

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 16, número 3, set./dez. 2021



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 16, número 3, set./dez. 2021

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 16, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set./dez. 2021



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Mestre Iuri Simões Mota

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)
Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil
Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello

Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

v. 16, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set./dez. 2021 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2021– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA PROPRIEDADE PRIVADA: Da origem ao direito intergeracional. Émilien Vilas Boas Reis e Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira | 11 |
| OS FUNDOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA TRÍPLICE RESPONSABILIDADE. Hélio Dantas de Matos, Letícia Dantas Alves e Marcelo D'Angelo Lara | 38 |
| O SIGILO PROFISSIONAL E A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMA DE COMPLIANCE EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira, Grace Ladeira Garbaccio, Livia de Moura Faria, Sofia de Medeiros Vergara e Amanda Cristina Branco Valença de Souza..... | 57 |
| REFLEXÕES ACERCA DO DECRETO Nº 9.203 À LUZ DA GOVERNANÇA E DO COMPLIANCE. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira, Grace Ladeira Garbaccio e Renato Amaral Ribeiro | 82 |
| CONSTITUCIONALISMO, CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, <i>EASY CASES</i>, <i>HARD CASES</i> E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE DIRIMIR CONFLITOS. Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela | 104 |
| REFLEXÕES ACERCA DA CONJUGALIDADE LGBTI NA AMÉRICA LATINA: um estudo comparativo entre o Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos. Brendhon Andrade Oliveira e Bruna Andrade Irineu..... | 127 |
| IPTU VERDE. Dalton Max Fernandes de Oliveira e Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho | 149 |
| OS REFLEXOS DA PANDEMIA DO CORONAVIRUS (COVID-19) NA SEGURIDADE SOCIAL. Welison Araújo Silveira | 167 |
| RESPONSABILIDADE JURÍDICA E SOCIAL DO CIRURGIÃO-DENTISTA NO ATENDIMENTO DE VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE COVID-19. Maria Luiza Gioster Ramos, Evelin Carine Alves Silva, Gabriel de Oliveira Silva, Clemente Maia da Silva Fernandes e Mônica da Costa Serra | 184 |
| O PARADIGMA RESTAURATIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO À REINTEGRAÇÃO DO EGRESSO: um novo olhar para o sistema prisional luso-brasileira. Carlos Alberto Miranda Santos | 203 |

EDITORIAL

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 16, número 3, referente ao quadrimestre de 2021, traz muitos artigos científicos com profundidade e abordagens importantíssimas com muitos dos atuais cenários nacionais e internacionais em discussão. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova de expansão desse valioso periódico em várias partes do Brasil e do mundo. E é o que este volume 16, número 3, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica e cultural. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual um olhar panorâmico escrito pela profa. Ms. Camila Machado Umpierre.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 15 de dezembro de 2021.

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

É com grande satisfação que participo do 16 volume, número 3 da Revista Brasileira de estudos jurídicos, pois se trata de um arcabouço de artigos que engrandecem nosso conhecimento jurídico, colaborando para o crescimento de todos aqueles que se interessam pela leitura e pelo aprendizado.

São artigos sobre temas relevantes e atuais, os quais precisam ser discutidos para gerar o debate e a reflexão.

Cumpramos evidenciar que a discussão trazida pelos artigos vai além da prática jurídica, pois estão estruturados sob um embasamento filosófico, o que engrandece ainda mais a reflexão, a exemplo do artigo **FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA PROPRIEDADE PRIVADA** de autoria da pós-doutora **Émilien Vilas Boas Reis** e da doutouranda **Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira**.

A preocupação com temas sociais é evidenciada em artigos como **OS FUNDOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA TRÍPLICE RESPONSABILIDADE** escrito em coautoria por **Hélio Dantas de Matos, Leticia Dantas Alves e Marcelo D'Angelo Lara**. Tal artigo teve como objetivo investigar as normatizações relativas aos incentivos fiscais vinculados às doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em especial o Fundo Municipal da Criança e do Adolescente.

Destaca-se a abordagem atual sobre a atuação dos escritórios de advocacia, quando lemos o artigo **O SIGILO PROFISSIONAL E A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMA DE COMPLIANCE EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA**. Os autores **Gonçalo, Greice, Livia e Sofia** abordam uma temática muito interessante, visando estabelecer questões estratégicas e adequadas no exercício da advocacia.

Com a mesma preocupação, de transparência e estratégias de melhora, tem-se o artigo **REFLEXÕES ACERCA DO DECRETO Nº 9.203 À LUZ DA GOVERNANÇA E DO COMPLIANCE**, o qual aborda a governança e a *compliance* como ferramentas transformadoras da atuação da Administração Pública. O excelente texto escrito por **Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira, Grace Ladeira Garbaccio e Renato Amaral Ribeiro** faz desde uma abordagem histórica até abordagem dos dias atuais, buscando evidenciar que ferramentas como essas colaboram para os interesses do cidadão e da sociedade.

Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela aborda de forma também aprofundada, porém com viés prático, **A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE DIRIMIR CONFLITOS**, o que possibilita afirmar os direitos e garantias fundamentais, os quais são, certamente, os pilares que sustentam nosso sistema jurídico.

A revista também conta com artigo sobre a afirmação dos direitos e garantias fundamentais da comunidade LGBTI, luta esta que existe desde o período da ditadura militar. Com isso, percebe-se a importância da discussão constitucional sobre tal tema. Pode-se observar isso no artigo de autoria do mestre **Brendhon Andrade Oliveira**, intitulado **REFLEXÕES ACERCA DA CONJUGALIDADE LGBTI NA AMÉRICA LATINA: um estudo comparativo entre o brasil e o sistema interamericano de direitos humanos**.

Ainda na preocupação com a afirmação dos direitos e garantias fundamentais, contamos com um estudo sobre o **IPTU verde**, de autoria de Dalton Max Fernandes de Oliveira e Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho, os quais abordam este interessante instrumento adotado pela municipalidade para incentivar as pessoas físicas e jurídicas a adotarem condutas ecologicamente sustentáveis de modo a angariarem descontos no IPTU. Tal prática demonstra que o direito a um meio ambiente equilibrado é de fruição coletiva e de caráter fundamental.

Por fim, também somos premiados com dois artigos que tratam dos reflexos jurídicos e sociais da pandemia da COVID – 19, temática esta que não poderia faltar em uma Revista desta qualidade, pois, certamente, a pandemia acarretou e ainda acarreta consequências que suscitam reflexões e debates constantes.

Pode-se, assim, enriquecer o debate sobre **OS REFLEXOS DA PANDEMIA DO CORONAVIRUS (COVID-19) NA SEGURIDADE SOCIAL**, a partir da excelente reflexão do Mestre em Direito pela UFPB **Welison Araújo Silveira**, o qual aborda os desafios do país para conciliar a retomada econômica sem perder de vista o olhar social acerca dos efeitos da pandemia na vida dos cidadãos.

Ainda tratando sobre os efeitos da pandemia da Covid – 19 na nossa sociedade, temos a reflexão da doutouranda, em odontologia, **Maria Luiza Gioster Ramos**, a qual apresenta uma discussão bem peculiar sobre **A RESPONSABILIDADE JURÍDICA E SOCIAL DO CIRURGIÃO-DENTISTA NO ATENDIMENTO DE VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE COVID-19**, tema de interessantíssimo olhar, pois mostra-nos como a interdisciplinaridade deve ser uma constante na vida de todo pesquisador e operador jurídico, pois os eventos não são mais puramente jurídicos, são, antes de tudo, sociais e atingem a todos nós.

Abrilhantando a edição com uma discussão sobre a Justiça restaurativa como um novo modelo de resposta ao crime, tem-se o artigo de **Carlos Alberto Miranda Santos**, cujo título é **O PARADIGMA RESTAURATIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO À REINTEGRAÇÃO DO EGRESSO: um novo olhar para o sistema prisional luso-brasileira**.

É possível vislumbrar a preocupação do autor em buscar alternativas para o tradicional sistema de execução da pena, pois somos todos conhecedores da fragilidade do sistema prisional, devendo ser essa uma preocupação latente por todos aqueles que tem a sensibilidade de olhar para essa mazela.

Após a leitura, saliento a honra pelo aprendizado adquirido com os artigos, desejando a todos a mesma satisfação e o mesmo engrandecimento.

Profa. Ms. Camila Machado Umpierre.

ARTIGOS

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA: Da origem ao direito intergeracional.

PHILOSOPHICAL FUNDAMENTALS ON PRIVATE PROPERTY: From the origin to intergenerational law.

Émilien Vilas Boas Reis¹

Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira²

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar noções acerca do conceito de propriedade na filosofia ocidental. Serão tratados do pensamento grego Platão e Aristóteles, Santo Agostinho, do período do fim da Antiguidade, Santo Tomás de Aquino, do medievo, e John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Karl Marx representando o pensamento moderno. As escolhas procuram abarcar autores que criticam a propriedade privada, pensam em sua supressão, tratam-na como um direito natural ou propõem limites. Não obstante os diálogos jusfilosóficos, atrelada à dignidade da pessoa humana, a propriedade privada só pode existir se for suficiente e igualmente boa e comum a todos, inclusive para as gerações futuras. Trata da dimensão filosófica da equidade intergeracional, que terá neste artigo a teoria da responsabilidade de Hans Jonas e de François Ost o seu fundamento ético-filosófico. Espera-se ilustrar como a temática da propriedade não é recente e que sempre trouxe discussões interessantes. Metodologicamente, o trabalho seguirá o método dedutivo a partir de fontes bibliográficas.

Palavras chaves: Filosofia, propriedade privada, direito intergeracional

ABSTRACT: This article aims to analyze notions about the concept of property in Western philosophy. Plato and Aristotle, St. Augustine, from the period of the end of antiquity, St. Thomas of Aquino, from the medieval period, and John Locke, Jean-Jacques Rousseau and Karl Marx representing modern thought will be treated. The choices seek to encompass authors who criticize private property, think about its suppression, treat it as a natural right or propose limits. Despite the jusphilosophical dialogues, linked to the dignity of the human person, private

¹ Pós-doutorado em Filosofia pela Faculdade do Porto (FLUP-Portugal). Mestrado e Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduação em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Filosofia e de Filosofia do Direito na Graduação, Mestrado e no Doutorado da Escola Superior Dom Helder Câmara. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Por uma Justiça Ambiental” da ESDHC.

² Doutoranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestra em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Especialista em Docência do Ensino Jurídico e em Direito Tributário. Advogada. Professora de Direito Tributário e Direito Financeiro do curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (Fasa). Membro do Grupo de Pesquisa “Por uma Justiça Ambiental” da ESDHC.

property can only exist if it is sufficient and equally good and common to all, including for future generations. It deals with the philosophical dimension of intergenerational equity, which in this article will have Hans Jonas and Francois Ost theory of responsibility as its ethical-philosophical foundation. It is hoped to illustrate how the theme of the property is not recent and that it has always brought interesting discussions. Methodologically, the work will follow the deductive method from bibliographic sources.

Keywords: Philosophy, private property, intergenerational law

INTRODUÇÃO

A propriedade como fenômeno histórico remonta às origens da própria humanidade, justificando-se como inerente ao ser humano possuir bens necessários à sua subsistência. Nessa apropriação, assevera-se o uso da propriedade como objeto de consumo funcional ou como acumulação de riqueza.

O ordenamento jurídico brasileiro qualifica a propriedade como um direito atrelado à liberdade fundamental individual consentâneo da dignidade da pessoa humana. Em outros institutos, Carta de Direitos Americana e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas do século XVIII, observa-se a mesma intensidade de tutela do direito à propriedade.

Nos termos da lei civil (art. 1228 CC), a propriedade privada consiste em um conjunto de direitos conferido ao seu titular qual seja, usar, gozar e dispor. Esses três atributos permitem que o proprietário escolha como usar, quem excluir e como dispor de do bem o que abre espaço para uso de recursos coletivos de maneira privada.

Sob o manto das discussões de equidade e solidariedade, manifesta-se uma dicotomia entre os direitos dos proprietários e a responsabilidade destes em bem gerir a propriedade de maneira a garantir o acesso à terra, como bem ambiental coletivo, às futuras gerações.

Determinar a origem e extensão da propriedade sempre foi um desafio para filósofos e teóricos. Sendo assim, o presente artigo pretende estabelecer elos conceituais entre as correntes filosóficas de Platão; Aristóteles; Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Locke, Rousseau e Marx; a fim de concernir as mudanças que esse instituto recebeu ao longo do tempo, abarcando a propriedade privada desde sua origem até a ampliação da sua dimensão temporal como um direito intergeracional. As teorias filosóficas elegidas procuram abarcar autores que criticam a propriedade privada, pensam em sua supressão, tratam-na como um direito natural ou propõem

limites. Mas a filosofia da equidade intergeracional, tem na teoria da responsabilidade de Hans Jonas o seu fundamento ético-filosófico.

Para compreensão do objeto ora estudado, o trabalho contemplará, inicialmente, a historicidade do instituto, posteriormente, a análise dos diálogos filosóficos dos conceitos de propriedade; e, por fim, a reflexão em uma matriz jusfilosófica que consagre a propriedade como um direito das futuras gerações. Metodologicamente, o trabalho seguirá o método dedutivo a partir de fontes bibliográficas.

1 DA PROPRIEDADE: ORIGEM

A concepção histórica de propriedade, até atingir a idade moderna, sofreu inúmeras influências ao longo dos tempos. Na Antiguidade, ela decorria da organização política.

Antes da época romana, nas sociedades primitivas, somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de seu pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca. O solo pertencia a toda a coletividade, todos os membros da tribo, da família, e não havia o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa. (VENOSA, 178, 2003).

Sobre o termo propriedade, Bobbio (1994) afirma que “(...) deriva do adjetivo latino *proprius* e significa que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico, sendo apenas seu”. A noção de propriedade privada originou-se da própria religião “se fundava no culto dos antepassados e, em razão disso, o solo onde repousavam os mortos convertiam-se em propriedade inalienável e imprescritível”. (FIGUEIREDO, 2010, p.46)

Neste sentido, família, propriedade e religião na antiguidade se conectavam. Fixada a família no solo, instalava-se ali o lar e os seus respectivos deuses, conferindo um caráter sagrado à posse e à propriedade (FUSTEL DE COULANGES, 1966).

Foi na Roma Antiga que o conceito de propriedade, mais próximo ao utilizado na atualidade, foi constituído. No regime feudal, os feudos (pequenas glebas de terra) eram dados como usufruto condicional a certos beneficiários como contraprestação de serviços. Este período era marcado pela “imensa concentração das riquezas e das propriedades nas mãos dos monarcas e demais castas privilegiadas” (ASSUNÇÃO, 2014, p.184).

As epidemias, a exploração agrícola predatória e extensiva, as lutas da burguesia contra nobreza, geraram profundas transformações nas estruturas feudais, marcada pela ascensão da classe

burguesa e pelas ideias libertárias preconizadas pela Revolução Francesa, que reagiu às formas diversas do direito de propriedade medieval, impróprias aos moldes do capitalismo industrial do final do século XVIII. (SANTANA, 2013). “Dessa forma, o novo conceito de propriedade a ser tomado a partir do liberalismo, que busca legitimá-lo a partir de fundamentos jusnaturalistas, em especial pela doutrina de John Locke. (FIGUEIREDO, 2010). A relação entre propriedade e liberdade coincide com o surgimento do Estado. Com o iluminismo³, e o jusnaturalismo, concedeu-se ao sujeito de direito a possibilidade de manifestar livremente a sua vontade, em um contexto econômico propício à circulação do capital (FARIAS, 2017).

Uma concepção individualista da propriedade, que se apresentava como expressão da liberdade do homem e direito natural seu, a qual foi materializada na Declaração Universal dos Homens e do Cidadão e no Código Civil Frances de 1804 (Código de Napoleão) o qual estabeleceu em seu artigo 544 o direito do proprietário de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, criando assim um direito quase absoluto e ilimitado. (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p.45)

Segundo Farias (2017), certo é que a ideologia liberal e individualista que se estabeleceu entre os séculos XVIII e XIX representava o triunfo da racionalidade humana e sua vocação para a liberdade. Suas ideias reconheciam ao sujeito de direito a possibilidade de manifestar livremente a sua vontade em um contexto econômico onde se privilegiava o contrato e a propriedade.

Nesse sentido, deve-se frisar a importância do iluminismo que trouxe consigo a ruptura do modelo típico de propriedade dirigido a um determinado grupo social, totalmente excludente. Ou seja, o homem passou a ser detentor de direitos e, dentre eles, a propriedade, sobre a qual o Estado não podia intervir. Nas palavras de Farias (2017, p.262) “a propriedade será alcançada segundo a capacidade e esforço de cada um e, na forma da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, terá a garantia da exclusividade dos poderes de seu titular, como asilo inviolável e sagrado do indivíduo”.

Defende Farias (2017) que se pode definir a propriedade como direito que alguém possui em relação a um determinado bem, tratando-se, portanto, de um direito fundamental, protegido pelo

³ O que é iluminismo? Em um ensaio com esse título escrito em 1784, Immanuel Kant respondeu que é “a saída do ser humano da menoridade de que ele próprio é culpado”, de sua submissão “preguiçosa e covarde” aos “dogmas e fórmulas” da autoridade religiosa ou política. Seu lema, ele proclamou, é “ouse entender!”, e sua exigência fundamental é a liberdade de pensamento e expressão. “Uma época não pode firmar um pacto que impeça épocas posteriores de ampliar sua visão, aprimorar seu conhecimento e reabilitar-se de seus erros. Isso seria um crime contra a natureza humana, cujo destino apropriado reside precisamente nesse progresso”. (PINKER, 2018 p.25)

art. 5º da CF/88. Tal direito se consolida em limites normativos, de usar, gozar, e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha (DINIZ, 2004).

Entretanto, o direito de propriedade possui limitações extrínsecas de sua própria natureza, devendo sempre atender a uma função social, nos termos do artigo 1228, § 1º do Código Civil:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio, ecológico, o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002).

A definição hodierna do instituto sofreu alterações, considerando a funcionalidade da propriedade privada que se refere “a um tipo de sistema que aloca determinados objetos, como pedaços de terra, para determinados indivíduos para usar e administrar como quiserem, com exclusão de outros (mesmo aqueles que têm uma maior necessidade de recursos) e a exclusão também de qualquer controle detalhado pela sociedade” (Dicionário de Filosofia de STANFORD, 2004). Para acompanhar a amplitude e dinamismo deste conceito apropriar-se-á dos fundamentos filosóficos que se seguem.

2 A PROPRIEDADE EM PLATÃO E ARISTÓTELES

Platão (428/27 – 348/47 a.C), na sua grande obra *A República*⁴, tem a pretensão de pensar a formação da cidade justa⁵ e, por analogia, a formação do homem justo. No Livro IV, ao falar da classe dos guardiões⁶, Platão, por intermédio do personagem Sócrates, afirma que, entre os que pertencem a essa classe, deve haver uma comunhão de bens:

⁴Sobre o projeto da obra *A República*, conferir VAZ, 2002, p. 101-102. Deve-se ressaltar que Platão retoma a noção de propriedade na obra *As Leis*. Cf. PLATÃO, 1999.

⁵Sobre uma análise do homem ideal e da cidade ideal em Platão conferir REIS, 2013, p. 33-41.

⁶“O Estado é caracterizado por possuir: a) camponeses, artesãos e comerciantes formando uma classe, que podem possuir bens e riquezas, desde que seja de forma moderada, além de compartilharem alguns desses bens; b) guardiões, que tomarão conta para que o Estado não entre em ruína, controlarão os excessos da primeira classe, e lidarão com o tamanho do Estado; e c) uma terceira classe, guardiões perfeitos, em que seus componentes serão retirados da segunda classe, após uma educação (*paidéia*) de vários anos, e que se tornarão os futuros governantes”. (NAVES; REIS, 2016, p. 51, grifo no original).

- Por certo, meu bom Adimanto, disse eu, não lhes damos muitas ordens importantes, mas todas são banais, se eles respeitarem a única da qual se diz que é grande, ou melhor, suficiente.

- Que ordem é essa? Disse.

- A instrução, disse eu, e a educação. É que, se forem bem educados, virão a se tornar homens moderados, e ser-lhes-á fácil ter discernimento diante desses problemas e de tudo o mais que ora estamos deixando de lado, posse de mulheres, casamentos, geração de filhos, porque, segundo o provérbio, todas essas coisas devem, tanto quanto possível, ser consideradas comuns entre amigos. (PLATÃO, 2006, p. 143).

Em suma, Platão apresenta uma concepção comunitarista da propriedade, inaugurando uma importante tradição no pensamento filosófico-político, a respeito dessa temática.

