de vingança sob o ponto de vista do Direito Penal, explorando o crime de exibição pública da intimidade sexual alheia. Para isso analisa as suposições inalienáveis da dignidade da pessoa humana, indicando as precauções de proteção cabíveis.

O objetivo geral embasa-se em analisar aspectos sobre a pornografia de vingança, através de estudos e levantamentos bibliográficos, análise de trabalhos científicos, jurisprudencial e legislativa. Procura restringir-se na questão jurídica do tema, que também é de grande amplitude.

O artigo apresentará a proteção da mulher contra a pornografia de vingança, a evolução da proteção desta, e a Legislação vigorante no ordenamento jurídico que tipifica a “pornografia da vingança” até, em virtude das sérias consequências que tal exposição em ambiente virtual sepulta

sobre a vida das vítimas, juntamente com uma noção referente ao fenômeno do “*sexting*”, e descrição da vítima e autor, as propostas que buscam a apuração e a punição da “pornografia de vingança”.

## 2 Pornografia de vingança

O *revenge porn*, ou pornô de vingança ou de revanche, como é conhecido no Brasil, é uma forma de Pornografia não-consentida, também denominada como um “estupro virtual”, já que é uma agressão sexual, que envolve a distribuição de imagens e vídeos íntimos sem o consentimento da vítima. Quando essa distribuição é feita com o objetivo de alcançar o maior número de pessoa possível, de forma a causar humilhação e dores psicológicas à vítima, é denominado de *revenge porn*. (BUZZI, 2015).

### 2.1 Conceito de Vingança Pornô

Em virtude da expansão da internet, a pornografia de vingança se tornou visível nos últimos anos, acarretando em mais uma forma de violência cruel contra a mulher.

A pornografia de vingança ou *revenge porn* (termo em inglês) é um expressão que foi criada nos Estados Unidos, e refere-se ao meio de divulgar fotos ou vídeos contendo cenas de sexo ou nudez por meio da internet, sem o consentimento da pessoa que está sendo exibida, com o intuito de provocar visível dano à vítima (GONÇALVES; ALVES, 2017).

O vocábulo pornografia de vingança é também conhecida por Pornografia de Revanche, Vingança Pornô ou Pornografia Não Consensual. Essa atividade tem sido muito constante no mundo virtual. A exposição de vídeos íntimos ou imagens com conteúdo sexual tem se tornado cada vez mais recorrente, práticas como, publicar essas imagens de pessoas que já teve relacionamento amoroso com o objetivo de humilhá-la por eventual desentendimento ou término de relacionamento.

A conduta passou a ser classificada como crime a partir da Lei nº 13.718, que entrou em vigor dia 24 de setembro de 2018, e inseriu novos

crimes. Dentre eles, foi criada a figura do crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de sexo ou pornografia, no artigo 218-C.

Para Gonçalves e Alves (2017), esse comportamento teve início na década de 80 nos Estados Unidos, quando uma revista adulta masculina circulou com uma nova seção em que a intenção era divulgar em suas páginas fotos de mulheres comuns nuas, em poses cotidianas, muitas vezes tiradas em locais públicos. Essas imagens eram enviadas pelos próprios leitores; logo a seção tornou-se o centro de diversos processos movidos pelas mulheres expostas, visto que jamais tivessem consentido nem com o envio, nem com a publicação de suas imagens.

Nos dias de hoje o intuito do agressor é outro. Tal ação vem sendo uma forma de vingar-se de alguém que terminou o relacionamento, seguiu outro rumo ou outros motivos que ele ache relevante. Isso foi facilitado com o progresso e a evolução da internet e o acesso de tecnologias fotográficas de baixo custo.

Segundo os ensinamentos de Varella (2016), o termo “vingança” justifica-se, pois, na maior parte dos casos o conteúdo foi produzido de forma consensual no âmbito da relação. Posteriormente, motivado pelo fim do relacionamento, essas imagens são na intenção de causar algum dano a vítima.

Kohlrausch (2017), entende que no Brasil, essa prática vinha ocorrendo de forma simplificada, porém essa nova modalidade de crime tem ganhado cada vez mais força. A divulgação de conteúdo íntimo não autorizado tem se tornado cada vez mais comum, onde a finalidade do agressor muitas vezes é somente um meio de vingar-se.

Um dos maiores casos de *revenge porn* aconteceu no Brasil em 2005, quando a jornalista paranaense Rose Leonel teve suas fotos íntimas divulgadas pelo seu ex-namorado, após terminarem o relacionamento. O conteúdo, divulgado inicialmente através de e-mail enviados pelo ex-namorado, era acompanhado de dados pessoais da vítima, como número de telefone, e-mail pessoal e celular. A vítima relatou que o agressor divulgou também o número do celular do seu filho, que constava nas mensagens

com as imagens dela. Cerca de 15 mil pessoas receberam esses e-mails (ROCHA, 2017).

As vítimas expostas a esse tipo de violência enfrentam um grande dano emocional e social, ficando dependente de situações embaraçadoras e até mesmo ameaçadoras. Os danos causados às vítimas da vingança pornô são incalculáveis e decorrem das relações de confiança cessadas pela atuação do agressor. Como decurso dessa exposição ampla, as vítimas desenvolvem um desestruturado psicológico, causando sérios danos e abrindo portas para o suicídio (KOHLRAUSCH 2017).

Para Burégio (2015):

O termo consiste em divulgar em sites e redes sociais fotos e vídeos com cenas de intimidade, nudez, sexo à dois ou grupal, sensualidade, orgias ou coisas similares, que, por assim circular, findam por, inevitavelmente, colocar a pessoa escolhida a sentir-se em situação vexatória e constrangedora diante da sociedade, vez que tais imagens foram utilizadas com um único propósito, e este era promover de forma sagaz e maliciosa a quão terrível e temível vingança.

Exemplo disso ocorreu no Piauí, de acordo com o Site G1.Globo (2013), na cidade de Parnaíba-PI, Júlia Rebeca, a adolescente de 17 anos, teve publicado e espalhado nas redes sociais um vídeo íntimo, onde a mesma aparecia com um rapaz e outra moça. Preferiu omitir o conteúdo para seus familiares, e desgastada com todos os insultos sofridos fez constantes desabafos em seu perfil da internet. Numa dessas postagens, despediu-se de seus familiares e em seguida cometeu suicídio.

Para as Autoras Lelis e Cavalcante (2016):

O primeiro caso de “Pornografia de Vingança” que repercutiu na mídia mundial ocorreu em 1980. Aconteceu durante um acampamento, quando o casal americano Lajuan e Billy Wood fotografaram-se nus. Ao voltarem para casa, trataram de revelar o material e guardá-lo em seu quarto, num local que julgavam seguro. Algum tempo depois, um vizinho e amigo do casal, Steve Simpson, invadiu seu apartamento e encontrou as imagens de Lajuan nua, e resolveu enviá-las para uma revista especializada em publicação pornográfica

para homens, a qual era composta por imagens de modelos não profissionais fornecidas pelos próprios leitores.

No caso exposto pelas autoras Lelis e Cavalcante é preciso observar que o responsável para dar início a pornografia de vingança, não foi o parceiro da vítima, mas outra pessoa com quem tinham vínculo de amizade, tirando assim a figura do ex-parceiro como o único a cometer esse delito.

Imprescindível destacar que a pessoa vítima deste ato hostil e criminoso, é detentora de direitos, por isso deve ser respeitada sua honra e dignidade, seu nome, e imagem. Por essa razão, quaisquer que sejam as cenas obscenas, por elas praticadas, estas importam e interessam somente a ela.

No ano de 2010, deu-se a primeira prisão pela Pornografia de Vingança. O caso aconteceu na Nova Zelândia. Joshua Ashby, jovem com 20 anos à época do acontecido, usou o perfil de sua namorada em uma rede social e postou fotos em que a mesma aparecia sem roupas, em seguida, de má fé alterou a senha do perfil para que a ficasse impossibilitada de excluir a imagem.

Lelis e Cavalcante (2016) contemplam em seu artigo que em meados de 2013 na Flórida, foi elaborada a primeira proposta de criminalização da Pornografia de Vingança, seria este considerado um crime grave e seria punido com cinco anos de detenção em regime fechado. Apesar da grande repercussão que o Projeto de Lei gerou, seus debates tiveram de ser suspensos, sem nenhum motivo aparente

Salienta notar que, mesmo quando as fotos são tiradas pela própria vítima ou com a sua autorização nítida, a divulgação não autorizada merece ser punida. Ao enviar suas imagens, a vítima usufrui de confiança que inspiram o vínculo afetuosos com a outra pessoa, este fato não justifica o argumento de se autocolocar em risco, já que presumisse confiança de ambas as partes, permitir-se fotografar, neste sentido, seria uma liberalidade do casal, o consenso na captação da imagem, mas não seria permitido à sua divulgação.

Por essa acepção, diz Lelis e Cavalcante (2016), a pornografia de vingança é mais uma modalidade da violência doméstica, em grande parte dos casos, não em todos, mas na grande maioria, acontece por ser o agressor o parceiro da vítima. São eles parceiros íntimos e afetivos, com os quais a vítima estabelece uma relação de confiança, experiências sexuais. Essa é uma realidade que atormenta mulheres dos mais variados padrões financeiros e classes sociais. Celebidades conhecidas mundialmente já foram vítimas da violência pornográfica, são exemplos: Scarlett Johansson, Jessica Alba, Rihanna e Paris Hilton. No Brasil, esse comportamento ganhou significativa publicidade, quando expôs a atriz Carolina Dieckmann.

## **2.2 Antecedentes Sobre a Violência Contra a mulher**

Relevante se faz demonstrar o que é a violência contra a mulher. Assim, verifica-se por acepção mais recorrente, o uso da força física ou psicológica a fim de obrigá-la a fazer algo contra sua vontade. Também deve ser considerada violência contra a mulher proibir sua liberdade ou constranger, impedir que manifeste sua vontade como forma de mantê-la sob seu domínio.

Para Tania Pinafi (2007):

A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica – portanto, passível de desconstrução – que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

Partindo ainda do pensamento da autora (PINAFI, 2007) para se compreender o fenômeno da violência se faz necessário um breve retorno a vida social investida à mulher pela cultura ocidental. A classificação da Mulher tem sido vista pelas óticas biológica e social, determinantes para a desigualdade de gênero, que traz em seu íntimo uma relação assimétrica

sob a égide de um discurso que se pauta na valoração de um sexo sob o outro.

Para Casique, Furegato (2006), o movimento feminista, ocorrido na metade do século passado, destacou-se por denunciar casos de violência contra a mulher, dando luz a essa realidade que, até então, só era mencionada em âmbito privado. A violência exercida dentro dos lares permanecia sem que ninguém fizesse nem dissesse nada. Até então, não era manifestada abertamente tendo o apoio das condições sociais da época.

Para a denominação de violência de gênero é preciso ter em conta o caráter social dos traços atribuídos a homens e mulheres. Dessa forma, se observa que a maioria dos traços do feminino e do masculino são construções culturais, são produtos da sociedade e não derivados necessariamente da natureza. (CASIQUE; FUREGATO 2007).

Em 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), denominada como a Lei Internacional dos Direitos da Mulher. Essa Convenção visou a promoção dos direitos da mulher na busca da igualdade de gênero, bem como, a repressão de quaisquer discriminações (PINAFFI, 2007).

Em todos o mundo, as mulheres encontram-se em circunstâncias diferentes em associação aos homens, essas diferenças sociais adquirem várias manifestações e destaques. Mesmo com a evolução da sociedade, ainda é perturbador a quantidade de mulheres que sofrem agressões de seus parceiros, agressões essas que vão desde a humilhação, violência psicológica, até a agressão física.

A violência de gênero é, possivelmente, a mais perturbante forma de violência, porque, a vítima, nesses acontecimentos, é obrigada a deitar-se com o inimigo, na maioria das vezes passa-se onde deveria ser um local de descanso e tranquilidade, onde deveria ser um ambiente de respeito e reciprocidade.

Para Kohlrausch (2017), atualmente, a violência contra a mulher vem sendo intitulada de violência de gênero. Tal expressão visa declarar que as

diferenças biológicas entre homens e mulheres não são as determinantes para o emprego de violência contra estas.

Percebe-se, portanto, que o cenário de violência contra a mulher tem se agravado nas últimas décadas, 76% das mulheres, ainda sofrem violência, de acordo com pesquisas (SANTOS, texto digital, 2017).

Isto posto, compreende-se que, o que é apontado como dentro ou fora da diretriz cultural voltada à mulher, perdura uma intolerância, sem mudança de comportamento, transição essa que seria asseguradora de igualdade de direitos para desencadear a violência de gênero.

### 2.3 Sexting

A recente previsão legal é mais taxativa, entende-se que não incriminam a prática do *sexting*, a conduta de trocar imagens e vídeos com teor erótico, a fim de despertar a libido de alguém. Essa atividade continua aceita visando a liberdade sexual, a autonomia da vontade.

A internet inovou a forma pela qual é vivenciada as experiências pessoais. Nesse contexto, é crescente a ação que ficou reputada como *sexting*, termo de origem estrangeira formado pelas palavras “sex” (sexo) e “texting” (troca de mensagens), que diz respeito ao compartilhamento ou recebimento de imagens ou vídeos de conteúdo sexual por meio da internet. O excesso e o crescimento de usuários com acesso à internet são causas que facilitam essa prática (BELEZIA, 2015).

O mesmo estudo apresenta, também, um fato assustador: com a expansão de aparelhos de dispositivos móveis para pessoas cada vez mais jovens, crianças entre 10 e 12 anos começaram sua entrada no *sexting*. (ROBERT, 2018).

Wanzinack e Seremin (2014) explicam que, apesar do *sexting* ser majoritariamente consensual, com a intenção de ser um material privado apenas para contato íntimo com o receptor, existem casos em que o(a) jovem passa a se expor dessa forma por pressão de companheiros ou amigos. O problema, entretanto, pode crescer de qualquer uma das

possibilidades. A partir do momento que o receptor salva essas fotos, a pessoa que as encaminhou pode ficar à mercê dele.

Para a professora assistente do departamento de psicologia da Universidade de Calgary (Canadá), apesar de o *sexting* consentido estar relacionado com um tipo de comportamento impulsivo, nem todo jovem que pratica o ato está envolvido em um comportamento problemático. A prática pode sim ser realizada dentro de um relacionamento saudável, em um contexto que ajude a relação. (OLIVEIR, 2018).

O problema, de acordo com a psicóloga, é a influência recebida e o ambiente em que esses jovens estão crescendo. Existe uma hipersexualização na Internet, propagada por perfis famosos em redes sociais que transmitem mensagens relacionados ao sexo e ao erotismo. Essa influência, juntamente da confiança depositada no receptor é o que alimenta o *revenge porn*, que só é potencializado ainda mais pelo poder de compartilhamento da Internet. (OLIVEIR, 2018).

Conforme expõe Sydow (2014), o compartilhamento desses conteúdos pode não ter como finalidade a revanche em razão do fim do relacionamento, como acontece na pornografia de vingança, mas pode ser motivada por outras causas, que, passam a ser: a) para simples exposição da vítima; b) por vaidade ou fama do divulgador; c) para chantagem ou obtenção de vantagem; e d) com objetivo de lucro.

Nesse sentido, observa-se que a prática de compartilhar imagens e vídeos de teor sexual pode ter diferentes punições no âmbito penal. Porém, à luz da lei penal, normalmente será descrita como crime contra a honra, previstos nos artigos 138 a 140 do CP.

Se os casais querem trocar imagens eróticas entre os mesmos, não prevê vedação legal para o simples armazenamento, adverso quando acontece quando há crianças ou adolescentes incluídos. Pune-se, com base no art. 218-C do CP, um comportamento consecutivo de compartilhamento sem autorização após adquirir a imagem, que pode se dar por qualquer meio.

É a partir do surgimento do *sexting*, que a pornografia de vingança se concebe e se formaliza, o qual Buzzi (2015) trata como:

O termo pornografia de vingança, tradução da expressão em inglês *revenge porn*, nomeia o ato de disseminar, sobre tudo na internet, fotos ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo com objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima.

A pornografia de vingança ganha esse nome, porque maior parte dos casos que tiveram impacto na mídia e chegaram até as autoridades competentes, origina-se de ex-namorados, que utilizam essa divulgação sem o consentimento, como meio de se vingar pelo fim do relacionamento.

### **3 Proteção da mulher contra a “pornografia da vingança”**

Diante do que já foi estudado até o momento, é possível afirmar que durante um longo período as mulheres foram submissas aos seus maridos, pais, etc. Muitas vezes, eram agredidas e violentadas dentro de suas próprias casas. Devido à inexistência de uma legislação específica, esses abusos físicos e mentais seguidamente ficavam impunes.

Recepcionados pela Constituição brasileira de 1988, os direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada foram afiançados no inciso X do art. 5º, aparecendo como expressões do direito à liberdade que é atestado no caput do referido dispositivo legal. Devido à inexistência de uma legislação específica, esses abusos físicos e mentais seguidamente ficavam impunes.

#### **3.1 Legislação vigente no ordenamento jurídico que tipifica a “pornografia de vingança”**

A lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, trouxe ao CP ferramentas utilizadas por ela para combater a pornografia de vingança e a distribuição descontrolada desse material.

O texto aprovado da Lei é muito diferente do que fora apresentado inicialmente. O projeto de lei do senado nº 618, de 2015, de autoria da senadora Vanessa Grazziotin, apresentava aumento de pena especificamente para os casos de “estupro coletivo”, que cresciam exponencialmente pelo país. (ROBERT, 2018).

O projeto, por se tratar de matéria correlatada, foi juntado para tramitação conjunta do Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2016 e encaminhado para análise, que se deu na forma do Parecer nº 524 de 2016, de relatoria da senadora Simone Tebet. A comissão de exame não verificou nenhum vício de inconstitucionalidade formal, vez que o assunto trata exclusivamente de direito penal, tendo assim qualquer membro do Congresso Nacional o direito de legislar. Também não foi encontrado nenhum vício de injuridicidade no Projeto. Deu-se à iniciativa urgência, uma vez que o país foi assolado por mais casos de estupro coletivo desde o início da proposta. (BRASIL, 2015).

Um desses casos foi o notório estupro de uma jovem de 16 anos, no Rio de Janeiro, por mais de 30 pessoas, que não só abusaram sexualmente da vítima, como filmaram o ato e compartilharam nas redes sociais. Essa exposição trouxe ainda mais dor e sofrimento para a vítima, que teve de enfrentar o caso pelas lentes do preconceito de gênero, tornando-se a culpada pelo que ocorreu com ela. (BRASIL, 2015).

Além da mudança do aumento da pena, foi entendido como necessário que o Projeto preveja também figura típica específica para aqueles que divulguem as cenas de estupro, por quaisquer que sejam os meios, tendo em vista o “vácuo normativo” que existe quando a ação não se encaixa nos termos do ECA. (BRASIL, 2015).

O projeto foi finalmente publicado na página Diário Oficial da União na data dia 25 de setembro de 2018, alterando então o CP para caracterizar, de forma efetiva, os crimes acima citados, assim como estabelecer suas causas de aumento de pena. Essas alterações serão analisadas em seguida. (ROBERT, 2018).

A Lei nº 13.718 trouxe ao direito penal brasileiro um novo tipo penal, na forma do artigo 218-C, do CP, nos termos abaixo:

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave (BRASIL, 2018).

A importância dessa tipificação penal fica clara quando se entende que não havia, na esfera de crimes contra a dignidade sexual, nada que pudesse indicar uma conduta típica sobre a divulgação dessas imagens sem o consentimento da pessoa que está nelas.

Anterior à Lei nº 13.718/2018, a conduta da pornografia de vingança se submetia ao comportamento de injúria majorada por meio facilitador de divulgação da ofensa. Não só a pena era muito mais branda, não servia para punir efetivamente a ação do agressor.

Essa forma de incriminação, apesar de similar aos artigos 241 e 241-A do ECA, já, se destaca por trazer perspectivas pornográficas, e sim para toda forma de registro audiovisual que contenha cenário de estupro ou apologia e incitação ao estupro; e, mais importante no presente tema, episódios de sexo, nudez ou pornografia de pessoa sem o consentimento com os verbos discriminados no tipo penal do artigo 218-C. (GILABERTE, 2018).

A pena do crime é de reclusão, de 1 a 5 anos, se o fato não constitui crime mais grave. O novo dispositivo contém dois parágrafos: o primeiro aumenta a pena de um a dois terços, caso praticado por quem mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança e humilhação. (BRASIL, 2018).

O parágrafo citado acima é, além do dispositivo em si, o mais significativo a ser observado. Por trazer o aumento da pena quando realizado

por alguém que tenha mantido relação íntima com a vítima, ou em casos de vingança e humilhação, o dispositivo pune não só a efetividade, mas também o fim de agir, cobrindo de forma eficaz, aos termos da lei, os casos que até o momento não podiam ser tipificados. (GILABERTE, 2018).

Além disso, o dispositivo conseguiu ser mais taxativo de forma razoável. Não foi incriminado o *sexting*, por exemplo, ainda estimulando a autonomia e liberdade sexual dos usuários dessa prática e punindo unicamente aqueles que escolhem espalhar o conteúdo recebido. (GILABERTE, 2018).

O segundo parágrafo traz causa de excludente de ilicitude, quando se trata da prática da conduta em publicações de natureza jurídica, científica, cultural ou acadêmica, desde que com adoção de recurso de impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua autorização, desde que maior de 18 anos. (BRASIL, 2018).

A conduta trazida pelo caput não pune as condutas de aquisição, posse ou armazenamento, diferentemente, por exemplo, da conduta tipificada pelo ECA. As condutas tipificadas são aquelas que, de forma real, permutam, remetem ou difundem o conteúdo não consentido, podendo, em caso de mais de uma ação nuclear no mesmo contexto, ser analisada a multiplicidade de condutas ao ser aplicada a pena-base do agressor. (BRASIL, 2018).

Sendo assim, aquele que obtém o conteúdo não comete crime algum. O crime é cometido no momento em que existe a divulgação do material, sob qualquer forma que permita transmissão de arquivos de fotos ou vídeos, assim como a transmissão em tempo real. A lei ainda cobre os casos em que a obtenção do conteúdo ilícito não é por ato voluntário da vítima, também englobando os casos que as imagens ou vídeos são obtidos de forma clandestina ou por terceiros. Nesse caso, a obtenção do material configuraria o crime do art. 154-A do CP, enquanto a posterior divulgação se encaixaria no 218-C. (GILABERTE, 2018).

Cumprе ressaltar, que muitos projetos de lei caminham em ruma à aprovação, seja para o combate direto ao *revenge porn* como um todo, ou

o combate focado em casos que ocorram dentro de relações domésticas. A lei mais expressiva, entretanto, foi aprovada em setembro do ano de 2018, na forma da Lei 13.718, e traz no artigo 218-C a denominação e a tipificação especificamente os casos que consistem na divulgação de registros de cenas de sexo ou nudez sem o consentimento da vítima.

#### 4 Conclusão

A facilidade na comunicação ocasionada pelo avanço dos meios de comunicação tornou-se indispensável para a realização das mais diferentes atividades. Contribuindo dessa forma também surgiram inúmeros delitos e criminosos, que pela escassez de uma legislação específica e de mecanismos de controle, muitas vezes escapam impunes ou tem suas penas diminuídas.

O episódio da “pornografia de vingança” pode ser visto como decorrência de um contexto histórico de dominação do homem sobre a mulher. Refere-se a uma prática onde o agressor ao valer-se do caráter de coabitação, hospitalidade e confiança feminina, adquire e posteriormente, muitas vezes motivado pelo fim do relacionamento, divulga material de cunho íntimo sem autorização da parceira com intuito de lhe manchar a imagem diante da sociedade. Como consequência da conduta, as vítimas são humilhadas publicamente, sendo vistas como indignas de respeito no meio social.

Observou-se, através da exposição de casos reais, que a prática tornou-se cada vez mais habitual com a evolução das redes sociais e da facilidade de transmissão de qualquer tipo de conteúdo, tornando cada vez mais difícil que a lei acompanhasse essa rápida evolução. Essa exposição trouxe o entendimento de que o *revenge porn* é de fato um crime contra a dignidade sexual da vítima, atingindo diretamente o psicológico da vítima, se tornando um crime de difícil reparação.

Concluiu-se que a maioria dos casos era intercalada com os crimes de Injúria e Difamação, uma vez que não existia tipificação penal específica

para o ato. Resultando disso, as penas acabavam irrelevantes quando postas lado a lado com o dano causado pelos agressores, sendo muitas vezes substituída por penas restritivas de liberdade. Restou comprovado, então, a eficácia e êxito da nova punição trazida pela Lei nº 13.718, uma vez que, quando aplicada, seria mais impetuosa e teria a abrangência necessária para cobrir de forma compreensível desde os casos mais simples até os mais danosos.

Somente a lei não basta para mudar o cenário da pornografia de vingança, que é um fenômeno multidimensional, social e histórico. Apesar de ser um grande passo no caminho correto, é necessário que continue a discussão e os estudos sobre o tema, que é tão atual e pertinente na atualidade, para que seja retirada esse status de censurado e “tabu” que o assunto carrega e possa ser tratado com a seriedade que o nível de agressão do ato pode causar, tanto na sociedade quanto na legislação brasileira.

## Referências

\_\_\_\_\_. Lei Nº 13.718. Introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13718-24-setembro-2018-787192-publicacaooriginal-156472-pl.html>> Acesso em: 20 maio 2019

BELEZIA, P. **Sexting: exposição da intimidade e gênero**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Psicologia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado nº 618**, de 2015. Altera o Código Penal para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia de vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro**. 2015. Monografia (Graduação em Direito)- UFSC, Florianópolis, 2015.

BURÉGIO, Fátima. **Pornografia da vingança: você sabe o que é isto?** Disponível em: <<https://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/artigos/178802845/pornografia-davincia-voce-sabe-o-que-e-isto>>. 2015. Acesso em: 27 março. 2019.

CASIQUE, Leticia Casique. FUREGATO Antonia Regina Ferreira (2006). **Violência Contra Mulheres: Reflexões Teóricas.** Disponível em: <<https://www.re-dalyc.org/html/2814/281421865018/>>. Acesso em: 26 Março.2019.

GILABERTE, Bruno. Lei nº 13.718/2018: **importunação sexual e pornografia de vingança.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/629753885/lei-n13718-2018-importunacao-sexual-e-pornografia-de-vinganca>>Acesso em: 20 maio. 2019.

GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; ALVES, Fabrício da Mota. **Vingança pornô (revenge porn): mais uma missão para a Lei Maria da Penha.** In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4987, 25 fev. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56026>>. Acesso em: 20 março.2019.

KOHLRAUSCH, André Rodrigo. **A “pornografia de vingança” e a lei maria da penha: crime de exposição pública de intimidade sexual. 2017**, trabalho de conclusão de curso (graduação em direito) Universidade do Vale do Taquari – Univates. Lajeado, 2017.

LELIS, Acácia Gardênia Santos. CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira (2016) **Revenge Porn: A Nova Modalidade De Violência De Gênero.** Disponível em: <[https://www.derechocambiosocial.com/revista045/REVENGE\\_PORN.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista045/REVENGE_PORN.pdf)> Acesso em: 29 Março.2019.

G1, **MÃE DE JOVEM achada morta após vídeo íntimo reclama de ‘violação’.** 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-videointimo-reclama-de-violacao.html>>.

OLIVER, Diana. **‘Sexting’ entre adolescentes, uma prática que acontece cada vez mais cedo. 2018.** Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/09/actualidad/1520582602\\_813226.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/09/actualidad/1520582602_813226.html)>. Acesso em: 06 maio.2019.

PINAFI, Tânia. **Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade.** Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03>>. Acesso em: 26.março.2019.

ROCHA, Rayssa Pereira. **A pornografia de vingança virtual frente ao direito penal: o papel da Lei nº 11.340/2006 na proteção das vítimas.** 2017. 77 p. Dissertação (Graduação em Direito)- Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <<https://rosario.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1793/1/Raissa%20Pereira.pdf>> Acesso em: 16 maio. 2019.

ROBERT, Adolfo. **Revenge porn: Uma análise comparativa da eficácia da Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018 em frente as decisões brasileiras e à legislação mundial.** 2018.

SANTOS, Bárbara Ferreira. **Os números da violência contra mulheres no Brasil.** 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-da-violenciacontra-mulheres-no-brasil/>>. Acesso em: 26.março. 2019.

SYDOW, S. T. **Crimes informáticos e suas vítimas.** 2. ed. São Paulo

VARELLA, Gabriela. **O que difere a pornografia de vingança dos outros crimes é a continuidade.** Época. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/0-quedifere-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-econtinuidade.html>>. Acesso em: 20 março 2019.

WANZINACK, Clóvis; SEREMIN, Sanderson Freitas. **Sexting: Comportamento e imagem do do corpo.** Divers@! Revista Eletrônica Interdisciplinar, Matinhos, v. 7, n. 2, p.22-29, jul. 2014.

## O (des)governo, a pandemia e o discurso da dissonância

*Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel*

*Monnyke Olga Barbosa Assunção*

### Introdução

Ao longo da História, a sociedade enfrentou diversas crises, nos mais diversos setores: crises na economia, a exemplo da ocorrida em 1929, denominada de Grande Depressão e resultante da queda das ações da Bolsa de Valores de Nova York; crise na política, tal como a vivenciada no Brasil no ano de 2016, culminando no *impeachment* da então Presidente da República, Dilma Rousseff; crises na saúde, como a Gripe Espanhola, considerada uma das maiores pandemias da história da humanidade, dizimando cerca de 50 milhões de vidas no período de 1918 a 1920. Há crises, também, em conceitos afetos à Constituição, como é o caso da crise do próprio Estado, diante do mundo globalizado<sup>1</sup>. A globalização, segundo Paulo Bonavides (2001, p. 44), “universaliza o egoísmo e expatria a solidariedade”, agravando a situação. Neste sentido, a crise gerada pela apatia política em geral acaba por invocar um afastamento do estado, desenhando o que se tem hoje por neoliberalismo. Agora, diante de uma pandemia que alcança o mundo, vê-se crise na saúde especialmente em razão da crise de gestão estatal, por fatores que desconsideram a necessidade de se pensar os direitos humanos acima de interesses patrimoniais.

---

<sup>1</sup> Convém ressaltar que, quando se trata de crise constitucional, podemos nos referir à crise na constituição – solucionada em seu próprio texto e crise da constituição, que afeta países atrasados, como Brasil, e atingem as instituições.

Sob a égide desta ideologia, o Estado, outrora provedor maior do bem-estar social e econômico, torna-se enfraquecido, mínimo, cedendo espaço para políticas que importam redução dos gastos públicos, privatização dos serviços estatais, e diminuição drástica da sua participação na economia, que passa a ser regida pela iniciativa privada, majoritariamente. Pode-se dizer que há um vento no sentido de colapsar o Estado Democrático de Direito.

Ao mesmo tempo, nesse tempo tem ficado evidente a necessidade de um Estado atuante, formulador de políticas públicas capazes de conduzir a sociedade de forma equilibrada e menos traumática. Um real Estado Democrático de Direito, com sua concepção teleológica, “vinculado especialmente à transformação do *status quo* na medida em que não é mais simplesmente garantidor de determinados direitos, mas passa a conduzir a atividade estatal para a concretização de novos direitos”. E esses novos direitos, também guardam feição interessante: a da “realização da promessa de pleno desenvolvimento da pessoa”. (ENGELMANN, 2005, p. 232).

Não obstante a grande necessidade de se voltar à concepção de Estado Democrático de Direito, mostra-se cada vez mais difícil conciliar a política neoliberal defendida pelo atual contexto do Brasil, especialmente na figura de seu atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, com os direitos humanos. Não há de se esquecer que, “no passado, muitas vezes, o neoliberalismo se associou com a abertura, o progresso, as liberdades individuais, com o Estado de direito. Atualmente, conjuga-se com o fechamento de fronteiras, a construção de muros, o culto à nação e a soberania do Estado, a ofensiva declarada contra os direitos humanos, acusados de colocar em perigo a segurança. Como é possível esta metamorfose do neoliberalismo?” (DARDOT e LAVAL, 2019).

É complexa a resolução do problema enfatizado por Dardor e Laval. Mas é real. Exemplo tem-se o seu discurso do mencionado político de manter a economia em pleno funcionamento como escopo maior, quando se

necessita de uma premente atuação efetiva e imediata do governo, traçando diretrizes para que os direitos humanos, em especial os de segunda dimensão, tais como saúde e integridade física, e, acima de tudo, o direito à vida, sejam preservados prioritariamente.

Não há dúvidas da necessidade de se refletir sobre o tema.

### **Direitos humanos x neoliberalismo: as contradições evidenciadas**

É fato que o Brasil não vivia tempos de normalidade, “desde a década de 1980 – à medida que o neoliberalismo<sup>2</sup> se foi impondo como a versão dominante do capitalismo e este se foi sujeitando mais e mais à lógica do sector financeiro–, o mundo tem vivido em permanente estado de crise” (SANTOS, 2020, p. 5). No contexto presente, um debate insurge-se com muita força: como lidar com a crise econômica já existente, e deveras agravada pela pandemia, em razão da paralisação das atividades e do isolamento social?

Tal indagação explicita a racionalidade neoliberal: o mercado é a base para a organização da sociedade<sup>3</sup>, colidindo com os ideais humanistas de bem comum e justiça social. Ubiratan Borges de Macedo, ao comentar a obra *Direito, legislação e liberdade* de Friedrich von Hayek, um dos economistas fundadores do Neoliberalismo, define tal modelo econômico como

---

<sup>2</sup> Aqui, a concepção adotada de neoliberalismo denota relação com os seus idealizadores: “Os principais ideólogos do neoliberalismo são: L. von Mises (1881-1973), F. von Hayek (1899-1992), M. Friedman (1912-2007), K. Popper (1902-1994) e L. Robbins (1898-1984), partidários que se associam para combater o socialismo, o solidarismo e o Estado do bem-estar social. Afirmando a liberdade econômica e política como absolutas, que se regerem pelo funcionamento dos mecanismos de mercado. A cartilha deste ideário está consignada no Consenso de Washington (1989). O “laboratório” deste ideário é o regime totalitário de Pinochet, no Chile (golpe de Estado em 11-09-1973). De lá, espalhou-se pelo mundo. A década de 1980 foi marcada pelo “surto da ideologia neoliberal”, frente à crise do capitalismo, iniciado na Inglaterra com M. Thatcher (1979-1990), passando por R. Reagan dos EUA (1982-1990) e, depois, H. Kohl na Alemanha (1982-1998), após a reunificação, etc.” (DARDOT e LAVAL, 2019).

<sup>3</sup> Não se desconhece que o neoliberalismo assume um papel que não coincide com o Estado Liberal. “[...] convém evitar dois erros. O mais antigo consiste em confundir o neoliberalismo com o ultraliberalismo, o libertarianismo, o retorno a Adam Smith ou o fim do Estado, etc. Como já nos ensinou há muito tempo Michel Foucault, o neoliberalismo é um modo de governo muito ativo, que não tem muito a ver com o Estado mínimo passivo do liberalismo clássico. Deste ponto de vista, a novidade não consiste no grau de intervenção do Estado, nem em seu caráter coercitivo. O novo é que o antidemocratismo inato do neoliberalismo, manifesto em alguns de suas grandes teóricos, como Friedrich Hayek, se plasma hoje em um questionamento político cada vez mais aberto e radical dos princípios e as formas da democracia liberal” (DARDOT e LAVAL, 2019).

“uma forma de liberalismo evolucionista, abandonando o modelo tradicional de uma doutrina fundamentada nos direitos humanos e trazendo uma inteligente valorização do papel das instituições no funcionamento da sociedade, permitindo a ordem espontânea do mercado e rejeitando-se a ideia de justiça social” (MACEDO, 2003, p. 24).

Mas não se deve esquecer o contexto do Estado brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, *caput*, traz como primeiro direito fundamental o direito à vida<sup>4</sup>, na lição de André Ramos Tavares, “o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado” (TAVARES, 2010, p. 569). O direito à vida é consequência imediata da dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>, cuja eficácia normativa irradia-se por todo o ordenamento jurídico, um incontestável vetor máximo interpretativo.

Impende destacar que “a previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, de valor espiritual e moral inerente à pessoa” (MORAES, 2003, p. 229).

O constitucionalismo brasileiro firma-se em ideais de fraternidade e pluralismo, e, conforme Sarlet, “nosso Constituinte de 1988 (...) reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2011, p. 80).

Fruto de um longo processo de maturação histórica, os direitos humanos emergem da imperiosa necessidade de proteção dos direitos

---

<sup>4</sup> CF 88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

<sup>5</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

mínimos do indivíduo e, igualmente, da coletividade, destacando-se o direito à vida e o direito à saúde, a serem resguardados e garantidos pelo Estado (HERKENHOFF, 1999)<sup>6</sup>.

No momento em que se instaura um discurso relativizando o direito à vida, fundamento primordial do Estado Democrático de Direito, e pressuposto elementar para o usufruto de quaisquer outros direitos e liberdades constitucionais, ignora-se que “o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse” (BRANCO, 2010, p. 441). Mas essa não é a linha de pensamento neoliberal: “Já não há freio ao exercício do poder neoliberal por meio da lei, na mesma medida em que a lei se tornou o instrumento privilegiado da luta do neoliberalismo contra a democracia”. A imposição da economia sobre a vida rompe com os valores de solidariedade e fraternidade outrora fundantes do Estado de Direito, que, segundo Dardot e Laval (2019) “não está sendo abolido de fora, mas destruído por dentro para fazer dele uma arma de guerra contra a população e a serviço dos dominantes”.

Mais recentemente, a polarização política instalada no Brasil em razão do discurso dissonante do Presidente da República em relação às recomendações médicas e sanitárias da Organização Mundial da Saúde (OMS) para o combate à pandemia de COVID-19, tem gerado instabilidade não apenas institucional, mas também social. Mas isso não é novidade em governos neoliberais, que tem a crise como modo de governo. “O neoliberalismo só se sustenta e se reforça porque governa mediante a crise. Com efeito, desde os anos 1970, o neoliberalismo se nutre das crises econômicas e sociais que gera. Sua resposta é invariável: em vez de questionar a lógica

---

<sup>6</sup> Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir. Este conceito não é absolutamente unânime nas diversas culturas. Contudo, no seu núcleo central, a ideia alcança uma real universalidade no mundo contemporâneo. (HERKENHOFF, 1999).

que as provocou, é preciso levar ainda mais longe essa mesma lógica e procurar reforçá-la indefinidamente” (DARDOT e LAVAL, 2019).

Percebe-se que “os debates culturais, políticos e ideológicos do nosso tempo têm uma opacidade estranha que decorre da sua distância em relação ao cotidiano vivido pela grande maioria da população, os cidadãos comuns” (SANTOS, 2020, p. 10). Não se coloca como prioridade a vida e proteção da saúde humana, mas dá ênfase ao desprezo pelas instituições e pela própria Constituição Federal.

O Presidente da República é o representante máximo do Estado e da vontade popular, investido no cargo por meio do voto da maioria absoluta dos cidadãos. E, a partir de sua eleição, não deveria defender sua ideologia pessoal ou de alguns de seus seguidores mais extremos, mas de toda a sociedade como um todo. Vê-se que o discurso presidencial tem entrado em choque até mesmo com aqueles que o elegeram, enfatizando a crescente dissonância discursiva com os seus eleitores e com a população em geral. “Em particular, a política, que devia ser a mediadora entre as ideologias e as necessidades e aspirações dos cidadãos, tem vindo a demitir-se dessa função. Se mantém algum resíduo de mediação, é com as necessidades e aspirações do mercado (...)” (SANTOS, 2020, p. 10). Mas o que se vê, mesmo numa época de crise tão grave, não se trata de mediação, mas sim de incitação.

E “o mecanismo pelo qual a ideologia leva o agente social a reconhecer o seu lugar é o mecanismo da sujeição social, um mecanismo com duplo efeito, já que “o agente se reconhece como sujeito e se assujeita a um Sujeito absoluto” (ALTHUSSER, 2001, p. 8). Mas isso não pode acontecer diante de um discurso, como dito, dissonante aos valores da sociedade em geral.

O discurso contrário às instituições científicas, a clara ausência de uma diretriz do chefe do Poder Executivo, bem como do Ministério da Saúde quanto ao isolamento social, a falta de alinhamento com as demais esferas de governo (estados e municípios) e a carência de estratégias políticas de enfrentamento à pandemia, denotam falta de interesse em

abordar o problema sob o ponto de vista que valoriza a preservação de vidas, bem como verdadeiro despreparo para conduzir a nação rumo à superação do caos instalado em tempo de pandemia.

Nesse diapasão, “um chefe de Estado, ao adotar uma atitude silenciosa diante de uma situação de crise, será taxado, por alguns, de homem “ponderado”, que escuta antes de agir, e por outros, de homem “autoritário”, que prepara seu golpe em silêncio, ou ainda de homem “impotente”, que mostra sua incapacidade de reagir” (CHARAUDEAU, 2008, p. 88). Pensa-se que o governante que desgoverna em momento de imprescindível alinhamento, mostra sua falta de legitimidade para continuar no cargo de administrador e representante máximo de um país que sofre com seu despreparo.

### **Discursos dissonantes: uma análise discursiva do posicionamento ideológico do estado brasileiro**

O coronavírus que hoje assola o mundo, denominado de COVID-19 (sigla, em inglês, de Corona Vírus Disease 2019), já foi considerado, em janeiro deste ano, como pandemia, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que caracterizou o surto como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. E, em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia (OMS, 2020).

Por se tratar de um novo tipo de vírus, o organismo humano não possui imunidade para combatê-lo, o que pode levar a um grave comprometimento pulmonar, e até mesmo à morte.

Justamente por ser algo desconhecido, não há, até o presente momento, um consenso quanto ao tratamento e cura da COVID-19, e as futuras vacinas encontram-se em fase de estudos e testes. O novo coronavírus foi descoberto por médicos na China, em dezembro de 2019, alastrando-se rapidamente por todo o mundo.

Até o momento presente foram registrados 7.635.246 (sete milhões, seiscentos e trinta e cinco mil, duzentos e quarenta e seis) casos de COVID-19 no mundo, e um total de 424.706 (quatrocentas e vinte e quatro mil, setecentas e seis) mortes. Aumenta-se, significativamente, a cada dia.

O total de casos confirmados no Brasil atingiu a marca de 805.649 (oitocentos e cinco mil, seiscentos e quarenta e nove), contando com 41.068 (quarenta e um mil e sessenta e oito) brasileiros mortos, posicionando o país como o segundo com o maior número de casos, e o terceiro com o maior percentual de mortes (BRASIL, 2020).

Criada em 1948, e subordinada à Organização das Nações Unidas, a Organização Mundial da Saúde, sediada em Genebra, na Suíça, tem por objetivo desenvolver ao máximo o nível de saúde no planeta, não apenas prevenindo enfermidades, mas cuidando do estado de completo bem-estar físico, mental e social de todos os povos, garantindo que todos os indivíduos, no mundo inteiro, tenham amplo acesso à saúde, bem como a cooperação entre as comunidades científicas de maneira a fomentar pesquisas na área, e o amplo acesso às informações. O Brasil é, pelo menos até agora, um dos Estados-Membros que compõem a OMS.

Desta feita, o Brasil tem o dever de cumprir as recomendações e determinações expedidas pela OMS que estejam em conformidade com o seu próprio instrumento constitutivo, haja vista tê-lo referendado<sup>7</sup>. Dentre as várias recomendações da Organização, estão as medidas de higiene (lavar as mãos com água e sabão, ou higienizá-las com álcool em gel a 70%, uso de máscaras) e aquela reputada como a mais eficiente: o isolamento social, implementada por meio de restrições quanto ao funcionamento das atividades econômicas, educacionais, religiosas, dentre outras, e paralisação ou redução do transporte público, além do distanciamento social.

---

<sup>7</sup> Não só pelo referendo, já que as normas da OMS não tem caráter obrigatório. Como salienta Bragato (2020) “A OMS vem auxiliando os Estados ao redor do mundo a endereçar soluções à crise de emergência sanitária instalada pelo novo coronavírus e a preservar o maior número possível de vidas humanas, mas suas normas não são de observância obrigatória pelos Estados. Porém, se algum Estado-membro da ONU não as segue, assume o risco de, com isso, descumprir normas internacionais de observância obrigatória, como é o caso daquelas previstas nos tratados multilaterais de direitos humanos. Isso porque a pandemia do COVID-19 coloca em risco e/ou afeta os direitos mais essenciais dos seres humanos que estão protegidos nesses tratados e impõem obrigações aos Estados de respeitá-los, protegê-los e garanti-los. Estes direitos são, principalmente, a vida, integridade pessoal, liberdade pessoal e saúde”.

Em casos mais graves, onde a contaminação pelo vírus e a taxa de mortalidade atingem patamares elevados, impõe-se o *lockdown*, tática que consiste em isolamento total da população e fechamento do comércio e serviços em quase sua totalidade, operando apenas as atividades consideradas essenciais à subsistência. No Brasil, alguns municípios nos estados do Maranhão, Pará, Amazonas, Ceará, Bahia, Pernambuco, Rio de Janeiro, Tocantins e Amapá tiveram o *lockdown* decretado como medida para interromper a circulação de pessoas.

Há de se destacar, no entanto, que as medidas adotadas pelos estados e municípios, seguindo as recomendações sanitárias da OMS, e prezando pelas orientações da comunidade científica, vão de encontro ao posicionamento político já explicitado pelo Poder Executivo Federal, que prima pela manutenção das atividades econômicas, rejeita o isolamento social, e fomenta caos, insegurança jurídica e discursos de ódio, além de propiciar a reprodução em massa de notícias falsas, as chamadas *fake news*. Politizar o isolamento é uma estratégia perigosa e vem custando muitas vidas e atos bárbaros por todo o país. Em 11 de junho deste ano, em uma *live* o Presidente da República, referindo-se aos hospitais públicos e de campanha, incentivou: “arranja uma maneira de entrar e filmar [...] para mostrar se os leitos estão ocupados ou não” (UOL, 2020). No dia seguinte, um grupo de cinco pessoas invadiu hospital municipal referência para pacientes de COVID-19, do Rio de Janeiro (UOL, 2020).

Mas não foi só isso. Indo na contramão de todos os países, o Chefe de Estado fez um pronunciamento oficial em rede nacional no dia 24 de março de 2020 (UOL, 2020), minimizando o vírus e o reduzindo a uma “gripezinha” ao asseverar que, por ter histórico de atleta, não precisaria se preocupar caso viesse a ser contaminado, pois “nada sentiria ou seria, quando muito, acometido de uma gripezinha ou resfriadinho, como bem disse aquele conhecido médico daquela conhecida televisão”. Bragato (2020) bem situa a fala do presidente: “Embora ele não expresse em atos normativos oficiais, manifesta-se publicamente, em diferentes eventos,

contrário às medidas de isolamento social e descumpre medidas de etiqueta social e de distanciamento das demais pessoas”.

Fica clara a estratégia manipuladora ao garantir uma subjetividade ao discurso, criando um efeito de sentido de aproximação, envolvimento pessoal, uma vez que o profere em primeira pessoa. Benveniste demonstra que traços de egocentrismo podem ser identificados em falas onde o “eu” ocupa uma posição de ascendência em relação ao “tu”, “os pronomes pessoais são o primeiro ponto de apoio para o esclarecimento da subjetividade na linguagem. Tem em comum definirem-se somente em relação à instância de discurso em que são produzidos, isto é, sob a dependência do eu que aí se enuncia” (BENVENISTE, 1992, p.53).

Reafirmando seu posicionamento neoliberal e contrário aos direitos humanos, atesta que “o vírus chegou, está sendo enfrentado por nós e brevemente passará. Nossa vida tem que continuar. Os empregos devem ser mantidos. O sustento das famílias deve ser preservado. Devemos, sim, voltar à normalidade”. Ao analisar essa fala no contexto real imposto pelo vírus, traduzido em um alto índice de infectados, muitas mortes e a saturação da capacidade do Sistema Único de Saúde (SUS) em atender a todos os doentes, resta patente o quão inábil tem sido a política neoliberal do Estado, haja vista que “o neoliberalismo combinado com o domínio do capital financeiro – está social e politicamente desacreditada em face da tragédia a que conduziu a sociedade global e cujas consequências são mais evidentes do que nunca neste momento de crise humanitária global” (SANTOS, 2020, p. 24).

O ponto nevrálgico de seu discurso está em dizer que “algumas poucas autoridades estaduais e municipais devem abandonar o conceito de terra arrasada, como proibição de transporte, fechamento de comércio e confinamento em massa”. Aqui fica explícita a total desconsideração às prescrições sanitárias da Organização Mundial da Saúde e desrespeito às normas constitucionais acerca do pacto federativo, e as respectivas competências legislativas dos entes políticos.

“O poder de persuasão de um discurso deve-se, em parte, ao fato de ele constranger o destinatário a se identificar com o movimento de um corpo, seja ele esquemático ou investido de valores historicamente especificados” (MAINGUENEAU, 2008, p. 29). Essa falsa transferência do poder de decisão para os estados e municípios em sua fala, conclamando-os ao debate, não surte o efeito esperado, qual seja, o convencimento, a persuasão dos receptores do enunciado (neste caso, governadores e prefeitos) a agirem sob os termos propostos pelo Presidente.

É patente a percepção de que “chegámos aos nossos dias com os Estados sem capacidade efectiva para responderem eficazmente à crise humanitária que se abateu sob os seus cidadãos. A fractura entre a economia da saúde e a saúde pública não podia ser maior” (SANTOS, 2020, p. 24).

De modo diverso, observa-se que a maioria dos estados e municípios, em especial aqueles cuja base ideológica é social-democrática, alinham-se rigorosamente às orientações sanitárias da OMS, posto que “os governos com menos lealdade ao ideário neoliberal são os que estão a actuar mais eficazmente contra a pandemia, independentemente do regime político” (SANTOS, 2020, p. 24).

Tendo em vista que as regras propostas pelos organismos internacionais operam em um nível de padrão mínimo necessário ao combate da COVID-19, aos entes federativos, a depender da realidade vivida, é perfeitamente lícito implantar parâmetros superiores de proteção e combate à pandemia, salvaguardando os direitos humanos internacionalmente previstos e consolidados.

## **Considerações finais**

O tema aqui exposto enseja uma análise detalhada de várias questões que foram, apenas, anunciadas. Crises do e no Estado, neoliberalismo, pandemia, discursos dissonantes, direitos humanos.

Em todas elas, é necessário que se forme convencimento de que mudanças estão ocorrendo e, infelizmente, não são para melhorar as condições humanas. E o maior exemplo disso parte do representante do governo federal do Brasil, o Presidente Jair Bolsonaro. Entre discursos dissonantes com instituições de credibilidade científica e de toda a comunidade internacional, convence parte da população que tudo não passa de um terrorismo exagerado e que a pandemia não é real, ou não é problemática como se aparenta. Desconsidera-se qualquer cientificidade que se dá ao aspecto crítico e real da pandemia através de um discurso que traz um grande poder de persuasão não ao combate da crise, mas restringendo o seu destinatário, já que a transferência da fala demonstra a minoração do problema.

Há muito que se fazer para o resgate da valorização do ser humano, especialmente no contexto brasileiro, e medidas repressivas têm sido tomadas por outros órgãos constitucionalmente legitimados. De fato, em decisões cautelares proferidas no âmbito da suprema corte brasileira, as determinações dos governos estaduais e municipais devem prevalecer sobre os atos do presidente<sup>8</sup>. Também houve decisão que impediu campanha publicitária intitulada “O Brasil não pode parar”, exatamente contrariando as atitudes do político<sup>9</sup>, que queria desestimular o isolamento social imposto pelos governos estaduais e municipais.