Aristóteles (384 a.C – 322 a.C), por sua vez, irá questionar a posição de Platão sobre sua visão de propriedade. Afirmar ser possível viver como Platão propõe na obra referida, mas se questiona: “é melhor agir como agimos agora ou devemos adotar a prática recomendada em *A República*?”. (ARISTÓTELES, 2000, p. 179).

Para Aristóteles, o homem é um animal político por natureza, o que significa que a vida em comunidade faz parte do ser humano. Em sua visão, há uma gradação de relações que tem como finalidade o Estado⁷. Dentre os estágios anteriores à constituição do Estado está a família. Nela, Aristóteles já ilustra a importância da propriedade: “A propriedade é parte de uma família e a aquisição de uma propriedade, parte da arte de dirigir uma família; pois nenhum homem pode viver bem ou mesmo viver, a menos que atenda às próprias necessidades”. (ARISTÓTELES, 2000, p. 148). Apesar de Aristóteles se valer de tal argumento para falar da escravidão, o ponto importante a notar é que ele já oferece indícios de que a propriedade é fundamental para a vida e a satisfação das necessidades.

⁷“Dado que todas as coisas para Aristóteles têm uma finalidade, tal característica é encontrada no Estado. O Estado, enquanto uma comunidade, é a melhor forma dos indivíduos obterem a vida boa. Para um melhor entendimento sobre o Estado, o estagirita sugere que se deve buscar a sua origem. Para ele a primeira relação entre os indivíduos ocorre entre homens e mulheres, devido a um impulso natural. Aqui já se abre uma chave de leitura para a afirmação aristotélica de que os homens são ‘animais políticos’. Em sequência, forma-se, assim, a família, que busca a satisfação das necessidades diárias. A união das famílias dará origem à aldeia (vila), que será dirigida pelos membros mais velhos, lembrando uma monarquia. O próximo passo necessário é a união entre as várias famílias, dando origem às cidades/Estado, que proporcionarão a vida por excelência ao indivíduo, que é inferior à sociedade, por não ser autossuficiente.” (REIS, 2013, p. 41-42).

A posição aristotélica a respeito da propriedade será colocada através da crítica que ele faz a Platão. Em primeiro lugar, Aristóteles não aceita a noção platônica em A República de que as mulheres devessem ser possuídas em comunhão, pois, não é um costume, não é viável para a sociedade e não há uma explicação de como colocar isso em prática. A proposta de Platão era de que o Estado fosse uma unidade, porém, Aristóteles afirma que a unidade está mais próxima da família do que do Estado, onde deve haver uma diferença entre os indivíduos: “o Estado consiste não simplesmente de homens, mas de diferentes espécies de homens; não se pode fazer um Estado a partir de homens iguais”. (ARISTÓTELES, 2000, p. 170).

A visão de que o Estado não é uma unidade é importante para que Aristóteles questione a posição platônica na obra A República, de que deve haver uma comunhão a respeito de mulheres e crianças, e, implicitamente, a noção de que todas as propriedades são comuns a todos os indivíduos. Além da confusão linguística com a palavra 'todos', que pode ser compreendida como 'todos separadamente' ou 'todos juntos', o que, certamente, são coisas distintas, Aristóteles chama a atenção para a percepção de que “quanto maior o número de proprietários, menor o respeito à propriedade”. (ARISTÓTELES, 2000, p. 172). Quanto maior o número de pessoas cuidando de algo, menor o zelo pessoal com essa coisa. Na comunhão da propriedade em Platão, o uso da expressão 'meu' também perde o sentido, já que ela se refere a algo comum a todos os indivíduos de dada comunidade. Nesse Estado, perde-se também a afeição pelos indivíduos, já que não se sabe de laços próximos (ARISTÓTELES, 2000).

Aristóteles coloca várias objeções para o uso em comum da propriedade, pois, grosso modo, alguns podem se aproveitar do esforço do outro, assim, “muito melhor é o presente sistema de propriedade privada, desde que tenha uma base moral fundamentada na lei”. (ARISTÓTELES, 2000, p. 176). Para ele, os bens poderiam ser comuns, no sentido de que estariam dispostos a todos os indivíduos da comunidade, mas sua propriedade continuaria privada. Além do mais, as benesses com bens praticadas ao outro – generosidade – dependeriam da propriedade privada:

O erro de Sócrates está em sua falsa premissa sobre a unidade; certamente deve haver alguma unidade no Estado, assim como na família, mas ela não deve ser absoluta. O resultado da unificação é que o Estado, se não cessa de sê-lo, decerto tornar-se-á pior; é como se alguém reduzisse a harmonia a uma unissonância ou o ritmo a um simples compasso. Como já dissemos, uma cidade deve ser uma pluralidade, e sua união numa comunidade depende da educação. Soa estranho que Platão, cuja intenção era a de introduzir uma educação que, segundo acreditava, tornaria virtuosos os cidadãos, julgasse obter bons resultados por meio de métodos assim. Esse é o caminho errado; as

regulações acerca da propriedade não substituem a educação do caráter nem do intelecto, ou o uso de leis e costumes da comunidade para esse fim. (ARISTÓTELES, 2000, p. 178).

A filosofia aristotélica, ao mesmo tempo que prega a sacralidade da propriedade privada, ratifica que esse direito deve sofrer restrições. Aristóteles defende que a propriedade deve ser, de um modo geral, privada, mas comum quanto ao seu uso e que esse uso não altera a natureza essencialmente privada da propriedade, mas antes a pressupõe.

2.2. A propriedade em Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino

No início da era cristã, a patrística⁸ foi o primeiro movimento reflexivo do Cristianismo. Sem dúvidas, Santo Agostinho (354-430) pode ser considerado seu grande intelectual. A seguir, será ilustrado como Agostinho tratou a questão da propriedade. Entretanto, é possível perceber em outro grande nome da patrística latina e mentor espiritual de Agostinho, Santo Ambrósio (333-397), alguns aspectos sobre a propriedade e sua diferença de concepção em relação aos filósofos gregos.

Next they considered it consonant with justice that one should treat common, that is, public property as public, and private as private. But this is not even in accord with nature, for nature has poured forth all things for all men for common use. God has ordered all things to be produced, so that there should be food in common to all, and that the earth should be a common possession for all. Nature, therefore, has produced a common right for all, but greed has made it a right for a few. Here, too, we are told that the Stoics taught that all things which are produced on the earth are created for the use of men, but that men are born for the sake of men, so that mutually one may be of advantage to another. (SAINT AMBROSE, 2021).⁹

⁸“Desde o século II da era cristã aparecem os Padres Apologistas, assim chamados porque suas obras principais são apologias da religião cristã. No sentido técnico do termo, uma apologia era um arrazoado jurídico e essas obras são, de fato, sustentações para obter dos imperadores romanos o reconhecimento do direito legal dos cristãos à existência num império oficialmente pagão. Encontram-se aí exposições parciais da fé cristã e algumas tentativas para justificá-la diante da filosofia grega”. (GILSON, 1998, p. 2).

⁹“Em seguida, eles consideraram compatível com a justiça que se deva tratar o bem comum, isto é, o bem público como público e o privado como privado. Mas isso nem mesmo está de acordo com a natureza, pois a natureza derramou todas as coisas para todos os homens para uso comum. Deus ordenou que todas as coisas fossem produzidas, para que houvesse alimento em comum a todos e que a terra fosse um bem comum para todos. A natureza, portanto, produziu um direito comum para todos, mas a ganância o tornou um direito para poucos. Aqui, também, somos informados de que os estóicos ensinavam que todas as coisas que são produzidas na terra são criadas para o uso dos homens, mas que os homens nascem para o benefício dos homens, de modo que um pode ser mutuamente vantajoso para o outro.” (Tradução nossa).

Ambrósio ilustra como vários pensadores compreenderam que existe tanto a propriedade pública quanto a propriedade privada. Entretanto, de acordo com a natureza, através da ordem de Deus, todas as coisas, inicialmente, eram de uso comum entre os homens. O que aconteceu para que não fosse mais assim? Vários autores da patrística justificaram o fato pelo Pecado Original, como será possível notar também em Agostinho.

Agostinho não é um autor sistemático, assim, é imprescindível fazer escolhas de trechos a fim de colocar o tema abordado. Em primeiro lugar, deve-se esclarecer os conceitos de cidade de Deus e cidade terrena, fundamentais no pensamento agostiniano:

Dois amores fundaram, pois, duas cidades, a saber: o amor próprio levado ao desprezo a Deus, a terrena; o amor a Deus, levado ao desprezo de si próprio, a celestial. Gloriosa-se a primeira em si mesma e a segunda em Deus, porque aquela busca a glória dos homens e tem esta por máxima glória a Deus, testemunha de sua consciência. Aquela ensoberbece-se em sua glória e esta diz a seu Deus: Sois minha glória e quem me exalta a cabeça. Naquela, seus príncipes e as nações avassaladas vêem-se (sic) sob o jugo da concupiscência de domínio; nesta servem em mútua caridade, os governantes, aconselhando, e os súditos, obedecendo. Aquela ama sua própria força em seus potentados; esta diz a seu Deus: A ti hei de amar-te, Senhor, que és minha fortaleza. (SANTO AGOSTINHO, 2001, p. 169-170).

Tem-se ilustrado que a cidade terrena tem origem no pecado humano, simbolizado pela concupiscência humana e conseqüente afastamento de Deus, que é o amor¹⁰ a si mesmo. Portanto, para Agostinho, se não houvesse pecado original não haveria a cidade terrena. A cidade de Deus e a cidade terrena devem ser compreendidas em um sentido místico e escatológico: “Dividi a humanidade em dois grandes grupos: um, o dos que vivem segundo o homem; o outro, o daqueles que vivem segundo Deus. Misticamente, damos aos dois grupos o nome das duas cidades, que é o mesmo que dizer sociedades de homens.” (SANTO AGOSTINHO, 2001, p. 173).

Todos os indivíduos, enquanto peregrinos neste mundo, vivem na sociedade civil, mesmo uns sendo da cidade terrena e outros da cidade de Deus. Com o pecado original¹¹, o homem tem dificuldade em viver em sociedade:

¹⁰ Em Agostinho, amor, em sentido filosófico, é o direcionamento da vontade para um determinado bem.

¹¹ Pecado Original, na visão cristã, é a primeira falta cometida pelos primeiros pais, Adão e Eva.

Mas quem será capaz de enumerar a infinidade e gravidade dos males a que nesta mísera condição mortal está sujeita a sociedade humana? Quem bastará para ponderá-los? Escutem um de seus poetas cômicos, que, com a aprovação de todo o auditório, põe na boca de certa personagem estas palavras: *Tomei esposa e, então, quanta miséria vi! Nasceram-me filhos e quantas preocupações mais!*. Que dizer dos choques de amor, descritos pelo mesmo Terêncio, injúrias, suspeitas, inimizades, guerra hoje e paz amanhã? Não é verdade que as taças humanas transbordam desses licores? Não é verdade que isso também sucede com frequência nos amores honestos entre amigos? Não é verdade que os homens por toda parte sentimos injúrias, suspeitas, inimizades e guerras? São males certos, mas a paz é bem incerta, por desconhecermos o coração daqueles com quem queremos tê-la e, embora o conheçamos hoje, não sabemos o que será amanhã.

Que pessoas costumam ou, pelo menos, devem ter mais amizade entre si que as residentes sob o mesmo teto, na mesma casa? Quem delas, todavia, está segura, quando vê os males acontecidos por causa de ocultas maquinações, males tanto mais amargos quanto mais doce foi a paz considerada verdadeira, embora não passasse de astuta mentira? (...) Se a casa, refúgio comum nesses males que sobrevêm aos homens, não está segura, que será da cidade? Que será da cidade, quanto mais cheia de pleitos, cívicos e criminais, quanto maior é, embora escape às turbulentas sedições, com frequência sangrentas, e às guerras civis, acontecimentos de que as cidades às vezes se veem livres, mas dos perigos nunca? (SANTO AGOSTINHO, 2001, p. 393).

Essa tendência ao conflito na sociedade, fruto do pecado original, deverá ser amenizada com o Estado. A vida terrena, para ambos os cidadãos da cidade de Deus e da cidade terrena, necessitará do uso dos bens na sociedade. Os cidadãos da cidade de Deus os tomarão como bens passageiros necessários nesta vida, já os cidadãos da cidade terrena os tomarão como definitivos: “O uso dos bens necessários a esta vida mortal é, portanto, comum a ambas as classes de homens e a ambas as casas, mas no uso cada qual tem fim próprio e modo de pensar muito diverso do outro”. (SANTO AGOSTINHO, 2001, p. 408).

Para Agostinho, a propriedade existe na vida em sociedade. No tratado 6 do Comentário ao Evangelho de São João, ele explica que a propriedade não é colocada pela lei divina, mas por meio de leis temporais. A posse, explica Agostinho, é fruto da lei humana. Caso não haja tal autoridade, não há garantia alguma de manter a propriedade¹².

A novidade em Agostinho está na noção de uso que se faz da propriedade. Assim, avança do aspecto jurídico para o moral. Faz um bom uso aqueles que não estão apegados demasiadamente aos bens passageiros, garantidos pela lei humana; faz mau uso aquele que se prende a tais bens.¹³ Para Agostinho, em sentido último, os bens passageiros devem ser apenas usados para se fruir do único bem imutável, que não pode ser possuído nesta vida: Deus¹⁴. A propriedade não é boa nem má em sentido absoluto.

O dominicano Santo Tomás de Aquino (1225-1274) é o principal nome da Escolástica¹⁵, período de maior relevância intelectual da Idade Média. Em sua grande obra, *Suma Teológica*, Tomás coloca algumas questões que problematizarão a propriedade privada. A Questão 66 da Segunda parte (*Secunda Secundae* II-II) denominada “O furto e a rapina” está inserida nas questões referentes à virtude da justiça. Ela é dividida em 9 artigos, sendo que os dois primeiros são os que interessam à questão da propriedade.

¹²“Sin embargo, por derecho humano dice uno: «Esta finca es mía, esta casa es mía, este esclavo es mío». Por derecho humano, pues, por derecho de los emperadores. ¿Por qué? Porque mediante los emperadores y reyes distribuye Dios al género humano esos derechos humanos. ¿Queréis que leamos las leyes de los emperadores y según ellas tratemos de las fincas? Si queréis poseerlas por derecho humano, demos lectura pública a las leyes de los emperadores; veamos si quisieron que los herejes posean algo.” (SANTO AGOSTINHO, 2021). “Porém, por direito humano se diz: “Esta fazenda é minha, esta casa é minha, este escravo é meu”. Por direito humano, então, pelo direito dos imperadores. Por quê? Porque por meio dos imperadores e reis, Deus distribui esses direitos humanos à raça humana. Quer que leiamos as leis dos imperadores e de acordo com elas tratamos as propriedades? Se você deseja possuí-los por direitos humanos, leiamos publicamente as leis dos imperadores; Vamos ver se eles queriam que os hereges possuíssem algo” (Tradução nossa).

¹³“Assim, pois, as mesmas coisas podem ser usadas diferentemente: de modo bom ou mal. E quem se serve mal é aquele que se apega a tais bens de maneira a se embaraçar com eles, amando-os demasiadamente. Com efeito, submete-se àqueles mesmos bens que lhe deveriam estar submissos. Faz dessas coisas bens aos quais ele mesmo deveria ser um bem, ordenando-as e fazendo delas bom uso. Assim, quem se serve dessas coisas de modo ordenado mostra que elas são boas, não para si, pois elas não o tornam nem bom nem melhor, mas antes é ele mesmo que as torna melhores. Por isso, ele não as ama até se deixar prender e não faz delas como se fossem membros de sua própria alma — o que seria feito, caso as amasse a ponto de rezear que elas, vindo a lhe faltar, lhe fossem como cruéis e dolorosos fermentos. Mas se ele se mantiver acima dessas coisas, pronto a possuí-las e governá-las, caso seja preciso, e mais ainda, pronto a perdê-las ou a se passar delas.” (SANTO AGOSTINHO, 1995, p. 66-67).

¹⁴“Fruir é aderir a alguma coisa por amor a ela própria. E usar é orientar o objeto de que se faz uso para obter o objeto ao qual se ama, caso tal objeto mereça ser amado. A uso ilícito cabe, com maior propriedade, o nome de excesso ou abuso. (...) É desse modo que peregrinamos para Deus nesta vida mortal (2COR 5,6). Se queremos voltar à pátria, lá onde poderemos ser felizes, havemos de usar deste mundo, mas não fruirmos dele.” (SANTO AGOSTINHO. *A Doutrina Cristã*. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 2002, p. 44-45.).

¹⁵“Tomás de Aquino (1225/27-1274) encontra-se no período da Escolástica, caracterizado por ter sido de grande efervescência intelectual. Santo Anselmo (1033-1109), Pedro Abelardo (1079-1142), Hugo de São Vitor (1096-1141), Roger Bacon (1214-1294), Alberto Magno (1193-1280), Alexandre de Hales (1185-1245), São Boaventura (1221-1274), Duns Scotus (1266-1308), Mestre Eckhart (1260-1328) e Guilherme de Ockham (1285-1347) são alguns dos grandes autores que estavam próximos ou no período que corresponde à Escolástica.” (NAVES; REIS, 2016, p. 123).

O artigo primeiro da questão 66 é composto da seguinte indagação¹⁶: É natural ao homem a posse dos bens exteriores? Na solução à questão, Tomás afirma que as coisas exteriores aos homens estão: a) intrinsecamente, submetidas ao poder de Deus, que as criou; e b) enquanto as usam, submetidas aos homens, que, por possuírem razão, têm capacidade de dominar os seres exteriores. Assim, Deus tem um domínio principal e o homem tem um domínio natural (SANTO TOMAS DE AQUINO, 1990).

Na segunda questão do artigo 66 Tomás de Aquino pergunta: É lícito a alguém possuir uma coisa como própria? Na solução Tomás afirma que o homem tem uma capacidade inerente de gestão desses bens, e, por isso, a licitude em possuí-los. A necessidade de possuir as coisas ocorre por três motivos: a) aquele que possui algo, em detrimento da posse em comunidade, tem maior capacidade de gerir sua posse e ser benevolente com o outro; b) o cuidado pessoal com as coisas é mais fácil do que um cuidado coletivo; e c) há um estado de paz quando cada um está satisfeito com o que possui. Além do mais, os homens devem se portar perante as coisas exteriores como se fossem comuns, no sentido de suprir a necessidade dos indivíduos. (SANTO TOMAS DE AQUINO, 1990).

Para Tomás, a propriedade privada faz parte da condição humana. Entretanto, enfatiza a necessidade de se valer das posses para melhor geri-las e praticar a caridade com aqueles que estão privados de mínima subsistência. Pode-se notar em Tomás, como em Agostinho, também um uso moral da propriedade privada.

2.3. A propriedade em John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Karl Marx

O inglês John Locke (1632-1704) é um dos adeptos da teoria contratualista, que justifica a formação do “estado civil” por meio de um suposto contrato (pacto) entre os seres humanos. Há também entre esses teóricos a noção de que antes do contrato existia um estado de natureza. O que há de comum entre tais pensadores são as ideias de estado de natureza, contrato e estado civil, mas cada um deles trabalha com concepções diferentes a respeito do ser humano, da relação entre eles, das características do estado de natureza, da visão sobre direitos naturais, da característica do estado civil, da liberdade natural e civil, por exemplo.

Em sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil”, Locke expõe sua teoria contratualista e seu entendimento sobre a propriedade.

¹⁶Sobre o método da Suma Teológica ver NAVES; REIS, 2016, p. 123-124.

Locke afirma que a compreensão do poder político depende de um entendimento do estado de natureza, que, para ele, era caracterizado por: a) uma perfeita liberdade; e b) uma igualdade gerada pelo amor mútuo. Os homens, pelo uso da razão, respeitam-se mutuamente. Mas é também garantido aos indivíduos desse estado natural, que castiguem aqueles que molestem os outros, servindo-se de castigos no sentido de reparação e restrição. Assim, todo homem teria o poder para castigar no estado de natureza. (LOCKE, 1978). Mas, em se tratando dos casos em que estiverem envolvidos, como os indivíduos podem se valer de paixão e vingança, e usarem de desmedida para praticarem o castigo, Locke afirma que “(...) Deus, com toda certeza, estabeleceu o governo com o fito de restringir a parcialidade e a violência dos homens. Aquiesço finalmente em que o governo civil é o remédio acertado para os inconvenientes do estado de natureza.” (LOCKE, 1978, p. 38). Assim, Locke começa a justificar a necessidade do estado civil, que será formado pelo pacto, que consiste na concórdia entre os homens para fundarem um corpo político.