---

<sup>8</sup> [...] Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID19 mortality and healthcare demand, vários autores). (ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECITO FUNDAMENTAL 672 DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES)

<sup>9</sup> DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECITO FUNDAMENTAL. SAÚDE PÚBLICA E COVID-19. CAMPANHA PUBLICITÁRIA APTA A GERAR GRAVE RISCO À VIDA E À SAÚDE DOS CIDADÃOS. PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO. CAUTELAR DEFERIDA. 1. Arguições de descumprimento de preceito fundamental contra a contratação e veiculação de campanha publicitária, pela União, afirmando que “O Brasil Não Pode Parar”, clamando a população a retomar as suas atividades e, por conseguinte, transmitindo-lhe a impressão de que a pandemia mundial (COVID-19) não representa grave ameaça à vida e à saúde de todos os brasileiros. 2. As orientações da Organização Mundial de Saúde, do Ministério da Saúde, do Conselho

Ainda que exista esforço, o fato é que o discurso parte do Presidente da República que tem se aproximado, cada vez mais, de uma necropolítica, com ampla desvalorização dos direitos humanos que, através de construções históricas, foram adquiridos a duras custas. A proteção de tais direitos humanos tem status internacional e o Brasil deve ter uma postura ativa na sua defesa e garantia. Especialmente porque, no caso concreto, não há garantia em favor do ser humano, já que a referida proteção não existe quando há “a) a ciência, por parte do Estado, de um perigo concreto ou a obrigação de conhecê-lo; b) possibilidade objetiva de evitar a violação de direito; c) Omissão em tomar uma medida sensata e apropriada” (PETERKE, 2009, p. 158).

O aumento de responsabilidade estatal e o isolamento social, com o consequente fechamento de empresas em razão de que seus funcionários devem ficar em casa causam profundo desagrado aos governos neoliberais. Por isso, a postura de negacionismo das consequências e gravidade da pandemia, com a finalidade de que as atividades econômicas retornem, o mais rápido possível, mesmo ao custo de muitas vidas. Não se nega, de forma alguma, que o isolamento pode trazer prejuízos psicológicos e econômicos gigantescos, mas é a medida que, mundialmente, adota-se como a necessária para a preservação da vida de milhões de pessoas.

---

Federal de Medicina, da Sociedade Brasileira de Infectologia, entre outros, assim como a experiência dos demais países que estão enfrentando o vírus, apontam para a imprescindibilidade de medidas de distanciamento social voltadas a reduzir a velocidade de contágio e a permitir que o sistema de saúde seja capaz de progressivamente absorver o quantitativo de pessoas infectadas. 3. Plausibilidade do direito alegado. Proteção do direito à vida, à saúde e à informação da população (art. 5º, caput, XIV e XXXIII, art. 6º e art. 196, CF). Incidência dos princípios da prevenção e da precaução (art. 225, CF), que determinam, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, na dúvida quanto à adoção de uma medida sanitária, deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla à saúde. 4. Perigo na demora reconhecido. Disseminação da campanha “O Brasil Não Pode Parar” que já se encontra em curso, ao menos com base em vídeo preliminar. Necessidade urgente de evitar a divulgação de informações que possam comprometer o engajamento da população nas medidas necessárias a conter o contágio do COVID19, bem como importância de evitar dispêndio indevido de recursos públicos escassos em momento de emergência sanitária. 5. Medida cautelar concedida para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que “O Brasil Não Pode Parar” ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim. (MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 669 DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO)

Não é possível calar-se diante da insensatez que vem se renovando a cada dia no Brasil. Por isso, pensar sobre os problemas expostos neste trabalho é uma provocação que se faz bastante necessária.

## Referências

- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado (Notas para uma investigação)**. Lisboa: Editoria Presença. Distribuição no Brasil: Martins Fontes, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direito à vida e responsabilidade dos Estados no contexto da pandemia de COVID-19. In: **Instituto Humanitas Unisinos**. Abr. 2020. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598405-direito-a-vida-e-responsabilidade-dos-estados-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em 13 jun.20.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/) Acesso em: 11 jun. 2020.
- BRASIL. Corona Vírus – COVID-19. Disponível em <https://www.coronavirus.com.br/>. Acesso em 12 jun.20.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 669 DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso em 13 jun. 20.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 672 DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 jun.20.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso Político**. São Paulo: Contexto, 2008.

DARDOR, Pierre; LAVAL, Christian. Anatomia del nuevo neoliberalismo. In **Revista Viento Sur** n. 164, Junho/2019. Disponível em [https://cdn.vientosur.info/Vscompleto/vs\\_0164.pdf](https://cdn.vientosur.info/Vscompleto/vs_0164.pdf). Acesso em 13 jun.20.

ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1999.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Democracia e direitos humanos, ensaios de filosofia prática**. Londrina: Ed. Humanidades, 2003.

MAINGUENEAU, Dominique. **Análise de textos de comunicação**. Trad. Cecília P. de Souza e Silva; Décio Rocha. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais e as Constituições brasileiras**. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da (Coord.). **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. São Paulo: LTr, 2003. Almiro. **Neoliberalismo e globalização na América Latina**. Disponível em <http://www.projeto.unisinos.br/humanismo/al/neoliberalismo.pdf>. Acesso em 13 jun.20.

PETERKE, Sven (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

UOL. Rio: Parentes de paciente vítima de covid-19 invadem e danificam hospital... – Disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/06/12/rio-parentes-de-paciente-vitima-de-covid-19-invadem-e-danificam-hospital.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 13 jun.20.

UOL. <https://www.bol.uol.com.br/noticias/2020/03/24/leia-o-pronunciamento-do-presidente-jair-bolsonaro-na-integra.htm>. Acesso em 11 jun.20.

## **O impacto das alterações no regime fiscal brasileiro no desenvolvimento social dos municípios: o caso da saúde do município de Canto do Buriti**

*Wendy Soares Nunes*

*Giovana Ferreira Martins Nunes Santos*

### **Introdução**

O desenvolvimento social e humano se inicia em âmbito municipal, por ser um espaço demográfico melhor administrável pelos gestores e suas políticas públicas básicas, em especial as concernentes aos serviços de saúde. A Emenda Constitucional nº 29/2000, complementada pela Lei Complementar nº 141/2012 – que estabelecem o percentual mínimo de investimentos sob responsabilidade de cada ente federado – e a Emenda Constitucional nº 95/2016 – que estabelece o teto dos gastos da União (ajuste fiscal no controle dos gastos) – determinam a maneira como os entes receberão, em especial os municípios, os investimentos em serviços de saúde, para assim investirem desde a prevenção até os programas de média e alta complexidade. A análise de uma gestão municipal, que se submete aos mesmos critérios de financiamento entre os demais municípios, propicia um exemplo de como os recursos financeiros estão realmente chegando a uma determinada região.

Serão analisadas as mudanças advindas da Emenda constitucional nº 95/2016, que institui o Novo Regime Fiscal da União, no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, onde congela, em relação à despesa

primária do ano anterior, os gastos futuros destinados à saúde, pelo período dos próximos de 20 anos, no Brasil, iniciando-se do exercício financeiro do ano de 2017. Serão comentados os papéis dos entes federados a partir deste marco bem como as demais normas jurídicas que estipularam o piso dos gastos públicos em saúde pública, aplicadas ao município de Canto do Buriti/PI.

Trata-se de uma norma que estipula um teto para os investimentos em saúde impactando a autonomia do ente federativo municipal que estarão sempre obrigados a cumprirem seus percentuais mínimos, das aplicações das receitas nos financiamentos para a saúde, visando o desenvolvimento social. Ressalte-se que os percentuais, hoje, estão estipulados a partir da Emenda Constitucional nº 29/2000. O incremento social, através de políticas públicas, está intimamente ligado à proteção e valorização da saúde da população em âmbito regional, que por ser um direito constitucional e universal, tem como seus principais financiadores os entes federados e a população em geral. Este artigo pretende responder se: o ajuste fiscal promovido pela Emenda Constitucional nº 95/2016, gerou impactos negativos para os municípios brasileiros? Quais foram os impactos gerados no município de Canto do Buriti?

É sabido que o desenho da Federação e o aumento populacional, por si, já pressupõem o crescimento anual dos gastos da Federação concernentes aos investimentos em políticas públicas sociais, principalmente pertinentes ao orçamento destinado à saúde, em contrapartida, os municípios terão de lidar pelos próximos dezoito anos com um congelamento nos recursos destinados à seguridade social, que comporta o direito à saúde como um dos seus tripés. Neste cenário, alguns questionamentos norteiam este artigo: o município será prejudicado ao longo dos anos em seus investimentos, pelo congelamento dos repasses feitos pela União? Os investimentos em saúde irão diminuir ao longo dos anos? E qual o impacto desse ajuste fiscal no atendimento direto à população?

As ações em serviços públicos de saúde são levadas à população de forma conjunta entre os entes federados: A União, através do Ministério

da Saúde formula políticas nacionais de saúde, mas não realiza as ações. Para isso, depende dos estados e municípios, tendo a função de planejar, elaborar normas, avaliar e utilizar instrumentos para o controle do SUS<sup>1</sup>. Os estados possuem secretarias específicas para a gestão de saúde, aplicando recursos próprios, inclusive nos municípios, formula suas próprias políticas de saúde, coordena e planeja o SUS em nível estadual, respeitando a normatização federal; e os municípios são responsáveis pela execução das ações e serviços de saúde no âmbito do seu território, aplicando recursos próprios e os repassados pela União e pelo Estado.

O município de Canto do Buriti-PI, aceitou participar da pesquisa disponibilizando dados de suas receitas anuais, a partir do ano de 2015 a 2018, extraídos da contabilidade que alimenta o Sistema de Informações sobre Orçamentos Público em Saúde (SIOPS), bem como apresentando seu relatório do Ministério da Saúde, em Ações e Serviços Públicos em Saúde (ASPS).

A pesquisa será a partir da revisão da literatura, artigos científicos registros históricos, normas jurídicas vigentes, teses e monografias, em conjunto com a pesquisa de caso do município de Canto do Buriti no Estado do Piauí, a partir dos valores dos repasses feitos pelo Estado do Piauí e pela União, através do SIOPS e dados do Relatório do Ministério da Saúde 2019. A análise aponta a evolução constitucional do tratamento dado à saúde pelo pacto federativo e busca verificar se, diante das responsabilidades dos gestores municipais, a Emenda Constitucional nº 95/2016, como mais um instrumento normativo de controle dos investimentos da União impactou na aplicação do percentual da receita destinada para saúde do município de Canto do Buriti no Estado do Piauí, afetando o desenvolvimento social a partir dos programas de saúde.

---

<sup>1</sup> Ministério da Saúde. <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/responsabilidade-dos-entes>

## **1. Saúde como política fundamental de desenvolvimento humano social e como um direito de interesse público local**

A trajetória da implementação do Sistema Único de Saúde – SUS, como meio para se alcançar a universalidade foi proposta na constituição social de 1988. André Medici (2011), traça que a constituição de 1988 definiu um conjunto de direitos à saúde para todos os brasileiros, sem explicar ou definir claramente quando e como alcançá-los, a que custo e com base em estratégia. O SUS foi criado na Constituição brasileira de 1988, que consagrou o direito universal e gratuito à saúde para todos os residentes no Brasil”. (MEDICI, 2011. p.26). A promoção do SUS passou então, a ser responsabilidade comum dos três níveis de governo, os quais devem vincular parte das suas receitas para o financiamento da saúde no Brasil (RIBEIRO, 2010). Cada ente federado busca o desenvolvimento social e humano, em especial os municípios, por estarem mais próximos da população, a fim de alcançar o “Estado Social”.

Após a primeira revisão constitucional, em 1993, a federação deu destaque ao pacto federativo, Camargo (1994) ressalva eu a federação merece destaque, especialmente no âmbito da Reforma do Estado, uma vez que a Constituição de 1988 consagrou o princípio federativo, fortaleceu financeiramente os estados e municípios, mas deixou o Governo Federal em posição ambígua, visto que não conseguiu completar a engenharia institucional necessária para dar organicidade a um processo de descentralização que precisava atender a um país marcado por extremas diversidades e por uma extensão continental. (CAMARGO, 1994). O principal descontentamento dos estados e municípios está sendo a repartição tributária, que atualmente não traz justiça à população, pois percorre um longo caminho, e não contribui para o desenvolvimento social em âmbito regional. A exemplo disso temos a “DRU-Desvinculação de Receitas da União, e consiste no instrumento criado pelo governo federal para desatrelar uma parte dos recursos públicos arrecadados que possuem destinação específica. Apesar de ter sido apresentado como provisório, ao longo dos anos,

foi sendo prorrogado por sucessivas emendas constitucionais, sob a justificativa de propiciar ao Executivo Federal maleabilidade e governabilidade. É que a desvinculação de parte das receitas arrecadadas pela União conferiria uma maior flexibilidade no desempenho da atividade financeira daquele ente, desobrigando o gestor financeiro de utilizar parte das receitas arrecadadas em sua finalidade original (JAIRO, 2018)”.

Assim, a União aumentou as demandas e serviços que devem ser prestadas pelos estados e municípios, mas, por outro lado, retém a maior parte dos impostos recolhidos da população, impossibilitando, principalmente a autonomia municipal em cumprir suas obrigações urgentes<sup>2</sup>. A partir do advento da EC nº 29/2000, passou-se a contabilizar o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento, como parâmetro para União no início das aplicações dos recursos em Saúde. De 2001 a 2004, o cálculo foi feito pelo valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB. A União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios vêm aplicando, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos<sup>3</sup> Os Estados, distrito Federal e os municípios, gradativamente aplicaram de suas receitas: 12% e 15%, respectivamente, conforme a Emenda Constitucional.

A participação da União na aplicação do piso mínimo em saúde havia sido modificada recentemente, partir da Emenda Constitucional nº 86/2015, onde o governo Federal aplicaria o montante de 15% da Receita Líquida Corrente, de forma progressivamente até chegar ao percentual de 15% da RCL no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.<sup>4</sup> Ocorre que, em relação a União, no ano seguinte, em 2016, ocorreu a mais recente mudança na aplicação dos recursos da União transferidos para a Saúde do Brasil, revogando os

---

<sup>2</sup> Senado Federal. Pacto Federativo. <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>

<sup>3</sup> EC. 29/2000. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm) >

<sup>4</sup> Conselho Nacional de Secretaria de Saúde: <https://www.conass.org.br/guiainformacao/aplicacao-de-recursos-em-aco-es-e-servicos-de-saude/>

dispositivos da EC 86/2015, passado de um piso estipulado, para um teto de gatos públicos.

O direito ao atendimento da população nos serviços públicos de Saúde foi elevado ao patamar de direito fundamental a partir da Constituição Federal de 1988, bem como a partir de então foram determinados os agentes investidores. A aplicação dos percentuais mínimos da receita resultante de impostos estaduais (receitas próprias), provenientes de transferências, passaram a ser exigidas, em conformidade com a Emenda à Constituição nº 29/2000, na busca pela manutenção e desenvolvimento nas ações e serviços públicos de saúde. Tal emenda estabeleceu uma progressividade quanto aos percentuais aplicados até o exercício financeiro de 2004, sendo que caberia à União: a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º." (Art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias/Art. 77 da CF/88) (BRASIL, CF.1988).

Os Estados, por meio da Emenda à Constituição nº 29/2000, aplicavam o mínimo de 12% das suas receitas em políticas nacionais de Saúde, igualmente o Distrito Federal, administrando em nível de Estado os atendimentos de média complexidade e os que serão prestados pela União. Já os municípios, através dos gestores municipais, devem levar programas de média e baixa complexidade, principalmente os que concernem à atenção básica, aplicando o percentual de 15% das suas receitas, bem como através dos repasses feitos pela União, administrados pelo Ministério da

Saúde, através do SUS. A Constituição brasileira estabelece que a saúde é um dever do Estado. Aqui, deve-se entender Estado não apenas como o governo federal, mas como Poder Público, abrangendo a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. A implementação e a gestão do SUS são, portanto, também obrigações das municipalidades, que devem trabalhar integradas às demais esferas de governo, na construção de políticas setoriais e intersetoriais que garantam à população acesso universal e igualitário à saúde (BRASIL, Ministério da Saúde, 2009 p.10).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal, nº 101/2000, a Emenda Constitucional nº 29/2000, a Lei Complementar nº 141/2012 e a Emenda Constitucional nº 86/2015 (revogada pela EC95/2016), são normas que já condicionavam os recursos em aplicações para saúde pública no Brasil. Normas objetivas que compelem a federação como um todo a investir recursos nos serviços públicos de saúde, a fim de promover a qualidade de vida da população.

## **2. O ajuste fiscal a partir da emenda constitucional nº 95/2016 em face do desenvolvimentos das políticas públicas de saúde nos entes federados e a Lei de Responsabilidade Fiscal**

Durante a vigência da Emenda Constitucional nº 86/2015, por meio do Ministério da Saúde (MS), a União ficou responsável pelos programas de alta complexidade e, ao mesmo tempo, ficou responsável em fiscalizar e organizar o SUS em todo o território nacional, bem como passou a determinar o percentual a ser aplicado pela União em recursos e ações em serviços públicos de saúde, correspondentes a 15%, anualmente. Ocorre que tal norma, foi alterada em parte, sendo substituída pela EC nº 95/2016.

O intuito do legislador vem sendo em corrigir desvios capazes de comprometer o orçamento fiscal dos Estados e municípios. O financiamento público dos entes federados coopera significativamente para o desenvolvimento dos municípios em face do aumento das obrigações em

relação às áreas de saúde, educação e segurança. A Lei de Responsabilidade Fiscal objetiva a fiscalização nos limites e condições das despesas, agindo diretamente nas responsabilidades adequadas na EC 29/2000, LC 141/2012 e EC 86/2015, que já condicionavam a aplicação da Saúde entre a União, estados e municípios a um piso de 15%, 12% e 15%, respectivamente, dispensando a Emenda nº 95/2016, que mais uma vez reduziu as aplicações relacionadas às despesas com saúde no Brasil, setor cada vez mais precário.

A emenda Constitucional nº 95/2016 estipulou um teto para os gastos que são financiados pelas receitas primárias da União. Para que os gastos internos sejam controlados e posteriormente pagos é preciso que receita primária seja produzida através de um esforço conjunto entre as três esferas de governo, de forma que, as Receitas Públicas representam os recursos que o governo obtém por meio da atividade de tributação, mas é importante ressaltar que essa atividade não é a única forma do governo obter recursos para financiar suas atividades. O governo também possui patrimônio e pode obter receita por meio dele, quando vende, privatiza, faz concessões, alienações etc. (BRASIL, Escola Nacional de Administração Pública<sup>5</sup>.2017). Aliado ao fator das atividades financeiras, a União também precisa elevar a qualidade do PIB (Produto Interno Bruto), pois a correlação positiva entre o crescimento da economia e o desempenho das receitas fiscais é importante, pois quanto mais dinâmico for o PIB, maior será a arrecadação de impostos<sup>6</sup>. O resultado do Produto Interno Bruto é um meio extremamente importante para se avaliar o crescimento econômico do Brasil<sup>7</sup>, bem como propiciando que outras receitas, como as primárias, sejam produzidas.

---

<sup>5</sup>ENAP - Escola Nacional de Administração Pública. Introdução ao Orçamento Público. <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3168/1/Modulo%202%20-%20Receita%20e%20Despesa%20Publicas.pdf> Acesso em 29/05/2019.

<sup>6</sup> BRASIL. Senado Federal. Relatório de Acompanhamento Fiscal. [https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/RAF3\\_Final\\_Sensibilidadedasreceitasfiscais.pdf](https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/RAF3_Final_Sensibilidadedasreceitasfiscais.pdf). Acesso em 06/06/2019

<sup>7</sup> PENA, Rodolfo F. Alves. PIB - Produto Interno Bruto. Publicado em Geografia Econômica. <https://mundoeducacao.boi.uol.com.br/geografia/ PIBproduto-interno-bruto.htm> Acesso 05/06/2019.

O exemplo de como se obtém crescimento do valor nominal do PIB no Brasil, foi utilizado para compor o parâmetro tomado pela EC nº 95/2016, onde sua base para aplicação dos valores no ano seguinte será feita de acordo com o valor (líquido) nominal arrecadado pela União no ano anterior, pois a credibilidade do orçamento depende do critério com que se elabora a estimativa de receita para o ano seguinte. Esse processo é relativamente complicado, porque envolvem variáveis, como desempenho da economia, possibilidade de mudanças na legislação tributária e a atuação direta do poder público tanto na fiscalização como na negociação de recursos, que estão sujeitos a diversos tipos de influência. (BRASIL, Escola Nacional de Administração Pública.2017). A qualidade do PIB brasileiro oferece informações sobre as condições macroeconômicas do país e eventos recentes relativos à gestão da dívida pública federal brasileira<sup>8</sup>. Portanto, é um parâmetro para transmitir a responsabilidade fiscal do Brasil em pagar suas dívidas externas.

O que a emenda constitucional nº 95/2016 fez, a partir da mudança na regra de investimentos em saúde pela União, foi propor o Novo Regime Fiscal com vigência de 20 anos, visando transmitir aos organismos internacionais a forma com que está lidando com seus gastos em virtude de toda sua receita. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar instituído no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, conforme descrito no art. 107 da Constituição Federal.

Cada um dos limites a que se refere o artigo 107, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), equivalerá à despesa primária paga no ano de 2016, não podendo ser superior ao estabelecido neste exercício financeiro: I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do

---

<sup>8</sup> BRASIL. Tesouro Nacional. <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/web/stn/apresentacao-para-investidores>. Acesso em 05/06/2019.

Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. (BRASIL, EC.95/2016).

As despesas primárias autorizadas na lei orçamentária anual sujeitas aos limites de que trata a EC 95/2016 não poderão exceder os valores máximos demonstrados no projeto de lei orçamentária do ano de 2016. A partir de tal mudança, a regra de investimentos em saúde pela União pasará a aplicar o montante de execução financeira corrigida apenas pela variação do IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), sem consultar os demais entes federados, o que afeta diretamente os investimentos necessários para o desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil. Para administração pública lidar com seus gastos deverá conhecer a medida em recursos financeiros de toda sua produção, receitas financeiras e diversas, para encontrar o que poderá ser incorporado às necessidades sociais e mudanças tecnológicas para o desenvolvimento do seu povo.

### **3. Efeitos do teto de gastos e a saúde no município: o caso do município de Canto do Buriti no Piauí.**

O município de Canto do Buriti tem a sua sede onde, anteriormente, se localizava o povoado Guaribas, na época do seu povoamento, no centro da mata, teve fácil desenvolvimento, em virtude da valorização da borracha, extraída dos vastos maniçolas nativos das imediações. Em sua formação Administrativa foi elevado à categoria de município e distrito, com a denominação Canto do Buriti, pela lei estadual n 837, de 07-07-1915, desmembrado de São João do Piauí, sede na vila de Canto do Buriti. Constituído do distrito sede. Essa formação é análoga à maioria dos municípios do Brasil. A população canto-buritiense está estimada em 20.112 (IBGE.2018) pessoas, com taxa de escolarização de 96,6%, se comparada a outros municípios, com unidade territorial de 4.325,642km<sup>2</sup>, segundo

dados do IBGE<sup>9</sup> em 2018. Segundo projeções do IBGE, a população do Brasil está em 209.953.114 pessoas<sup>10</sup>, sendo 5.570 municípios atualmente. A relevância em se determinar que o estudo de caso fosse feito pelo município de Canto do Buriti, no Estado do Piauí, é a média populacional adquirida pela divisão da população geral pela quantidade de municípios, obtendo a quantidade de 37 mil pessoas em média.

O período analisado corresponde a dois anos antes (2015/2016) e a dois anos após (2017/2018) o advento da EC nº 95/2016, que estipulou um teto, com base na despesa primária da União, em ações e serviços públicos de Saúde, afetando diretamente o ente federado municipal, para se chegar ao verdadeiro impacto na receita destinada da União e dos Estados para seus respectivos municípios.

O financiamento do SUS é feito pelas três esferas de governo: federal, estadual e municipal. O estabelecimento das fontes de recursos para custear as despesas com ações e serviços públicos de saúde atende a um dos pilares da Seguridade Social, fazendo valer o direito de acesso universal da população ao SUS.<sup>11</sup> Para isso, os percentuais para financiamento público em saúde, recaem sobre as receitas em impostos, arrecadas pelos entes federados. O governo federal através do SUS, destina aos municípios o percentual dos impostos arrecadados: FPM – FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS: este fundo é a mais importante fonte de recursos dos pequenos municípios. E constituído por 23,5% da arrecadação dos Impostos sobre a Renda (IR) e sobre Produtos Industrializados (IPI). É distribuído para os municípios de acordo com a sua população, o ITR – IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TER-RITORIAL RURAL que a partir de 2008, com a assinatura do convenio junto à Receita Federal, os municípios recebem 100% do total do imposto arrecadado relativo os esses imóveis, o IOF – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS SOBRE O OURO QUANDO ATIVO FINANCEIRO, onde a União repassa 70% do

---

<sup>9</sup> IBGE <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pi/canto-do-buriti/panorama>, acesso em 26/02/2019

<sup>10</sup> IBGE <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>, 26/02/2019

<sup>11</sup> Ministério da Saúde. <http://portalms.saude.gov.br/repasse-financeiros/siops>

imposto ao município produtor de ouro, e o ICMS-ES. EXP: a União repassa ao Estado 75% do valor como compensação pelas perdas decorrentes da desoneração do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, de produtos primários e semi-manufaturados remetidos ao exterior e este repassa ao município 25%. (Lei Kandir)<sup>12</sup>.

Os percentuais de receitas Estaduais que serão repassadas aos municípios advêm da cota parte de 25% em Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), 50% do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e 25% em Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Já as receitas municipais são: o Imposto Territorial Rural (ITR), Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), Imposto Sobre Transição de Bens Imóveis (ITBI) e Imposto Sobre Serviço (ISS). Todos esses impostos, repassados e obtidos diretamente no município, será o arrecadado do ano e gerará o montante da receita municipal que será alvo da incidência do percentual aplicado em ações e serviços públicos de saúde

A tabela a seguir, apresenta dados extraídos sistema de informações sobre os orçamentos públicos em saúde (SIPOS), de alimentação obrigatória pelos parte dos Gestores do SUS nos municípios, advinda da LC 141/2012, demonstra o que o município de Canto do Buriti arrecadou e, o que Estado do Piauí e a União repassaram, de acordo com os impostos mencionados acima, nos anos de 2015 a 2018, em valores atualizados até maio/2019 (IGP-M):

Ano Exercício financeiro	Arrecadado pelo Município de Canto do Buriti (mil/milhões) <sup>13</sup>	Transferido em impostos do Estado do Piauí para o município de Canto do Buriti (milhões)	Transferido em impostos da União para o município de Canto do Buriti - Fundo SUS (milhões)
2015	R\$ 961.630,09	R\$ 6.383.734,01	R\$ 17.610.967,65
2016	R\$ 1.319.522,09	R\$ 6.434.975,94	R\$ 15.026.323,05
2017	R\$ 1.157.457,77	R\$ 6.400.859,85	R\$ 14.326.981,43
2018	R\$ 1.877.278,52	R\$ 7.109.499,67	R\$ 13.710.856,10

<sup>12</sup> Associação Mineira de Municípios. Os Municípios e a Arrecadação das Receitas Próprias. <https://portalamm.org.br/tributario-os-municipios-e-a-arrecadacao-das-receitas-proprias/>

<sup>13</sup> A tabela conta com valores atualizados monetariamente até maio de 2019. <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores>

Através da leitura da tabela acima, verifica-se que a maior fonte de recursos, oriunda da União, tem apresentado variação decrescente. Por outro lado, houve elevação na arrecadação do município de Canto do Buriti e no repasse efetuado pelo Estado do Piauí.

Os mesmos valores somados são a base para a aplicação dos percentuais determinados pela EC 29/2000, ao município de Canto do Buriti, para que este aplique em saúde. Ainda analisando o mesmo período<sup>14</sup>, seguem discriminadas as receitas de impostos somadas e atualizadas monetariamente, para obtenção do percentual que foi aplicado a cada ano:

Ano	Receitas oriundas do Município/Estado/União Aplicadas à saúde. Atualizada (IGP-M) <sup>15</sup>	Índice que o Município de Canto do Buriti aplicou à saúde	Valor real aplicado à saúde (milhões)
2015	R\$24.844.518,09	17,94%	R\$ 3.751.539,51
2016	R\$22.678.767,97	16,94%	R\$ 3.841.783,29
2017	R\$21.787.257,36	15,89%	R\$ 3.461.995,19
2018	R\$22.595.951,31	21,03%	R\$ 4.751.928,56

Os percentuais mudaram consideravelmente a cada ano, ou seja, em 2015 foram aplicados 17% dos recursos, em 2016 o percentual ficou em 16% (diminuindo o recurso aplicado), em 2017 foi aplicado quase o percentual piso, 15%, e em 2018, com a demanda populacional crescente, o percentual que foi aplicado chegou a 21% da receita vinculada aos serviços de saúde. Até o ano de 2017 houve redução dos recursos financeiros aplicados com ações e serviços públicos de saúde, sofrendo um pequeno aumento em relação ao ano de 2018. Esse aumento foi fruto da arrecadação do município de Canto do Buriti e de transferência realizada pelo Estado do Piauí.

Além da repartição de receita tributária, existem as transferências constitucionais que constituem um sistema no qual a União repassa recursos para os investimentos em áreas de função social: obras de

<sup>14</sup> Dados extraídos dos anexos SIOPS Canto do Buriti, entre os anos de 2015 a 2018.

<sup>15</sup> Dados básicos da correção pelo IGP-M (FGV)

infraestrutura, saneamento básico, saúde, construção de moradias populares; onde o governo federal não exige contrapartida, ou seja, o dinheiro não precisa ser devolvido ao governo como em uma operação de crédito.

Já para as transferências voluntárias, oriundas de convênios, repasses, de transferências de outras esferas de governo para saúde (transferências regionais e automáticas, pagamento de serviços e convênios), exigem elaboração e apresentação dos projetos, e discricionariedade política, portanto, em razão dessa variação não fazem parte da obtenção do percentual que o município deve aplicar em ASPS<sup>16</sup>. A tabela abaixo (anexo SIOPS) apresenta os repasses a seguir:

Ano	Receitas advindas das transferências Constitucionais para o Município de Canto do Buriti	Receita atualizada (IGP-M) <sup>17</sup> (milhões)
2015	R\$6.252.660,45	R\$7.428.623,31
2016	R\$6.823.562,32	R\$7.566.822,94
2017	R\$8.979.667,93	R\$10.045.952,31
2018	R\$10.728.123,54	R\$10.941.365,38

Diante das normas que estipulam parâmetros de aplicação dos recursos de saúde, agora sendo regidos pelo teto da EC 95/2016 (com a vedação para a abertura de créditos que ampliem o montante autorizado), e diante da modernização do estado e do aumento populacional, como fatores preponderantes para o cálculo das despesas primárias da União, os municípios claramente dependem dos recursos federais, como demonstrado, no ano de 2018.

O fato de o percentual aplicado aos serviços de saúde ter subido em 6%, demonstram que a demanda populacional tem aumentado, considerando-se o intervalo em o primeiro (2015) e o último ano analisado (2018). Ocorre que esses reflexos da diminuição dos repasses, ao longo dos próximos anos serão sentidos através da leitura dos percentuais municipais aplicados a todos os serviços básicos de saúde, no caso do município de Canto do Buriti-PI. Os programas municipais em geral e os investimentos

<sup>16</sup> Federação Goiana de Municípios. O que são repasses voluntários. <https://www.fgm-go.org.br/2018/07/12/o-que-sao-repasses-voluntarios/>, acesso em 06/06/2019

<sup>17</sup> Dados básicos da correção pelo IGP-M (FGV)

com saúde se superam a cada ano, obrigando sempre o gestor municipal a aplicar mais do que o percentual mínimo de 15% das receitas de impostos e transferências. Porém, esse percentual ocorre em razão da diminuição da base de cálculo, o que não significa que a municipalidade tenha aumentado a prestação de serviços a fim de satisfazer as demandas do crescimento populacional e combater a precariedade dos sistemas de saúde a nível local.

Considerando que a porta de entrada para o SUS é o município, é responsabilidade do Gestor municipal atender, de forma eficaz e eficiente, a população, através da sua secretaria de saúde. Esse é o dever do governo, como administração pública, como ensina Pollara (2017), analisa que se deve “levar em consideração as urgências e os atendimentos eletivos, podemos observar que a grande maioria dos atendimentos requer uma estrutura muito simples. em termos de urgências, cerca de 85% das pessoas precisam de uma fórmula elementar constituída de: médico, consultório, receituário e pouquíssimos exames. cerca de 10% irão precisar de algum tipo de exame laboratorial, de raio x ou repouso para tomar alguma medicação. somente 5% realmente irão precisar de estrutura hospitalar. desses 5% somente 2% serão urgências que carecem de intervenção cirúrgica, operação imediata” (POLLARA, 2017.26).

A identificação da situação populacional a ser atendida deve ser o ponto inicial considerado pelo gestor quando for organizar o orçamento a ser aplicado em saúde pública, pois, tal informação será o marco inicial para o município financiar uma estrutura de médicos, anestesistas, obstetras, enfermeiros, neonatologistas, etc.

O relatório transmitido pelo município de Canto do Buriti busca coleccionar todas as informações em programas e campanhas municipais, destinadas ao melhoramento dos serviços públicos em saúde. Para o custeio dessa máquina pública, não basta a obrigatoriedade em aplicá-los, é preciso que haja recurso financeiro. As tabelas apresentadas nos tópicos

anteriores demonstram como ente federado municipal, tem poucos recursos próprios, sendo condicionado aos repasses advindos do Estado e da União.

O município dispõe em seu Índice de Efetividade da Gestão municipal, de dados que informam ao cidadão e aos órgãos de controle (Tribunal de Contas), as políticas públicas que serão apresentadas para municipalidade: informações sistematizadas; consultas médicas à distância; profissionais disponíveis para execução das demandas na área da saúde, através de escalas atualizadas; regulares locais de assistência à atenção básica de saúde; vigilância sanitária; insumos para operacionalização da atenção básica, em estoque mínimo; estrutura com auditoria municipal; redes de campanhas em atenção aos grupos de risco (mulheres, gestantes, crianças, idosos, deficientes), bem como, outros serviços que compõem a estrutura administrativa municipal de atendimento à população<sup>18</sup>. A política de atenção básica, através de informações enviadas ao Ministério da Saúde, serve para analisar a melhora no desenvolvimento social de uma população<sup>19</sup>. Os sistemas de informações repassadas pelos gestores municipais disponibilizam, mensalmente, dados a respeito da evolução dos programas básicos de saúde.

O município de Canto do Buriti, apresenta cobertura da estratégia de saúde da família em 100%, ao custo anual no valor de R\$1.390.350,00 (um milhão, trezentos e noventa mil reais e trezentos e cinquenta reais), e em atenção básica de 100%, ao custo anual no valor de R\$828.750,00 (oitocentos e vinte e oito mil e setecentos e cinquenta reais), credenciando equipes e mantendo os custos a partir da receita advinda dos repasses do Estado e da União<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> IEGM. Fornecido pela Secretaria de Saúde de Canto do Buriti. <https://www.tce.pi.gov.br/iegm/usuarios/>

<sup>19</sup> Nota Técnica. Ministério da Saúde. Relatório da Secretaria de atenção Básica. Anexo.

<sup>20</sup> Os incentivos mensais de custeio para a Equipe de Saúde da Família são: modalidade I R\$ 10.695,00 (dez mil e seiscentos e noventa e cinco reais), modalidade II R\$ 7.130,00 (sete mil e cento e trinta reais). Para os Agentes Comunitários de Saúde (ACS) é repassado incentivo de R\$ 1.250,00 (hum mil, duzentos e cinquenta reais) a cada mês, sendo que no último trimestre de cada ano será repassada uma parcela extra, calculada com base no número de ACS registrados no cadastro de equipes e profissionais do Sistema de Informação definido para este fim, no mês de agosto do ano vigente.

Equipes	Teto	implantado	Percentual de população coberta pelas equipes financiadas pelo MS	Valor mensal do repasse	Valor anual pago às equipes
eSF	10	10	100,00	R\$ 106.950,00	R\$1.390.350,00
ACS	52	51	100,00	R\$63.750,00	R\$828.750,00
Situação atual da implantação da(s) equipe(s) de Saúde da Família e Agentes Comunitários de Saúde.					

O fato de haver um constante aumento da população, aliado a 96,91% da população do município de Canto do Buriti-PI, não disporem de plano de saúde, implicam em uma crescente exigência na contratação de novos agentes e a ampliação do Núcleo de Saúde da Família. Se trata da demonstração de como a saúde requer incisivos financiamentos por parte do poder público.

Segundo dados disponibilizados pelo Município de Canto do Buriti/PI, as informações acerca dos programas de Saúde são repassadas através do relatório de Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM). A infraestrutura em informações sistematizadas, trabalhos com agentes comunitários de saúde e campanhas municipais de conscientização da população dentre outros, são disponibilizados diretamente à população e fiscalizados pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Segundo o Ministério da Saúde (MS), tal relatório é importante para obtenção das informações sobre ações reais sendo utilizadas em prol do desenvolvimento da saúde em âmbito municipal. A esfera municipal é o primeiro ponto, do setor público, onde a população busca por seus direitos ao acesso universal à saúde, bem como, é o lugar onde serão planejadas as inúmeras metas a serem atingidas na agenda da saúde pública, através do plano municipal, já elaborado pelos gestores federais, estaduais e municipais.

De toda forma, é consabido que a quantidade de insumos e os processos implantados estão diretamente subordinados à ação e esforço do gestor, em virtude da discricionariedade política que lhe é conferida pelo Estado Democrático de Direito. A quantidade e qualidade dos produtos e serviços públicos ofertados dependem da administração do gestor em relação aos seus recursos financeiros, bem como, depende da influência do contexto socioeconômico em que o município está inserido. Nesse sentido,

em se tratando de avaliação de efetividade, o IEGM 2017, aferido pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí, identificou que o do município de Canto do Buriti está abaixo da mediana, entre os 25% (anexo relatório), menores índices de desenvolvimento de saúde do Brasil, obtendo nota 58 no relatório, o que reitera os dados apresentados pela pesquisa de que o aumento dos percentuais não significa melhor efetividade das ações e serviços de saúde.

## **Considerações**

O Estado Federal é caracterizado como uma forma de organização e distribuição de poder estatal, aliado ao governo central, que divide as responsabilidades e competências entre as três esferas de governo. Toda estrutura jurídica de arrecadações e obrigações financeiras são parte da administração pública. Ao buscar o Estado, o cidadão fez com que o legislador percebesse que, mesmo sendo universal o direito à saúde, precisava ser complementado de maneira significativa, determinando quais competências cada ente federado deveria ser responsável a cumprir.

As tarefas entre as três esferas de governo foram divididas, doze anos depois da CF/1988, através da Emenda Constitucional nº 29/2000, no entanto, a emenda precisou ser debatida quanto sua efetividade, surgindo, após outros doze anos, a Lei Complementar nº 141/2012, trazendo ferramentas de fiscalização e aplicação dos percentuais que devem ser aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e municípios. Apesar da repartição das obrigações terem sido feitas, a tutela do Estado centralizador é verificada quando a maior parte das arrecadações são direcionadas à União, o que foi demonstrado diante dos repasses apresentados.

A criação da Emenda Constitucional nº 95/2016, aplica-se à União, em especial para as despesas primárias do orçamento fiscal e sobre o orçamento da seguridade social que engloba os investimentos em Saúde a partir do SUS, ocorrendo em descompasso com os anseios de um pacto federativo mais redistributivo entre as federações. A partir do momento

em que a União conforma seus repasses a um teto e este passará a valer para os investimentos enviados a todos os demais entes federados, o mínimo que deveria ser analisando é a condição atual de cada município, que depende, em relação aos projetos de implementação de serviços de saúde, exclusivamente dos fundos de repasses.

O financiamento público dos entes federados coopera significativamente para o desenvolvimento dos municípios, no entanto, a EC nº 95/2016 limitou os gastos da União em relação ao cálculo dos repasses advindos do SUS, criando entraves para os investimentos futuros, sem considerar a situação da repartição fiscal e tributária dos demais entes federados.

Em relação ao município de Canto do Buriti-PI, houve impacto direto e negativo no equilíbrio do pacto federativo, concernentes às receitas financeiras advindas da União, através dos repasses obrigatórios, decresceram ao longo dos últimos quatro anos. O aumento percentual, não significa que houve aumento no investimento em ações e serviços públicos de saúde no município de Canto do Buriti, ao contrário, o aumento percentual ocorreu em virtude da redução da base de cálculo (receitas de impostos e transferências), principalmente em relação ao repasse federal.

Em termos de efetividade das ações e serviços públicos de saúde, o relatório do IEGM/TCE-PI identificou que a situação atual do município é mediana, que continua impactando negativamente no desenvolvimento da população de Canto do Buriti-PI. Ficou evidenciado que diante da variação negativa dos investimentos feitos pela União, os resultados negativos foram bastante significativos em relação aos exercícios de 2015 a 2018, diante da queda no repasse para o financiamento dos serviços públicos.

Assim, as despesas com serviços públicos de saúde têm ficado cada vez mais a cargo do município, sem a contraprestação financeira obrigatória do governo federal, que a partir da EC nº 95/2016, condicionou suas despesas a um teto, sem levar em consideração a real situação e o impacto da medida nos municípios brasileiros. Os recursos próprios, do município

de Canto do Buriti-PI, quando são analisados empiricamente, não garantem as necessidades dos serviços públicos em saúde, demandadas pela população condicionando o município a depender obrigatoriamente dos repasses dos demais entes federados. Tal situação demonstra que, atualmente no Brasil há uma emergente necessidade de um novo pacto federativo fiscal de forma a equilibrar a relação entre a arrecadação e as competências estabelecidas para cada um dos entes federados.

## Referências

BACHA, Edmar Lisboa e SCHWARTZMAN, Simon (organizadores). MEDICI, André. **Brasil: a nova agenda social**. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

BRASIL, Senado Federal, **Pacto Federativo**. <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>. Acesso em 14/05/2019.

BRASIL, Blog do Planalto. **União, estados e municípios têm papéis diferentes na gestão do SUS**. <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/0-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica> Acesso em 16/05/2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **REGULAMENTAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29, DE 2000** <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2012/nt14.pdf>. Acesso em 22/04/2019.

BRASIL, **Lei Complementar 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal**: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. acesso em 03/05/2019.

BRASIL, **NOTA TÉCNICA Nº 9/2019-CSIOPS/DESID/SE/MS - Ministério da Saúde - Secretaria Executiva. Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento Coordenação do Sistema de Informações sobre Orçamento Públicos em Saúde**. <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/marco/25/NT-009-Base-Calculo-ASPS.pdf> Acesso em 20/05/2019.

BRASIL, **Lei Complementar 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal**: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. acesso em 03/05/2019.

BRASIL, **NOTA TÉCNICA Nº 9/2019-CSIOPS/DESID/SE/MS – Ministério da Saúde – Secretaria Executiva. Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento Coordenação do Sistema de Informações sobre Orçamento Públicos em Saúde.** <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/marco/25/NT-009-Base-Calculo-ASPS.pdf> Acesso em 20/05/2019.

BACHA, Edmar Lisboa e SCHWARTZMAN, Simon (organizadores). **MEDICI, André et al – Brasil: a nova agenda social** – Rio de Janeiro: LTC, 2011.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Secretaria-Executiva. Departamento de Apoio à Descentralização. O SUS no seu município: garantindo saúde para todos /** Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Departamento de Apoio à Descentralização. – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p.46 il. color. – (Série B. Textos Básico de Saúde) <[http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/sus\\_municipio\\_garantindo\\_saude.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/sus_municipio_garantindo_saude.pdf)> Acesso em 17/05/2019.

BRASIL, **Lei de Improbidade Administrativa.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)

BRASIL, Senado Federal. **Orçamento Fácil. Receitas e Despesas: primárias e financeiras.** <<https://www12.senado.leg.br/orcamentofacil/6.-classificacoes-orcamentarias/receitas-e-despesas-primarias-e-financeiras>> Acesso em 27/05/2019.

BRASIL, **Relatório de avaliação de receitas e despesas primárias: programação orçamentária e financeira de 2018.** Secretaria de Orçamento Federal. Brasília. Março de 2018. <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/informacoes-orcamentarias/relatorio-de-avaliacao-de-receitas-e-despesas-primarias-10-bimestre.pdf>> p. 55. Acesso em 27/05/2019.

BRASIL, Ministério da Saúde. **SIOPS na gestão e financiamento da Saúde.** <http://portals.saude.gov.br/repasses-financeiros/siops> Acesso em 29/05/2019.

BRASIL, LEI Nº 8.080/99. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). ACESSO EM 14/05/2019

BRASIL, Sefaz. Rio de Janeiro. **Resultado Primário e Orçamentário**. [http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/site\\_fazenda/prest\\_contas/cidadao/2013/2014/09%20-%20SETEMBRO/%283%29%20Relat%C3%B3rio%20Prestando%20Contas%20ao%20Cidad%C3%A3o%20-%20Resultado%20Primario%20e%20Or%C3%A7ament%C3%A9rio.pdf](http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/site_fazenda/prest_contas/cidadao/2013/2014/09%20-%20SETEMBRO/%283%29%20Relat%C3%B3rio%20Prestando%20Contas%20ao%20Cidad%C3%A3o%20-%20Resultado%20Primario%20e%20Or%C3%A7ament%C3%A9rio.pdf). Acesso em 29/05/2019.

BRASIL, IBGE **divulga as Estimativas de População dos municípios para 2018** <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018>. Acesso em 22/02/2019.

BRASIL, Confederação Nacional dos Municípios. Os Municípios e o financiamento da saúde - Emenda 29/2000. [https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca\\_antiga/Outo80sMunicipioseofinanciamentodasaude-Emenda29-2000.pdf](https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca_antiga/Outo80sMunicipioseofinanciamentodasaude-Emenda29-2000.pdf). Acesso em 26/02/2019.

BRASIL, IBGE: **50 milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza**. <http://agencia-brasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>. Acesso em 26/02/2019.

BRASIL, Senado Federal. **Relatório de Acompanhamento Fiscal**. [https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/RAF3\\_Final\\_Sensibilidadedasreceitasfiscais.pdf](https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/RAF3_Final_Sensibilidadedasreceitasfiscais.pdf). Acesso em 06/06/2019

BRASIL, **Emenda Constitucional Nº 86, de 17 de março de 2015**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm). Acesso em 05/06/2019.

CAMARGO, Aspásia. **O novo pacto federativo**. Revista do Serviço Público - RSP, ano 45, v. 118, n. 1, p. 87-94. Número padronizado: v. 45, n. 1 (1994). <http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/745/591> Acesso em 05/05/2019.

ENAP. Escola Nacional de Administração Pública. **Introdução ao Orçamento Público**. <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3168/1/Modulo%202%20-%20Receita%20e%20Despesa%20Publicas.pdf> Acesso em 29/05/2019.

GOBETTI, Sérgio Wulff. **Ajuste Fiscal nos Estados: uma análise do período 1998-2006**. Revista Econômica Contemporânea. Rio de Janeiro, nº 14: págs. 113-140. 2010.

INTERESSE PÚBLICO – Ano 1, nº 4, **Perspectiva dos municípios na Federação Brasileira**. outubro/dezembro de 1999 – São Paulo. Notadez, 1999, Caderno de Direito Municipal, Pág. 80

JAIRO, Antonio [et.al]. **Desvinculação de Receitas da União e sua Relação com o Pacto Federativo, os Direitos Sociais, o Pagamento de Juros da Dívida e a Previdência Social**. 2018. <https://jus.com.br/artigos/64930/desvinculacao-de-receitas-da-uniao-e-sua-relacao-com-o-pacto-federativo-os-direitos-sociais-o-pagamento-de-juros-da-divida-e-a-previdencia-social>. Acesso em 05/06/2019.

MINAS GERAIS, Associação Mineira de Municípios. **Os Municípios e a Arrecadação das Receitas Próprias**. <https://portalamm.org.br/tributario-os-municipios-e-a-arrecadacao-das-receitas-proprias/> Acesso em 22/04/2019´.

POLLARA, Wilson Modesto. **A Saúde tem Cura** - São Paulo: Ed. do Autor, 2017.

PENA, Rodolfo F. Alves. **PIB – Produto Interno Bruto**. Publicado em Geografia Econômica. <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/pibproduto-interno-bruto.htm>. Acesso em 05/06/2019.

PIAUI. Tribunal de Contas do Estado do Piauí. IEGM, Índice Efetiva de Gestão Municipal. 2019. Acesso em 06/06/2019.

RIBEIRO, Wesley Carlos e JULIO, Renata Siqueira. **Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras** <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768/1858> Em PFD: file:///C:/Users/101322~1/AppData/Local/Temp/2768-6391-2-PB.pdf> acesso 04/04/2019

SERAFIN, Gabriela Pietsch. O princípio federativo e a autonomia dos entes federados. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em:[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gabriela\\_Serafin.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gabriela_Serafin.html) Acesso em: 09 nov. 2018.

SOUZA JÚNIOR, José Ronaldo de Castro e BASTOS, Estevão Kopschitz X. **Potencial de crescimento da economia brasileira. Revista Conjuntura Econômica**. Janeiro 2017. ps.16/17 <<http://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/autor/ronaldo-souza/page/2/>> acesso em 27/05/2019.

SOUZA JÚNIOR, José Ronaldo de Castro [et.al]. **Regime Fiscal para o Crescimento Sustentado** [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/180413\\_desafios\\_da\\_nacao\\_artigos\\_vol1\\_capo4.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol1_capo4.pdf). Acesso em 26/02/2019.

VOLPE, Ricardo. EC 95 - **NOVO REGIME FISCALAS. diversas interpretações** <https://portal.tcu.gov.br/data/files/42/A2/FA/FE/BCEDF510F0C95CE52A2818A8/EC%2095%20-%20Novo%20Regime%20Fiscal%20-%20As%20diversas%20interpreta%C3%A7%C3%B5es.pdf> Acesso em 22/02/2019.

## **O processo eleitoral e o discurso do ódio: da liberdade de expressão à xenofobia**

*Luciana Carrilho de Moraes*

*Maria Eduarda da Silveira Bona Madeira Campos*

### **Introdução**

O processo eleitoral é marcado pelo discurso do ódio. Isso ocorre pelas fortes divergências políticas existentes entre os candidatos ao cargo.

É sabido que no Brasil, atualmente têm-se a “liberdade de expressão” como um dos direitos fundamentais mais importantes, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, inciso IV. No entanto, não foi sempre assim, pois o mesmo fora extinto durante dois períodos, quais sejam: a Constituição de 1937, o qual se deu início a censura, estabelecida na era de Getúlio Vargas e ainda, na Constituição de 1967, que com o golpe de 1964, a democracia dava lugar ao autoritarismo.

Apesar de o respaldo de que a liberdade de expressão é um direito que não deve ser extinto e a censura não deva existir, tal direito deve ser praticado sempre com respeito, sob pena de ser considerado crime, de acordo com a Lei nº 7.716/1989.

Ante o exposto, tal trabalho visa demonstrar a colisão de dois direitos fundamentais: direito à liberdade de expressão “versus” a dignidade da pessoa humana, tendo em vista os excessos ocorridos quando se trata da liberdade de expressão de algumas pessoas, quando não há respeito para com os outros, chegando ao cometimento de crimes, tendo como exemplo

a xenofobia, sofrida principalmente por nordestinos, baseando-se da democracia.

Dentro deste contexto, o presente trabalho infere ao seu propósito o seguinte problema: como a liberdade de expressão, tal como estabelecida nos direitos fundamentais da Constituição de 1988, deve ser interpretada à luz deste novo cenário virtual das *fake news* no processo eleitoral?

Além de tais responsabilidades que seriam repassados àqueles que praticaram esses atos, é de suma importância demonstrar que, mesmo na internet, onde é o maior volume desses discursos, há lei e que há de haver respeito para com a sociedade.

Tem-se como base legal para a presente pesquisa bibliográfica a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de outras fontes, como livros, artigos, monografias. Os principais autores utilizados para o desenvolvimento da pesquisa foram Bezerra (2018), Manhoso (2015), Silva (2014), Tôrres (2013) e Ventura (2013), entre outros.

## **1. A liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º incisos IV e IX dispõe sobre a liberdade de expressão, seja ela de pensamentos ou ideias, assegurando esse direito a todos, desde que não fira o direito de outrem, como descrito a seguir:

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (FARIAS, 2008, p.115).

A liberdade de expressão está interligada à liberdade de pensamento, porém, aquela é pressuposto desta, assim, existem diversas formas de censura às ideias, mas apenas o pensamento manifestado é que pode ser

submetido ao poder do Estado. Ocorre que, esse direito, por vezes, tem se confundido nas redes sociais com discursos de ódio gerando uma reflexão quanto aos limites dessa liberdade.