Como a propriedade é encarada por Locke dentro de sua visão contratualista? Naturalmente, o homem tem para Locke o direito à própria preservação, que inclui comida, bebida e outras coisas para sua subsistência. Aqui já haveria um indício da necessidade de propriedade para Locke. Por outro lado, valendo-se das Escrituras (Sl 113,24), Locke afirma que Deus deu o mundo em comum a toda a humanidade. Assim, inicialmente, animais e alimentos seriam de todos os homens. (LOCKE, 1978). Por outro lado, cada homem tem seu próprio corpo como propriedade, o que significa que o trabalho do seu corpo também transforma aquilo que é comum a todos em sua propriedade particular. O trabalho irá transformar o que é natureza em propriedade:

O trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire do estado que a natureza lhe forneceu e no qual o deixou, fica-lhe misturado ao próprio trabalho, juntando-se-lhe algo que lhe pertence, e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, anexou-lhe por esse trabalho algo que o exclui do direito comum de outros homens. Desde que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalho, nenhum outro homem pode ter direito ao que se juntou, pelo menos quando houver bastante e igualmente de boa qualidade em comum para terceiros. (LOCKE, 1978, p. 45-46).

Chama a atenção no trecho referido a preocupação de Locke em afirmar que a propriedade de alguém não pode causar prejuízos a outros, enfatizando certo limite para a propriedade. Para Locke, apesar das coisas, inicialmente, serem comuns a todos, a propriedade é um direito natural, que advém do trabalho pessoal. Assim, trabalho e propriedade estão intimamente ligados:

Daí se vê que dominar ou cultivar a terra e ter domínio estão intimamente conjugados. Um deu direito ao outro. Assim, Deus, mandando dominar, concedeu autoridade para a apropriação; e a condição da vida humana, que exige trabalho e material com que trabalhar, necessariamente introduziu a propriedade privada. (LOCKE, 1978, p. 48).

Pode-se notar que a subsistência da vida e o trabalho são as justificativas básicas de Locke para garantir o direito à propriedade.

Em se tratando de um direito natural, a propriedade será uma das justificativas de Locke para a constituição do estado civil, que deve garantir tal direito. “O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob o governo, é a preservação da propriedade.” (LOCKE, 1978, p. 82). No estado de natureza falta um poder coercitivo que obrigue os indivíduos a respeitarem a propriedade alheia, falta um juiz imparcial e falta quem execute uma sentença.

Fazendo uma espécie de suposição histórica, Locke afirma que o dinheiro será criado como uma forma de suprir as trocas entre objetos, que, inicialmente, ocorriam entre bens perecíveis, depois entre bens perecíveis e não perecíveis, e, por fim, entre bens não perecíveis: “E assim, originou-se o uso do dinheiro – algo de duradouro que os homens pudessem guardar sem estragar-se, e que por consentimento mútuo recebessem em troca de sustentáculos da vida, verdadeiramente úteis, mas perecíveis.” (LOCKE, 1978, p. 53).

Claramente, a criação do dinheiro permite um acúmulo maior de propriedade do que aquele oriundo dos bens perecíveis. Apesar da ressalva para o acúmulo a respeito dos bens perecíveis, Locke não se estende a respeito do dinheiro.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) é outro nome associado à teoria contratualista. Na obra “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, Rousseau irá se questionar sobre a desigualdade na humanidade. Inicialmente, ele concebe dois tipos: a) desigualdade natural (física), que está associada a aptidões físicas e mentais; e b) desigualdade moral (política), que depende de uma convenção. A primeira será deixada de lado de sua análise, a segunda será compreendida a partir de sua origem. (ROUSSEAU, 1978).

Rousseau utiliza a primeira parte do Discurso para descrever as características do homem selvagem, anterior à sociedade. Sintetizando sua descrição, afirma:

Concluamos que, errando pelas florestas, sem indústrias, sem palavra, sem domicílio, sem guerra e sem ligação, sem nenhuma necessidade de seus semelhantes, bem como

sem nenhum desejo de prejudicá-los, talvez nem sequer reconhecer alguns deles individualmente, o homem selvagem, sujeito a poucas paixões e bastando-se a si mesmo, não possuía senão os sentimentos e as luzes próprias desse estado, no qual só sentia suas verdadeiras necessidades, só olhava aquilo que acreditava ter interesse de ver, não fazendo sua inteligência maiores progressos do que a vaidade. Se por acaso descobria qualquer coisa, era tanto mais incapaz de comunicá-la quanto nem mesmo reconhecia os próprios filhos. A arte parecia com o inventor. Então não havia nem educação, nem progresso; as gerações se multiplicavam inutilmente e, partindo cada uma sempre do mesmo ponto, desenrolavam-se os séculos com toda a grosseria das primeiras épocas; a espécie já era velha e o homem continuava sempre criança. (ROUSSEAU, 1978, p. 256-257).

O homem selvagem era guiado por seu instinto, necessitando de muito pouco para sobreviver. Todos os que viviam naquele estado de natureza tinham mais ou menos as mesmas características. Não havia, portanto, guerras, disputas e submissão entre os que ali viviam. O que ocorreu? Para Rousseau, a mudança ocorreu a partir da sociedade civil, que corrompeu o bom selvagem. A sociedade civil, por sua vez, se origina, justamente, com a propriedade privada:

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer: *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não poupou ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: 'Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdido se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!' (ROUSSEAU, 1978, p. 259).

Para Rousseau, a propriedade privada não surgiu de forma abrupta: “foi preciso fazer-se muitos progressos, adquirir-se muita indústria e luzes, transmiti-las e aumentá-las de geração para geração, antes de chegar a esse último termo do estado de natureza. (ROUSSEAU, 1978, p. 259-260). Rousseau passa a descrever como o homem deixou de ser um animal que recolhia apenas o que a natureza oferecia, para, devido a necessidade, criar outros meios para sobreviver, tornando-se orgulhoso e interesseiro em suas relações. Assim, “esses primeiros progressos puseram por fim o homem à altura de conseguir outros mais rápidos. Quanto mais esclarecia o espírito, mais se aperfeiçoava a indústria.” (ROUSSEAU, 1978, p. 262. Posteriormente, foram constituídas famílias, onde homens e mulheres passaram a ter papéis determinados. Com as comodidades geradas, os homens enfraqueceram o corpo e o espírito. Criaram e aperfeiçoaram a linguagem. Passaram a comparar entre si suas características. Pelo fato do outro ser melhor, mais belo, mais forte, por exemplo, surgiram a vaidade, o desprezo e a inveja (ROUSSEAU, 1978). E prossegue:

(...) desde o instante em que um homem sentiu necessidade do socorro do outro, desde que se percebeu ser útil a um só contar com provisões para dois, desapareceu a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas transformaram-se em campos aprazíveis que se impôs a regar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e crescerem com as colheitas. (ROUSSEAU, 1978, p. 265).

Com o aprimoramento da metalurgia e da agricultura a terra passou a ser trabalhada, mas dividida de maneira desproporcional, pois quem tinha mais força e mais habilidade ganhava mais do que os outros; assim, a desigualdade, antes apenas natural, aumentou devido às circunstâncias sociais e a astúcia de deixar o outro para trás. Foram criadas classes e um fosso entre os que tinham e os que não tinham propriedade. (ROUSSEAU, 1978).

Para Rousseau, o estado de natureza era melhor, pois o homem não havia descoberto ainda a propriedade privada, causa de todos os seus males. Logo, a sociedade torna o homem mal, na medida em que está construída na propriedade privada, que acentua o que há de pior no ser humano.

A seu tempo, Karl Marx (1818-1883), na obra “Manuscritos econômicos-filosóficos”, escrita em 1844, e vinda a ser publicada, postumamente, em 1932, parte do pressuposto de que a propriedade privada é tomada na sociedade como algo dado, assim, quer questionar sua colocação:

(...) toda a sociedade tem de decompor-se nas duas classes dos proprietários e dos trabalhadores sem propriedade. A economia nacional parte do fato dado e acabado da propriedade privada.

Não nos explica o mesmo. Ela percebe o processo material da propriedade privada, que passa, na realidade (*Wirklichkeit*), por fórmulas gerais, abstratas, que passam a valer como leis para ela. Não concebe (*begreift*) estas leis, isto é, não mostra como têm origem na essência da propriedade privada. A economia nacional não nos dá esclarecimento algum a respeito do fundamento (*Grund*) da divisão entre trabalho e capital, entre capital e terra. (MARX, 2008, p. 79, grifos no original).

Para ele, a propriedade privada chega ao ponto de desumanizar o próprio homem. Ela está associada, pois, à “ganância, a separação de trabalho, capital e propriedade de terra, de troca e concorrência, de valor e desvalorização do homem, de monopólio e concorrência etc., de todo este estranhamento (*Entfremdung*) com o sistema do *dinheiro*” (MARX, 2008, p. 80). O produto

oriundo do trabalho do operário lhe é um objeto estranho. Quanto mais trabalha, mais alheio o produto está dele, ou seja, o trabalho está alienado em relação ao homem:

O trabalhador se torna tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais a sua produção aumenta em poder e extensão. O trabalhador se torna uma mercadoria tão mais barata quanto mais mercadorias cria. Com a valorização do mundo das coisas (*Sachenwelt*) aumenta em proporção direta a desvalorização do mundo dos homens (*Menschenwelt*). O trabalho não produz somente mercadorias; ele produz a si mesmo e ao trabalhador como uma mercadoria, e isto na medida em que produz, de fato, mercadorias em geral. (MARX, 2008, p. 80).

Marx deduz algumas consequências a partir do trabalho alienado. A primeira delas é que quanto mais o homem objetiva (apropria) a natureza com o seu trabalho, mais se priva dos objetos resultantes dele, pois ele passa a produzir riquezas para os outros e não para ele: “(...) quanto mais o trabalhador produz, menos tem para consumir; que quanto mais valores cria, mais sem-valor e indigno ele se torna; quanto mais bem formado o seu produto, tanto mais deformado ele fica; quanto mais civilizado seu objeto, mais bárbaro o trabalhador (...)”. (MARX, 2008, p. 82).

Sendo o produto (resultado) do seu esforço alheio ao trabalhador, uma segunda constatação é que a atividade em si também é alheia ao operário. O trabalho também não pertence ao trabalhador, tornando-o infeliz e mortificado em suas atividades físicas e espirituais. Só fica bem fora do trabalho, pois torna-se um trabalho obrigatório, que satisfaz necessidades exteriores a ele:

Chega-se, por conseguinte, ao resultado de que o homem (o trabalhador) só se sente como [ser] livre e ativo em suas funções animais, comer, beber e procriar, quando muito ainda habitação, adornos etc, e em suas funções humanas só [se sente] como animal. O animal se torna humano, e o humano, animal. Comer, beber e procriar etc, são também, é verdade, funções [genuinamente] humanas. Porém na abstração que as separa da esfera restante da atividade humana, e faz delas finalidades últimas e exclusivas, são [funções] animais. (MARX, 2008, p. 83).

A terceira consequência da alienação do trabalho será analisada por Marx a partir da noção de que o homem é um ser genérico consciente, no sentido de que sua característica principal (essência) é o trabalho, mas o trabalho como atividade vital consciente que transforma a natureza, pelo fato de o homem ser um ente livre. O mundo torna-se obra da ação humana. A alienação do trabalho, por sua vez, transforma esta atividade vital em exclusiva atividade para subsistência, como são os animais: “igualmente, quando o trabalho estranhado reduz a auto-atividade (sic), a atividade

livre, a um meio, ele faz da vida genérica do homem um meio de sua existência física.” (MARX, 2008, p. 85).

Por fim, Marx afirma que, assim como cada homem, enquanto trabalhador de sua subsistência, está longe de sua essência, a quarta consequência é o estranhamento que um homem causa a outro, no sentido de que um homem toma o outro exclusivamente como trabalhador: “Na relação do trabalho estranhado cada homem considera, portanto, o outro segundo o critério e a relação na qual ele mesmo se encontra como trabalhador.” (MARX, 2008, p. 86).

Assim, a partir das quatro análises anteriores, Marx (2008, p. 87) pode concluir que: “a propriedade privada é, portanto, o produto, o resultado, a consequência necessária do trabalho exteriorizado, da relação externa (*äusserlichen*) do trabalhador com a natureza e consigo mesmo.”

Propriedade privada e salário serão vistos como a mesma coisa para Marx, pois o salário é o resultado do trabalho alienado. As soluções propostas como a elevação dos salários ou a sua igualdade são criticadas por Marx, pois, em sua visão, significariam melhor assalariamento do escravo, e a confirmação de todos em escravos numa sociedade capitalista abstrata, respectivamente. A solução de Marx é mais radical, com a proposta de supressão total da propriedade privada, o comunismo:

O comunismo na condição de supra-sunção (sic) (*Aufhebung*) positiva da propriedade privada, enquanto estranhamento-de-si (*Selbstentfremdung*) humano, e por isso enquanto apropriação efetiva da essência humana pelo e para o homem. Por isso, trata-se do retorno pleno, tornado consciente e interior a toda riqueza do desenvolvimento até aqui realizado, retorno do homem para si enquanto homem social, isto é, humano. Este comunismo é, enquanto naturalismo consumado = humanismo, e enquanto humanismo consumado = naturalismo. Ele é a verdadeira dissolução (*Auflösung*) do antagonismo do homem com a natureza e como homem; a verdadeira resolução (*Auflösung*) do conflito entre existência e essência, entre objetivação e auto-confirmação (sic) (*Selbstbestätigung*), entre liberdade e necessidade (*Notwendigkeit*), entre indivíduo e gênero. É o enigma resolvido da história e se sabe como esta solução. (MARX, 2008, p. 105, grifos no original).

Em seu posicionamento, Marx evidencia a gravidade do domínio da propriedade e do interesse privado sobre o interesse geral, sobre a liberdade individual de produção e reprodução de condições de existência, satisfação de desejos e necessidades. Portanto, ao criticar o liberalismo burguês, Marx coaduna com as posições comunistas de abolição total da propriedade privada.

3 DA LÓGICA DA PROPRIEDADE PRIVADA AO DIREITO DAS GERAÇÕES FUTURAS: A FILOSOFIA DA ÉTICA E DA RESPONSABILIDADE

A questão sobre a propriedade privada continua sendo debatida atualmente. Por exemplo, o texto da Carta Encíclica 'Laudato si' sobre a fraternidade e a amizade social, de autoria do **Papa Francisco** discorre sobre a questão.

Um dos pontos mais controversos da Encíclica é quando Francisco fala sobre o direito à propriedade privada. Há uma crítica explícita a tal direito no sentido de que: “A tradição cristã nunca reconheceu como absoluto ou intocável o direito à propriedade privada, e salientou a função social de qualquer forma de propriedade privada”. (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 73). Tal crítica não significa uma visão considerada de esquerda em relação à propriedade privada. A posição cristã não deve ser reduzida a uma noção de “esquerda” ou de “direita”. Há muito o cristianismo se colocou como uma via diferente. Francisco cita João Paulo II, o que corrobora a interpretação acima: “a Igreja defende, sim, o legítimo direito à propriedade privada, mas ensina, com não menor clareza, que sobre toda a propriedade particular pesa sempre uma hipoteca social, para que os bens sirvam ao destino geral que Deus lhes deu”. (Papa João Paulo II apud PAPA FRANCISCO, 2015, p. 74). A Igreja aceita a propriedade privada, mas prega uma distribuição razoável, posição que tem confundido os diversos ideólogos.

Talvez seja razoável a posição proposta acima, no que diz respeito a repensar o uso e o cuidado da propriedade privada em tempos de escassez de recursos. É importante considerar que a propriedade controlada por poucos acaba por inviabilizar o acesso à terra das futuras gerações. No mundo densamente povoado, qualquer propriedade sobre a terra impede a propriedade dos demais. (MOMBIOT, 2019).

A garantia da propriedade, nas palavras de Tartuce (2014), não tem incidência nos casos em que a propriedade não atende a sua função social, não se conforme aos interesses sociais relevantes, cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio.

Para Gonçalves (2013), a função social da propriedade como princípio de direito é um instituto relativamente recente. Isso porque, seus ideais e fundamentos jurídicos se iniciaram apenas no século XX, com o dever de atender uma necessidade econômica, e com a noção da prevalência do interesse público sobre o privado. No ordenamento jurídico brasileiro a função social e a propriedade são elementos inseparáveis. Desse modo, reforça o autor que a função social passa a trazer para o proprietário obrigações, além da ideia de uso consciente da propriedade e dos recursos naturais que nela houver. Nesse sentido, o poder público impõe ao proprietário condutas a fim de que a propriedade passe a atender o interesse da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 foi o marco definitivo para garantir o instituto da função social da propriedade. Deste modo, o artigo 5º da Constituição, garantidor dos direitos e garantias fundamentais do ordenamento nacional, trouxe em seu inciso XXIII:

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:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, em seu artigo 17, consagra o direito à propriedade como inalienável do ser humano, desdobrando-se em suas dimensões básicas (FARIAS, 2017). O direito universal à terra é designado como fonte provedora das condições mínimas para que a família e a comunidade possam levar uma vida digna.

A Carta da Terra (The Earth Charter) consagra princípios de uma ética para a sustentabilidade, entre eles o primeiro que estabelece “respeitar e cuidar da comunidade da vida”, reconhecendo que todos os seres são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos. (BOLSON, 2012, p.23)

O acesso universal à propriedade é o fundamento de todos os sistemas nacionais reguladores das diversas propriedades. Logo, a Constituição Federal é centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia pública e privado (FARIAS, 2017). O mínimo existencial é algo quantitativo e qualitativo, superior ao mínimo vital, ou seja, o Estado deve corroborar para a manutenção do mínimo fisiológico e orgânico do ser humano.

Portanto, a intervenção do Estado na propriedade pode ser ensejada pela busca do cumprimento dos elementos fundamentais da Constituição, como maior distribuição de renda, através da aplicação da função social à propriedade.

¹⁷ Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acessado em 02 de abril de 2021.

Pautada nesta discussão, é preciso compreender a propriedade sob a perspectiva do direito intergeracional, reforçando a ideia de responsabilidade e dever jurídico (para além do plano moral) para com as gerações humanas futuras, de modo a tutelar a perpetuação da existência humana. (SARLET, FENSTERSEIFER, 2013)

A origem do termo justiça intergeracional apareceu em “artigo publicado pelo economista James Tobin, no qual fala sobre a obrigação dos administradores das instituições patrimoniais de atuarem no sentido de preservar esse patrimônio entre as gerações (TOBIN, 1974, p. 427). Mas qual o sentido de se falar em propriedade intergeracional? À luz da jusfilosofia de François Ost (2015) e de seus conceitos de meio justo e de natureza-projeto, do ponto de vista ético, o autor evoca a ideia de uma responsabilidade do homem para com o meio, entendido como o quadro das relações/interações entre homem e natureza. Dentro desta perspectiva:

Discorrer sobre um patrimônio comum revela-se essencial para interpretação do caput do artigo 225 da Constituição porquanto se trata do instituto que melhor contempla as especificidades do meio ambiente ecologicamente equilibrado, importante e (ainda) controversa inovação, a qual deve ser interpretada à luz dos demais dispositivos constitucionais – acerca dos direitos fundamentais em geral, do trabalho e da livre-iniciativa, da propriedade e da função social, da proteção da qualidade de vida e da cultura, etc. (SILVEIRA, GRASSI, 2014, p. 16)

Portanto, afirmar um direito de propriedade para as gerações futuras é afirmar o direito destas a um patrimônio ecológico coletivo, um direito real assumindo a feição de um direito subjetivo fundamental. O reconhecimento da dignidade das futuras gerações humanas, assim como da dignidade dos animais não humanos e da Natureza em si, surge como mais um elemento a formatar e ampliar a noção (e o alcance da proteção e reconhecimento pelo Direito) da noção de dignidade humana característica da tradição ocidental, especialmente desde Kant, e que tem servido como guia até o atual estágio do pensamento humano. (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013)

Retoma-se, portanto, a teoria da função social da propriedade, reforçando a ideia de responsabilidade e dever jurídico com as gerações humanas futuras.

A partir desta fundamentação, a propriedade tornou-se garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Estado, como direito natural e imprescritível do homem a propriedade era instituto exclusivamente do Direito privado, estranho à organização do Estado. (OLIVEIRA, ROSSETTO, 2012, p. 7)

Assim como Ost (1995), o filósofo Hans Jonas (2006), em uma postura crítica a respeito da dominação do ser humano (científico e tecnológico) em face do mundo natural, traz em seu princípio da responsabilidade uma abordagem ética do agir humano, “contemplando a responsabilidade do ser humano para além da dimensão temporal presente e revelando o ele existencial e a interdependência entre as gerações humanas presentes e futuras”. (SARLET et al, 2013, p. 39). Para Jonas (2006, p.10) “o planejamento seria capaz de garantir o bem-estar material, além de economizar os recursos naturais”. Segundo o autor a ética clássica centrada no homem não é suficiente para soluções das questões atuais sendo necessário um agir moral e responsável de modo que “a reflexão a respeito das futuras gerações passa pela maneira como a humanidade existente atual lida com a natureza” (Jonas *apud* Costa *et al*, 2021, p.29)

Ao falar na proteção “da imagem e semelhante”, Jonas aborda a importância da prosperidade do homem na sua humanidade íntegra.