### **1.1 O direito de liberdade de expressão**

Liberdade de expressão é um direito de primeira geração, que exige do Estado uma negativa de sua parte a qualquer tipo de restrição a exposição de ideias, desde que respaldadas pela legalidade. Da mesma forma, permite que essas ideias sejam recepcionadas por diversos meios de comunicação, sem que haja censura. Ou seja, é o direito de poder exteriorizar opiniões pessoais ou de grupo, prezando sempre pelo respeito e a lisura das informações (BEZERRA, 2018).

A relação existente entre a mídia e a liberdade de expressão é essencial, pois aquela agrupa os meios que aumentam as possibilidades de manifestação das ideias de forma escrita ou plástica. No entendimento de Bezerra (2018, s.p):

O direito de se expressar não indica que não haja imposição de limites éticos e morais. Assim, a calúnia não é permitida, bem como atos de injúria, pois desta forma há direitos que deixariam de ser preservados. A preservação dos direitos de expressão deve ser assegurada em qualquer meio de comunicação, incluindo a Internet. A informalidade não deve significar a liberdade total para se dizer o que se quer e ofender as pessoas, causando danos morais.

Percebe-se que o direito de livre expressão não pode auxiliar a quem quer exercê-lo de forma anônima. É para isso que existem os limites a esse direito, de forma ética e moral, para que não haja a prática, por exemplo, dos crimes contra a honra: calúnia, injúria e difamação.

É possível considerar a liberdade de expressão como direito fundamental por ter sido objeto de discussão no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, sendo garantida pelo mesmo, sendo o pacto adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, após

ser aprovado pelo Congresso Nacional em decreto legislativo em 12 de dezembro de 1991. Que dispõe em seu artigo 19:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
  - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
  - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas (BRASIL, 1991).

No mesmo sentido é importante apontar a culminância do Pacto de São José da Costa Rica. A carta de adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi depositada em 25 de setembro de 1992. A promulgação da Convenção se deu pelo Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992.

O documento foi adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a OEA, em 22 de novembro de 1969, e entrou em vigor em 18 de julho de 1978. Nesse sentido dispõem os incisos 1, 2 e 3 de seu artigo 13, sobre liberdade de pensamento e expressão:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.  
O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:
  - a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
  - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (BRASIL, 1978).

O direito de liberdade de expressão, por ser direito personalíssimo, é indisponível, pois nasce com o indivíduo, dessa forma, se pode manifestar ou não os pensamentos e ideias, tratando-se de uma liberdade de fazer ou não fazer.

Nesse viés, Torres (2013, p. 62) leciona sobre a liberdade de expressão e seu exercício em formas variadas:

Mais do que um direito, a liberdade de expressão pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação. Sendo diversas as formas de expressão humana, o direito de expressar-se livremente reúne diferentes liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total.

Na sociedade contemporânea, a liberdade de expressão consiste em um agrupamento de direitos que são inerentes a toda pessoa, relacionados a liberdades de comunicação, compreendendo a liberdade de expressão em sentido estrito.

Esse direito de se expressar livremente é resultado de muitas lutas e da evolução histórica da própria sociedade, ao passo que esta entendeu a importância de expressar o que pensa para conseguir melhorar a realidade, pautando-se no respeito às diferenças, sejam elas sociais, de gênero, religiosas e políticas.

Conforme dispõe Silva (2014, s.p):

Porém, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, sendo que nas hipóteses onde o exercício da liberdade de pensamento e expressão fere direito constitucionalmente consagrado de outrem, há de existir a devida limitação e punição. Aplica-se essa lógica também na expressão intelectual e artística, de modo que se um livro prega o preconceito contra uma minoria, tal livro deve ser retirado de circulação e os responsáveis por ele devidamente punidos. Vê-se que apesar de ser proibida a censura e dispensada a licença, deve haver a responsabilização daqueles que praticarem abuso no exercício do seu direito de liberdade de expressão.

Entender a liberdade de expressão como um direito fundamental é de suma importância, mas este não é absoluto, assim, quando ferir a existência de outro direito, deverá ocorrer sua limitação, para que haja harmonia entre eles de forma constitucional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contempla o direito à liberdade de expressão, considerando-a essencial ao exercício da democracia, conforme observa-se em seu artigo 19:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras.

Destarte, assegurar os direitos presentes no artigo é garantir a sustentação de outros direitos, como liberdade de religião e a possibilidade de participar de questões políticas, mas a liberdade de expressão não é ilimitada. Não se pode falar abertamente tudo o que se quer, é necessária uma ponderação dos efeitos, de que forma os outros serão afetados, pois são direitos garantidos a todos.

## **1.2 A censura e os limites à liberdade de expressão**

Proibir a liberdade de expressão e restringir a manifestação de ideias é ação característica de governos totalitários, e historicamente o referido direito surgiu com o liberalismo político.

O Ato Institucional 5 (AI-5), considerado o inibidor mais expressivo de liberdades do período, provocou o surgimento de uma imprensa alternativa, nomeada de jornal pequeno e que era responsável por veicular informações que a grande imprensa não abordava, principalmente assuntos relacionados a protestos de resistência, a imprensa pequena por sua vez só deixou de existir quando da reabertura política do governo Geisel em 1978, que a então imprensa empresarial passou a veicular os assuntos tratados pela também chamada imprensa nanica.

Assim, conforme o liberalismo foi sobrepondo-se ao absolutismo, os limites e cuidados pessoais perderam-se com o passar do tempo e, atualmente, chegou-se à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que após anos de regime ditatorial militar, alcançou mais uma vez o Estado Democrático de Direito.

Sobre o Estado Democrático de Direito, afirma Fernandes (2012, p. 285):

Na realidade, o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo de silêncio – que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. Vem representando, principalmente, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Aqui a concepção de direito não se limita a um mero formalismo como no segundo. A perspectiva assumida pelo direito caminha para a procedimentalização, e por isso mesmo, a ideia de democracia não é ideal, mas configurando-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingido, ou seja, da sociedade. (grifo do autor)

O grande desafio dessa forma de governo, no que diz respeito ao Brasil, é poder garantir a plena participação dos brasileiros na política. O bem coletivo deve ser pensado em conjunto com o individual, pois um decorre do outro, porém, não se pode permitir que os direitos e garantias individuais sejam retirados por razões de cunho político-partidário, sem a devida justificativa. Assevera Ventura (2013, s.p):

A liberdade de expressão se “materializa” no exato momento em que o sujeito manifesta o seu pensamento (de forma, oral, escrita, gestual...) para que terceiros tomem conhecimento. Dessa forma, sempre o será lícito se não esconder-se atrás do escudo do anonimato.

O grande problema, que hoje enxergo sobre o tema, é o fato de uma manifestação de pensamento se colocar contrária a costumes ou interesses da grande massa. É aí que começa o grande dilema.

Dessa forma, manifestar um pensamento, independentemente da forma utilizada, requer cautela, pois a tudo que é dito podem ser atribuídas variadas interpretações, dessa forma, sempre que uma opinião é exposta é necessário observar o respeito às diferenças.

É possível que a liberdade de expressão colida com outros direitos fundamentais. Isso revela que ela não é absoluta, e que ao mesmo tempo em que é importante garantir a liberdade de expressão, também é necessário que exista simultaneamente uma proteção aos demais direitos. É comum confundir a garantia desses direitos com a censura, o que é um equívoco.

A censura não é novidade, principalmente para o Estado Brasileiro, pois como é do conhecimento de todos, foram anos vivendo sob sua égide, na Era Vargas e da Ditadura Militar, em que havia a prática da chamada censura prévia. No entanto, a mesma, tem ganhado novas formas com o passar do tempo.

## **2 A diferença entre liberdade de expressão e discurso de ódio nas redes sociais**

O discurso de ódio é uma manifestação segregacionista, composto por dois elementos básicos: discriminação e externalidade, baseando-se na dicotomia, onde o emissor é superior e o atingido é o inferior. Quando o autor dá a conhecer sua opinião a outro, ela passa a existir como manifestação que é. Para que esse conceito seja mais bem compreendido; deve-se aprofundar-se no aspecto da externalidade. Sendo assim para que

o discurso de ódio exista é necessário que as ideias sejam transpostas do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto), o que caracteriza a expressão discursiva. Pois sem essa expressão, não há dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, sendo apenas pensamento, emoção, e ódio sem o discurso; já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar (SILVA, et al.; 2011).

Quando o limite dos pensamentos é ultrapassado, havendo assim a presença das palavras publicadas, há a instauração do problema. Dessa maneira, existindo o discurso, o mesmo chega a quem busca denegrir e aqueles a quem busca incitar contra os denegridos estando apta a violar os direitos fundamentais e atacar a dignidade humana, produzindo assim seus efeitos nocivos. Resumindo, a partir dessa manifestação pública, surgem os danos e a necessidade de que instancias com determinado poder de controle intervenha, entre elas o Direito (LIMA, 2015).

Quando o exercício de liberdade de expressão e pensamento chega a ferir o direito consagrado constitucionalmente a outrem, é necessária a existência de limites e punição, sendo a liberdade de expressão um direito não absoluto. O abuso do poder do direito de expressão permite a existência de certa censura judicial à mesma, permitida através de sanção em nosso ordenamento jurídico (SILVA, 2014).

Uma vez que a liberdade de expressão não pode ser utilizada para atacar a liberdade de outros, o limite para a mesma é a própria liberdade. O novo conceito de igualdade vai além do “todas as pessoas são iguais perante a lei”, mas estende-se, e já é entendida como um direito a diferença, já que todas as pessoas são diferentes, e essas diferenças devem ser respeitadas em uma sociedade plural visando à inclusão. Como não há respeito a diferença, afirmando-se que o diferente é um indivíduo que não merece consideração, havendo a desqualificação do seu status de cidadão, o discurso que promove o ódio com base na raça, etnia, gênero, nacionalidade, deve ser proibido. Esse discurso elimina a autoestima das

vítimas, causa danos psicológicos, é um perigo às democracias atuais (THEOPHILO,2015).

Os discursos de ódio e as falsas notícias existiam antes mesmo da aparição da internet. A sua disseminação nos meios de comunicação tradicionais, anteriores à aparição dos meios digitais, era e ainda é bastante controlada, pois, os profissionais da comunicação dispõem de diversos recursos para filtrar e verificar fontes.

Ademais, o discurso de ódio tem como alvo prioritário a pessoa (ou um grupo), enquanto as falsas notícias têm um escopo bastante mais amplo e visam a disseminar falsas informações de caráter tão diverso quanto as de interesse político, ideológico, financeiro, comerciais e muitos outros.

Para adentrar na discussão sobre Discurso de ódio, vejamos inicialmente como é definido por BRUGGER, *in verbis*:

Discurso de ódio é uma forma de violência simbólica contra pessoas que partilham uma determinada identidade, bem como incentiva a agressão, a violência, a segregação em relação a tais pessoas. Nesse sentido, o discurso do ódio compõe-se de todas as formas de expressão que propagam, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, homofobia, o antissemitismo e outras formas de ódio baseadas na intolerância (BRUGGER, 2007).

Na medida em que a violência decorrente do discurso de ódio vai de encontro tanto à liberdade de expressão quanto à liberdade *stricto sensu*, enquanto direitos fundamentais, fica claro tratar-se de um tema de suma importância.

Ninguém contesta a legitimidade dos novos meios de comunicação, a internet. Todavia, também não há dúvidas quanto à necessidade de refletir sobre os dispositivos legais e, por que não dizer éticos, para discipliná-los. A ausência de uma legislação mais desenvolvida, associada a uma profunda incompreensão de certos limites mínimos a respeitar na produção e disseminação de conteúdos através desses novos meios, suscita no público em geral a ideia de que em ambientes virtuais tudo é permitido.

Freitas e Castro (2015), em artigo que analisa o discurso de ódio relacionado a Liberdade de Expressão, fazem a seguinte observação acerca do discurso de ódio, *in verbis*:

Observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado ‘diferente’, quer em razão da sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social. (FREITAS e CASTRO, 2015, p18)

Na contramão desse espírito de responsabilidade, que deveria nos reger em sociedade, o imaginário coletivo vem sendo alimentado com a percepção de que qualquer coisa pode ser dita, sem a relação direta com a consequência desse ato e com os prejuízos individuais e coletivos que possam surgir dessa expressão ilimitada e inconsequente.

O princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), tem assumido uma posição crítico-constructiva sobre o atual cenário das questões envolvendo a liberdade de expressão e os discursos de ódio na internet, tendo como pano de fundo as redes sociais, para evitar que o usuário não tenha qualquer capacidade de reflexão sobre as consequências de seus atos diante da sociedade, visto que esse princípio é a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais.

De acordo com Silva (2014, s.p):

O cerceamento do direito à liberdade de expressão devido ao abuso do mesmo, pode ser entendido como uma forma de censura permitida no nosso ordenamento jurídico, que seria a judicial (através da sanção). A forma de abuso do direito de liberdade de expressão que mais nos interessa no momento é quando ele ocorre através do discurso de ódio. O discurso de ódio ocorre quando um indivíduo se utiliza de seu direito à liberdade de expressão para inferiorizar e discriminar outrem baseado em suas características, como sexo, etnia, orientação sexual, religião, entre outras.

O discurso de ódio através da internet em redes sociais tem sido uma situação corriqueira, posto que, por vezes, as pessoas acreditam que

estão exercendo o seu direito de liberdade de expressão, quando na verdade não estão.

Tal discurso não se confunde com a liberdade de expressão, pois tal direito não dá abertura para qualquer tipo de discriminação ou preconceito, seja pela cor, raça, credo, gênero ou orientação sexual, diferentemente da última postura que visa apenas a objetificação de uma determinada pessoa ou grupo de pessoas, sendo que a partir desse momento, a discriminação toma um caráter difuso.

Um exemplo ocorrido no ano de 2010 abordou o tema do discurso de ódio e a liberdade de expressão e que, dessa vez, no *Twitter*. O ano em questão foi de eleições presidenciais, e nessa época o discurso de ódio tomou conta dos noticiários. Eleitores e candidatos proferiram palavras ofensivas de rancor e ódio, contra minorias nas redes sociais, a exemplo disso temos os ataques xenofóbicos sofridos por nordestinos, vindo da parte de paulistas, após a vitória de Dilma Roussef (LIMA, 2015). Após a vitória de Dilma Roussef sobre José Serra nas eleições, em 31 de outubro de 2010 Mayara Petruso, estudante de Direito publicou, em sua página no *Twitter*, a mensagem: “Nordestino não é gente. Faça um favor a Sp: mate um nordestino afogado!” que foi considerada, segundo a sentença condenatória proferida pela juíza da 9ª Vara Federal Criminal em São Paulo, “de incitação à discriminação ou ao preconceito de procedência nacional”, estando adequada ao tipo penal descrito no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei 7.716/89 (LIMA, 2015).

Em 23 de abril de 2014 o Estado Brasileiro promulgou a Lei 12.965, conhecida como Marco Civil Da Internet, que discorre:

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da

personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; [...]

Art. 3<sup>o</sup> A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei.

Diante de todas as mudanças trazidas pelas novas tecnologias de comunicação e informação, levando em consideração a liberdade de expressão e sua importância para a democracia, o surgimento do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, se mostra essencial para regular as ações dos indivíduos na internet, estabelecendo direitos e deveres, princípios e garantias àqueles que utilizam o serviço no Brasil. Promovendo a liberdade de expressão, mas coibindo qualquer prática de discriminação, como os discursos de ódio.

### **3 Um análise do fake news no âmbito do processo eleitoral**

Um dos desafios do regime político é, justamente, manter-se democrático. Para isso, as leis e os princípios que vitalizam o regime são estabelecidos através de uma Constituição, na qual está redigida uma série de entendimentos juridicamente pautados sobre os direitos do indivíduo e a função do Estado em garanti-los, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana.

A despeito dos governos e da temporalidade, os Direitos Fundamentais devem ser respeitados e a democracia deve prevalecer sobre os interesses políticos/partidários e individuais.

Uma atual e pungente polêmica colocou muitos regimes democráticos em cheque: trata-se das chamadas *fake news*, fenômeno que ganhou notoriedade no mundo virtual e poder de alcance global com a popularização das redes sociais.

As *fake news* ganharam força e o alibi de muitos usuários da internet visto que notícias publicadas em rede se popularizaram através da criação

e compartilhamento dos usuários em redes sociais por livre e espontânea vontade. Segundo Copetti e Miranda (2015), as novas tecnologias têm contribuído para significantes transformações no meio social. Com a internet popularizada no Brasil, a partir do início do século XXI, as mudanças no mundo da informação se intensificaram.

Se antes a informação estava comumente restrita aos meios de comunicação em poder de um grupo empresarial ou político, cuja veiculação tem custo alto e muitas vezes é usada conforme interesses particulares, com o advento da internet a experiência de acessar e produzir a informação foi transformada: as distâncias encolheram, o usuário passou a ter mais autonomia no mundo das notícias, novos modelos de negócio surgiram, o direito ao uso e disseminação de opinião se ampliou e o acesso irrestrito ao conteúdo publicado na internet por milhares de usuários.

Se antes construir e disseminar sua própria narrativa era algo custoso, que demandava dinheiro e técnica, a internet barateou e facilitou o acesso e a produção de conteúdo. Tornou-se célebre a polêmica frase que Umberto Eco disse ao afirmar que a internet deu voz aos imbecis que agora têm tanto direito a falar sobre qualquer quanto vencedores de prêmios Nobel. O filósofo defendeu que uma das funções do jornalismo seria o de fazer uma curadoria das informações, já que nem tudo que se encontra na internet é confiável.

O caso das *fake news* traz esta reflexão: se o indivíduo contribui de alguma forma para a desordem intelectual ou social, com eventuais consequências no mundo real e na vida social, é mais importante e imprescindível que o regime se proteja ou proteja a ação e a liberdade do indivíduo.

### **Considerações finais**

O presente estudo pretendeu analisar a liberdade de expressão nas redes sociais e assim o fez, respondendo à problemática da pesquisa e

confirmando a hipótese levantada, pois foi possível entender, diante de todo o exposto na pesquisa, que a censura ao direito de liberdade de expressão não deve existir, pois representa um ato violento contra a democracia.

Pode-se perceber também, que a liberdade de expressão não pode ser confundida com discursos de ódio, pois estes ferem princípios basilares da Constituição Federal de 1988, além de tratados internacionais. Ou seja, esse tipo de atitude é uma forma de abuso ao direito de livre expressão do pensamento, pois caracteriza-se pela intenção de desclassificar as minorias com ofensa.

Observa-se que as manifestações de opinião são essenciais à preservação das liberdades individuais, porém, quando elas assumem uma postura vazia e ofensiva para a evolução social, cultural, artística ou científica, tornam-se discursos discriminatórios de ódio, servindo como um instrumento de retaliação aos direitos das minorias.

Portanto, a liberdade de expressão é um direito fundamental garantido a todos, para que tenham liberdade de pensamentos e ideias através da escrita, da fala, das artes, ou qualquer meio que achemos necessário. Os indivíduos como cidadãos, devem ter consciência sobre seus direitos, mas, também de seus deveres e quais condutas podem ter diante da liberdade de expressão não apenas nas redes sociais, assim como na vida em sociedade.

É impossível negar a importância e a existência massiva das notícias falsas diante do cenário eleitoral, o que também revela a importância de que as problemáticas associadas às *fake news* serem investigadas à luz do Direito, visto que suas implicações reverberam na sociedade e na política do país. Parte-se da ideia de que somente uma adequada ponderação judicial dos interesses constitucionalmente tutelados poderá assegurar uma Internet livre, plural e democrática.

Temos uma Constituição e devemos prezar por ela. Propostas que permitam a remoção sem ordem judicial de conteúdos ou censura prévia

bem como que prejudiquem a mídia alternativa e criminalizem todo aquele que publicar conteúdo falso deverão ser evitadas a qualquer custo.

## Referências

- BALEM, Isadora. **O impacto das fakenews e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação democrática.** 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. In: Mídias e Direitos na Sociedade em Rede: Santa Maria, 2017.
- BRANCO, Sergio. **Fake News e os Caminhos para Fora da Bolha.** Rev. Interesse Nacional. São Paulo, vol. 38, p. 138-142, 2017.
- BEZERRA, Juliana. **Liberdade de expressão.** Toda Matéria: conteúdo escolares. Revisado em 09 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/>>. Acesso em 10 de out. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 de set. 2019.
- BRASIL. **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. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 de set. 2019.
- BRASIL. **Decreto Nº 592, de 06 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/do592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm)>. Acesso em: 21 de set. 2019.
- BRASIL. **Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 25 de out. 2019.
- BROWN, J. A. C. **Técnicas de Persuasão - Da propaganda à lavagem cerebral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2011.

BRUGGER, W.; **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano.** Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público, v. 15 n. 117. 2007.

CALDEIRA, João Paulo. **A censura e a liberdade de expressão no século XXI.** Jornal GGN. Publicado em 27 de março de 2014. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/a-censura-e-a-liberdade-de-expressao-no-seculo-xxi>>. Acesso em: 25 de out. 2019.

COPETTI, Rafael; MIRANDA, Marcel. **Autodeterminação informativa e proteção de dados: uma análise crítica da jurisprudência brasileira.** In: Direito, Governança e Novas Tecnologias. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. **O que são direitos humanos. 1 ed. São Paulo: Brasiliense, 2002.**

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação.** Porto Alegre: Fabris Editor, 2008.

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de expressão e discurso de ódio: um exame sobre às possíveis limitações à liberdade de expressão.**Nº 66.Florianópolis: 2013.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, raças e democracia,**2014. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,o-odio-nosso-de-cada-dia>>. acesso em:01/10/2019

LEONARDI, Marcel. **Tutela da privacidade na internet.** São Paulo: Saraiva, 2011.  
MANHOSO, Eduardo. **Liberdade de expressão x discurso de ódio.** Jusbrasil. 2015. Disponível em: <<https://eduardomanhoso.jusbrasil.com.br/artigos/337294000/liberdade-de-expressao-x-discurso-de-odio>>. Acesso em 20 de nov. 2019.

LIMA R.M. **Liberdade de expressão x os discursos de ódio na internet.** 2015. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Roraima, Boa Vista.

MANSOLDO, Felipe Fayer. **Internet: uma nova forma de participação democrática ou um mero espaço de fiscalização digital?** In: Direito, Governança e Novas Tecnologias. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MIELI, Renata. **O discurso de ódio e a desinformação.** 2014 Disponível em: <<https://baraodeitarare.org.br/site/politica/renata-miele-a-morte-de-marielle-franco-o-discurso-de-odio-e-a-desinformacao>. Acesso em: 16/10/2019

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2013.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença.** Brasília: Consulex, 2012

SILVA, Gustavo A. **A liberdade de expressão e o discurso de ódio.** Jusbrasil. 2014. Disponível em: < <https://gus91sp.jusbrasil.com.br/artigos/152277318/a-liberdade-de-expressao-e-o-discurso-de-odio>>. Acesso em: 30 de out. 2019.

SILVA R.L., *et al.* **Discursos de ódio em redes sociais: Jurisprudência Brasileira.** Revista Direito GV, São Paulo, vol. 7, n. 2, p.445-468, 2011.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** 2013. Revista de informação legislativa. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril\\_v50\\_n200\\_p61.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf)>. Acesso em 25 de out. 2019.

THEOPHILO M.R.B., **Liberdade de Expressão e proteção dos Direitos Humanos na Internet: Reflexos do discurso de ódio nas redes sociais e a ação #HumanizaRedes.** 2015. (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília – Brasília

VERONESE, Osmar. **Inviolabilidade parlamentar:** do senador ao vereador. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2006. 171P.

VENTURA, Denis Caramigo. **O limite imposto pela sociedade da garantia constitucional em face dos tempos atuais.** Jusbrasil. 2013. Disponível em: <<https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/112335423/liberdade-de-expressao-e-a-censura-do-eu-mesmo>>. Acesso em 25 de out. 2019.

## **O racismo estrutural no Brasil: (des) igualdade pós Constituição Federal de 1988**

*Natália de Andrade Magalhães*

*Jeciara de Barros Sousa*

### **Introdução**

No decorrer da História, determinados grupos foram marginalizados e dominados por outros que se autoconsideravam superiores, por motivos diversos, dentre os quais se destaca a ideia de supremacia racial. Consequência marcante dessa dominação foi a escravidão que, no Brasil, durou cerca de trezentos anos e produz efeitos perenes, tendo como principal desdobramento o racismo característico da sociedade brasileira. Visto isso, faz-se necessário compreender sua forma sistemática de atuação, desmistificando termos como “democracia racial” e “meritocracia”, quando o critério está inserido em uma realidade desigual.

Além disso, a legislação brasileira passou por mudanças significativas desde o período imperial, principalmente no que se refere à garantia de direitos iguais para todos. As mutações no cenário nacional decorrentes dos novos tipos de relações sociais, de um modo de vida distinto e de uma demanda específica de direitos consubstanciaram na promulgação da Constituição Federal de 1988, considerada uma peça fundamental para a consolidação do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, este trabalho busca promover a análise do direito à igualdade sob a óptica do texto constitucional, indispensável para identificar o papel do Estado na sua efetivação.

A obra de Gilberto Freyre, “Casa Branca e Senzala” encontrou no Brasil acolhida entre os intelectuais brancos que promoveram o mito da democracia racial brasileira, adotando uma postura otimista acerca da miscigenação da sociedade brasileira desde o período escravocrata. Nesse contexto, a luta antirracista, no Brasil, foi atrasada em algumas décadas porque até pouco tempo sequer se assumia que o racismo como componente da estrutura social brasileira.

Destarte, esse artigo pretende analisar como a igualdade formal a pretenda igualdade material da CF/88 ainda são insuficientes para quebrar a cadeia privilégio/opressão que disciplina a relação entre brancos e negros no Brasil.

## **2 Racismo e racismo estrutural**

Para identificar o Racismo em todas as suas formas foi um caminho longo e de muito estudo. A verdade é que conceituá-lo, apesar de importante e necessário, não é o suficiente para compreendê-lo. Para isso, seria preciso inserir-se em uma realidade que marginaliza, exclui e subestima a comunidade negra sem qualquer hesitação e até poucas décadas atrás, a ciência produzida para investigar e aprofundar na temática racial tinha autoria predominantemente branca.

De início, para entender o que é racismo, o conceito de raça é imprescindível. Há muitas discussões sobre qual seria a etimologia deste termo, mas é incontestável que sempre foi empregado no sentido de estabelecer classificações. Estas controvérsias evidenciam que não se trata de algo imutável, estando ligado ao contexto em que é utilizado. Como elucida Almeida (2019, p. 24), “Por trás da raça sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito *relacional e histórico*.”

Foi um botânico sueco conhecido por Carolus Linnaeus quem cunhou um sistema de classificação dos seres vivos. Inicialmente, nominou ao homem o nome científico *Homo Sapiens* e dividiu a espécie humana em

quatro subespécies: os vermelhos americanos; os amarelos asiáticos; os negros africanos; e os brancos europeus. A partir do momento que a humanidade se viu dividiu em raças, surge também a ideia de supremacia de uma em relação à outra.

Outrossim, a classificação que, a priori, caberia tão somente para as ciências naturais e animais não humanos, legitimou a construção de superioridade racial que conduziu ao processo de escravização e estigmatização de onde desponta a gênese do racismo, pois a do discurso de superioridade racial partiu a (in) justificção da dominação subjugação (BOBBIO, 2002).

Contudo, conforme preleciona a Organização das Nações Unidas e antropologia moderna, a classificação da humanidade em raças é uma herança europeia que parte de premissas equivocadas. Em verdade, atual muitos pesquisadores defendem que o conceito de raça é arbitrário e precisa ser abandonado.

Em vista disso, há duas perspectivas básicas para o termo raça. A primeira o define no sentido biológico enquanto a segunda consiste no aspecto étnico-cultural, complementando-se. Apesar das tentativas científicas de provar a hierarquia entre raças não terem obtido sucesso, esta não deixou de ser um aspecto que “justifica” o tratamento discriminatório para com determinados indivíduos, o que se deve ao fato de que “[...] a noção de raça ainda é um fator político importante, utilizado para naturalizar e legitimar a segregação e o genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários” (ALMEIDA, 2019, p. 31).

Nesse contexto, o racismo está mais atrelado à raça enquanto elemento histórico-político, distanciando-se de sua concepção biológica. Para individualizar o racismo e trabalhá-lo de maneira mais efetiva é importante distingui-lo de preconceito e discriminação. O preconceito racial é um juízo cujo parâmetro consiste no estereótipo acerca de um determinado grupo, relacionando-se com a noção de determinismo biológico, por exemplo. Apesar da estreita ligação, não necessariamente resultará em práticas discriminatórias. A discriminação racial, por sua vez, transparece

no tratamento diferenciado entre pessoas com base na raça, excluindo-as ou estabelecendo preferências.

Visto isso, percebe-se que o racismo é um termo mais amplo que deve ser analisado com maior cautela, concebido e reconhecido a partir de três concepções: individual, institucional e estrutural. Conforme Almeida (2019, p.32)

É uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.

Nesse sentido, não significa algo isolado e premeditado em que o indivíduo se auto intitula racista e age como tal, quando se fala em “forma sistemática” o autor busca evidenciar que ultrapassa a voluntariedade e o âmbito individual, no qual o racismo seria uma doença, uma anormalidade própria de grupos isolados, melhor identificado como preconceito e mais fácil de ser repreendido com uma atuação rígida do Direito. Este entendimento nos direciona às outras duas formas apontadas anteriormente.

Na concepção institucional, o racismo extrapola os limites pessoais alcançando as instituições que adotam uma forma de tratamento diferenciado entre determinados grupos levando em consideração o aspecto racial, facilitando ou dificultando o acesso destes. Nas palavras de Silvio Luiz de Almeida (2019, p. 37) “[...] é tratado como resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça”. Essa realidade preocupa, dado ao papel social das instituições, que exercem controle sobre a sociedade, estabelecendo regras que nortearão comportamentos e ações.

No momento que os padrões por elas impostos são moldados a partir da absorção de determinadas práticas racistas, estas são naturalizadas e reproduzidas, atingindo uma dimensão onde não só dificulta sua identificação em razão da “normalidade” de tais condutas, mas também impede

uma efetiva responsabilização, uma vez que até mesmo os órgãos públicos com esta finalidade seguem as mesmas diretrizes. Visto isso, percebe-se que um elemento central das relações raciais é o poder de homogeneizar essas instituições e garantir a ocupação e formação destas por um grupo dominante que as utiliza como meio de impor seus interesses políticos e econômicos, assegurando sua permanência nos lugares de influência.

Apesar da identificação do racismo institucional ter representado um grande avanço no sentido de enxergá-lo além do indivíduo isoladamente considerado, não foi suficiente para responder a todas as questões advindas de sua permanência tão sólida na sociedade. Na tentativa de reconhecê-lo em sua totalidade surge a concepção estrutural, mais complexa e ainda mais abrangente, demonstrando a importância dos estudos acerca desse fenômeno e evitando análises superficiais e reducionistas sobre a questão racial (ALMEIDA, 2019).

Visto isso, deve-se atentar ao fato de que as instituições solidificam relações sociais, condutas, meios e modos de agir, vestir e falar já existentes, isto quer dizer que elas não criam, mas apenas reproduzem, visando assegurar uma ordem social na qual se fazem presentes e à qual estão vinculadas. Depreende-se, portanto, que as instituições são racistas porque a sociedade é racista e não o contrário. Sob uma perspectiva estrutural, racismo funciona como um pilar na construção social, não necessitando de intenção para se manifestar, uma vez que as relações se instauram dentro dos limites por ele determinados em conjunto com os demais conflitos – sexuais, de classe – que compõem a estrutura social.

Nesta acepção, o racismo é tanto um processo político como processo histórico. No primeiro, por depender de um poder político para interferir na organização da sociedade e no segundo por estar relacionado com a formação desta, observando suas peculiaridades e atuando de forma circunstancial e específica. Para chegar à dimensão que tem hoje, precisou passar por um processo de naturalização onde não se questiona a ausência de pessoas negras nos espaços de prestígio ou a presença predominante das mesmas nos trabalhos mais pesados ou considerados inferiores, sendo

anormal um juiz, um advogado, um professor negro, mas completamente normal a faxineira, o gari, o segurança. Como afirmado por Silvio Luiz de Almeida (2019, p.74)

A permanência do racismo exige, em primeiro lugar, a criação e a recriação de um imaginário social em que determinadas características biológicas ou práticas culturais sejam associadas à raça e, em segundo lugar, que a desigualdade social seja naturalmente atribuída à identidade racial dos indivíduos ou, de outro modo, que a sociedade se torne indiferente ao modo com que determinados grupos raciais detêm privilégios.

Destarte, a naturalização ocorre porque o sistema é capaz de produzir e introjetar na sociedade justificativas “racionais” para a existência dessa dinâmica social, levando ao surgimento de sujeitos que não possuem nenhum pensamento crítico capaz de contestá-la, já que não a enxergam como um problema pendente de resolução. Nesse sentido, de acordo com Almeida (2019), o racismo como ideologia, além de moldar o consciente, molda também o inconsciente em conjunto com todo o aparato educacional, comunicativo, midiático e industrial responsável por robustecer o complexo imaginário enquanto produto dessa construção.

Nesse contexto, Abdias do Nascimento fez uma observação pragmática (1978, p. 77), “não caçamos prêtos no meio da rua, a pauladas, como nos Estados Unidos. Mas fazemos o que talvez seja pior. Nós o tratamos com uma cordialidade que é o disfarce pusilânime de um desprezo que fermenta em nós dia e noite”. Este pode ser o princípio de tantas disposições equivocadas sobre a existência de uma realidade igualitária no cenário brasileiro.

### **3 Igualdade na constituição de 1988**

O constitucionalismo pátrio foi marcado pela instabilidade, com constituições que vigoraram por mais de sessenta anos e outras que vigoraram por apenas três. Uma crítica feita por muitos constitucionalistas é a

de que as cartas constitucionais brasileiras pouco atendiam às necessidades existentes na realidade social do país, parecendo uma mera “importação” que não se adequava em sua totalidade à dinâmica nacional. Além disso, o texto constitucional nem sempre foi considerado o ápice do ordenamento jurídico, passando por muitas vezes despercebido quanto à importância de sua efetivação.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 representou um marco importante. Elaborada em Assembleia Nacional Constituinte proporcionou a participação do “povo” na sua construção, assegurando sua compatibilidade com o interesse popular e com a situação fática na qual o Brasil passava por um processo de redemocratização pós regime militar, resultado disso está no amplo rol de direitos e garantias fundamentais e em sua constituição enquanto Estado Democrático de Direito.

Destarte, a igualdade é o alicerce do regime democrático e se configura enquanto princípio geral do ordenamento jurídico (MASSON, 2016), havendo diversas previsões no texto constitucional que a assegura, entre elas o art. 3º, III e IV e o art. 5º, *caput* que serão analisados com mais afinco no presente trabalho. É importante ressaltar que o direito à igualdade pode ser visto a partir de uma dupla perspectiva – formal e material.

Sob a óptica formal, está consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, onde “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” e consiste no fato de todos estarem subordinados igualmente à lei. Segundo a professora Nathalia Masson (2016, p. 228), “assegura-se, deste modo, que a lei, genérica e abstrata, incida de modo neutro nas ocorrências fáticas, vale dizer, seja igual para todos e não tolere espaços para privilégios ou distinções.”. É evidente que essa colocação por si só não foi capaz de promover a igualdade de fato, mostrando-se deficiente e fazendo surgir uma nova demanda de direitos que conduz à sua segunda concepção.

Conforme a perspectiva material, as desigualdades deveriam ser corrigidas na prática, uma vez que a aplicação formalista não impedia a discriminação e a marginalização em uma sociedade já lastreada por tais

aspectos, ou seja, mesmo que houvesse a igualdade perante a lei, o “ponto de partida”, os lugares que cada cidadão ocupava, já eram diferentes. Dessa forma, tratá-los iguais não promoveria a justiça social, mas apenas garantiria a perpetuação das condições estruturais que estratificam a sociedade e mantêm a desproporção manifesta entre os grupos socialmente privilegiados e as “minorias”. Essa concepção está evidenciada no Art. 3º, III da Carta Magna, segundo o qual “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” se constitui enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Uma ressalva importante foi feita por Novelino (2010, p.392) ao afirmar que “a igualdade não deve ser confundida com homogeneidade”. Tal direito não pode ser um instrumento de padronização, uma vez que em seu sentido material prevê que o Estado, ao promovê-lo, estabeleça distinções para melhor atender às demandas específicas de determinadas frações da população, mais vulneráveis e historicamente negligenciadas, respeitando os mais diversos elementos que as compõe. É nesse sentido que Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 56) defende: “[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza.”

Visto isso, um dos mecanismos estatais utilizados para proporcionar a efetivação do princípio da isonomia são as ações afirmativas. Estas visam a inclusão social e o rompimento de barreiras socialmente impostas que dificultam ou impedem o acesso das minorias a direitos básicos. Sua principal característica é que ela se opera a partir de um tratamento desigual onde sempre haverá um grupo a ser beneficiado pelas vantagens compensatórias, tratando-se, portanto, de uma discriminação positiva e necessária. Segundo Nathalia Masson (2016, p. 230)

Tais políticas públicas visam oportunizar aos que foram menos favorecidos (por critérios sociais, econômicos, culturais, biológicos) o acesso aos meios que reduzam ou compensem as dificuldades enfrentadas, de forma que possam ser sanadas as distorções que os colocaram em posição desigual diante dos demais integrantes da sociedade.

A partir desse entendimento, muitas das justificativas empregadas para deslegitimar essas políticas foram sendo rebatidas, uma vez que estas tinham como base o argumento de que as ações afirmativas violavam o direito à igualdade e aumentavam ou criavam novas tensões populares, considerando que apenas “inverteriam” os setores sociais oprimidos e privilegiados em nada contribuindo para reverter o estado de desigualdade.

Como já abordado, o princípio da isonomia é o fator que valida as ações afirmativas e, quanto à segunda colocação, não ocorreria essa inversão, já que estas não visam instituir favoritismos infundados, mas apenas estabelecer uma situação de paridade, sem qualquer hierarquia, por isso se baseiam em critérios proporcionais e razoáveis, além do fato de serem transitórias.

Nesse sentido, outros dois termos que ganharam destaque, principalmente após o implemento das cotas raciais, foram as noções de meritocracia e democracia racial. A primeira se relaciona com o mérito, remetendo à ideia de que o indivíduo define seu lugar na sociedade a partir de sua dedicação pessoal, sem auxílio da sociedade, do Estado ou de qualquer outra instituição. Dessa forma, os lugares de poder, o acesso às Universidades, a ocupação de cargos públicos caberia àqueles que destinaram maior tempo e esforço.

A meritocracia em um estado de equidade social seria justa e deveria ser incentivada, mas em uma realidade desigual, na qual uma parcela da sociedade impera sobre todos, haveria uma espécie de “meritocracia putativa”, meramente aparente, visto que a própria organização social já favorece os grupos dominantes e constitui empecilho para as minorias. Além disso, “[...] avaliza a desigualdade, a miséria e a violência, pois dificulta a tomada de posições políticas efetivas contra a discriminação racial, especialmente por parte do poder estatal” (ALMEIDA, 2019, p.82).

Por seu turno, a democracia racial deriva do pensamento equivocado de que o Brasil se emancipou da discriminação racial e do racismo, de

forma que os conflitos étnicos-raciais não fariam mais parte do panorama nacional. Conforme dito pelo professor Abdias do Nascimento (1978, p. 41)

[...] supostamente refletiria determinada relação concreta na dinâmica da sociedade brasileira: que pretos e brancos convivem harmoniosamente, desfrutando iguais oportunidades de existência, sem nenhuma interferência nesse jogo de paridade social, das respectivas origens raciais ou étnicas.

Dessa colocação já é possível inferir o porquê de desmistificar o uso dessa expressão. Como visto anteriormente, um dos pilares da construção social no país é o racismo, o qual evidencia que a raça é um fator determinante no que diz respeito ao acesso à direitos e oportunidades. Sendo assim, acreditar e perpetuar que tal fenômeno existe na realidade brasileira contribui para com o silenciamento das “minorias raciais”, que se identificam cada vez menos como alguém oprimido socialmente e garantem, assim, a estabilidade da organização político-social, marcada pela desigualdade e pelo preconceito.

A obra de Gilberto Freyre (ele branco), *Casa Branca e Senzala*, apesar de não ter cunhado a expressão *democracia racial*, permitiu a formação da corrente de pensamento de onde parte considerável parte do discurso por trás do racismo estrutural. Com efeito, a obra seminal acima referida descreve um conflito harmonioso entre o branco e não branco na sociedade escravocrata brasileira e exalta a miscigenação como um processo de formação da identidade brasileira onde a sociedade se viu despojada de preconceitos.

A utopia da *democracia racial* sustentada pela acolhida da obra de Freyre e seus discípulos dificultou a assimilação da noção de privilégio branco como alicerce do racismo institucional. Macintosh (1988) foi a teórica que iniciou o debate acerca da formação de uma sociedade branca que desconhece o poder dos próprios privilégios. Nesse contexto, listou quarente e seis maneiras pelas quais uma pessoa branca se beneficia de sua cor sem sequer se aperceber, onde destacamos, por exemplo, o fato de uma

pessoa branca não precisar educar seus filhos para tomar medidas de precaução contra o racismo.

Nesse sentido, Macintosh (1988) descreveu como os brancos foram socialmente construídos por padrões objetivos de neutralidade. Nesse sentido, a negação ao privilégio branco forjada pela falsidade da premissa da democracia racial impediu e impede o aprofundamento do debate acerca das desigualdades raciais. Destarte, a branquitude brasileira forma um pacto silencioso para manutenção dos privilégios conquistados através do processo de escravatura (BENTO, 2002).

Eis o quadro brasileiro, o processo de miscigenação é utilizado para camuflar as desigualdades raciais e permitir o fortalecimento dos privilégios brancos, encorpando o racismo estrutural. Laura Cecília Lopez (2012, p.127) descreve o racismo institucional:

O racismo apresenta-se, ao mesmo tempo, aberto e encoberto, em duas formas estreitamente relacionadas entre si. Quanto à forma individual, o racismo manifesta-se em atos de violência de indivíduos brancos que causam mortes, danos, feridas, destruição de propriedade, insultos contra indivíduos negros. Já com a forma de racismo institucional, aparece menos identificável em relação aos indivíduos específicos que cometem esses atos, mas não por isso menos destrutivo de vidas humanas. Origina-se no funcionamento das forças consagradas da sociedade, e recebe condenação pública muito menor do que a primeira forma. Dá-se por meio da reprodução de políticas institucionalmente racistas, sendo muito difícil de se culpar certos indivíduos como responsáveis. Porém, são os próprios indivíduos que reproduzem essas políticas. Inclusive, as estruturas de poder branco absorvem, em muitos casos, indivíduos negros nos mecanismos de reprodução do racismo.

Contudo, o subsistema do Direito é ele também uma instituição aliçada no pacto da branquitude. A produção jurídica com fins de coibir práticas racistas não vai muito além das faces do preconceito e da discriminação e, portanto, não permite aprofundar no racismo enquanto fenômeno estrutural.

## 4 Racismo e direito

A construção normativa da Constituição Cidadã reconhece o racismo, ao passo que não só assegura a igualdade sem qualquer distinção, mas estabelece uma garantia em seu art. 5º, XLII, segundo o qual “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Nesse sentido, a Lei Maior abriu espaço para que o legislador pudesse inserir no ordenamento jurídico normas que permitissem punir tais práticas, no intuito de reduzir ou até mesmo erradicá-las. Então, em 5 de janeiro de 1989 foi sancionada a Lei nº 7.716, também conhecida como Lei Caó, a qual tipifica o crime de racismo, prevendo as possíveis situações fáticas que o caracterizariam.

Além disso, a injúria também aparece tipificada no art. 140 do Código Penal e trata-se de ofender a dignidade ou o decoro de alguém, valendo-se de gestos, palavras e atribuições negativas. É válido destacar a previsão do parágrafo terceiro de mesmo artigo, conforme o qual “se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” a pena é de um a três anos e multa. Visto isso, é mister diferenciar a injúria racial e o racismo. Este pressupõe a prática discriminatória direcionada para um grupo específico, visando dificultar ou impedir o acesso destes ao interior de determinados ambientes e até mesmo sua admissão ou ascensão funcional em determinadas empresas e instituições, além do fato de ser imprescritível.

A, injúria, por sua vez, é dirigida a uma vítima determinada, atingindo a honra subjetiva desta, é passível de prescrição e apresenta sanções penais mais brandas em relação ao racismo. Diante disso, é perceptível que este é mais amplo e que tais condutas são mais reprováveis, resultando em penas mais severas. Não obstante, muitos casos de racismo são tratados como injúria, na tentativa de suavizar a responsabilização do infrator, contribuindo para a impunidade e a perpetuação das condutas racistas e funcionando como um mecanismo de escape.

Nesse sentido, o direito é um fenômeno social que influencia sobre a sociedade e por ela é influenciado reciprocamente, definindo seus comportamentos e refletindo-os ao mesmo tempo. As relações cotidianas se moldam a partir das estruturas sociais e acabam por definir as normas jurídicas, uma vez que estas, para terem eficácia, devem ser coerentes com a realidade sobre a qual irão incidir. Como esclarece Silvio Luiz de Almeida (2019, p.139)

Será através disto que o direito como relação social apontará para a dimensão estrutural do racismo, que não pode ser dissociado do direito, embora nem todas as manifestações racistas sejam jurídicas. É certo que atos de discriminação racial direta – e, às vezes, até indireta – são, na maioria das sociedades contemporâneas, considerados ilegais e passíveis de sanção normativa.

Destarte, direito pode ser tanto um instrumento antirracista, isto é, que combate o racismo, como ocorre no caso das ações afirmativas, quanto um instrumento que legitima as práticas racistas, seja pela não responsabilização de seus autores seja pela forma como membros da comunidade negra são vistos e tratados diante do Poder Judiciário. Visto isso, pode-se dizer que, de acordo com acontecimentos recentes e com dados a respeito da questão salarial, da educação e da população carcerária que comparam negros e pardos com a população não negra, o direito figura como um poder diretamente vinculado ao racismo, compondo a estrutura que o reproduz. Dessa forma, Almeida (2019) aponta que, sob a perspectiva estrutural do racismo, o direito é incapaz de extingui-lo e, ainda, forma os sujeitos racializados por meio da legalidade.

Entre tantas reportagens que repercutiram sobre episódios racistas, está o caso da advogada Valéria Santos, que foi presa durante uma audiência em Duque de Caxias. Em depoimento dado ao “The Intercept – Brasil”, ela afirma que a juíza do caso que defendia deu por encerrada a audiência sem obedecer e realizar procedimentos básicos, os quais foram exigidos pela advogada. Esta aguardava um delegado de prerrogativas quando a juíza chamou a polícia, que novamente pediu que se retirasse e,

mais uma vez, teve o pedido negado por Valéria. Neste momento, derrubaram-na e algemaram, arrastando-a pelo chão, sobrevivendo em seu relato uma declaração notável, que somente as vítimas de racismo poderiam prever, “eu fui deixando eles me levarem, porque se eu me debatesse, eles teriam motivo para me dar um tiro. Eles falariam que dei motivo, que tentei pegar a arma”.

Além deste, outro depoimento dado ao “The Intercept – Brasil” foi o de Kleriane Souza que tem uma família emocional e financeiramente estável, condição que, por muitas vezes surpreendeu seus colegas e amigos. Como estudante de medicina, tem aulas práticas no hospital universitário e relata que sempre, nos quatro anos que ela está lá, é barrada, fazendo-se necessário mostrar o crachá para comprovar a qualidade de graduanda do curso, enquanto uma colega comentou tê-lo perdido e nunca ter precisado usá-lo com esta finalidade. Nesse sentido, ela relatou:

Os seguranças não acreditam que uma mulher preta pode ser estudante de medicina como os outros jovens brancos que eles veem entrando normalmente no hospital. Na visão habitual deles, o negro é o paciente do SUS, e não quem está ali prestando serviço para levar saúde à população.

Este episódio não foi único e isolado, Kleriane compreende e enxerga o racismo desde a infância, ao dizer que ela e a irmã eram sempre as únicas negras no francês, no balé, no inglês e que constituíam a única família negra do bairro. Visto isso, os dados que abordaremos a seguir são evidenciados nesse tipo de situação, uma vez que a família da estudante não é a regra, mas sim a exceção dentro de um país como o Brasil.

Em 2018, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a taxa de analfabetismo, segundo a situação do domicílio era de 9,1% entre a população preta ou parda, ao passo que constava de 3,9% em relação à população branca. Além disso, outro dado que chama atenção é que, a taxa ajustada de frequência escolar líquida da população entre pessoas de 18 e 24 anos no ensino superior era de 18,3%,

considerando negros e pardos, enquanto os brancos apresentavam uma taxa de 36,1%, chegando quase ao dobro.

Os dados educacionais permitem inferir que o acesso ao âmbito trabalhista e o rendimento também irá variar entre os dois grupos, visto que a educação é, muitas vezes, pressuposto para a ascensão social. A população preta ou parda representa a maior parcela da sociedade brasileira (55,8%), no entanto, tendo por base a mesma pesquisa, ao considerar os 10% com o maior rendimento domiciliar *per capita* constituem apenas 27,7% contra 70,6% da população branca. Ao inverter, considerando os 10% com o menor rendimento, equivalem a 75,2%, uma maioria significativa em relação aos brancos com 23,7%. Visto isso, procede a análise das referências a respeito da população prisional brasileira. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, realizado em junho de 2017 indica que, somados, as pessoas de cor/etnia parda e preta totalizam 63,3% dos brasileiros privados de liberdade enquanto a população branca representa apenas 35,4%.

Outrossim, a produção jurídica pós Constituição de 1988 trata o racismo tão somente enquanto conduta consciente e diretamente praticada por um indivíduo contra o outro e não oferece mecanismos para desvendar a pior faceta do racismo institucional no Brasil, qual seja, o fato dos direitos fundamentais serem usufruídos de forma desigual por brasileiros pretos e brancos.

## 5 Considerações finais

No Brasil, a escravidão permitiu a subjugação da comunidade negra que, por muito tempo foi vista como um simples meio de enriquecimento, sem resquício da titularidade de qualquer direito. A abolição da escravatura foi uma medida formal, importante e válida, mas insuficiente no que diz respeito à reparação dos danos provenientes desse sistema, deixando heranças que perduraram por mais de um século, entre elas, o racismo

estrutural. O qual molda as relações sociais, as instituições e os comportamentos de uma maneira tácita, por muitos despercebida, mas que promove o preconceito e a segregação racial. Consequentemente, uma sociedade estruturada pelo racismo está permeada pela desigualdade.

No cenário brasileiro, as desigualdades no período posterior à abolição da escravidão foram alarmantes. Milhares de pessoas sem qualquer subsídio estatal que garantisse o acesso ao trabalho, à moradia e à educação foram se adaptando da forma que podiam, às margens da sociedade. Como as Constituições anteriores não refletiam de forma concreta a realidade brasileira, demorou até que a busca pela igualdade chegasse ao patamar de objetivo a ser buscado pelo Estado, mas ocorreu e se consolidou de forma incontestável na Constituição de 1988 que consagra expressamente o direito à igualdade.

Sob uma dupla perspectiva, tem suas contribuições. Na acepção formal, permitiu que as pessoas pretas tivessem uma base normativa para exigir a prestação de seus direitos, não mais se sujeitando ao poder arbitrário do Estado ou dos demais grupos. Já na concepção material, prevê a igualdade no plano real, dispondo de políticas públicas que proporcionam a inclusão social de determinado conjunto de pessoas, que foram, de algum modo, negligenciados historicamente. Visto isso, a meritocracia e a democracia racial não podem ser alegadas em um cenário no qual a desigualdade econômica e racial se opera tão evidentemente.

O Direito, por sua vez, configura-se enquanto fenômeno social sobre o qual a sociedade influi e pelo qual é orientada. Assim como o racismo, apresenta mais de uma faceta, podendo se constituir como um meio de combate ao racismo ou como instrumento legitimador deste. Diante do exposto, pode-se ver que está mais evidente a segunda colocação, uma vez que ainda se trata de um sistema que reproduz o privilégio branco, ou seja, Direito é feito por e para os brancos e trata a questão racial de forma paternalista.