Um patrimônio degradado degradaria igualmente os seus herdeiros. (...). Guardar intacto tal patrimônio contra os perigos do tempo e contra a própria ação dos homens não é um fim utópico, mas tampouco se trata de um fim tal humilde. Trata-se de assumir a responsabilidade pelo futuro do homem. (JONAS, 2006, p. 65)

Assevera-se, portanto, que os direitos dos proprietários somente serão tutelados se “(...) cultivar a terra ou se não permitir a ruína de sua casa” (FIGUEIREDO, 2010, p. 80), sob pena de intervenção legítima do Estado. A ordem jurídica passa a ter papel relevante da consecução e promoção dos direitos intergeracionais através de um planejamento pensado e refletido, focado no humano, na responsabilidade da ética que impeçam que as gerações futuras sejam entregues ao acaso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contributo filosófico para a noção da propriedade privada tende a se relacionar com os seus fundamentos. As correntes filosóficas ocidentais ora aqui analisadas sobre o fundamento jurídico da propriedade revelam a dificuldade de comprovação da existência efetiva do instituto, pois ora criticam a propriedade privada, pensam em sua supressão, tratam-na como um direito natural ou propõem limites.

As discussões filosóficas mais atuais se concentram principalmente na questão da justificação do “privado” direito de propriedade (em oposição à propriedade comum ou coletiva). Arelada à dignidade da pessoa humana, a propriedade privada só pode existir se for suficiente e igualmente boa e comum a todos, inclusive para as gerações futuras. Trata da dimensão filosófica da equidade

intergeracional, na qual os filósofos justificam a indispensabilidade da propriedade privada para o desenvolvimento ético do indivíduo ou para a criação de um ambiente social no qual as pessoas possam prosperar como agentes livres e responsáveis.

Entretanto, a abordagem do direito intergeracional suscita uma série de problemas, principalmente quando se adentra no campo do reconhecimento de direitos. Como garantir acesso à terra e propriedade a pessoas indeterminadas? Como a ordem jurídica poderá assegurar direitos além da dimensão temporal? Tais indagações abrem espaço para novas investigações.

A Constituição Federal em seu art. 225, caput, impõe ao poder público e à coletividade o dever de proteção ambiental às presentes e futuras gerações. A eleição pela proteção às futuras gerações não foi acidental, visto que compõe o que de mais moderno existe em termos de dogmática jurídico-ambiental.

A partir dos fundamentos filosóficos da propriedade, conclui-se que a equidade intergeracional tem várias dimensões, não só a jurídica, mas a moral e a política. Sendo assim, no que tange à dimensão filosófica a teoria ética da responsabilidade impõe um compromisso inafastável das gerações atuais com as futuras, mesmo que essas ainda não sejam identificadas. É o dever do humano com o não humano, com a conservação e o acesso equânime aos recursos naturais do planeta, com a terra, com a propriedade como instituto de inclusão social intertemporal.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Editora Nova Cultural (Col. Os pensadores - Aristóteles), 2000.

ASSUNÇÃO, Haroldo Celso de. *O IPTU como Instrumento de Efetivação da função socioambiental da propriedade urbana*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; LEVATE, Luiz Gustavo. (Orgs.). *A Extrafiscalidade Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1994

BOLSON, S. A dimensão filosófico-jurídica da equidade intergeracional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 6, n. 19, p. 210-236, 30 jun. 2012. Disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/315>. Acesso 06 Abril de 2021

COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís. *Fundamentos*

filosóficos e constitucionais do direito ambiental. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. *A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: direitos reais*. 13. Ed. Salvador: Juspodivim, 2017.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FUSTEL DE COULANGES. *A cidade Antiga*. São Paulo: Edameris, 1966.

GILSON, Etienne. *A filosofia na Idade Média*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2013.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade. Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

JONAS, Hans. *Memorias*. Trad. Illana Giner Comín. Madrid: Losada, 2005.

JONAS, Hans. *O Princípio Vida: fundamentos para uma biologia filosófica*. Trad. Carlos Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do Governo Civil*. 2ª ed. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural (Col. Os pensadores - Locke), 1978.

MARX, Karl. *Manuscritos Econômicos-Filosóficos*. 1ª ed., 2ª reimpressão. Trad. Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REIS, Émilien Vilas Boas Reis. *Bioética Ambiental: premissas para o diálogo entre a Ética, a Bioética, o Biodireito e o Direito Ambiental*. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; ROSSETTO, Daniele Cristina. A propriedade como direito (não) fundamental na Constituição Brasileira. Revista do Direito Unisc. Santa Cruz do Sul, n.37, jan-jun 2012. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/2033/2119#:~:text=deriva%20do%20adjetivo%20latino%20proprius.de%20modo%20pleno%2C%20sem%20limites>. Acesso 6 de Abril 2021.

OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PAPA FRANCISCO. Carta Encíclica 'Laudato si' do santo padre Francisco - Sobre o cuidado da casa comum Disponível em <http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_po.pdf> Acesso em 17 jul. 2015.

PINKER, Steven. O novo Iluminismo Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Tradução Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. Companhia das Letras. 2018

PLATÃO. *A República*. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 2ª ed. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural (Col. Os pensadores – Rousseau), 1978.

SAINT AMBROSE, On the Duties of the Clergy. Trad. Philip Schaff, p. 62. Disponível em <[http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/03390397,_Ambrosius,_De_Officiis_Ministorum_Libri_Tres_\[Schaff\],_EN.pdf](http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/03390397,_Ambrosius,_De_Officiis_Ministorum_Libri_Tres_[Schaff],_EN.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2021.

SANTANA, Anina di Fernando. O direito ambiental urbanístico brasileiro; a importância do adequado uso e ocupação do solo e da avaliação dos impactos ambientais nas cidades. 1 ed. São Paulo: Baraúna, 2013.

SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus (contra os pagãos)*. Parte II. 4ª ed. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis e São Paulo: Vozes e Federação Agostiniana Brasileira, 2001.

_____. *A Doutrina Cristã*. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 2002.

_____. *O Livre Arbítrio*. 3ª ed. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. *Tratados sobre el Evangelio de San Juan*. In: Obras completas de San Agustín. Traducción P. Miguel Fuertes Lanero y José Anoz Gutiérrez. Madrid: La Editorial Católica / B A C . Disponível em <http://www.augustinus.it/spagnolo/commento_vsg/index2.htm>. Acesso em: 29 fev. 2021.

SANTO TOMAS DE AQUINO. *Suma de Teologia III parte II-II (a)*. Traducción Lorenzo Jiménez Patón. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3ª ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo da; GRASSI, Karine. Configuração e justificação de um direito fundamental ao meio ambiente à luz dos conceitos de meio justo e de natureza-projeto em François Ost. *Revista Direito e Práxis* v. 5, n. 8, 2014, p. 76-93. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8198/9246>. Acesso 03 Abril 2021.

[STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY](https://plato.stanford.edu/entries/property/). *Property and Ownership*. First published Mon Sep 6, 2004; substantive revision Sat Mar 21, 2020. Disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/property/>. Acesso 07 de Abril de 2021

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TOBIN, James. What is permanente endowment income? *The American Economic Review*, v.64, n.2, 1974.

VANIN, Carlos Eduardo. *Jusnaturalismo e Juspositivismo: estudo pormenorizado sobre as correntes jusnaturalista e juspositivista, e a curiosidade na bandeira da República Federativa do*

Brasil. Disponível em <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/189321440/jusnaturalismo-e-juspositivismo>. Acesso 06 de Abril de 2021.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de Filosofia IV: Introdução a Ética Filosófica*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade, artigos. 1196 a 1368, volume XII*, Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

OS FUNDOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA TRÍPLICE RESPONSABILIDADE

CHILD AND ADOLESCENT RIGHTS FUNDS AS AN INSTRUMENT FOR EFFECTIVE TRIPLE RESPONSIBILITY

Hélio Dantas de Matos¹

Letícia Dantas Alves²

Marcelo D'angelo Lara³

RESUMO: A efetivação do princípio da proteção integral, traduzido no Art. 227 da Constituição, exige a participação da sociedade no desenvolvimento de crianças e adolescentes. O programa de incentivos fiscais instituído pelo ECA, cujos recursos são destinados aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, é um importante mecanismo de colaboração. Este construto objetiva investigar as disposições normativas referentes ao procedimento de contribuição com os fundos de fomento, construindo uma explicação clara e capaz de incentivar a participação da sociedade civil no programa. Trata-se de uma pesquisa descritiva, fundada em revisão bibliográfica da legislação e literatura concernente ao tema.

Palavras-chave: Fundo da criança e adolescente. Proteção integral. Incentivo fiscal.

ABSTRACT: The community's participation in the promotion of children and teenagers development is a overweight factor to the realization of the constitutional principle of the full protection, fixed on art. 227 of the Brazilian political letter. The most important mechanism for this participation is the tax breaks program, founded by the Child and Adolescent Statute, which resources are destined to the child and adolescent rights funds. The proposition of this research is to investigate the legal disposition and other administrative laws referring to the contribution with the funds of fomentation, building an clear explanation, in order to encourage people's participation in the program. It's a descriptive research, founded in bibliographic revision of the laws about the theme, as of literature correlate.

Keywords: Child and teenager background. Integral protection. Tax incentive.

¹Graduando em Direito pela UNIFACISA e membro do projeto de extensão Observatório do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente

²Graduanda em Direito pela UNIFACISA e membra do projeto de extensão Observatório do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente.

³Doutor em Direito e professor da UNIFACISA.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, na esteira das inovações que a caracterizaram como a “constituição cidadã”, trouxe a ampliação da proteção aos direitos da criança e do adolescente, por meio do princípio da proteção integral, estampado em seu artigo 227, em que obrigava o poder público a assegurar a proteção e desenvolvimento deste grupo específico de cidadãos, estendendo a obrigação à família e sociedade.

Tal disposição constitucional evidencia o desidério de promover o desenvolvimento dos cidadãos brasileiros desde a sua base, garantindo-lhes acesso a uma infância e adolescência segura e saudável. Para tanto, novos mecanismos foram surgindo no decorrer dos anos, sendo o principal o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), instrumento normativo que buscou sistematizar a integração das esferas da sociedade na proteção dos menores.

Sob a tutela do Estatuto, foram criados outros facilitadores visando a efetivação de programas de fomento ao desenvolvimento das crianças e adolescentes, dentre os quais tomaram destaque a criação dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente (FDCA), financiados por um sistema de contribuição social embasada em incentivos fiscais. Em resumidos termos, permitindo que pessoas físicas e jurídicas doassem um percentual de sua arrecadação bruta para os Fundos de amparo, abatendo o percentual de doação previsto em lei de suas declarações de imposto de renda.

O objetivo deste trabalho é investigar as normatizações relativas aos incentivos fiscais vinculados às doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em especial o Fundo Municipal da Criança e do Adolescente, coletando informações a respeito do procedimento de doação e lançamento das contribuições nas declarações de imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas.

Inicialmente, a pesquisa expõe um breve histórico do contexto de criação dos programas de incentivo fiscal visando o custeio das iniciativas voltadas para a proteção e desenvolvimento de crianças e adolescentes apresentando, também, as disposições legais relativas aos modelos de contribuição abrangidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ato contínuo, serão expostos os procedimentos a serem adotados na realização das contribuições e para o abatimento dos valores doados nas declarações de impostos, no intuito de deslindar o procedimento de participação no programa de incentivo de forma mais clara e didática.

Serão marcos teóricos da pesquisa as disposições legais relativas à previsão do programa de incentivo fiscal, mormente as Leis 8.069/90 e 9.249/95, bem como normativas e resoluções dos órgãos de controle fiscal. Trata-se de uma pesquisa descritiva, fundada no método bibliográfico, realizada por meio de consulta de legislações, atos normativos e peças informativas, de forma a transmitir conhecimento sobre os meandros dos procedimentos de colaboração com os mecanismos de fomento ao desenvolvimento de crianças e adolescentes.

1 BREVE RETRATO HISTÓRICO DA CONDIÇÃO DOS JOVENS: UM DEBATE NECESSÁRIO

Ainda no final do século XIX e o início do século XX, há o surgimento de uma preocupação por parte da sociedade civil com a criminalidade juvenil. Um dos pioneiros da causa infantil no país foi o senador Lopes Trovão que discursou em 1896, declarando que era inaceitável a apatia do poder público diante das crianças abandonadas e delinquentes, a partir dessa narrativa considerava que era iminente a tarefa de cuidar dessa população:

Temos uma pátria a reconstruir, uma nação a firmar, um povo a fazer e para empreender essa tarefa que elemento mais útil e moldável a trabalhar do que a infância? São chegados os tempos de trabalharmos na infância a célula de uma mocidade melhor, a gênese de uma humanidade mais perfeita (ARAÚJO; COUTINHO 2007, p.5).

Nesse ínterim, há uma consciência a respeito da gravidade das condições de sobrevivência das crianças pobres. Percebe-se que o —problema do menor era, portanto, tratado com repressão, ou seja, inexistia a preocupação da intervenção educativa como uma forma de prevenção da delinquência (MATOS; FIGUEIREDO, 2019).

A situação da criança e do adolescente, antes mesmo do estatuto atual, já haviam sido objeto de legislação, quando em 1927, ocorre a criação do Código de Mello Matos que surge a partir da inspiração de eventos que marcaram o centenário da Independência em 1922, atrelado a eventos como o Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção a Infância realizado em conjunto com o Terceiro Congresso Pan-Americano da Criança. O código transmitia uma agenda mais sistemática a respeito da proteção da infância, dispensando preocupações apenas a juventude “abandonada” e “delinquente”, que na época se refletia na segregação de classes, implicando tão somente na higienização social.

O referido Código permaneceu em vigência até o ano de 1979 quando foi editada a lei nº 6.697/79, conhecida como Código dos Menores no qual dispensava-se ao menor tratamento

igualmente severo que se dava aos adultos, principalmente no que concerne às infrações penais. É perceptível que a lei anterior preocupava-se em fornecer uma solução paliativa e que, ao final, teria ordem meramente passageira, uma vez que não atentava-se para todo o contexto no qual o menor estava inserido.

Com a nova constituição de 1988 e seus princípios mais modernos e voltados para a problemática do cidadão, a maneira como o Estado passou a lidar com as questões que envolvem a criança e o adolescente também evoluiu. Nesse sentido, em 1990 foi aprovado o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, que se baseia na proteção dos menores pra que, tendo uma estrutura que lhes garanta a efetivação de seus direitos, esse público possa se desenvolver cada vez mais.

Nessa esteira, o atual ECA oferece um ordenamento próprio de efetivação dos direitos declarados, por meio de um sistema de garantias que propõe compartilhar as responsabilidades, no qual o papel da família, da sociedade e do Estado, se tornam interdependentes. Todavia, a concretização de tais garantias é uma temática de recorrente debate, uma vez que insere-se de maneira dramática nos países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, tendo em vista que parte significativa da população não tem acesso a esses direitos. Nessa perspectiva:

O princípio da participação popular na construção das políticas públicas prevê ação articulada, entre sociedade civil e Estado, com a atuação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, como órgãos paritários e controladores das ações em todos os níveis. Este princípio visa estabelecer formas de participação ativa e crítica na formulação das políticas públicas, garantindo instrumentos de fiscalização e controle, amparando as exigências da sociedade quanto à efetivação das políticas com qualidade e em quantidade adequadas (CUSTÓDIO, 2019, p. 48).

Em 2017 um levantamento feito pelo Todos Pela Educação com base nos resultados obtidos por meio da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (PNAD), estimou cerca de 2,5 milhões de crianças brasileiras em idade escolar sem acesso à educação. No mesmo ano, o IBGE divulgou o número de 1,7 milhões de crianças, entre 5 e 17 anos, em situação de trabalho infantil no Brasil no ano de 2016. Diante de tais números é possível entender a necessidade de se proteger o direito das crianças e adolescentes no país, uma vez que se mostra crescente a violação dos referidos.

Assim, vê-se a importância da criação de Fundos da Criança e do Adolescente como forma de efetivar um projeto emancipador que possibilite uma maior participação da sociedade nos novos espaços criados a partir da legislação voltada para este público, adotando uma postura crítica frente ao papel que devem ser desempenhados pelo Estado. Sendo assim, (CUSTÓDIO, 2019)

pondera que “a tradicional doutrina *menorista*⁴ mantinha junto ao Poder Judiciário uma série de atribuições estranhas a esse poder, mas legitimada pelo histórico papel de repressão e controle social. O princípio da desjurisdicionalização veio corrigir essa incongruência. Nesse tema destaca-se:

a noção de Estado Democrático de direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais [...] o Estado democrático de direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais (STRECK, 2003, p. 261).

Dessa forma, o artigo 88 do ECA, traz em seus incisos os quais seriam as diretrizes de política de atendimento, quais sejam, por exemplo, a criação de conselhos municipais, estaduais e federais dos direitos da criança e do adolescente, bem como a manutenção de um fundo vinculado a cada conselho, respectivamente.

Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente, em todas as suas esferas, tem como prerrogativa identificar os principais problemas e situações de riscos desse público e criar projetos que visem sanar tais questões. Por sua vez, o fundo criado para atender às necessidades do conselho mencionado pode receber recursos de diversos contribuintes, entre os quais: pessoas jurídicas e físicas que queiram doar a partir da dedução no imposto de renda recolhido. As contribuições feitas ao fundo serão aplicadas de acordo com a necessidade do conselho.

2 A RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o princípio da primazia do atendimento à criança. Essa previsão revela o entendimento de que enquanto mercedores de direitos próprios e especiais em decorrência de sua condição específica de desenvolvimento, as crianças e adolescentes necessitam de proteção especializada, diferenciada e integral (VERONESE, 2016, p. 60 - 61).

⁴ O período denominado *menorista* nasceu com o Direito Penal do Menor por volta de 1830 – o Código Criminal do Império, daquela época, tratava da responsabilidade penal de menores de 18 anos – e perdurou até a década de 90. Afirmado pelo Código de Menores de 1927 (Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927) e, depois, pelo Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979), estabelecida, em síntese, que a tutela estatal somente deveria ser despendida às crianças e aos adolescentes em situação de abandono ou delinquência.

Nesse sentido, a norma do ECA determina que a garantia de prioridade absoluta compreende “o papel de garantir a prioridade da proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento de serviços públicos; a preferência na formulação e na execução de políticas públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos”. Dessa forma, pela leitura deste dispositivo do ECA, percebe-se o espírito da abrangência desta lei, estando assim em sintonia com o princípio da proteção integral. A respeito desse princípio:

Além de servir como critério interpretativo na solução de conflitos, o princípio da prioridade absoluta reforça verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece a prioridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada dos recursos necessários à sua execução (CUSTÓDIO, p 34, 2009).

De acordo com Souza (2016, p. 75-76), pela aplicação do Paradigma da Proteção Integral há que se pensar sobre o Direito da Criança e do Adolescente levando-se em consideração a sua dimensão jurídica – referente ao arcabouço normativo nacional e internacional –, a sua dimensão política – segundo a qual o Estado brasileiro deve implementar políticas públicas objetivando o cumprimento dos pactos estabelecidos com os organismos internacionais e nacionais –, e a sua dimensão social – pela qual a sociedade deve perceber a criança e o adolescente pelo que são no momento presente e não pelo que serão no futuro.

Nessa perspectiva, fica claro que a proteção e a defesa dos interesses das crianças não é um mandamento constitucional que dirige-se tão somente à família e ao Estado, cabendo, do mesmo modo à sociedade civil o dever de cuidado da população infanto-juvenil, sobretudo, da atualidade, uma vez que a criança encontra-se no desenvolvimento de sua condição humana, na qual o ECA estabelece a absoluta prioridade a efetivação dos direitos referentes a vida. A respeito dos princípios evidencia que:

do Paradigma da Proteção Integral, entretanto, não decorreu apenas a tríplice responsabilidade compartilhada, mas também uma gama de princípios doutrinariamente classificados em estruturantes e concretizantes. Os primeiros, que atribuem sentido jurídico às normas, são os princípios da vinculação ao paradigma da proteção integral⁴, do superior interesse da criança, da universalização e do caráter jurídico garantista, enquanto que os demais, denominados concretizantes por servirem para o atingimento dos primeiros, são os princípios da prioridade absoluta, da descentralização político-administrativa, da participação popular, da desjurisdicionalização, da humanização e da despolicialização (LIMA, 2001, p156 - 161).

A partir dessa análise, observa-se que esses fundamentos, chamando atenção para descentralização político administrativa, a participação popular e da humanização, estão intrinsecamente relacionados aos demais princípios, apontando para uma nova cultura no que diz respeito ao Sistema de Garantias e dos Direitos de Crianças e de Adolescentes, do qual decorre o dever da família, da sociedade e do Estado assentar todos os meios para o melhor atendimento dos anseios do que dispõe o artigo 4º do ECA. Sendo assim:

O princípio da tríplice-responsabilidade que deve ser compartilhada entre família, sociedade e Estado reveste-se de dimensão da solidariedade porque cabe a todos, na prática das relações cotidianas, resguardar os direitos da população infantil, ou seja, estes direitos devem ser garantidos pelos três âmbitos (SOUZA, 2016. p.79).

À vista disso, fica claro a relevância do comprometimento da sociedade organizada de modo solidário para a urgência da proteção dos jovens em situação de risco, considerando que encontram-se na condição de especial desenvolvimento. Assim sendo, é preciso substituir o entendimento antiquado que se tem que a responsabilidade das crianças e adolescentes compete, exclusivamente, aos seus pais reconhecendo estes como sujeitos de direitos e que são de responsabilidade de toda a sociedade.

Todavia, a análise desses dispositivos apartada do plano da realidade revela a inexistência de efetividade desses serviços. Essa situação é exemplificada pela baixa ou inexistência de doações aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente. Sendo assim, fica claro que essa situação é alarmante uma vez que é a comunidade que recebe os benefícios imediatos da observância do bom tratamento dispensado aos jovens. Diante desse aspecto, torna-se inadiável que a sociedade civil estabeleça novas formas de democracia participativa como instrumento para a efetivação da proteção integral.

2.1. Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente

Dentro da ideia de Estado de Bem Estar Social a noção de cidadania não restringe-se meramente a ser visto como um sujeito de direitos. Isto posto, é importante observar que o cidadão pode atuar de várias formas exercendo sua cidadania, bem como ajudando a garantia de direitos de outrem.

Assim sendo, a criação dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente – FDCA, tendo como propósito a promoção de ações e responsabilidades dos conselhos da Criança e do Adolescente em todos os níveis dos poderes políticos, é uma forma de enfrentar as iniquidades ainda presentes na sociedade contemporânea.

Nesse contexto, Patrícia Tavares aclara que o FDCA é idealizado “como aportes de recursos financeiros constituídos de receitas específicas e aplicados na aquisição de bens e na execução de serviços diretamente vinculados à política de atendimento da população infanto-juvenil” (TAVARES, 2014. p. 399).

No que se refere a previsão legal dos Fundos, cumpre informar que estes estão dispostos nos artigos 165 e 169 da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 88, 154, 214 e 260 a 260-L do Estatuto da Criança e do Adolescentes. Quanto a reserva legal para legislar, pontua-se que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios detêm competência para o fazer no que concerne a criação e regulamentação dos seus próprios Fundos. Sobre essa discussão Tavares estabelece que:

o arcabouço normativo destinado à disciplina do Fundo terá a feição que melhor aprover ao ente federativo responsável pela sua criação; entretanto, deverá ser composto, necessariamente, de regras que indiquem a origem e a destinação das receitas que irão integrá-lo, assim como de dispositivos de natureza instrumental, entre estes, a indicação do órgão responsável pela sua administração contábil” (TAVARES, 2014. p.400).

A fixação dos critérios de utilização dos recursos financeiros são de responsabilidade dos Conselhos de Direitos. Consoante dispõe a Constituição Federal, caberá à esfera federal a coordenação e as normas gerais, fato que, atendendo esse dispositivo na lei 8.242/91, criou os Conselhos Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. Nesse sentido, deve-se estabelecer que ao CONANDA, dentre outras atribuições, caberá a elaboração de normas gerais da política de atendimento dos direitos infanto-juvenis, bem como zelar pela aplicação da política nacional de atendimento, apoiando e avaliando a política de atuação dos Conselhos nas esferas estaduais e municipais.

Acerca da descentralização e da política de atendimento evidencia-se que os conselhos:

consoante inciso II do artigo 88, são órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação paritária por meio de organizações representativas. São órgãos deliberativos porque estabelecem as principais linhas de ações a serem seguidas dentro das elencadas pelo artigo 87 do ECA e deliberam acerca de como se aplicará o artigo 227 da Constituição, tendo como normas gerais de conduta o Estatuto. Se houver desvios nas ações, os conselhos deliberam os meios de efetivar sua correção. Além de deliberarem, controlam as referidas ações decorrentes da política de atendimento mediante fiscalização de seu cumprimento. Entende-se como

participação paritária a igualdade do número de membros formadores do Conselho, sendo metade deles governamentais e a outra metade não-governamentais, possibilitando, dessa maneira, a participação da sociedade. (DUPRET, p. 128, 129, 2010).

Nessa esteira, observa-se a que a efetivação de formulação de políticas públicas ainda é ineficiente nessa quadra da história, fato preocupante visto que a noção de cidadania passa pela garantia de direitos fundamentais.

Sobre essa discussão, Nogueira Neto (2005, p.11-12), esclarece que: “a luta pelo reconhecimento dos direitos às crianças e aos adolescentes, sujeito de direitos, requer a institucionalização e o fortalecimento de um sistema de promoção e proteção a esses direitos”.

Ainda nessa perspectiva, Nogueira Neto aponta como um dos principais pontos essenciais, acentuar a especificidade da política de garantia de direitos da criança e do adolescente no campo geral de políticas do Estado, numa perspectiva de integralidade de ação, qual seja, “cortando transversal e intersetorialmente todas as políticas públicas, incluído nesse sistema o campo das 'políticas de atendimento’”.

Essa discussão foi ampliada na Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente a qual foi tema da Conferência Nacional dos Direitos da Criança e dos Adolescentes em 1999, utilizando-se da expressão de Sistema de Garantias dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (SGDCA), para identificar a destinação de políticas públicas para esse segmento social.

O artigo 88 do ECA, dispõe que “são diretrizes da política de atendimento: [...] IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente”. Dessa forma, observa-se a importância da existência dos Conselhos, vez que estes objetivam a criação de mecanismos que visem a viabilização dos direitos que o Estatuto propõe, destinando os recursos, por meio de decisão conjunta dos conselheiros, para a aplicabilidade de tais garantias.

Assim, Bandeira (2010, p. 5) explica:

Instrumento de cidadania, os conselhos proporcionam a ação integrada entre Estado Sociedade Civil na formulação e execução das políticas públicas dirigidas para o atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Constitui mais uma instância valiosa de participação popular nas esferas das decisões do Estado. Todo cidadão tem o

direito de procurar um conselho de direitos para buscar informações, esclarecimentos e orientação técnica.

Nessa linha, faz-se válido mencionar que a cada ente possui competência para legislar no concernente a criação e normatização dos fundos que forem ligados à eles. Por outro lado, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente são incumbidos de determinar os critérios de utilização dos recursos dos quais os fundos dispõem, e devem o fazer por meio de estipulação de recursos técnicos e diretrizes que versem sobre a aplicação dos ditos recursos.

Os recursos presentes nos fundos poderiam ser provenientes do próprio orçamento do poder público, através de destinação por meio de Lei Orçamentária, ou, ainda, por meio de créditos adicionais, os quais, por sua vez, podem ser suplementares, especiais ou extraordinários. Os créditos suplementares servem para complementar as dotações previstas uma vez que forem insuficientes; os créditos extraordinários são para atender gastos urgentes e imprevistos; por fim, os créditos especiais se destinam a suprir situações que não foram previstas no orçamento.

Para fins de estudo desse artigo, iremos nos ater aos créditos especiais, visto que estes comportam doações para compor o FDCA. Tais doações podem ser efetuadas por pessoas jurídicas ou físicas, podendo ser, inclusive, internacionais. O artigo 260 prevê:

Art. 260. Os contribuintes poderão efetuar doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, distrital, estaduais ou municipais, devidamente comprovadas, sendo essas integralmente deduzidas do imposto de renda, obedecidos os seguintes limites:

I - 1% (um por cento) do imposto sobre a renda devido apurado pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real; e

II - 6% (seis por cento) do imposto sobre a renda apurado pelas pessoas físicas na Declaração de Ajuste Anual, observado o disposto no art. 22 da Lei n o 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

Sendo assim, a União, ente para o qual se destina o apurado com o Imposto de Renda, abdica desses percentuais para transformá-los em receita para a distribuição de tais recursos para os fundos da localidade específica que o doador estipulou.

Ademais, é mister atentar para que:

A pouca expressividade (ou inexistência) das doações decorre não só do desconhecimento acerca dessa possibilidade, mas também do fato de as pessoas físicas e jurídicas que compõem a sociedade civil organizada não se sentirem verdadeiramente responsáveis pelas crianças e adolescentes, tal como a família e o Estado. (COSTA; SERAFIM, 2018, p. 9).

Nessa perspectiva, é basilar a conscientização da população em relação à problemática da falta de efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, sendo este o primeiro passo a se dar no caminho de conseguir, para este público, maior atenção e cuidado, sempre de acordo com o princípio da primazia do atendimento e da proteção integral, conforme já exposto em linhas pretéritas.

3 FORMAS ESPECÍFICAS DE CONTRIBUIÇÃO

Os elementos debatidos nos tópicos antecedentes buscam apresentar os elementos de efetiva participação da sociedade na promoção do desenvolvimento de crianças e adolescentes, por meio de contribuições específicas direcionadas ao custeio dos Fundos Federal, Estadual e Municipal dos Direitos Criança e do Adolescente.

O legislador optou por fomentar a participação da sociedade civil na proteção e auxílio ao desenvolvimento de crianças e adolescentes por meio de incentivos fiscais, apostando na democracia participativa de forma privativa e desestatizada (SCHUCK, 1994, p. 290). O modelo, notadamente, não só reafirma como viabiliza a variável do princípio da proteção integral que confere à sociedade –genericamente considerada como o conjunto de indivíduos, não relacionados à família, que contribuem com o Estado na proteção de menores -, uma participação indispensável ao sucesso das iniciativas de efetivação dos direitos das crianças e adolescentes.

O modelo de participação social previsto na Lei 8.069/90 se traduz em um sistema de contribuição acessível e transparente, valendo-se do “efeito metatributário positivo” (MOREIRA NETO, 1994, p. 419) para incentivar o desenvolvimento através da participação voluntárias dos contribuintes.

A isenção é abstratamente prevista pelo Estatuto da Criança e Adolescente, cabendo aos contribuintes, voluntariamente, fazer no momento adequado doações aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, abatendo o montante do valor dos tributos federais devidos, limitados aos percentuais legalmente instituídos. Trata-se de isenção negocial e bilateral (MEIRELLES,

1971, p. 379), em que a contraprestação do contribuinte influi na efetivação de políticas públicas cuja responsabilidade premente recai sob o Estado.

Cabe ressaltar, ainda, que as doações aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente não são exclusivas dos pleiteantes a programas de incentivo fiscal, sendo livres a qualquer pessoa física ou jurídica que se voluntarie a fazê-las. Entretanto, o intento deste trabalho é informar àqueles devotados a contribuir quais são os incentivos fiscais previstos na Lei 8.069/90 em benefício dos doadores. A fim de atingir este escopo, cumpre apontar os pormenores do procedimento de doação amparada por incentivo fiscal, dissociando pessoas jurídicas das pessoas físicas.

3.1. Contribuição para pessoas jurídicas

Nos termos do artigo 260, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real⁵ são elegíveis para dedução de doações aos Fundos Federal, Estadual ou Municipal. As empresas elegíveis, contudo, podem efetuar doações livremente para o fundo ou fundos à sua escolha, pleiteando o abatimento no lançamento dos tributos no período que compreende a doação. Estão excluídas do programa de incentivos tratado neste texto as empresas optantes do recolhimento de impostos com base no lucro presumido⁶, de acordo com o artigo 129, I da Instrução Normativa nº 267/2002 da Receita Federal do Brasil.

O percentual de incentivo é de 1% sobre o imposto de renda devido apurado (artigo 26, I, da Lei 8.069/90), ou seja, 1% sobre os 15% que representam a alíquota de imposto de renda para pessoas jurídicas, nos termos do artigo 3º da Lei 9.249/95. Há que se ressaltar que o incentivo não incide sobre o adicional de 10% sobre os valores excedentes a R\$20.000,00 por mês no período de apuração, conforme o §4º do artigo 3º da mesma Lei 9.249/95.

Deve-se ressaltar que o percentual indicado deve considerar, também, eventuais doações ao Fundo Nacional do Idoso, previsto no artigo 1º da Lei 12.213/2010, referindo-se a dedução de 1% ao somatório das contribuições para fundos sociais.

⁵ “Lucro real” é o regime tributário no qual o Imposto de Renda de pessoa jurídica é calculado sobre o lucro líquido do período (obtido a partir da apuração das receitas e da dedução de custos e despesas), considerando valores a adicionar ou a descontar conforme as compensações permitidas pela legislação fiscal (ABRINQ, 2017, p. 13).

⁶ “Lucro presumido” é uma fórmula de tributação simplificada para determinar a base de cálculo do Imposto de Renda de pessoa jurídica. Neste caso, a Receita Federal estabelece percentuais-padrões para estimar quanto a empresa obteve em lucros no período. Essa forma de tributação pode ser adotada por empresas que não estiverem obrigadas a adotar o regime do lucro real (ABRINQ, 2017, p. 13).

Sendo assim, depreende-se que quaisquer pessoas jurídicas podem abater 1% de suas declarações periódicas de imposto de renda, incentivo este convertido em doações para os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente. Para tanto exige-se, apenas, que a empresa seja optante da modelo de declaração por lucro real.

A doação efetuada por pessoas jurídicas pode ser deduzida quando realizada dentro do período de recolhimento do imposto de renda, até o momento do lançamento. Se a empresa optar pelo recolhimento mensal do imposto de renda, serão deduzidas as doações realizada no mês, até o limite de dedução previsto em lei; se for optante do regime de recolhimento trimestral, serão dedutíveis as doações no trimestre.

As empresas poderão, entretanto, deduzir os valores das doações mensais que excederem o limite legal de 1% quando, ao realizar declaração anual, demonstrar que os valores doados no decorrer do ano não excedem, somados, o percentual de dedução previsto no Estatuto da Criança e Adolescente, em respeito ao artigo 55 da Instrução Normativa nº 267/2002 da Receita Federal do Brasil. O optante pelo recolhimento trimestral, entretanto, não poderá deduzir doações que extrapolem o percentual legal nos demais períodos dentro de um determinado exercício fiscal, posto que – ao contrário do lançamento mensal, que apenas configura um adiantamento do ajuste anual –, o lançamento trimestral possui caráter definitivo.

3.1.1. Procedimento para doação por pessoas jurídicas

Inicialmente, cabe destacar que as pessoas jurídicas, ao efetivar doações para os Fundos de Direitos da Criança e Adolescente ao longo de um exercício fiscal determinam o valor de suas doações com base em estimativas, haja vista que o faturamento e conseqüente lançamento do imposto sobre renda ainda não foi apurado. Isto pode representar dificuldades na participação do programa de fomento e incentivo fiscal proposto pelo Estatuto da Criança e do adolescente.

As empresas interessadas em tomar parte no programa de incentivo fiscal devem adotar um entre dois procedimentos genéricos de mensuração do valor de doação dedutível: acompanhar o desenvolvimento da atividade empresarial a fim de traçar estimativas e prever os montantes arrecadados em cada período relativo ao lançamento de tributos; ou aguardar a proximidade do lançamento e recolhimento periódico do imposto de renda para efetuar o pagamento das doações aos Fundos dos Direitos das Crianças e Adolescentes.

Definido o Fundo para o qual a empresa pretende realizar a doação, a pessoa jurídica contribuinte deve fazer um depósito na conta bancária destinada ao fundo eleito como destino da doação,

tomando o cuidado de verificar se o fundo é devidamente cadastrado e se encontra em situação regular.

O devido cadastramento do Fundo deve atender a requisitos específicos exigidos pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Inicialmente, o Fundo deve ser registrado com CNPJ próprio, indicando a natureza jurídica de fundo público, e deve manter a situação cadastral ativa. Na denominação do “nome empresarial”, ou “de fantasia”, deve ser adotada designação que estabelece claramente a condição de Fundo dos Direitos da Criança e Adolescente, com variáveis que remetam a este conceito. Além disso, é preponderante a vinculação do Fundo com o Ente Federativo em que está subscrito, e o Fundo deve manter uma conta corrente exclusiva para captação e gestão de seus recursos (DA ROSA NIPPER; DE AZEVEDO, 2015).

Feito o depósito, a empresa contribuinte deve documentar-se dos comprovantes necessários para a confirmação da ocorrência da doação – para fins de auditoria -, além de requisitar o comprovante específico de doação junto aos Conselhos Nacional, Estadual ou Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente a que o Fundo que recebeu a contribuição esteja vinculado. Como reza o artigo 12 da Instrução Normativa nº 267/2002 da Receita Federal, a emissão do comprovante fica a cargo do Conselho gestor do Fundo beneficiado com a doação, e deverá conter o nome, o número de inscrição no cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ), a data da doação e o valor efetivamente recebido.

É possível, também a realização da doação de bens aos Fundos dos Direitos da Criança e Adolescente. Nesta hipótese, a empresa doadora deverá comprovar a propriedade dos bens, mediante documentação hábil, o valor contábil dos bens – o que será considerado para fins de mensuração do valor da doação -, e proceder na baixa dos bens doados na escrituração comercial (artigo 12 §3º da IN nº 267/2002 da RFB). Feita a doação de bens, o comprovante emitido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá indicar, além dos elementos de um recibo regular de doação, a identificação e descrição dos bens, o valor de avaliação e o CPF ou CNPJ dos responsáveis da avaliação, quando houver avaliação formal (artigo 12 §2º da IN nº 267/2002 da RFB).

Tomadas estas medidas, o comprovante de doação emitido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente servirá como comprovante fiscal a fim de validação da dedução fiscal, devendo ser lançada a doação em campo próprio da declaração de imposto de renda, e deduzido o percentual de 1% do lucro real da empresa, como já demonstrado.

Cabe destacar que as doações deverão sempre ser feitas por meio dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, não sendo dedutíveis doações em dinheiro ou bens realizadas diretamente às instituições e organizações, ainda que estas possuam finalidade exclusiva de proteger ou fomentar o desenvolvimento de crianças e adolescentes.

3.2. Contribuição para pessoas físicas

As pessoas físicas poderão deduzir até 6% do imposto devido em suas declarações anuais de imposto de renda em doações para os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, consoante o artigo 260, II da Lei 8.069/90. O montante passivo de dedução deve englobar, somadas, eventuais doações ao Fundo Nacional do Idoso (artigo 1º da Lei 12.213/2010); ao Fundo Nacional da Cultura e outros projetos culturais amparados pela Lei 8.313/91; e ao Fundo setorial audiovisual e congêneres instituídos pela Lei 8.685/93.

As deduções decorrentes das doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente e demais programas de fomento social não prejudicam outras deduções legais, a exemplo de despesas com saúde, educação, prestação de alimentos e outras (CFA, 2018, p. 6).

Em regra, os contribuintes pessoas físicas podem deduzir, respeitando o limite percentual legalmente estabelecido, quais doações de valores e bens aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente realizados no decorrer do exercício fiscal objeto da declaração anual de imposto de renda. Como ocorre com as pessoas jurídicas, o contribuinte efetua a doação através de depósito na conta Fundos à sua escolha, munindo-se dos comprovantes de depósito para fins de verificação, e solicitando o comprovante específico de doação.

Os comprovantes de doação serão emitidos pelos órgãos responsáveis pela administração dos respectivos Fundos, e deverão ser assinados pela pessoa competente e pelo Presidente do conselho correspondente. No comprovante deverá constar, por força do artigo 4º da Instrução normativa nº 1.131/2012 da Receita Federal do Brasil o número de ordem, o nome, e a inscrição no cadastro de pessoa física (CPF) e o endereço do doador, além da data da doação e do valor recebido. Em caso de doação de bens o comprovante deverá constar, ainda, a identificação e descrição dos bens, e as informações relativas à eventual avaliação e seus avaliadores, se houver (IN nº 1.131/2012 RFB).

Existe, entretanto, uma forma mais simples e efetiva de proceder na doação para os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, através do próprio programa de informática destinado ao lançamento da declaração anual de imposto de renda. O contribuinte deverá, ao preencher sua declaração, procurar entre as fichas da declaração o campo relativo às “doações diretamente na

declaração”, selecionando a “doação aos Fundos Nacional, Distritais, Estaduais ou Municipais da Criança e do Adolescente”. O procedimento deverá ser realizado após o preenchimento completo da declaração. Na aba mencionada, o contribuinte deve selecionar o tipo de fundo – Se Nacional, Estadual/Distrital ou Municipal -, indicando em seguida a Unidade da Federação, o Município e o Fundo selecionado.