Por fim, conceituar o racismo e identificá-lo é uma tarefa árdua, mas necessária, visto que não há como solucionar um problema do qual não se

tem conhecimento. Os dados evidenciam que o racismo em uma perspectiva estrutural atinge todos os setores sociais - educacionais, trabalhistas, penitenciários – deixando um espaço mínimo para a ascensão social.

Destarte, não se extingue o racismo somente com a aplicação do direito. A responsabilização jurídica, por si só, não impede que a sociedade continue reproduzindo desigualdades provenientes de uma construção política, histórica, econômica e ideológica. Para tanto, é preciso a adoção de posturas antirracistas e de mudanças paradigmáticas capazes de alterar e romper a estrutura que o sustenta.

A erradicação do racismo só é viável através de uma postura de confronto pois não se enxerga os brancos abrindo mão passivamente de seus privilégios e nem alterando realmente as bases de estruturas, como o Direito, para que verdadeiramente atue em prol da Justiça racial.

## Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019. 264 p. Coordenadora: Djamila Ribeiro.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. 2019. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2020.

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, 9 jan. 1989.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Marcos Vinicius Moura (Org.). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2019.

BENTO, Maria Aparecida S. **Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público.** Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade de São Paulo, 2002

BOBBIO, Norberto. **Elogio à serenidade e outros escritos morais.** São Paulo: Unesp, 2002.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.** São Paulo: Global, 2006

McIntosh, Peggy. (1990). **White privilege: unpacking the invisible knapsack.** Independent School, winter, 31-36. Disponível em : [http://www.feinberg.northwestern.edu/diversity/uploaded\\_docs/UnpackingTheKnapsack.pdf](http://www.feinberg.northwestern.edu/diversity/uploaded_docs/UnpackingTheKnapsack.pdf) f. acesso em 10/01/2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 4. ed. [s.l]: Juspodvim, 2016.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: Processo de um racismo mascarado.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 4<sup>a</sup>. ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

SANTOS, B. de S. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Valéria. **'Se eu me debatesse, eles poderiam me dar um tiro': a história da advogada presa durante audiência.** 2019. Colaborado por Maurício Brum. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/11/20/se-eu-me-debatesse-eles-poderiam-me-dar-um-tiro-a-historia-da-advogada-presa-durante-audiencia/>>. Acesso em: 31 dez. 2019.

SOUZA, Kleriene. **'Sou estudante negra de medicina, mas sempre me confundem com paciente do sus'.** 2019. Colaborado por Juan Ortiz, Maurício Brum, Stéfani Fontanive e Sílvia Lisboa. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/04/04/negra-medicina-racismo/>>. Acesso em: 31 dez. 2019.

## Os limites éticos nas pesquisas em saúde mental

*Nestor Alcebiades Mendes Ximenes*

### Introdução

A Bioética é um campo interdisciplinar que visa atender às demandas de reflexão moral sobre práticas de saúde. Segundo a Declaração de Bioética de Gijón, uma importante tarefa da Bioética, que constitui uma atividade pluridisciplinar, é harmonizar o uso das ciências biomédicas e suas tecnologias com os direitos humanos, em relação aos valores e princípios éticos proclamados nas Declarações e na convenção supra mencionadas, por constituírem um importante primeiro passo para a proteção do ser humano.

Antes de analisar os aspectos históricos das pesquisas em saúde mental, necessário compreender um pouco da história da loucura e seu tratamento, tomando por base uma visão Foucaultiana.

Em todos os momentos da história, o doente mental se vê em uma situação de exclusão. Contudo, a simples exclusão não traria o domínio do louco, de modo que as embarcações e o internamento não traziam uma defesa moral e normativa. Passou a ser necessário transformar o doente mental em objeto, e sua loucura em alvo.

A partir do século XVIII, a loucura não está mais ligada à razão e, por esse motivo, o homem deixou de se comunicar com o louco. A prática da Medicina era realizada por curandeiros, monges, religiosos, boticários, e

até mesmo charlatões, ou seja, quem não possuía conhecimento verdadeiro das doenças.

A ciência transformou a insanidade em uma patologia; o louco não percebia o verdadeiro, a essência das coisas. A exclusão territorial foi substituída pela exclusão lógica. Para ser cidadão, o doente mental possuía somente duas opções: andar pelos mares ou ser confinado. Assim, havia uma exclusão topográfica, lógica e política.

O hospital se apresentava como um meio de exclusão social, onde os loucos eram internados, além de prostitutas, leprosos, criminosos, etc. Lá as pessoas eram “docilizadas”, disciplinadas, controladas constantemente. Atualmente, a coerção física e os maus-tratos contra a loucura estão mais camuflados, mas o conceito social que essa época trouxe de que a loucura deve ser dominada, persiste e traspassa a nossa sociedade até os dias de hoje.

As pesquisas realizadas com seres humanos, sobretudo, grupos vulneráveis necessitam de cuidados e atenção de forma a atender a utilidade da pesquisa e proteção a essas pessoas. Tratar-se-á na presente pesquisa sobre a pesquisa em doentes mentais, que são exemplos de grupos vulneráveis, pessoas com baixa escolaridade, pobres ou que têm acesso limitado a serviços de saúde. Essas condições podem comprometer a capacidade de uma pessoa de recusar-se a participar em um determinado estudo. Neste trabalho aborda-se o tema sob o aspecto histórico e na evolução da pesquisa científica nos doentes mentais, visando a melhoria no quadro de saúde mental desenvolvida no Brasil, levando em conta, sobretudo, a fundamentação legal no tratamento desses grupos.

## **2. Aspectos históricos da pesquisa em saúde mental**

A pesquisa em saúde mental é melhor compreendida quando se contextualiza a doença mental ao longo da História da humanidade, passando por diversas fases. Na antiguidade pré-clássica, as doenças eram explicadas como resultantes da ação sobrenatural; a partir de 600 a.C., os

filósofos gregos trouxeram a ideia organicista da loucura e até o começo da Idade Média o tratamento dispensado era de apoio e conforto aos doentes mentais (LOPES, 2001).

Até o início da Idade Moderna houve uma mudança radical desses conceitos e o doente mental, que era visto como um “possuído pelo demônio”, assim, o tratamento antes humanitário, passou a ser desumano, com a utilização de espancamentos, privação de alimentação, tortura generalizada e indiscriminada, aprisionamento dos doentes para que estes se livrassem de uma aparente possessão.

Na Idade Moderna havia os navios insanos, que eram não apenas uma exclusão, mas sim um horror à loucura de tal forma que havia a necessidade de procurar esquecê-la. A sociedade não enxergava os “loucos”, pois estes contribuía para a ruína de suas cidades. Então, os doentes mentais eram fechados em navios, de onde não se escapava, e eram jogados ao mar. Os barcos carregados de loucos atracavam em outras cidades, ou seja, as cidades comercializavam indiretamente o mercado de doentes mentais. Assim, os loucos passaram a ser vistos como um perigo constante (FOUCAULT, 1995).

Nos séculos XVI e XVII, a loucura ganha nova roupagem: a ilusão. Para Foucault (1995, p. 40), “o amor decepcionado em seu excesso, sobretudo o amor enganado pela fatalidade da morte, não tem outra saída a não ser a demência”. Foi assim que a loucura ganhou aspecto de delírio ou paixão avassaladora, expresso nos movimentos literários, principalmente com Shakespeare e Cervantes. A ilusão da loucura vai, aos poucos, ofuscando a razão. O início trágico da loucura perdeu a sua força e deu lugar ao seu leve desprezo e sua fuga aos mares. A internação é uma criação institucional criada no século XVII. Não pode ser comparada com a prisão da Idade Média, pois aquela surgiu como uma medida econômica e precaução social, no momento em que a doença mental é percebida como incapacidade para o trabalho, impossibilidade de se integrar na sociedade, despontando na pobreza, ou seja, passa a ser inserida nos problemas da

cidade. Nesse período, as causas da loucura foram catalogadas sem organização. Até mesmo as fases da lua foram ditas que influenciavam o sistema nervoso, alterando a agitação dos loucos. A paixão também estava bem próxima do corpo e da alma e, por isso, também era uma causa da loucura.

O louco era visto como uma ferida, um mal-estar na sociedade burguesa, por isso era necessário eliminar essas pessoas não sociáveis. “O internamento seria assim a eliminação espontânea dos ‘antissociais’.” (FOUCAULTI, 1995, p. 82). Passou-se a exigir asilos, prisões, hospícios e hospitais para que se concretizasse o sonho da burguesia de sociedade, excluindo-se os que eram considerados insanos. Os “antissociais” passam a sofrer discriminação, e sua exclusão constrói um ciclo vicioso na história. Vários os discursos defendem essa exclusão, afirmando ser para o bem e a segurança da sociedade, pois não há capacidade de observá-los.

No século XVII já existiam casas de internação para o público dos doentes mentais, criminosos, mendigos, inválidos, portadores de doenças venéreas e demais excluídos socialmente. Embora a loucura tivesse passado do campo mitológico para o âmbito médico, ainda a medicina não tinha elementos científicos para defini-la.

Surgiu, no século XVIII, Phillippe Pinel, considerado o “pai da psiquiatria”, que teve o mérito de libertar os doentes mentais das correntes. Posteriormente, os asilos foram substituídos pelos manicômios, destinados apenas aos doentes mentais. Posteriormente, várias experiências e formas de tratamento nos hospitais La Bicêtre e Salpêtrière que se difundiram na França e em toda a Europa.

Para Phillippe Pinel, o tratamento no manicômio deveria ser de reeducação do alienado, implicando respeito às normas e desencorajamento das condutas inconvenientes. A função disciplinadora do manicômio e do médico deveria ser exercida como um perfeito equilíbrio entre firmeza e gentileza. Pinel ressaltava que a permanência demorada do médico em contato com os doentes melhora seu conhecimento sobre os sintomas e sobre a evolução da loucura (LOPES, 2001).

Com o passar do tempo, houve uma distorção do tratamento moral idealizado por Pinel, sem os cuidados originais do método. As ideias corretivas para o comportamento dos hábitos dos doentes passaram a ser recursos de imposição da ordem e da disciplina institucional.

No início do século XIX o tratamento do doente era uma releitura distorcida do tratamento moral de Pinel e utilizava medidas físicas e higiênicas como duchas, banhos frios, chicotadas, máquinas giratórias e sangrias. Aos poucos, o que era considerado como uma doença moral passou também a ter uma concepção orgânica. As técnicas de tratamento usadas pelos que defendiam as teorias organicistas eram as mesmas empregadas pelos adeptos do tratamento moral, todas com explicações e justificativas fisiológicas para sua utilização.

O século XIX passou a ser considerado o século dos manicômios, em decorrência da quantidade de hospitais que foram construídos e destinados aos doentes mentais. Para justificar a quantidade de internações, surgiu uma variedade de diagnósticos para a loucura.

A partir daí, prevalecem as teorias organicistas da doença mental, decorrentes de descobertas experimentais da neurofisiologia e da anatomia patológica. Mesmo assim, entrando no século XX a ideia de submissão do “louco” persistia (LOPES, 2001).

A primeira revolução na terapia científica da loucura foi baseada nas teorias da mente proposta pelo médico austríaco Sigmund Freud, o fundador da psicanálise. O valor dessa abordagem se tornou evidente para o tratamento de distúrbios mentais de gravidade leve ou média, particularmente nas neuroses; mas pouco representou de efetivo para o tratamento doenças mentais mais graves, como as psicoses. No entanto, isso começou a mudar a partir de 1930. Os métodos psicoterapêuticos passaram a ser suplementados ou até substituídos por abordagens físicas, usando drogas, terapia eletroconvulsiva, e cirurgia.

O conhecimento de que o trauma encefálico, as convulsões e a febre alta podiam ser usados para amenizar distúrbios mentais não é novo em Medicina. Hipócrates foi o primeiro a notar que as convulsões induzidas

por malária em pacientes insanos era capaz de curá-los. Na Idade Média, alguns médicos observaram os mesmos fenômenos após um severo surto de febre, tal como o que ocorreu durante epidemias de cólera em asilos para doentes mentais. Em 1786, um médico chamado Roess observou que pacientes mentais melhoravam após a inoculação com vacina contra a varíola. Além disso, muitos médicos ao longo dos séculos notaram que havia poucos epiléticos que também eram esquizofrênicos, e uma teoria biológica sobre a incompatibilidade entre as convulsões e doenças mentais gradualmente se desenvolveu. É conhecido, também que durante muito tempo os médicos foram fascinados com a ideia de tratar doenças mentais e neurológicas usando a eletricidade (SABBATINI, 1998).

Para Michel Foucault a psiquiatria é um saber situado historicamente. Isto é, um discurso de tipo médico sobre a loucura, que a considera doença mental, e uma prática que tem a finalidade de curá-la, por um tratamento físico-moral, só se constituem em determinado momento da história. Momento em que a loucura se torna doença, fenômeno patológico, mas doença diferente, exigindo, por conseguinte, um tipo específico de medicina para tratá-la, justamente a psiquiatria (PORTOCARRERO, 2002, p. 09).

## **2.1 Código de Nuremberg**

O Código de Nuremberg pode ser descrito como o ponto primordial para a implementação dos preceitos da bioética no concernente à pesquisa com seres humanos. O Código data de 1947, quando, após a queda do regime nazista diversos cientistas foram processados pelo Tribunal Militar Internacional por terem realizados experimentos em prisioneiros nos campos de concentração. A decisão do tribunal incluiu o que se convencionou denominar de Código de Nuremberg, um ato declaratório que serviria de cerne ético para todo e qualquer experimento médico com participantes humanos (BRITO *et ali.* 2011).

A declaração não abordou explicitamente os grupos vulneráveis, mas dispôs sobre a inafastabilidade do consentimento informado e ressaltou a importância do consentimento dos representantes legais para se valer de indivíduos incapazes de expressar suas vontades.

## 2.2 A Declaração de Helsinque

Datada de 1964, mas atualizada posteriormente, a Declaração de Helsinque é considerada a primeira medida internacional efetiva realizada com vistas à padronização da pesquisa no campo da biomedicina em nível mundial. É o marco inicial para o reconhecimento da vulnerabilidade e da necessidade de proteção diferenciada para os indivíduos assim considerados.

Segundo a Declaração, na obtenção de consentimento informado para projeto de pesquisa, o médico deve ser particularmente cuidadoso com o indivíduo que, de alguma forma, dependa dele ou possa ter concordado sob pressão. Nesse caso, o consentimento informado deve ser obtido por um médico que não esteja envolvido na pesquisa e que seja completamente independente nesse relacionamento oficial (BRITO *et ali.* 2011).

No caso de incapacidade legal, o consentimento informado deve ser dado pelo responsável, estabelecido segundo a legislação do país. Se a capacidade física e mental tornar impossível obter consentimento informado, obedecendo as regras de representação de acordo com a legislação de cada país.

De acordo com a Declaração de Helsinque, para sujeitos de pesquisa que forem legalmente incompetentes, incapazes física ou mentalmente de dar o consentimento ou menores legalmente incompetentes, o investigador deverá obter o consentimento informado do representante legalmente autorizado, de acordo com a legislação apropriada. Estes grupos não devem ser incluídos em pesquisas a menos que esta seja necessária para promover a saúde da população representada e esta pesquisa não pode, em seu lugar, ser realizada em indivíduos legalmente competentes.

### 3. A pesquisa em hospitais psiquiátricos no Brasil

Os hospitais psiquiátricos no Brasil surgiram no final do século XIX, influenciados principalmente pela psiquiatria francesa e pelo tratamento moral. O primeiro hospital psiquiátrico foi o Asilo Pedro II, no Rio de Janeiro, fundado em 1853, que nasceu com o objetivo de inserir, como doente mental, uma população que começa a aparecer como desviante aos olhos da medicina social nascente.

Nesse contexto histórico, encontra-se o doente mental hospitalizado, agora sujeito de estudo. Eles constituem uma população específica, com perda da sua autonomia e vulneráveis não só em decorrência da própria doença que os afeta, mas também pela situação de abandono que muitas vezes se encontram. Existiam dificuldades, até mesmo dentro do meio familiar, porque havia muitos indivíduos institucionalizados, com famílias omissas, em situação de abandono, praticamente colocavam este doente numa realidade totalmente diferente, inclusive permissiva para pesquisas diversas.

Algumas técnicas de tratamento inovadoras foram introduzidas naquela época, como, por exemplo, a Insulinoterapia de Sakel, eletroconvulsoterapia de Ugo Cerletti, entre outros métodos de tratamento. Foram marcantes os trabalhos do Dr. Godoy no combate à paralisia geral progressiva, de origem sífilítica, tratada pela aplicação de arsênico e bismuto. Descoberta pelo austríaco Professor Wagner von Jaureg, a malarioterapia, foi introduzida pela primeira vez no Brasil, no Hospital São Pedro, com grande sucesso na época (LOPES, 2001).

No Brasil, assim como em vários países, os objetivos da psiquiatria era, a princípio, isolar o louco da sociedade, bem como organizar o espaço interno da instituição, possibilitando uma distribuição regular e ordenada dos doentes; vigiá-los em todos os momentos e em todos os lugares, ficando a cargo de médicos, enfermeiros e funcionários do hospital, submetendo-os à realidade do trabalho como principal norma terapêutica.

Referidos métodos de cura levou o psiquiatra francês Esquirol a afirmar que, no hospício, o que cura é o próprio hospício. Por sua estrutura e funcionamento, ele deve ser um operador de transformação dos indivíduos: deve agir sobre os que abriga, atingir seu corpo, modificar seu comportamento (PORTOCARRERO, 2002, p. 8).

#### **4. Pesquisa em doentes mentais: aspectos atuais**

O grande problema para a realização de pesquisas em hospitais psiquiátricos é a questão da autonomia do portador de transtorno psíquico. O resgate desta capacidade é uma das metas do tratamento de cada usuário, devendo o tratamento instituído direcionar-se no sentido de buscá-la dentro das melhores possibilidades. No caso de incapacidade do paciente, um familiar assumirá esta responsabilidade e o representará defendendo os seus melhores interesses. Caso não haja um familiar que assuma este papel, quem responde pelo paciente é um curador ou ainda o Diretor do Hospital.

Outra questão é a do consentimento informado. Vários estudos feitos para avaliar a informação dada ao paciente para obter seu consentimento para participação em pesquisa mostram que a lembrança destas informações, em situações diversas, é pequena ou inexistente (LOPES, 2001).

A doença psiquiátrica, é a doença mais provável de afetar a competência do paciente para tomada de decisões, sendo de particular interesse para o psiquiatra e a pesquisa nesta área. Esses pacientes quando são internados frequentemente se mostram incapazes de decidir sobre o consentimento, quadro que pode ser revertido depois que melhoram.

Um dado importante é que dentre os 167 hospitais psiquiátricos do país (Fonte: Ministério da Saúde), cujo número vem caindo consideravelmente, em razão do aumento de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), somente alguns hospitais possuem Comitês de Ética em Pesquisa registrados no Conselho Nacional de Ética em Pesquisa até a presente data.

Os Comitês de Ética em Pesquisa (CEP) têm como objetivo facilitar a pesquisa médica no interesse da sociedade, proteger os sujeitos da pesquisa dos possíveis danos, preservar seus direitos e assegurar à sociedade que a pesquisa vem sendo feita de forma eticamente correta. Todo hospital onde se desenvolve pesquisa necessita ter um Comitê de Ética em Pesquisa.

O Código de Ética Médica trata do ensino e pesquisa médica, dispondo nos arts. 100 e 101 que: “Art. 100. Deixar de obter aprovação de protocolo para a realização de pesquisa em seres humanos, de acordo com a legislação vigente. Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa. Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão”.

A Resolução nº 466, de 22 de dezembro de 2012, Publicada no DOU nº 12 em 13/06/2013 – Seção 1 – Página 59, do Conselho Nacional de Saúde, regulamenta as diretrizes para realização de pesquisa envolvendo seres humanos.

Nos casos de restrição da liberdade ou do esclarecimento necessários para o adequado consentimento, deve-se, também, observar: em pesquisas cujos convidados sejam crianças, adolescentes, pessoas com transtorno ou doença mental ou em situação de reduzida capacidade de decisão, deverá haver justificativa clara de sua escolha, especificada no protocolo e aprovada pelo CEP, e pela CONEP, quando pertinente. Nestes casos deverão ser cumpridas as etapas do esclarecimento e do consentimento livre e esclarecido, por meio dos representantes legais dos convidados a participar da pesquisa, preservado o direito de informação destes, no limite de sua capacidade.

Os mitos em relação aos problemas de Saúde Mental são responsáveis por enorme medo e vergonha e com isso contribuem para que muitas

pessoas que necessitam de ajuda, não busquem tratamento por falta de conhecimento ou vergonha da rejeição social. Dados da O.M.S. (Organização Mundial de Saúde) apontam que, atualmente, cerca de 400 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem de perturbações mentais ou neurológicas, ou de problemas psicossociais, como o uso abusivo de álcool e drogas. A grande maioria sofre silenciosamente com sua doença, e também com a exclusão social que a doença provoca. A exclusão é resultado dos estigmas e preconceitos contra a doença mental (BOVENDORP, 2014).

Os estigmas são rótulos negativos usados para identificar pessoas que sofrem de doenças mentais e são barreiras que impedem os indivíduos e suas famílias de buscar ajuda, pelo medo de serem excluídos. É isso o que mais contribui para os baixos índices de busca por tratamentos adequados. Todo mundo está vulnerável a sofrer de problemas mentais, que são diagnosticáveis, tratáveis e podem ser prevenidos a tempo. Existe um alto risco de suicídio entre pacientes com esses problemas e a vida de uma pessoa com doença mental pode ser salva com um tratamento apropriado.

O tratamento pode melhorar ou mesmo evitar o sofrimento do paciente e de sua família, diminuindo as limitações e consequências negativas na sua vida profissional e social. Já existem diversos tratamentos eficientes para muitos problemas mentais. Porém, as pessoas frequentemente não procuram tratamento por não saberem reconhecer o problema ou por não ainda saberem que existem tratamentos adequados para os diferentes problemas. Nos últimos anos, foram registrados progressos significativos na compreensão e na atenção aos problemas de saúde mental, aumentando o conhecimento científico das causas das doenças mentais e os tratamentos disponíveis para a maioria destas doenças.

As reformas da assistência em saúde mental, em várias partes do mundo, demonstram que redes de atenção em saúde mental de base comunitária representam uma abordagem eficaz para o tratamento e que há menos necessidade dos hospitais psiquiátricos tradicionais. Mesmo no século XXI, ainda é imenso o preconceito em relação a "doenças mentais".

Por isso, a Organização Mundial de Saúde (O.M.S.) declarou o dia 07 de abril de 2001, o Dia Mundial de Saúde Mental, com o sentido de sensibilizar o público em geral e provocar uma mudança positiva na posição pública acerca da doença mental. A ideia é despertar a atenção para a questão da saúde mental e para a melhoria dos cuidados de saúde mental. Hoje em dia, com o progresso da Medicina, especialmente no ramo da Psiquiatria após a "Revolução Bioquímica" da década de 50 e a "Revolução Científica" da década de 80 e a "Década do Cérebro" dos anos 90, cada vez mais o Transtorno Mental vem se inserindo no contexto dos problemas de Saúde Pública.

Agora eles podem ser adequadamente identificados e diagnosticados, e mais importante ainda, já se conta com recursos terapêuticos específicos que possibilitam o tratamento ambulatorial, evitando-se assim as internações desnecessárias que muitas vezes tornavam-se hiatrogênicas por asilarem o portador de transtorno mental.

É preciso que pessoas com transtornos mentais sejam reconhecidos como seres integrais, dignos, com direito à liberdade, à integridade física e moral, à reabilitação para o trabalho e à qualidade de vida. Para alcançar esses objetivos, deve-se trabalhar em conjunto e diminuir o preconceito por parte dos profissionais de saúde, das famílias e das comunidades. Afinal, aceitar e tratar com respeito e afeto o portador de transtorno mental é o melhor caminho para a sua reabilitação e para o fortalecimento de sua cidadania.

## **5. Doença mental no mundo**

A segunda causa mais comum de invalidez em todo o mundo é a depressão, ficando atrás apenas das dores nas costas, segundo um estudo recém-publicado na revista científica PLOS Medicine. A pesquisa comparou a depressão clínica, um dos transtornos mentais mais comuns, com outras 200 doenças e lesões apontadas como causas de invalidez. Segundo

os autores, a doença deve ser tratada como uma prioridade de saúde pública global (TSAI, 2015).

Falar sobre transtornos mentais ainda é um assunto muito delicado. Mas o fato é que eles são bem mais comuns do que se imagina. Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), os transtornos mentais atingem cerca de 700 milhões de pessoas no mundo, representando 13% do total de todas as doenças. Apesar de doenças como esquizofrenia e psicose serem as primeiras lembradas ao se falar no assunto, elas não são as mais frequentes. No topo da lista estão a depressão e a ansiedade.

No Brasil, a capital paulista é a cidade com o índice mais alto de habitantes com transtornos mentais. Isso é o que aponta o projeto São Paulo Megacity: estudo realizado pelo IPq (Instituto de Psiquiatria) do Hospital das Clínicas de São Paulo com 5.037 residentes dos 39 municípios da região da Grande São Paulo, em 2012.

A depressão é caracterizada pela tristeza, baixa autoestima, pessimismo e desânimo. Segundo a OMS, a depressão atinge cerca de 350 milhões de pessoas pelo planeta, o que corresponde a 5% da população mundial. Só no Brasil, 10% da população sofrem com o problema.

Esses são alguns poucos exemplos de pesquisa em saúde mental no Brasil, onde se verifica um certo esquecimento por parte dos órgãos governamentais e institutos científicos.

Os transtornos mentais podem ser causados por vários fatores, entre eles a genética, a química cerebral (problemas hormonais ou uso de substâncias tóxicas que afetam o cérebro) e o estilo de vida são tidos como os principais. "Muitas pessoas acreditam que o transtorno mental não tem componente físico e, portanto, seriam causados apenas por fatores externos, ambientais, sociais", aponta Pedro Katz, psiquiatra do Hospital Samaritano de São Pau

O tratamento não é fácil: ele exige comprometimento e adesão - em muitos casos para a vida toda. Isso porque a maioria dos transtornos mentais não tem cura. Muitos médicos os comparam às doenças como

hipertensão ou diabetes, que também não têm cura, mas podem ser controladas a ponto do paciente viver bem. "Não tem cura, mas tem controle - desde que a pessoa busque e siga um tratamento adequado.