O próprio aplicativo para recolhimento dos tributos informa ao contribuinte o valor disponível para doação, considerando os lançamentos constantes na declaração e eventuais doações já lançadas. Cabe ao contribuinte, apenas, decidir o valor de doação a ser efetivado. Selecionada a opção e lançada a doação, o sistema emitirá uma DARF, em paralelo à DARF para recolhimento do imposto devido, para o efetivo recolhimento da doação. Ressalte-se que o valor alusivo à doação deve ser pago à vista, no prazo do recolhimento da primeira parcela do imposto de renda, caso o contribuinte tenha parcelado o valor a pagar ao fisco, e em paralelo ao pagamento da prestação do imposto de renda. Nesta opção de contribuição, a DARF somada ao comprovante de recolhimento da contribuição mediante o pagamento são necessários para confirmar a ocorrência da doação e a regularidade da situação fiscal do doador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a problemática exposta, depreende-se que a situação atual da criança e do adolescente no Brasil é preocupante, tendo em vista que os menores tem atenção apenas por parte do Estado e, portanto, seus direitos tem figurados tão somente impressos.

Assim, mesmo após 29 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, as garantias previstas em seu texto não foram de fato concretizadas. Conforme já evidenciado, os Fundos da Criança e do Adolescente existem como mecanismos de simples e de fácil acesso da população para a materialização dos direitos inerentes a este público.

Contudo, critica-se a falta de informação da população geral a respeito da existência desses meios de promoção de direitos dos menores, bem como a ausência de empenho por parte da sociedade civil na contribuição efetiva a partir das doações diretas, previstas no artigo 260 e seguintes do ECA, para os FDCA. Essa situação pode ser observada, a partir da carência de implantação dos fundos na maioria dos municípios brasileiros, igualmente, no que concerne à manutenção desses fundos por meio de arrecadação financeira.

O conceito de “A Era de Direitos”, traz a ideia que num Estado Democrático de Direitos, a concepção de participação da coletividade no que tange à concretização das políticas públicas e da realização dos direitos fundamentais-sociais, portanto, é imprescindível, a fim de que se

impulsione a efetivação dos direitos de proteção, promoção, atendimento e defesa da criança e do adolescente, os quais ainda sofrem o impacto da não efetivação das promessas da modernidade tais como, igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, é inequívoco que, desenvolvam-se, novas formas de participação, bem como ações dos Conselhos da Criança e do Adolescente como forma de ouvir os anseios das comunidades que necessitam de atenção voltada a esse público. Não menos importante é a criação e a manutenção dos Fundos da Criança e do Adolescente, de maneira a permitir que a sociedade civil contemporânea incorpore fundamentos da proteção integral, passando, assim, por uma verdadeira mudança cultural, no sentido de adotar um exercício coletivo da tríplice responsabilidade para com a criança e o adolescente.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, D. C.; COUTINHO, I. J. S. S. **80 anos do Código de Menores. Mello Mattos: a vida que se fez lei.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10879>>. Acesso em: 4 de julho de 2019.

BANDEIRA, J. T. S.. **Conselho tutelar: espaço público de exercício da democracia participativa e seus paradoxos.** Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Pós-Graduação em Educação Brasileira [dissertação]. Fortaleza, 2006.

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

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 17 de setembro de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília-DF, Senado Federal: Centro Gráfico, 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991.** institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8313cons.htm>. Acesso em 01/11/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993.** Cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8685.htm>. Acesso em 01/11/2019.

BRASIL. **Lei nº 12.213, de 20 de janeiro de 2010.** Institui o fundo Nacional do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12213.htm>. Acesso em 01/11/2019.

BRASIL possui quase 2,5 milhões de crianças e adolescentes fora da escola, diz estudo. G1, 05 de abril de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/brasil-possui-quase-25-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-fora-da-escola-diz-estudo.ghtml>>. Acesso em: 09 de novembro de 2019.

BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa nº 267, de 27 de dezembro de 2002.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15148>>. Acesso em 02/11/2019.

BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa nº 1.131, de 20 de fevereiro de 2011.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=16103&visao=anotado>>. Acesso em 02/11/2019.

CONSELHO FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO (CFA). **Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente: como investir seu imposto de renda em benefício das nossas crianças e adolescentes.** Brasília: Gráfica Teixeira, 2018.

SERAFIM, R. N. V.; COSTA, M. C. S. **O Fundo dos Direitos Da Criança e do Adolescente como ferramenta de concretização do Princípio da Tríplice Responsabilidade Compartilhada.** In: XIV Seminário Nacional – Demandas sociais e políticas públicas – UNISC, 2018, Santa Cruz do Sul. IV Mostra Nacional de Trabalhos Científicos, 2018.

CUSTÓDIO, A. V. **A teoria da proteção integral dos direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil contemporâneo.** In: António Cândido Oliveira. (Org) *Interlocuções Jurídicas Luso-Brasileiras*. Led. Braga: AEDREL, 2019, v, 2, p. 35-56.

DA ROSA NIPPER, S. F.; DE AZEVEDO, L. F. M.. **A aplicação do benefício fiscal do imposto de renda em prol das entidades locais dedicadas às crianças e aos adolescentes e o contador como incentivador desta prática.** Revista Eletrônica do Curso de Ciências Contábeis, 2015, 4.7: 1-33.

DUPRET, C. **Curso de direito da criança e do adolescente / Cristiane Dupret.** – Belo Horizonte: Jus, 2010.

FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Coleção Empresa amida da Criança.** 1ª Ed. São Paulo: ABRINQ, 2017.

LIMA, M. M. A. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica.** Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MATOS, H. D.; FIUEIREDO, E. L. L. **Uma análise dos centros de ressocialização infanto-juvenil a partir de uma leitura de Capitães da Areia.** Campina Grande-PB CONIDIH 2019.

MEIRELLES, H. L. Isenção tributária condicionada. In: **Estudos e pareceres de Direito Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo.** 10^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NOGUEIRA NETO, W. **Por um sistema de promoção e proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes.** Revista Serviço Social & Sociedade, 83, 05-29, 2005.

SOUZA, I. F. **O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil.** *Novos Estudos Jurídicos* – Volume 8 – n° 2, maio/ago. 2003, pag 257 – 301.

SCHUCK, P. H. *Foundationsofadministrativelaw.* Oxford: University Press, 1994.

TAVARES, P, S. **A política de atendimento.** In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

VERONESE, J. R. P. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão.** In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.4

O SIGILO PROFISSIONAL E A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMA DE COMPLIANCE EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

PROFESSIONAL SECRECY AND THE NEED TO IMPLEMENT COMPLIANCE PROGRAMS IN LAW FIRMS

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira¹

Grace Ladeira Garbaccio²

Livia de Moura Faria³

Sofia de Medeiros Vergara⁴

Amanda Cristina Branco Valença de Souza⁵

RESUMO: O *compliance* é uma temática que vem conquistando importância, especialmente depois da publicação da Lei Anticorrupção, Lei 12.846, em 2013. Apesar de ser uma prática de grande crescimento nas empresas, ainda é novidade quando se trata do âmbito de gestão dos escritórios de advocacia. Este artigo busca demonstrar uma necessidade por *compliance* específica dos escritórios advocatícios, em virtude do dever de sigilo característico deste segmento. Assim, tomando como ponto de partida o dever de sigilo profissional, pretende-se expor não só a necessidade de *compliance* para resguardar essa obrigação, mas também o modo como deve se dar a implementação de um programa ideal nos escritórios, bem como as consequências da omissão nesse sentido. Como metodologia de pesquisa, adotou-se a análise bibliográfica.

Palavras-chave: *Compliance*; escritório de advocacia; advogado; sigilo profissional.

ABSTRACT: Compliance is an issue that has been gaining importance, especially after the publication of the Anti-Corruption Law, Law 12.846, in 2013. Although it is a practice of great growth within companies, it is still a novelty when it comes to the internal scope of law firms. This

¹Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (2009). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2003). Professor do Departamento de Direito da Escola Superior (Pública) de Gestão do IPCA. Investigador Integrado no JusGov-Universidade do Minho.

²Doutora em Direito pela Université de Limoges (2009) – Reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Université de Limoges (2005). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2002). Professora do Mestrado em Direito Constitucional e do Mestrado em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

³Bacharel em Direito pelo UniCEUB (2007), Pós Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela ATAME, em parceria com a Universidade Cândido Mendes, RJ, Mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Diretora na Nelson Wilians Advogados Associados, Advogada.

⁴Graduanda em Direito

⁵Graduanda em Direito

article seeks to demonstrate the need for specific compliance of law firms, due to the duty of confidentiality, which is characteristic of this segment. Thus, from the starting point of duty of professional secrecy, it intends to expose not only the need for compliance to safeguard that obligation but also how to implement an ideal compliance program in law firms, as well as the consequences of its omission. Bibliographic analysis was adopted as research methodology.

Keywords: Compliance; law firm; lawyer; professional secrecy.

INTRODUÇÃO

Em meio a um cenário em que atos de corrupção aparentam estar arraigados no cotidiano da sociedade, o *compliance* vem ganhando importante papel no âmbito do Direito Empresarial. É comum empresas, com o intuito de evitar irregularidades ou confrontos com a lei, implementarem programas de *compliance* que são, muitas das vezes, desenvolvidos por profissionais da advocacia. Muitos desses profissionais, contudo, encontram-se alheios a essa realidade quando o assunto é a formulação de seus próprios programas de *compliance*, sendo a implementação desse tipo de programa no âmbito de gestão interna dos escritórios de advocacia uma prática rara.

Nesse contexto, o presente trabalho visa analisar a necessidade da aplicação do *compliance* também na atividade advocatícia, abordando aspectos específicos da profissão, de modo a encontrar a forma ideal de implementação do *compliance* que se adapte às particularidades encontradas nos escritórios de advocacia. Para isso, será dado um novo olhar às finalidades do *compliance*, que passará a ser entendido como um modo de proteção do dever de sigilo profissional, característico da atividade advocatícia.

A metodologia foi constituída a partir de pesquisa bibliográfica e análise de casos concretos. A pesquisa bibliográfica teve caráter reflexivo e analítico, a fim de consolidar um diagnóstico mais aprofundado sobre *compliance* e suas relações com o sigilo da profissão, bem como a sua aplicação aos escritórios de advocacia.

Visando cumprir com os objetivos expostos, este artigo será dividido em quatro capítulos: (i) programas de *compliance* e a necessidade de gerenciar riscos; (ii) *compliance* interno em escritórios de advocacia; (iii) o sigilo profissional na advocacia e (iv) ausência de *compliance* e suas consequências para a advocacia. No primeiro capítulo, será brevemente analisada a história e o contexto atual da prática de *compliance*, bem como o seu conceito e as premissas básicas que envolvem o tema. No segundo capítulo, será abordada a aplicação de suas premissas no âmbito de gestão interna dos escritórios de advocacia, ressaltando-se os benefícios da estruturação de um

programa de integridade e algumas das práticas recomendadas. No capítulo terceiro, serão expostas algumas das noções básicas de sigilo profissional, buscando-se, a partir dessa base teórica, estabelecer uma ligação entre o princípio e a prática de *compliance*. Por fim, no capítulo quarto, serão demonstradas as severas consequências de sua ausência, por meio de um breve estudo de um dos mais recentes e relevantes casos de quebra de sigilo por advogados.

Portanto, a conclusão pretendida vai além da simples solução quanto à necessidade ou não da aplicação do *compliance* em escritórios de advocacia, mas procura estabelecer questões estratégicas e adequadas no desenvolvimento de tais programas.

1 PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A NECESSIDADE DE GERENCIAR RISCOS

1.1. Histórico e Contexto

A necessidade de se institucionalizar programas de compliance surgiu nos Estados Unidos da América (EUA), a partir da instituição das Prudential Securities e da Securities and Exchange Commission (SEC), em 1950 e 1960, respectivamente, a partir do objetivo de incentivar a criação de procedimentos internos de controle e monitoramento de operações. Essa necessidade foi impulsionada pelo crescimento do comércio internacional e do fenômeno de globalização, que tomaram força a partir da metade do século XX (BERTOCCELLI, 2020).

Como consequência desse crescimento, o cenário internacional experimentou também um “*crescimento das preocupações com o bom funcionamento dos mercados e pelo combate a condutas empresariais que trazem impactos negativos à sociedade*” (MENDES; CARVALHO, 2017, p. 11). Como explicam os autores Francisco Mendes e Vinícius Carvalho (2017), essas preocupações produziram diversos reflexos, a saber, a promulgação de leis nacionais voltadas a punir atos ilícitos contra a Administração Pública e contra a economia, o aumento no número e na severidade das penas aplicadas aos infratores e o fortalecimento das normativas, diretrizes e organismos do plano internacional em face do abuso de poder econômico e corrupção.

Outrossim, nas últimas décadas, e principalmente a partir da implementação pioneira pelos Estados Unidos da *Foreign Corrupt Practices Acts*” ou FCPA, o movimento de implementação de medidas efetivas de combate à corrupção, por parte dos países, aumentou significativamente, de forma que aqueles que permaneceram alheios a esse movimento passaram a sofrer pressões dos organismos internacionais. A fim de garantir tal implementação, diversos instrumentos multilaterais foram concebidos, indicando boas práticas a serem adotadas nos âmbitos internos de cada país, tais como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996), a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

Comerciais Internacionais (1997) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), dentre outros (BERTOCCELLI, 2020).

O Brasil foi um dos países que entrou tardiamente no movimento. A Lei Brasileira Anticorrupção, ou Lei nº 12.846, surgiu apenas em 2013, como concretização dos compromissos assumidos pelo país em relação ao combate à corrupção em convenções internacionais. A lei dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, instituindo mecanismos para tal e prevendo diversas penalidades às pessoas jurídicas e seus administradores que se envolvam em atos de corrupção e fraude. Rodrigo Bertocelli (2020), ressalta a importância dessa legislação para o reconhecimento da necessidade de *compliance*:

Pelo menos do ponto de vista normativo, é somente a partir da Lei Brasileira Anticorrupção que as empresas com operações no país passaram a reconhecer a necessidade de efetivamente desenvolverem Programas de Compliance, cuja existência poderá amenizar sanções administrativas e/ou judiciais aplicáveis em caso de sua infração, impactando, assim, na dosimetria da pena. (BERTOCCELLI, 2020)

A Lei nº 12.846/2013 não foi, contudo, a primeira normativa brasileira que objetivou a incorporação de medidas de integridade, ética, moralidade e *compliance*. Segundo os Professores Diogo Moreira Neto e Rafael Freitas (2014), a Lei Anticorrupção incorporou o chamado “sistema legal de defesa da moralidade”, composto pela Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), pelo Decreto que dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-lei nº 201/1967), pela Lei de combate à improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992); pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 89 e seguintes da Lei nº 8.666/1993); pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) e pelo Código Penal em seu Título XI, quando se refere aos crimes praticados contra a Administração Pública; e pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). Apesar de serem legislações prévias, observa-se que não surtiram o mesmo efeito da Lei Anticorrupção, que deu início a um verdadeiro movimento de busca por adequação àquela legislação.

Não obstante, frisa-se que, apesar do protagonismo que recebeu a Lei Anticorrupção no contexto da necessidade de implementação de sistemas de controle e mitigação de riscos, o *compliance* não se restringe apenas às questões relacionadas à corrupção e à lavagem de dinheiro, mas sim se desenvolve nas mais diversas áreas, a saber: nos setores bancários, de energia, de petróleo, de mercado de capitais, nos âmbitos trabalhista, tributário, administrativo e antitruste, entre outros.

1.2. Conceito e premissas básicas

O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, isto é, “agir de acordo” com as leis e normativas, ou instruções internas, ou códigos éticos e de conduta. Apesar da literalidade do termo, os programas de *compliance*, ou como também referidos programas de integridade ou sistemas de conformidade, não se restringem apenas à conformidade com as normas jurídicas vigentes. Conforme esclarece Rodrigo Bertocelli (2020), seu

alcance é muito mais amplo e deve ser compreendido de maneira sistêmica, como um instrumento de mitigação de riscos, preservação dos valores éticos e de sustentabilidade corporativa, preservando a continuidade do negócio e o interesse dos stakeholders.

Nas palavras dos professores Renato de Mello Silveira e Eduardo Saad (2015, p. 255), o *compliance* orienta-se

[...] pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros.

Embora possua esse fundamento mais genérico de adequação às normativas nacionais e internacionais, os programas de *compliance* devem ser adaptados às particularidades das empresas, dos países onde estão inseridas ou onde possuem relações comerciais e do mercado em que atuam. Advém desta característica a primazia pela autorregulação das empresas, uma vez que elas devem possuir a discricionariedade para desenvolver o programa que melhor atenda aos seus interesses. De acordo com Ana Frazão (2017, p. 43)

A autorregulação é essencial, portanto, para a construção de uma cultura de respeito à legalidade e à ética, uma vez que os incentivos para o cumprimento da lei passam a ser internos e desenvolvidos pela sociedade em lugar de serem externos e impostos pelo Estado.

Isso não quer dizer, contudo, que organizações nacionais ou internacionais não possam estabelecer diretrizes de conduta a fim de orientar a implementação de programas de *compliance* por essas empresas. A título ilustrativo, o capítulo oitavo das *Sentencing Guidelines* produzida pelo governo americano (U.S. SENTENCING COMMISSION, 2015) define os seguintes passos

para a estruturação de um programa efetivo de *compliance*:

A organização deve tomar medidas razoáveis: (A) para garantir que o programa de conformidade e ética da organização seja seguido, incluindo monitoramento e auditoria para detectar conduta criminosa; (B) avaliar periodicamente a eficácia do programa de conformidade e ética da organização; e (C) ter e divulgar um sistema, que pode incluir mecanismos que permitem o anonimato ou confidencialidade, por meio do qual os funcionários e agentes da organização podem relatar ou buscar orientação sobre conduta criminosa potencial ou real sem medo de retaliação mais complexa, devemos ver o surgimento de especialistas internos encarregados de gestão da conformidade das firmas e um papel cada vez maior para tais especialistas em direito gestão da empresa.⁶

Diante de uma multiplicidade de leis, resoluções, tratados e parâmetros, aos quais se espera adequação pelas empresas atuantes nesse novo mercado globalizado, tornou-se comum que essas sociedades deleguem essa tarefa para terceiros especializados na estruturação de programas de *compliance*, na maioria das vezes, representados pela figura de escritórios de advocacia. Todavia, estes mesmos escritório precisariam estruturar sua própria gestão de *Compliance* internamente e é justamente este tema que tratar-se-á o próximo tópico.

2 A GESTÃO INTERNA DE COMPLIANCE EM ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

Em um contexto de crescente demanda por adequação às legislações nacionais e internacionais e busca por efetivos programas de integridade, os escritórios de advocacia encontraram um frutífero mercado para a venda de seus serviços jurídicos. Adequando-se à nova tendência, os escritórios passaram a oferecer serviços de formulação, estruturação e implementação de Programas de *Compliance* e de Governança Corporativa, revisão de controles internos, negociação de acordos de leniência, realização e acompanhamento de auditorias e investigações internas, entre diversos outros. A demanda foi tanta, que muitos dos maiores escritórios do Brasil consolidaram áreas internas voltadas apenas para a prestação de tais serviços.

⁶ Tradução livre do seguinte trecho: “The organization shall take reasonable steps: (A) to ensure that the organization's compliance and ethics program is followed, including monitoring and auditing to detect criminal conduct; (B) to evaluate periodically the effectiveness of the organization's compliance and ethics program; and (C) to have and publicize a system, which may include mechanisms that allow for anonymity or confidentiality, whereby the organization's employees and agents may report or seek guidance regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation”.

A partir desse quadro, surge o seguinte questionamento: ao atuar nos interesses dessas empresas, muitas vezes obtendo acesso às diversas informações confidenciais de seus clientes no processo, existe uma urgência ou mesmo uma necessidade de que esta sociedade de advogados formule um programa de *compliance* interno, visando controlar e gerenciar seus próprios riscos? O presente artigo se propõe a analisar justamente essa questão, a fim de verificar se existe uma tendência nacional nesse sentido.

Por essa mesma perspectiva, os professores de Harvard, Elizabeth Chambliss e David Wilkins, propuseram-se a investigar o emergente papel de especialistas em *compliance* em grandes escritórios de advocacia nos Estados Unidos da América (EUA). O estudo atestou que

conforme os escritórios de advocacia crescem e a regulamentação profissional ganha contornos mais complexos, devemos ver o surgimento de especialistas internos encarregados da gestão da conformidade das firmas e um papel cada vez maior para tais especialistas em direito gestão da empresa.⁷ (CHAMBLISS; WILKINS, 2002. P. 564).

Este desenvolvimento, contudo, conforme afirmam os pesquisadores, deve ocorrer de forma gradual, estando ainda em seus estágios iniciais.