## 6. Pesquisas em seres humanos vulneráveis

Segundo a Res. 466, de 12 de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde, pesquisa envolvendo seres humanos - pesquisa que, individual ou coletivamente, tenha como participante o ser humano, em sua totalidade ou partes dele, e o envolva de forma direta ou indireta, incluindo o manejo de seus dados, informações ou materiais biológicos;

Necessário esclarecer que há uma diferença entre “pesquisa com seres humanos” e “pesquisa em seres humanos”. Uma distinção central na relação com os sujeitos da pesquisa, invisibilizada pelo areacentrismo, seria a diferença entre pesquisas *em* seres humanos, como no caso da área biomédica, e pesquisas *com* seres humanos, que caracterizaria a situação da antropologia (BRITO *et ali.* 2011).

Esse enfoque generalista pode levar a uma instrumentalização jurídica que pode incorrer em equívocos do ponto de vista ético, principalmente numa sociedade como a brasileira, uma vez que, do ponto de vista da pesquisa com seres humanos, estes são sujeitos do processo de pesquisa, sendo toda pesquisa estruturada num processo relacional entre pesquisador e sujeito pesquisado, já sob a ótica da pesquisa em seres humanos, a pessoa torna-se um elemento central na experimentação.

### 6.1 Princípios aplicáveis nas pesquisas em seres humanos com doença mental

As questões éticas relacionadas às pesquisas que envolvam seres humanos apoiam-se em três princípios básicos que são considerados o fundamento de todas as regulamentações e diretrizes que norteiam a condução ética de pesquisas, quais sejam: o respeito pelas pessoas, à

beneficência e a Justiça. Estes princípios são considerados universais, transcendendo barreiras geográficas, culturais, econômicas, legais e políticas (BRITO *et ali.* 2011).

Pesquisadores, instituições e sociedade estão de certa forma, obrigados a assegurar-se de que estes princípios estarão sendo seguidos durante todo o processo de realização das pesquisas que envolvem seres humanos.

Nesse sentido, os procedimentos utilizados para a vigilância ética dos estudos pode não alcançar um nível considerado ótimo ou aceitável. Um exemplo dessa situação é o fato de que não existem princípios universais que delimitem como um estudo clínico deveria ser supervisionado e acompanhado. Apesar dessas limitações, estes princípios devem direcionar o comportamento de todas as pessoas envolvidas no planejamento, implementação e financiamento de pesquisas que envolvem seres humanos (BRITO *et ali.* 2011).

Este princípio está relacionado ao respeito pela autonomia individual e à autodeterminação que todo ser humano possui, reconhecendo sua dignidade e liberdade, principalmente em relação àqueles que se encontram em estado de vulnerabilidade. Nesse sentido, BRITO *et ali.* 2011:

O princípio do respeito pelas pessoas está contido no processo de obtenção do consentimento informado, devendo promover a capacitação necessária ao indivíduo para que ele possa tomar uma decisão voluntária, baseada em informações e esclarecimentos pertinentes no que diz respeito à sua participação na pesquisa. Potenciais participantes da pesquisa devem ser capazes de compreender completamente todos os elementos do processo de consentimento informado.

O Princípio da Beneficência vincula o pesquisador ao pelo bem-estar físico, mental e social do participante, no que está relacionado ao estudo, sendo também vinculado ao princípio da não maleficência. A proteção do bem-estar do participante deve ser considerada como responsabilidade primordial do pesquisador.

O princípio de justiça proíbe que determinado grupo de pessoas seja colocado em risco para que outras pessoas possam se beneficiar. Por

exemplo, o princípio da justiça não permite a utilização de grupos vulneráveis – entre eles crianças, pobres ou prisioneiros – como participantes de pesquisas com o objetivo de beneficiar grupos mais privilegiados. Assim como o princípio de respeito pelas pessoas, existe a necessidade de proteger grupos vulneráveis, incluindo-se os pobres e aqueles com acesso limitado à serviços de saúde.

O duplo padrão consiste em uma distorção da máxima jurídica de tratar os desiguais de forma desigual. Em síntese, é uma tentativa dos países desenvolvidos de subverter as regras limitadoras das pesquisas com os seres humanos nos países em desenvolvimento. Com um rol de regras mais flexíveis, em comparação às existentes em seus países, seria mais vantajoso investir em pesquisa utilizando voluntários de outros países, cujo sistema legal não fosse tão rigoroso (BRITO *et ali.* 2011).

## 6.2 Vulnerabilidade humana

A pesquisa com seres humanos, como já visto, deve ser norteadada por preceitos e princípios éticos que evidenciem o respeito à dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais e humanos. Para tanto, é preciso à observância de cada caso concreto, levando-se em consideração as peculiaridades da pesquisa a ser desenvolvida e dos atores que serão envolvidos no processo.

Esse contexto, reflete claramente que, para que se efetivem a proteção à dignidade da pessoa humana, todos os fatores diferenciadores devem ser levados em consideração para que os limites éticos das pesquisas com seres humanos não sejam ultrapassados. Para garantir o respeito a tais limites, criou-se o conceito de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade está intimamente conectada ao princípio da autodeterminação, embora não seja dele indissociável. Nos termos da Resolução 466/2012 do CSN, a vulnerabilidade compreende o estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer

forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido. Referida resolução trata a vulnerabilidade como sinônimo de capacidade de autodeterminação reduzida, mas, na verdade, embora a redução da autodeterminação seja um caso de vulnerabilidade, a vulnerabilidade em si não pode ser assim conceituada.

A redução da autonomia, portanto, pode ser compreendida como sinônimo de incapacidade, mas não de vulnerabilidade. A vulnerabilidade é bem mais ampla, e abrange situações concernentes a indivíduos que, apesar de preencherem os requisitos legais para pleno gozo da capacidade civil, são absolutamente alienados do mundo por questões sociais, sem possuir o mínimo de instrução e educação para poderem entender a complexidade de uma pesquisa científica. A esses indivíduos, de nada adianta se utilizar dos métodos tradicionais para proporcionar o consentimento informado, pois seu grau de desconhecimento é tamanho que os deixa à margem (BRITO *et al.* 2011).

Portanto, a vulnerabilidade abrange não apenas os incapazes e os relativamente incapazes – ou indivíduos de autodeterminação reduzida – mas também os marginalizados, embora civilmente capazes. E, a grande ironia, ou talvez a grande perversão do sistema, é que são os vulneráveis justamente os alvos da maioria das pesquisas.

Logo, os vulneráveis se dividem em grupos, dentre os principais, podemos destacar os incapazes, crianças, doentes mentais e comportamentais, mulheres grávidas, populações de países subdesenvolvidos, presos e povos indígenas.

### **6.3 Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa em Seres Humanos**

Segundo as Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa em Seres Humanos, elaboradas pelo Conselho para Organização Internacional de Ciências Médicas (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial

de Saúde (OMS), assinada em Genebra (1993) ao iniciar uma pesquisa envolvendo pessoas, que por motivo de distúrbios mentais ou comportamentais, não são capazes de dar consentimento informado adequadamente, o pesquisador deve estar seguro que estas pessoas não serão sujeitos de pesquisas que poderiam ser realizadas em pessoas com plena capacidade mental, devendo ser o objetivo da pesquisa, gerar conhecimentos relevantes para as necessidades de saúde peculiares a pessoas com distúrbios mentais ou comportamentais (CIOMS, 1993).

Antes de iniciar uma pesquisa envolvendo pessoas, que por motivo de distúrbios mentais ou comportamentais, não são capazes de dar consentimento informado adequadamente, o pesquisador deve estar seguro que: estas pessoas não serão sujeitos de pesquisas que poderiam ser realizadas em pessoas com plena capacidade mental; o objetivo da pesquisa é gerar conhecimentos relevantes para as necessidades de saúde peculiares a pessoas com distúrbios mentais ou comportamentais; o consentimento de cada indivíduo deverá ser obtido na medida de sua capacidade e a recusa de participação de um indivíduo em pesquisa não-clínica será sempre respeitada; no caso de indivíduos incompetentes, o consentimento informado será obtido com o responsável legal ou outra pessoa devidamente autorizada; o grau de risco associado às intervenções que não beneficiem o indivíduo pesquisado deve ser baixo e proporcional a importância do conhecimento a ser gerado; e as intervenções que possivelmente propiciem benefícios terapêuticos devem ser, no mínimo, tão vantajosas ao indivíduo pesquisado, quanto qualquer outra alternativa (CIOMS, 1993).

O consentimento de cada indivíduo deverá ser obtido na medida de sua capacidade e a recusa de participação de um indivíduo em pesquisa não clínica será sempre respeitada. No caso de indivíduos incompetentes, o consentimento informado será obtido com o responsável legal ou outra pessoa devidamente autorizada, de maneira que, o grau de risco associado às intervenções que não beneficiem o indivíduo pesquisado deve ser baixo e proporcional à importância do conhecimento a ser gerado e as intervenções que possivelmente propiciem benefícios terapêuticos devem ser, no

mínimo, tão vantajosas ao indivíduo pesquisado, quanto qualquer alternativa.

#### **6.4 Pesquisa em presidiários**

A questão da participação de prisioneiros em projetos de pesquisa é extremamente controversa, principalmente pela questão que envolve a autonomia, isto é, a capacidade de poder decidir livre de pressões. Não raras vezes, prisioneiros possuem distúrbios psíquicos, adquiridos anteriormente e não verificados regularmente, ou adquiridos no próprio sistema prisional, o que denota dupla vulnerabilidade.

Historicamente os prisioneiros foram utilizados em projetos de pesquisa, em especial aqueles com riscos elevados, incluindo a morte dos participantes. Lady Wirthley-Montague, em 1721, testou em seis prisioneiros o "método grego" de evitar a varíola. Este método consistia em realizar desenhos cruciformes nas bochechas e no queixo das pessoas com uma agulha molhada no líquido das lesões de uma pessoa infectada. Somente após este teste é que o aplicou em seus filhos e nos da Princesa de Gales (GOLDIM, 2002).

A questão mais traumática envolvendo o uso de prisioneiros em projetos de pesquisa foi a verificada durante a Segunda Guerra Mundial. Durante a guerra foram realizados experimentos inimagináveis, por diversos países, e não apenas pelos nazistas na Alemanha, como habitualmente divulgado. O Japão também utilizou prisioneiros para testes de drogas, principalmente para verificar toxicidade. Os Estados Unidos realizaram pesquisas em prisões com o objetivo de estudar doenças tropicais e novos medicamentos (GOLDIM, 2002).

A Alemanha já possuía legislação a respeito de pesquisa em seres humanos desde o início do século. A Prússia, em 1901, baixou uma instrução que limitava as ações médicas que não tivessem objetivos diagnósticos, terapêuticos ou de imunização. Em 1931, a Alemanha estabeleceu uma legislação onde os experimentos em seres humanos foram rigidamente

controlados. Este foi o primeiro instrumento legal que obrigava a utilização do consentimento informado. Em 1933, com a chegada do Nazismo ao governo alemão esta lei permaneceu vigente. As atrocidades cometidas contra ciganos, judeus, poloneses e russos nos campos de concentração não foram enquadradas nesta lei, pois estas pessoas não tinham o status de seres humanos reconhecidos pela ideologia nazista. Exemplo disto foi o encaminhamento de judeus russos para o Museu da Universidade de Strasbourg, na França, a pedido de seu diretor, que era francês, para completarem a coleção de esqueletos que exemplificava a evolução da espécie humana. Apenas neste episódio foram sacrificadas 123 pessoas. A legislação alemã não especificava qualquer artigo para a utilização de prisioneiros (GOLDIM, 2002).

Os Estados Unidos, em 1946, elaboraram as suas primeiras normas para pesquisa em seres humanos. Esta regulamentação previa a necessidade de obter um consentimento voluntário, a pesquisa prévia em animais e que o experimento deve ser realizado sob supervisão e proteção médica. Este documento serviu de base a realização do Tribunal de Nuremberg, no julgamento dos médicos e outros profissionais envolvidos em experimentos nos campos de concentração. Vale ressaltar que as normas foram publicadas após o início deste julgamento.

A Associação Médica Americana, em 1952, elaborou uma resolução contra a participação de presidiários em projetos de pesquisa. O objetivo deste documento não era o de proteger os presos contra eventuais abusos, mas sim evitar que condenados tivessem acesso a liberdade condicional por terem participado em projetos de pesquisa.

Em 1973, foi publicado um livro, baseado em outros artigos da mesma autora, Jessica Mitford criticando a realização de pesquisa em prisioneiros. Neste livro a autora utilizou a justificativa dada por alguns pesquisadores que os "presidiários eram mais baratos que chimpanzés", e por este motivo eram utilizados. Esta publicação causou grande impacto na população norte-americana. Gerando uma redução nas pesquisas deste tipo (GOLDIM, 2002).

Em 1983, a Associação Médica Mundial propôs as Regras em Época de Conflito Armado, elaboradas em Veneza (1983). O artigo 3º proíbe a pesquisa em prisioneiros civis e militares, assim como nas populações de zonas ocupadas. Este é o único documento internacional que estabelece específica e diretamente esta proibição.

Já na 2ª edição das Diretrizes Internacionais para a Pesquisa em Seres Humanos, propostas pelo CIOMS, em 1993, dedicou a Diretriz 7 integralmente para a questão dos presidiários. Utilizaram o argumento que não se pode equiparar a pesquisa em presidiários às realizadas com crianças ou doentes mentais, pois estes dois grupos tem características próprias e específicas com relação a doenças. Esta diretriz tinha um objetivo de impedir a discriminação dos presidiários quanto ao acesso a novos recursos terapêuticos.

Aos prisioneiros com doenças graves ou em risco de doença grave não devem ser arbitrariamente impedidos de ter acesso a drogas experimentais, vacinas ou outros agentes que demonstrem possível benefício preventivo ou terapêutico (CIOMS, 1993).

A proposta de proteger um grupo sabidamente vulnerável pela exclusão da sua participação em projetos de pesquisa é uma reação que a primeira vista pode parecer boa. Contudo, esta exclusão também pode ser uma forma de proteção discriminatória. Ao impedir a possibilidade do eventual abuso também está sendo impedido o acesso a um benefício potencial. O fundamental é permitir que nas pesquisas clínicas, onde o participante também tem benefícios pessoais e diretos com o estudo, os prisioneiros também possam ser convidados a participar, com algumas salvaguardas que garantam a sua voluntariedade.

## **6.5. Pesquisas em pessoas com deficiência mental em medida de segurança**

E o que dizer das pessoas com problemas de saúde mental e que estão em cumprimento de medida de segurança ou mesmo no sistema prisional comum? Elas podem ser sujeitos de uma pesquisa científica?

Essas questões não estão totalmente esclarecidas pela legislação brasileira, bem como não há parâmetros científicos para determinar se essas pessoas realmente podem ser submetidas a qualquer tipo de pesquisa, ainda que tenha caráter médico/psiquiátrico.

*A priori*, nos parece interessante retirar essas pessoas do ambiente carcerário, primeiro para proporcionar um tratamento eficaz e mentalmente saudável, para depois aplicar-se as regras pertinentes ao doente mental, que não está submetido a qualquer tipo de medida de segurança detentiva.

Por isso a lei de reforma psiquiátrica (lei 10.216, de 06 de abril de 2001) traz a previsão de unidades de acolhimento para encaminhar essas pessoas em grave sofrimento psíquico.

Referida lei prevê o acesso às pessoas com doença mental, o melhor tratamento do sistema de saúde, com humanidade e respeito, visando recuperar sua inserção na família, no emprego e na sociedade, protegendo-a de qualquer forma de exploração ou abuso, além de obter um tratamento em ambiente terapêutico pelo meio menos invasivo possível.

A lei de reforma psiquiátrica prevê a internação somente em casos excepcionais, conforme determina o art. 4º: “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitais se mostrarem insuficientes”.

De acordo com a citada lei é vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas de assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

O único dispositivo referente à pesquisa científica em pessoas com deficiência mental está prevista no art. Art. 11, da lei 10.216/2001, nos seguintes termos:

Pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante

legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde.

Portanto, a lei não disciplina a realização de pesquisa científica no citado público, ficando a cargo dos conselhos profissionais e do Conselho Nacional de Saúde regulamentar a realização de qualquer pesquisa científica envolvendo pessoas com transtorno mental.

Atualmente, com o movimento nacional de luta antimanicomial, estão previstos outros estabelecimentos, sem característica asilar, para tratamento e reintegração social das pessoas com deficiência mental, tais como as Unidades de Acolhimento, os Serviços Residenciais Terapêuticos e outros programas com igual objetivo.

As Unidades de Acolhimento (UA) são regulamentadas pela Portaria GM/MS Nº 121, de 25 de janeiro de 2012, com republicação no dia 21 de maio de 2013. A concepção deste dispositivo está relacionada aos desdobramentos e experiências das Casas de Acolhimento Transitório (CAT), financiadas a partir do Edital Nº 003/2010/GSIPR/ SENAD/MS. As UA são dispositivos de caráter residencial, devendo funcionar vinte e quatro horas por dia e oferecendo suporte aos CAPS para ampliação de cuidados de saúde para pessoas com necessidades decorrentes de uso de álcool e outras drogas em situação de vulnerabilidade social e/ou familiar e que demandem acompanhamento terapêutico e protetivo de caráter transitório. O acolhimento nelas é voluntário, ofertado a ambos os sexos. Há duas modalidades de UA: adulto (UAA) ou infanto-juvenil (UAI).

O Estado de São Paulo possui 11 e o Estado do Piauí conta com apenas uma Unidade de Acolhimento<sup>1</sup>.

Outra forma de proporcionar tratamento de saúde mental são os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRTs) que são dispositivos estratégicos no processo de desinstitucionalização e reinserção social de pessoas longamente internadas em hospitais psiquiátricos ou hospitais de custódia.

---

<sup>1</sup> Fonte: Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas/DAPES/SAS/MS. Sistematização dos Estabelecimentos Habilitados por meio de portaria específica.

Estes dispositivos se caracterizam como moradias ou casas, inseridas na comunidade, destinadas a acolher pessoas egressas de internação de longa permanência (dois anos ou mais ininterruptos), sendo uma das estratégias de garantia de direitos, com promoção de autonomia, exercício de cidadania e busca progressiva de inclusão social.

A Portaria n° 3.090, de 23 de dezembro de 2011, também estabeleceu modalidades para a habilitação das moradias. Os SRTs Tipo I são moradias que devem proporcionar espaços de construção de autonomia para retomada da vida cotidiana e reinserção social dos (as) usuários (as) que não necessitem de cuidados intensivos do ponto de vista da saúde em geral. Os SRTs Tipo II, da mesma forma, são moradias que devem proporcionar espaços de construção de autonomia para retomada da vida cotidiana e reinserção social dos (as) usuários (as) que necessitam de cuidados intensivos específicos do ponto de vista da saúde em geral, e que demandam ações mais diretas com apoio técnico diário e pessoal, de forma permanente.

O Programa De Volta Para Casa (PVC), instituído pela Lei Federal n° 10.708, de 31 de julho de 2003, integra a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) no componente de Estratégias de Desinstitucionalização. Por meio do pagamento de um benefício, este programa se propõe a fortalecer o poder de contratualidade, favorecendo assim a inclusão social e o processo de desinstitucionalização e reabilitação psicossocial. O objetivo deste programa é contribuir efetivamente para o processo de inserção social dessas pessoas, favorecendo o convívio social de forma a assegurar o exercício pleno de seus direitos civis, políticos e de cidadania. Alcançamos, em dezembro de 2014, mais de 4.300 beneficiários (as) cadastrados (as) no Programa. Apesar da diminuição do ritmo de cadastro de novos (as) beneficiários (as), há previsão de aumento significativo a partir do avanço nos processos de desinstitucionalização. Nos municípios com Hospitais Psiquiátricos em processo de fechamento (ou já fechados) há um grande contingente de pessoas cadastradas no PVC e morando em SRTs.

Em 2015, surgiu a lei 13.146, denominada “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, assim considerada “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Referida lei pauta-se na igualdade e não-discriminação das pessoas com qualquer tipo de deficiência. Deve ser protegida contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Entretanto, a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, assim, poderá dar seu consentimento para fins de pesquisa científica, pois a lei não mais a inclui como absolutamente ou relativamente incapaz, revogando, nessa parte o art. 3º do Código Civil.

No que tange ao direito à saúde é assegurado atendimento segundo normas éticas e técnicas, que regulamentarão a atuação dos profissionais de saúde e contemplarão aspectos relacionados aos direitos e às especificidades da pessoa com deficiência, incluindo temas como sua dignidade e autonomia.

## **7. Considerações finais**

As classificações que buscavam encontrar formas de loucura identificaram apenas deformações da vida moral. A noção patológica de doença se alterou para uma noção crítica. Até o início do século XIX, as formas de loucura não se alteraram, o que de fato mudavam era o seu nome e sua divisão. A medicina psiquiátrica cresceu, tendo o manicômio como seu núcleo gerador. Ao invés de um lugar de enclausuramento, o manicômio passou a ser instrumento de cura.

Conforme Foucault (1995, p. 40) “o conceito de loucura não existiu sempre, mas começou a se estruturar a partir do momento em que se criou a distância entre razão e não razão”. Considerando a loucura ao longo da história, percebe-se que o louco sempre esteve desprovido da sua voz para

o discurso, excluído do saber. Portanto, é necessária a luta para a liberdade do doente mental.

A investigação médica está sujeita às normas éticas que promovam o respeito a todos os seres humanos e protejam a sua saúde e seus direitos. Algumas populações alvos de pesquisas são particularmente vulneráveis, especialmente os doentes mentais e necessitam de uma proteção especial. Estes incluem aqueles que não podem dar ou recusar o seu consentimento por si e aqueles que podem ser vulneráveis à coação ou a influência indevida.

Entretanto, no que diz respeito aos procedimentos éticos na pesquisa que envolva seres humanos com deficiência mental, independentemente de termos uma normatização bem arquitetada ou não, o que deve nortear o fazer científico é o pressuposto do respeito ao direito a vida e a dignidade humana, algo indisponível, fundando a produção científica em formas razoáveis, que levem em conta os direitos a personalidade em detrimento de outros interesses.

Observou-se que há uma ineficiência quanto ao procedimento fundamental do uso do consentimento livre e esclarecido no caso situacional de uma sociedade marcada pela exclusão social, visto que, há um enraizamento social da ignorância em nossa sociedade. Ademais, há evidente descaso com as pessoas acometidas de deficiência mental, esquecidas pelas políticas públicas de governo, pela comunidade científica que não traz grandes avanços no tratamento médico, com técnicas rudimentares e paliativas, no que diz respeito à saúde mental no Brasil.

Percebe-se que há um grande interesse da indústria farmacológica em preservar o *status* mental dessas pessoas, que indeterminadamente ficam à mercê de medicamentos de uso contínuo, sem grandes avanços no quadro clínico. Conservando um estado de letargia indefinido, sem grandes perspectivas.

Dessa forma, a psiquiatria possui um grande desafio na obtenção de métodos que possam amenizar o sofrimento dessas pessoas, humanizando o tratamento e recuperando o mínimo de cidadania para pessoas excluídas

da família e da sociedade. Espera-se que o quadro atual tenha uma significativa mudança, a fim de preservar os direitos humanos das pessoas com deficiência mental, principalmente aqueles que estão em privação de liberdade e esquecidas da sociedade e do poder público.

## Referências:

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOVENDORP, Isabella. **Saúde mental, mitos e preconceitos**. 2014. Disponível em: <http://www.ibpsi.com.br/saude-mental-mitos-e-preconceitos/>. Acesso em: 02.02.2017.

BRITTO, Bárbara Neves de; PERES, Jonas Guido; VAZ, Neilo Márcio da Silva. **A questão da vulnerabilidade no caso de pesquisas em seres humanos: algumas reflexões sociais e jurídicas a partir do quadro normativo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10390&revista\\_caderno=6](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10390&revista_caderno=6)>. Acesso em 10/01/2017.

CIOMS. **Diretrizes internacionais propostas para a pesquisa em seres humanos**. Brasília: Ministério da Saúde, 1993:11-2. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/cioms.htm>. Acesso em 05/02/2017.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. 4 ed. São Paulo, Perspectiva, 1995.

GARRAFA, Volnei & CORDON, Jorge (orgs.). **Pesquisa em Bioética no Brasil**. São Paulo: Gaia, 2006.

GODOY, J. **Psiquiatria no Rio Grande do Sul**. S. Ed., 461p., 1955.

GOLDIM, José Roberto. **Pesquisa em prisioneiros**. 2002. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/pesqpris.htm>. Acesso em: 02/02/2017.

GOULART, Maria Stella Brandão. **As raízes italianas do movimento antimanicomial**. São Paulo: Casa do Psicólogo. Coleção história da psicologia no Brasil. 2007.

LIMA, L. A., LOVISI, G. M., MORGADO, A. F. **Questões da bioética no contexto da reforma psiquiátrica.** J bras Psiq, 48(1): 21-27,1999.

LOPES, Maria Helena Itaqui. **Pesquisa em hospitais psiquiátricos.** 2001. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/psiqpes.htm>. Acesso em: 01/02/2017.

PORTOCARRERO, Vera. **Arquivos da loucura: Juliano Moreira e a descontinuidade histórica da psiquiatria [livro eletrônico].** / Vera Portocarrero. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

RIBEIRO, P. R.M. **Da psiquiatria à saúde mental: esboço histórico.** J bras Psiq, 48(2): 53-60,1999.

RIBEIRO, M. S., TEIXEIRA, L.S. **Por uma ética das práticas em saúde mental.** J bras Psiq, 46(6): 331-337, 1997.

SABBATINI, Renato M. E. **A História da Terapia por Choque na Psiquiatria.** Revista Cérebro & Mente, Dezembro 1997/Março 1998. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/no4/historia/shock.htm>. Acesso em: 05/02/2017.

SILVA, José Vitor da. **Bioética: meio ambiente, saúde e pesquisa.** São Paulo: Látria. 2006.

TSAI, AC, Tomlinson M (2015) **Inequitable and Ineffective: Exclusion of Mental Health from the Post-2015 Development Agenda.** PLoS Med 12(6): e1001846. doi:10.1371/journal.pmed.1001846. Disponível em: <http://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001846>. Acesso em: 01/02/2017.

VIEIRA, S. Hossne WS. **Experimentação em Seres Humanos.** São Paulo: Moderna, 1987:13-15.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
**[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)**