Este estudo foi realizado entre maio de 2001 e março de 2002, relatando os momentos iniciais da consolidação da cultura de *compliance* na prática jurídica americana. Dezoito anos depois, a advocacia brasileira parece estar adentrando neste referido estágio inicial, dando os primeiros passos para o estabelecimento de sistemas de conformidade/*compliance* no âmbito interno da advocacia.

Como afirma Renato Vieira Caovilla, sócio do Carvalho, Machado e Timm Advogados,

[...] as empresas têm estruturado setores de conformidade e geralmente quem as representa são advogados externos. Hoje, antes de ser contratado, a empresa faz uma due diligence de integridade nas bancas, pedindo que o advogado mostre quais são seus próprios mecanismos de compliance" (PIMENTA, 2018).

⁷Tradução livre do trecho “as law firms grow larger and professional regulation grows more complex, we should see the emergence of in-house specialists charged with managing firms' compliance, and an increasing role for such specialists in law firm management.”

No mesmo sentido, Daniel Soares, responsável pelo *compliance* interno do Ulhôa Canto, Rezende e Guerra Advogados, afirma:

Não bastava pensar para fora, mas também internamente. Ao mesmo tempo que víamos as empresas se preocupando com controles internos, pensamos que isso não deveria ser diferente nos escritórios (PIMENTA, 2018).

Além destes, começaram a internalizar medidas de *compliance* diversos outros grandes escritórios, como Pinheiro Neto, Levy & Salomão Advogados, Trench Rossi Watanabe, Costa Ferreira Hayashi, FBC Advogados, entre outros. (PIMENTA, 2018).

Tal prática ganhou ainda mais força após diversos escândalos de fraudes, conflitos de interesse e envolvimento de escritórios de advocacia em esquemas de corrupção, que sobrevieram como efeitos da consolidação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) e da Operação Lava Jato.

Contudo, apesar desse caminho inicial, para a implementação de sistemas de conformidade/*compliance* nos escritórios de advocacia, já ter começado a ser trilhado, a literatura, doutrina e jurisprudência nacionais sobre o tema ainda são demasiadamente incipientes. Nesse sentido, cumpre perpassar as razões que justificam essa tendência e algumas das práticas de *compliance* que podem e devem ser adotadas para esse controle interno.

2.1. Necessidade e benefícios de um compliance interno

Levando em conta o estágio ainda inicial de implementação da cultura de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro e a escassez de legislação sobre o tema, mostra-se importante trazer outros parâmetros para a realização desta análise.

Por essa lógica, cabe mencionar a ISO 370013, normativa produzida pela “*International Organization for Standardization*”⁸, organização não governamental que reúne atualmente 165 agências nacionais de padronização. Ao abordar a relação da pessoa jurídica com seus parceiros comerciais como parte essencial de um programa efetivo de integridade, a normativa elenca alguns parâmetros que devem ser considerados quando da contratação: (a) se o parceiro comercial é um parceiro de negócios legítimo, conforme demonstrado por seus documentos de constituição, inscrição perante a Receita Federal e/ou listagem no mercado de ações; (b) se o parceiro comercial possui as qualificações, experiência e recursos necessários para

⁸Embora entenda-se que as normas emitidas pela ISO não possuem caráter vinculante, a utilização das mesmas para o estabelecimento de parâmetros de conduta na implementação do *compliance* se mostra extremamente valiosa, em vista da característica multinacional e respeitabilidade da organização.

desempenhar o trabalho para o qual foi contratado; (c) se o parceiro comercial dispõe de um programa de integridade próprio; (d) se o parceiro comercial, seus acionistas e alta direção tem má reputação por envolvimento ou condenação em casos de corrupção, fraude ou outros delitos. (ISO, 2016, p. 32).

Extraí-se desses parâmetros a necessidade de cautela das empresas na contratação de terceiros e formação de parcerias comerciais. A normativa ressalta não apenas de maneira expressa a necessidade de contratação de empresas que tenham um programa de integridade efetivo, mas também de maneira implícita, uma vez que um bom e eficaz programa de *compliance* mitigaria os riscos de envolvimento em casos de corrupção, fraude e similares. Normativas nesse mesmo sentido foram produzidas, igualmente, por diversas outras autoridades internacionais, cita-se como exemplo as *ICC Rules on Combating Corruption*⁹, *PACI Principles for Countering Bribery*¹⁰ e *OECD Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*¹¹.

Cumprir mencionar igualmente, a “*Foreign Corrupt Practices Acts*” ou FCPA, legislação americana pioneira na repressão de atos de corrupção, que foi criada com o propósito de tornar ilegal, para certas classes de pessoas e entidades, a realização de pagamentos a funcionários de governo estrangeiro para ajudar na obtenção ou manutenção de negócios. Essa responsabilidade pode, ainda, ser estendida à empresa em caso de atos corruptos realizados por terceiros, caso a companhia tenha participado, autorizado ou conhecido de alguma forma das ações impróprias empreendidas pelo terceiro. Nota-se que, nesse cenário, a empresa deve se preocupar não apenas com a sua conduta e a de seus funcionários, mas também com a de terceiros com os quais estabelece relações, impondo uma necessidade de prudência nas contratações e parcerias firmadas.

Considerando, então, que a contratação de um escritório de advocacia nada mais é do que a contratação de “um parceiro comercial ou terceiro”, para o qual foi outorgada a prestação do serviço jurídico, a necessidade de implementação de um programa de *compliance* em sua gestão interna é latente. Isso porque, a partir do enrijecimento das legislações nacionais e internacionais, grandes empresas – principalmente aquelas estrangeiras ou multinacionais –

⁹ “Article 2: Third Parties: With respect to Third Parties subject to the control or determining influence of the Enterprise, [...] Enterprises should: a) instruct them neither to engage nor to tolerate that they engage in any act of corruption; b) not use them as a conduit for any corrupt practice; c) hire them only to the extent appropriate for the regular conduct of the Enterprise's business; and d) not pay them more than an appropriate remuneration for their legitimate services.

¹⁰ “5.2 Business relationships: The enterprise should apply its Programme in its dealings with subsidiaries, joint venture partners, agents, contractors and other third parties with whom it has business relationships.”

¹¹ “A.6 [Companies should consider] ... ethics and compliance programmes or measures designed to prevent and detect foreign bribery applicable, where appropriate and subject to contractual arrangements to third parties”

“*buscam parceiros que sejam reconhecidamente íntegros em seus negócios, e isso também vale para um escritório de advocacia.*” (OAB/BA, 2017, p. 8). Dessa forma, é indispensável para um escritório, que deseja se firmar no mercado corporativo e captar grandes clientes, adequar-se à nova tendência de controles internos reforçados.

Afastando-se da perspectiva de negócios, os programas de *compliance* apresentam, ainda, diversos benefícios quando o assunto é responsabilização do escritório por práticas ilícitas ou irregulares. Isso porque o disposto na Lei Anticorrupção, conforme explicitado em seu artigo 1º, parágrafo único, aplica-se a todas as sociedades empresárias e sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado. É notável, portanto, que escritórios de advocacia não estão de fora de seu âmbito de responsabilização, em caso de envolvimento nas condutas tratadas pela referida lei. Isso significa que tanto a sociedade de advogados, seus sócios e funcionários, como seus clientes podem ser responsabilizados pela prática de atos de corrupção, independentemente se o benefício foi alcançado ou se o ato foi praticado por risco exclusivo do terceiro.

Nesse contexto, o programa de *compliance* poderia atuar a partir de duas funções distintas. Sob uma perspectiva de prevenção, eficiência e eficácia, a implementação de mecanismos de controle interno é uma importante ferramenta para ampliar o conhecimento sobre o negócio, a dinâmica interna da empresa e ainda o mercado em que atua (OAB/BA, 2017). Outrossim, se “*há um maior conhecimento sobre o negócio, há também uma melhor aplicação de seus recursos financeiros, já que se investe o necessário em função da análise de riscos realizada pelo programa de integridade.*” (OAB/BA, 2017, p. 8). O programa de *compliance* atua, portanto, como um meio de proteção e resguardo da empresa, além de dar previsibilidade aos seus colaboradores, clientes e membros do próprio escritório. Essa função busca evitar a ocorrência de ilícitos e outras irregularidades, a fim de diluir os riscos de responsabilização que o escritório está exposto, principalmente considerando sua atuação direta frente ao Judiciário e à Administração Pública.

Contudo, como segunda função, caso um programa de integridade falhe, à luz da terminologia utilizada pela legislação, “*a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*” (art. 7º, VIII, Lei nº 12.846/2013), o mesmo será considerado na aplicação das sanções, como fator atenuante. Observe que, para além de sua função preventiva, o *compliance* possui também uma função remediadora, isto é, nos casos em que o programa se mostra ineficaz em sua função preventiva, sua existência por si só é benéfica para o escritório, uma vez que é tomada em conta para a redução das penalidades aplicadas.

No que toca essas duas primeiras funções, cabe apontar uma tendência cada vez maior da justiça e Ministério Público em responsabilizar e investigar escritórios envolvidos em escândalos de corrupção. Como exemplo, não se pode deixar de citar uma das maiores incursões contra a advocacia, que ensejou a realização de busca e apreensão em 50 escritórios, cujo cumprimento foi ordenado pelo juiz Marcelo Bretas, da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro.¹²

Os mandados de busca e apreensão foram expedidos após denúncia do Ministério Público Federal por formação de organização criminosa integrada essencialmente por advogados para desviar valores milionários em benefício próprio e de terceiro. Percebe-se que os escritórios de advocacia estão entrando na linha de frente de investigações que se destinam a apurar atos de corrupção, como a Lava-Jato, e que os princípios da inviolabilidade de escritórios ou locais de trabalho não protegerão a advocacia nesses casos. A necessidade de um programa de *compliance* eficaz se faz ainda mais latente nesses cenários.

Os benefícios de um programa de *compliance* podem ser usufruídos por todos os escritórios de advocacia que busquem uma estratégia de controle de riscos e aperfeiçoamento de seu desempenho comercial, independente do seu porte. A avaliação de programas de integridade de empresas de pequeno porte e microempresas é, inclusive, expressamente disposta no Decreto n. 8.420/2015 e na Portaria Conjunta n. 2.279/2015. Por óbvio, a implementação do programa não se dará da mesma forma em empresas de grande e de pequeno porte, uma vez que conforme aumenta o porte da empresa, mais complexo se torna o controle das relações e práticas internas. Ocorre que a importância de um programa de *compliance* não depende do tamanho da sua escala, mas sim do tipo de compromisso que é firmado entre a sociedade e seus colaboradores e clientes, no sentido de agir com probidade, integridade e honestidade.

Para além dos benefícios gerais citados, pela natureza e particularidade da prática advocatícia, as sociedades de advogados devem, ainda, atentar-se para o cumprimento de normativas e regulamentações específicas para sua classe e, ainda, para os riscos que são inerentes à atividade desenvolvida. De acordo com Mercia Carmeline Alves Bruno, sócia do FBC Advogados, no âmbito das práticas jurídicas,

¹² A ação se trata de uma parceria entre o Ministério Público Federal, Polícia Federal e Receita Federal para investigar escritórios em Brasília, São Paulo e Rio de Janeiro suspeitos de serem usados em esquema de desvio de dinheiro do Sistema S do Rio de Janeiro entre 2012 e 2018.

[...] falha na representação de clientes, problemas envolvendo conflitos de interesses, quebra de sigilo profissional, publicidade em desacordo com o código de ética da OAB, informações inconsistentes e desatualizadas dos processos são alguns desses possíveis problemas. (PIMENTA, 2018)

Buscando mitigar tais riscos, as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, na Bahia e no Espírito Santo, produziram manuais de *compliance* na advocacia, encadeando suas boas práticas que podem ser adotadas por escritórios de advocacia no território nacional. A fim de pontuar algumas dessas particularidades e riscos, aos quais estão expostas as sociedades de advogados, serão abordadas e comentadas algumas dessas práticas.

2.2. Boas práticas de compliance na advocacia

2.2.1. Canais de denúncia e apontamento de comitê especialista

Ambas seccionais da OAB, dos Estados da Bahia e do Espírito Santo, recomendam, como um importante passo na estruturação de um programa de *compliance*, a criação de um canal de denúncias para que se recebam informações quanto ao eventual descumprimento do programa ou da legislação vigente. As seccionais entendem que no canal deve ser assegurada “*a confidencialidade e proibir a existência de qualquer tipo de retaliação, com o objetivo de assegurar que o fato denunciado seja investigado e que as medidas cabíveis sejam aplicadas.*” (OAB/ES, 2016, p. 14)

A questão da confidencialidade e anonimato das denúncias ainda é controversa no âmbito dos escritórios de advocacia. Enquanto escritórios como Costa, Ferreira & Hayashi Advocacia e Consultoria, Trench Rossi Watanabe e Ulhôa Canto disponibilizaram algum tipo de canal anônimo para a realização de denúncias, escritórios como Pinheiro Neto e Levy & Salomão creem que a solução do anonimato não é a melhor, devendo qualquer problema ser reportado ao chefe direto. Eduardo Salomão, sócio no Levy & Salomão, afirma que se orgulha de uma comunicação transparente, “*qualquer sócio ou funcionário que tiver alguma coisa a dizer, que perceber que alguma coisa não está sendo tratada, precisa conversar com o sócio responsável.*” (PIMENTA, 2018)

Recomenda-se, igualmente, o apontamento de um compliance officer ou um comitê de compliance para recebimento dessas denúncias. A pessoa designada deverá ser “*um profissional totalmente isento e com poderes para adoção de medidas que possam coadunar até mesmo na exclusão de um dos sócios do Escritório de Advocacia.*” (OAB/ES, 2016, p. 14). Essa foi também uma tendência verificada pelos pesquisadores Elizabeth Chambliss e David Wilkins

nos Estados Unidos da América no início do milênio. Todos os escritórios analisados no estudo tinham, ao menos, um parceiro com responsabilidade especial de promover a regulação da ética e compliance dentro da sociedade (CHAMBLISS; WILKINS, 2002. P. 563).

2.2.2. Controle de confidencialidade de documentos

O sigilo profissional é inerente à prática advocatícia e está disposto no artigo 5º, incisos XIII e XIV, da Constituição Federal de 1988. Esse é, portanto, um ponto diferencial e crucial para os escritórios de advocacia na formulação de seu programa interno de *compliance*.

Nesse sentido, para garantir a confidencialidade de documentos protegidos por sigilo ou que tenham potencialidade de exposição a risco de desconformidade de conduta caso fossem divulgados, sejam eles do cliente ou do próprio escritório, a OAB/BA recomenda que as sociedades ou advogados autônomos adotem procedimentos de guarda e controle destes documentos. Dentre os procedimentos, cita:

[A] identificação não apenas das pessoas autorizadas a acessarem os documentos guardados por sigilo ou por risco de desconformidade de conduta, como também as ações que poderão praticar. (OAB/BA, 2017, p. 14)

Quando se trata de documentos eletrônicos, existem diversos programas de gerenciamento de documentos, restringindo ou permitindo o acesso conforme às configurações da rede ou da aposição de senhas. Ocorre que, não bastando apenas sua existência, os programas e mecanismos de controle devem ser capazes de se adaptar e ajustar-se às situações excepcionais. Como visto na pandemia do novo coronavírus e em decorrência das medidas de distanciamento social, diversos funcionários de escritórios de advocacia tiveram de ser mantidos atuando em casa, tornando ainda mais complexo o controle e liberação desses documentos aos indivíduos, que passaram a trabalhar a partir de suas redes domésticas e, muitas vezes, com seus computadores pessoais. Nesse sentido, o *compliance* deve ser dinâmico para se adaptar aos problemas que possam surgir.

Diante da força constitucional do sigilo, é extremamente recomendável que os escritórios formulem medidas e práticas de controle da informação sigilosa. Como bem aponta a seccional:

O controle da confidencialidade e sigilo de documentos e informações, além de assumir grande relevância na imagem e confiabilidade da sociedade de advogados, ainda visa cumprir obrigações legais impostas pelo Estatuto da Advocacia e pelo

Código de Ética e Disciplina, como por outras normas legais, tais como a Resolução 217 do CNJ e a Lei Sarbanes-Oxley (OAB/BA, 2017, pp. 14-15)

Com enfoque nesse princípio, serão abordados nos tópicos abaixo algumas premissas do sigilo, além de análise de casos práticos em que este foi violado, buscando apontar como um programa de *compliance* eficaz poderia salvaguardar a sociedade e os advogados de tais situações.

3 O SIGILO PROFISSIONAL NA ADVOCACIA

Resguardado como cláusula pétrea no inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, mediante o qual "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (BRASIL, 1988), o sigilo profissional desempenha papel fundamental no Estado Democrático de Direito (VILLA, 2020). Para que seja melhor conceituado, toma-se a definição apresentada por Maria Carlos (2004, p. 2 *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 47), que afirma que o conceito legal de segredo é composto por um sentido fático e outro normativo:

O primeiro traduz-se na circunstância de dever tratar-se de facto(s) desconhecido(s) da generalidade das pessoas e que, conseqüentemente, não seja(m), sem mais, acessíveis a qualquer um. O segundo significa que, a coberto do segredo, estão factos em relação aos quais a pessoa a quem respeitem tenha um interesse objetivamente fundado na sua reserva.

Dessa forma, tudo que é notório e de conhecimento público dispensa o segredo. O sigilo profissional no âmbito da advocacia, por sua vez, decorrente de uma relação de confiança entre cliente e advogado, está relacionado a uma troca de informações sobre fatos e documentos que devem estar protegidos pelo segredo (LÔBO, 2019). Uma vez compreendido o conceito de sigilo profissional, torna-se necessária a delimitação de seus aspectos jurídicos.

3.1. O Sigilo Profissional como direito-dever

O artigo 7º, da Lei 8.906/1994, classifica o sigilo profissional como um direito do advogado, mediante o qual é lícita a recusa a depor sobre fato sigiloso. Já o Código de Ética e Disciplina da OAB apresenta esse conceito como um dever inerente à profissão e estende essa obrigação a todos os fatos, cujo conhecimento advenha da atividade advocatícia.¹³ Assim, o sigilo

¹³ O artigo 1º da Lei 8.906/1994 define as atividades de advocacia como consultoria, assessoria e direção jurídica, além da postulação a órgão do Poder Judiciário e juizados especiais.

profissional é um direito intimamente ligado à liberdade profissional e implica garantias com a impossibilidade de mandado de busca e apreensão de documentos que estejam sob posse do advogado (VILLA, 2020). Por outro lado, possui uma segunda faceta que impõe um dever ao profissional: trata-se de um dever deontológico fundamental da atividade advocatícia que independe de solicitação do cliente, sendo o simples fato da sua presença física no escritório de advocacia suficiente para impor o dever de sigilo (OLIVEIRA, 2008).

É importante ressaltar que essa obrigação transcende a relação estabelecida entre o advogado e seu cliente, sendo uma questão de natureza pública, atingindo a ordem e a comunidade como um todo. É de interesse de toda a sociedade que as informações compartilhadas com o profissional da advocacia não sejam reveladas ao público. Tanto é assim que o Código de Ética e Disciplina da OAB estabelece que cabe ao advogado recusar-se a depor em processo em que atuou, mesmo que autorizado pelo constituinte, demonstrando que o resguardo do sigilo não é de interesse somente do cliente, mas de toda a ordem pública (FERREIRA, 2012). É um dever que visa assegurar os direitos individuais do cliente, como a sua dignidade e privacidade, que não podem ser violados nem por vontade própria do advogado, nem pelo Estado ou terceiros particulares (LÔBO, 2019). Essa obrigação, ainda, não está limitada ao período de prestação de serviço pelo profissional, mas se prolonga perpetuamente pelo tempo, como demonstrado por Gladston Mamede (2003, p. 362 *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 50):

Não há dever de sigilo apenas na constância da prestação do serviço. Ao contrário, prolonga-se no tempo, indefinidamente, assim como prolonga-se no espaço: o que se ouviu, em virtude da condição de advogado (o que não se limita às conversas com o cliente ou constituinte) deve ser preservado.

Como complemento à citação acima, tem-se a declaração de Ana Cristina Ribeiro (2003 *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 50) quanto à extensão espacial do dever de sigilo:

Esta obrigação é vinculativa DURANTE e DEPOIS do patrocínio, ou da prestação dos serviços requerida e estende-se às confidências dos clientes, às do adversário, às dos colegas, às que resultam de entrevistas para conciliar ou negociar, às de terceiras pessoas -- desde que feitas ao Advogado NO EXERCÍCIO DA SUA PROFISSÃO -- bem como aos documentos confidenciais ou íntimos confiados ao Advogado.

Diante da dimensão e da importância do respeito ao sigilo profissional, não é à toa que sua violação é tipificada como crime pelo artigo 154 do Código Penal. Em suma, o sigilo de profissão é um direito-dever inerente à atividade desempenhada pelo advogado que, acima de

ser uma prerrogativa, é uma questão de ordem pública fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito e dos direitos individuais de todo cidadão.

3.2. A relação entre compliance e o sigilo profissional

Retomando o conceito de *compliance* como a conformidade com as leis, o sigilo profissional fica evidenciado como um dos pontos centrais que demandam a aplicação da gestão de *compliance* na advocacia. Muito se fala do papel da área de *compliance* no combate à corrupção, mas na atividade advocatícia ele se expande e toma uma nova dimensão de garantia do dever de sigilo. Assim, para que se compreenda essa relação, será apresentada uma análise do combate à corrupção como objeto do setor de *compliance* e como ela se assemelha à garantia do sigilo de profissão.

3.2.1. O combate à corrupção como garantia do interesse público

O combate à corrupção tem se tornado uma das principais prioridades no ordenamento brasileiro e possui fundamentos constitucionais notórios. É preciso ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabelece a supremacia do interesse público sobre o privado e, visando a essa garantia, foram estabelecidos os princípios da Administração Pública, quais sejam a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade:

Assim, seguindo esta principiologia constitucional, a Administração deve: (1) sempre observar os requisitos previstos em lei e agir com base na estrita legalidade; (2) em nome da supremacia do interesse público, é vedado estabelecimento de discriminações gratuitas; (3) suas ações devem ser pautadas em parâmetros ético-jurídicos na administração pública; e por fim (4) deve ser dada publicidade a todos seus atos, isto é, há que se garantir a transparência da atuação do poder público (exceto em casos de sigilo previstos em lei, que devem ser excepcionais). (PIOVESAN; GONZAGA, 2016, p. 2).

Nesse sentido, a corrupção configura uma inversão dos valores constitucionais, priorizando os interesses individuais dos envolvidos em detrimento do interesse público e desvirtuando os princípios constitucionais que devem reger a Administração Pública (PIOVESAN; GONZAGA, 2016). Portanto, o combate à corrupção é fundamental para assegurar direitos e garantias previstos constitucionalmente. Ives Gandra Martins (2016) afirma que a prática da corrupção tem se mostrado ação permanente dos homens que dominam os povos, que usam o poder para servir aos seus próprios interesses, restando ao cidadão pouca ou nenhuma atuação

no governo. O autor alega que esse sistema fere os direitos e garantias individuais do cidadão, o que é incompatível com a verdadeira democracia.

Fica, assim, notória a semelhança existente entre o combate à corrupção e o sigilo profissional: ambos têm como fundamento a primazia do interesse público e dos valores constitucionais. Portanto, são conceitos complementares que atuam conjuntamente para o mesmo fim. Como ilustrado por Paulo Lôbo (2019), o combate à corrupção não deve ser usado como justificativa para a quebra do sigilo profissional do advogado, ao contrário do que é comumente alegado. "*Não há estado democrático de direito que resista quando quaisquer meios são justificados em razão dos fins (por exemplo, combater a corrupção). A aplicação do direito não pode orientar-se por metas ou políticas públicas.*" (LÔBO, 2019).

3.2.2. O sigilo profissional como objeto de proteção do compliance

Quando se trata de *compliance* a conclusão não é diferente: uma vez que ele tem sido utilizado como ferramenta de combate à corrupção, não deve ser entendido como mecanismo incompatível com o dever de sigilo profissional, mas sim como seu aliado na garantia do Estado Democrático de Direito, em que são incluídos os direitos dos cidadãos e o interesse público. É possível ir além e estabelecer a gestão de *compliance* como uma forma de garantir não apenas o combate à corrupção, mas também o sigilo profissional, nas atividades em que é requerido. Observa-se, assim, a necessidade da gestão de *compliance* nas profissões que exigem o sigilo, como a advocacia

O Tribunal de Ética e Disciplina da OAB do Estado de São Paulo já examinou consultas que versavam sobre a relação entre o sigilo profissional e o programa de *compliance* e deixou clara a importância da utilização deste último para a proteção daquele. A consulta E-4.873, de 2017, questionava a possibilidade de advogado contratado por uma firma revelar dados sobre seus outros clientes, uma vez que essa situação não raro é permitida por programas de conformidade das empresas. No parecer emitido no processo, o Tribunal afirma ser desnecessária a investigação aprofundada do prestador de serviço contratado, não sendo permitido ao programa de *compliance* desrespeitar as demais regras éticas do ordenamento jurídico, como demonstrado no trecho a seguir:

De todo modo, importa observar que a estruturação de programas de compliance evidentemente não pode descuidar de observar as demais regras existentes no ordenamento jurídico, e, no que diz respeito especificamente aos advogados, sociedades de advogados ou a prestação de serviços jurídicos, deve adequar e

harmonizar seu funcionamento às normais legais e éticas que regulam as atividades da classe (Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, Processo E-4.873/ 2017, São Paulo, 2017).

Portanto, o relator conclui que o advogado está obrigado a recusar-se a fornecer qualquer informação sobre a qual deva guardar segredo, por se tratar de um "*dever de ordem pública, que prevalece à vontade do confidante e do advogado*" (Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, Processo E-4.873/ 2017, São Paulo, 2017).

Já o processo E-5.185, de 2019, versava sobre a possibilidade de funcionários do setor de *compliance* de uma empresa obterem as mesmas informações sigilosas que um advogado teria acesso. No parecer do processo, o Tribunal entende ser necessário que o programa de conformidade seja capaz de garantir o sigilo das informações, mesmo quando acessada por terceiros não advogados (Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, Processo E-5.185/2019, São Paulo, 2019).

Portanto, fica evidente o papel do *compliance* como garantidor da proteção de informações sigilosas e, quando se trata do âmbito interno de escritórios de advocacia, a existência do dever de sigilo profissional demanda um programa de conformidade/*compliance* que assegure o cumprimento dessa e de demais obrigações.

4 AUSÊNCIA DE PROGRAMA DE COMPLIANCE E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A ADVOCACIA

Programas de *compliance* para escritórios de advocacia ainda constituem uma novidade e uma prática incipiente. Esse distanciamento entre a advocacia e as práticas de *compliance* tem facilitado a ocorrência recorrente de episódios de irregularidades e práticas ilícitas por parte desse segmento, uma vez que inexistente um mecanismo eficaz que assegure o cumprimento da legislação. O primeiro efeito notório é o aumento de casos de corrupção. Um exemplo recente é a denúncia realizada em julho do corrente ano contra escritório de advocacia localizado na cidade Teresina, no Piauí. A empresa foi alvo de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Promotor de Justiça da cidade de Paraibano, no Maranhão, município no qual teriam ocorrido irregularidades em processo licitatório (DOMINGOS COSTA, 2020).

Outro caso que ganhou extrema notoriedade diz respeito à contratação, pelo escritório Trench Rossi e Watanabe, do ex-Procurador da República Marcelo Miller, intermediada pela advogada do referido escritório, Esther Flesch, para cuidar do acordo de leniência firmado entre o grupo J&F, controladora da JBS, com o Ministério Público Federal. Conforme consta de depoimento

prestado à Câmara dos Deputados (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2017), Miller teria atuado na formulação da proposta de delação premiada dos executivos da JBS quando ainda fazia parte da Procuradoria Geral, incidindo em claro conflito de interesses e culminando na acusação de beneficiamento da empresa por parte do Ex-Procurador. Como resultado, tanto a advogada Esther Flesch quanto o ex-Procurador Marcelo Miller foram denunciados por corrupção passiva (PIMENTA, 2018).

Diante do ocorrido, sócios de alto escalão do escritório foram acionados e, sob a alegação de desconhecimento das irregularidades, demitiram os envolvidos. Contudo, a penalidade aplicada não foi suficiente para poupar a empresa dos danos desse envolvimento. A veiculação em diversos canais de notícia vinculando o nome da firma Trench Rossi e Watanabe ao caso de corrupção da JBS, logicamente, prejudicou a reputação do escritório, que era referência na área de *compliance* após sua atuação junto à Petrobrás. Além dos prejuízos à sua imagem e à sua reputação, o Trench Rossi e Watanabe Advogados perdeu um dos seus maiores nomes em *compliance*, a ex-sócia Esther Flesch, que agora move processo contra o escritório de advocacia, alegando má condução nos procedimentos que levaram ao seu desligamento e violação de sigilo pessoal e profissional, em razão do compartilhamento de diversos de seus dados e documentos com o Ministério Público Federal (BARBOSA, 2017).

Após o episódio, um dos sócios, o advogado Francisco Ribeiro Todorov, afirmou em entrevista que a empresa iniciou um programa de treinamento de conduta interna direcionado a todos os membros do escritório. Assumiu, por outro lado, que o sistema precisa ser constantemente aperfeiçoado por meio de feedback quanto às práticas adotadas para que possa funcionar (PIMENTA, 2018). Observa-se que a implementação tardia de um programa efetivo de *compliance* certamente causou prejuízos ao escritório. Contudo, os malefícios de casos como esse não estão restritos aos interesses da empresa, podendo afetar a sociedade como um todo.

O aumento de casos de corrupção possui um custo social que irradia sobre a coletividade, impactando até mesmo o PIB (produto interno bruto) do país¹⁴. Sob a ótica do custo social, o investimento em um programa de *compliance* é menos dispendioso que os efeitos gerados pela sua ausência, enquanto os seus benefícios sociais superam até mesmo as vantagens individuais obtidas por quem pratica corrupção (NÓBREGA; ARAÚJO, 2020).

¹⁴Marcos Nóbrega e Leonardo Barros Corrêa de Araújo (2020) apresentam um estudo que aponta dados alarmantes dos custos da corrupção no PIB brasileiro. Afirmam que "em 2010, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP publicou estudo com conclusão alarmante: a corrupção no Brasil custava de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto – PIB do país, o que, na época, representava de 41,5 bilhões a 69,1 bilhões de reais" (NÓBREGA; ARAÚJO, 2020, p. 593).

As irregularidades praticadas em um ambiente sem um programa de *compliance* efetivo também possuem um custo de capital para a própria empresa, indo desde efeitos imediatos, como a queda do valor das ações na bolsa de valores, até consequências de longo prazo, como aumento nos custos de transação. Isso se dá porque uma empresa irregular não atrai terceiros investidores ou contratantes. Como bem ilustram Marcos Nóbrega e Leonardo Araújo (2020, p. 593),

[o] não *compliance* cria um ambiente institucionalmente fraco, em que não há estímulo para as partes negociarem, em razão da elevação dos custos de transação, eliminando a conveniência dessas negociações.

Os autores apontam, ao todo, dezesseis efeitos negativos gerados pela ausência de *compliance*¹⁵. Quanto aos escritórios de advocacia, especificamente, uma das irregularidades possíveis - e comuns - é a violação do dever de sigilo, que também gera efeitos negativos tanto para a sociedade quanto para essa classe profissional.

4.1. O "Caso Neymar"

Além das não raras denúncias de fraude, a quebra de sigilo por escritórios de advocacia figura como uma das consequências da ausência de um programa de *compliance* eficaz. O caso que provavelmente obteve maior notoriedade nos tempos recentes envolveu as acusações de estupro contra o famoso jogador de futebol Neymar Jr. Sem adentrar em discussões do mérito do caso, esta seção visa demonstrar a prejudicialidade da conduta dos advogados da autora, Najila Trindade.

Em certo momento do processo, Najila e seus advogados rescindiriam o contrato e determinadas informações trocadas entre eles foram levadas a público. Os ex-advogados da autora da ação divulgaram supostas incoerências no depoimento de sua ex-cliente. Segundo divulgado, Najila teria primeiro declarado que fora vítima de agressão e, posteriormente, feito um boletim de ocorrência alegando estupro (IG ESPORTE, 2019).

¹⁵ Os custos do *não compliance*, segundo Marcos Nóbrega e Leonardo Araújo (2020, p. 593) são: "(i)Custo social (corrupção) – prejuízo da coletividade; (ii)Prejuízos reputacionais – CNEP e CEIS, por exemplo; (iii)Desconfiança do mercado; (iv)Queda de valor de mercado da empresa; (v)Aumento dos custos de transação; (vi)Aumento do custo de capital; (vii)Perda de oportunidades negociais; (viii)Ruptura de contratos – cláusulas *cross default*; (ix)Diminuição de receitas, em razão de resistência por parte dos consumidores; (x)Gastos com advogados e taxas processuais, para defesa em processos acusatórios/investigativos; (xi)Multas e outras penalidades pecuniárias; (xii)Interrupção ou suspensão das atividades empresariais; (xiii)Responsabilização objetiva da empresa; (xiv)Responsabilização pessoal dos administradores e demais colaboradores envolvidos com o ato ilícito, o que pode levar, inclusive, a prisão; (xv) 'Efeito surpresa'; e (xvi)Maiores dificuldades de recuperação/restabelecimento, inclusive no âmbito dos programas de leniência da Lei de Defesa da Concorrência e Lei Anticorrupção."

O Código de Ética e Disciplina da OAB prevê algumas situações que configuram justa causa para a quebra do sigilo por parte do advogado. São elas:

"grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa." (OAB, 1995)

A situação em análise não se enquadra em nenhuma das hipóteses, sendo, no máximo, uma desconfiança por parte dos advogados quanto ao depoimento de sua cliente, o que motivou o fim do contrato, sem justificar, contudo, a divulgação de dados de suas conversas. O fato descrito é grave e viola direitos da ofendida, podendo ser punível com pena de detenção ou multa, segundo o artigo 154 do Código Penal.

Para a atividade advocatícia, o descrito episódio é preocupante e depõe contra toda a classe, pois, como afirmado por Vinícius Sampaio (2019),

[...] quando um juiz fala, não é sua excelência, mas o Judiciário quem diz o direito. Quando um promotor de justiça se manifesta, não é o doutor Fulano, mas o Ministério Público quem o faz. Quando um advogado fala, é a advocacia quem está se manifestando.

Portanto, não só situações como essa, mas quaisquer atividades ilícitas praticadas por advogados que tomam grandes proporções provocam uma desconfiança generalizada quanto ao exercício desta profissão. Uma das principais consequências do não *compliance* apontadas por Marcos Nóbrega e Leonardo Araújo (2020) é justamente o abalo na reputação da empresa, e com os escritórios de advocacia não é diferente. Assim, é com o intuito de resguardar, além das garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, a credibilidade e a confiabilidade da atividade advocatícia que o desenvolvimento e implementação de um planos de *compliance* eficiente e eficaz se fazem necessários.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, restou evidente que a advocacia desempenha um papel fundamental na sociedade. Entretanto, é necessário que exista uma relação de confiança entre esses dois agentes e, para isso, ambas as partes devem se adequar tanto às normas jurídicas, como aos deveres e padrões. Com o intuito de preservar direitos dos cidadãos, dar efetividade ao Estado Democrático de Direito e resguardar a confiabilidade da classe advocatícia, o programa de *compliance* deve encontrar seu lugar nos escritórios de advocacia, assim como atua nas demais empresas. Essa

atuação, por sua vez, deve se adaptar às especificidades da profissão de advogado, especialmente ao dever de sigilo profissional, o qual, assim como o combate à corrupção, possui relevante valor para a sociedade e demanda proteção adequada de um sistema de *compliance*.

Como visto, os escritórios nada mais são que sociedades e, como tal, estão enquadrados perfeitamente no escopo de responsabilização da Lei Anticorrupção. Portanto, da mesma forma que as empresas para as quais vendem seus serviços jurídicos - muitas vezes sendo esses serviços a própria formulação de um programa de *compliance* - os escritórios de advocacia também devem identificar seus problemas internos, instituir um sistema de conformidade e mitigar seus riscos. Isso se faz necessário pela natureza do negócio, baseado justamente na relação de confiança advogado-cliente. Os escritórios de advocacia têm muito a perder em caso de envolvimento em práticas irregulares, uma vez que os próprios clientes estão exigindo que os prestadores de serviços contratados tenham uma reputação íntegra e regular, o que poderá ser proporcionado por um programa de *compliance* eficaz.

Observou-se que, embora ainda incipiente, alguns escritórios de advocacia já estão se movimentando no sentido de implementar programas de integridade/*compliance* em suas próprias instalações. Há, ainda, certa divergência quanto às medidas a serem adotadas e, certamente, ainda há um longo caminho para a prevenção de irregularidades, como o potencial risco de violação do sigilo profissional.

O que nos resta neste momento é acompanhar essa tendência com um olhar atento, a fim de verificar quais rumos tomará esse movimento de adequação interno.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Reportagem de Antônio Vital, Edição de Marcelo Oliveira. *Ex-diretor da JBS diz que procuradores atuaram para favorecer a empresa*. Publicado em 18 out 2017. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/525528-ex-diretor-da-jbs-diz-que-procuradores-atuaram-para-favorecer-a-empresa/>> Acesso em 31 ago. 2020;

BARBOSA, Bernardo. *Ex-sócia se diz "bode expiatório" e quer ver contrato de Miller com escritório que fez acordo da JBS*. Uol, 06/12/2017. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/06/advogada-diz-que-foi-bode-expiatorio-de-ida-de-miller-para-escritorio-que-fez-acordo-da-jbs.htm>> Acesso em 31 ago. 2020;

BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In. CARVALHO, André Castro et al. *Manual*

de Compliance. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940;

_____. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União. Brasília*, 4 de julho de 1994;

_____. Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União. Brasília*, 1 de agosto de 2013.

CASO Neymar: ex-advogados de acusação podem ter cometido crime ao quebrar sigilo. *IG*. Jun. 2019. Disponível em <<https://esporte.ig.com.br/futebol/2019-06-04/caso-neymar-ex-advogados-de-acusacao-podem-ter-cometido-crime-ao-quebrar-sigilo.html>> Acesso em 27 ago. 2020.

CHAMBLISS, Elizabeth; WILKINS, David B. The Emerging Role of Ethics Advisors, General Counsel, and other Compliance Specialists in Large Law Firms, 44 *Ariz. L. Rev.* 559 (2002);

CONSELHO FEDERAL DA OAB (BRASIL). *Código de Ética e Disciplina da OAB*. Brasília, 1995;

ESCRITÓRIO de advocacia denunciado por fraude de licitação em Paraibano, possui contratos com outra prefeitura e Câmara de Vereadores. *Domingos Costa Política e Curiosidade*. Jul. 2020. Disponível em <<https://www.domingoscosta.com.br/escritorio-de-advocacia-denunciado-por-fraude-de-licitacao-em-paraibano-possui-contratos-com-outras-duas-prefeituras/>> Acesso em 27 ago. 2020;

FERREIRA, Fabrizio Rodrigues. Da importância do sigilo profissional na advocacia. *Âmbito Jurídico*. 2012. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/da-importancia-do-sigilo-profissional-na-advocacia/>> Acesso em 26 ago. 2020;

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In ROSSETTI, Maristela Abla. PITTA, André Grunspun (Coord.) *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. São Paulo: Quarter Latin, 2017.

ISO, International Organization for Standardization. *ISO 37001: Anti-bribery Management Systems - Requirements with Guidance for Use*. Switzerland, 2016.

LÔBO, Paulo. Sigilo profissional é mais dever que direito do advogado. *Consultor Jurídico*. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-09/paulo-lobo-sigilo-profissional-nao-privilegio-advogado>> Acesso em 26 ago. 2020;

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Corrupção: a Vicissitude do Poder. *Revista dos Tribunais*. v. 967, mai. 2016;

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. Livro Eletrônico -São Paulo: Trevisan Editora, 2017. 15 Mb; ePUB.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. Fórum Administrativo, ano 14, nº 156, fev. 2014, p. 9-20.

NÓBREGA, Marcos; ARAÚJO, Leonardo Barros Corrêa. Custos do não compliance. In: CARVALHO, André Castro. *Manual de Compliance*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. Cap. 29, p. 593-621;

OAB/BA. BACELLAR, Leandro; FONSECA, Adriano Almeida; OLIVEIRA, Mariana Matos de. *Manual de Compliance para a advocacia*. Ordem dos Advogados do Brasil, seccional da Bahia, 2017

OAB/ES. Comissão de Direito Empresarial. *Guia de Compliance: Escritórios de Advocacia*. Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Espírito Santo, Out., 2016.

OLIVEIRA, Rosalina Leal. *A Inviolabilidade e o Sigilo Profissional do Advogado*. 2008. 71 f. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí. São José, 2008;

PIMENTA, Guilherme. *Escritórios de Advocacia investem em compliance interno para mitigar*

risco. Jota, 10/09/2018. Disponível em <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/as-claras-2-0/escritorios-advocacia-compliance-interno-10092018>> Acesso em 29 ago. 2020

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Combate à Corrupção e Ordem Constitucional: Desafios e Perspectivas para o Fortalecimento do Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais*. v. 967, mai. 2016;

SAMPAIO, Vinícius. Najila vs Neymar: violação de sigilo profissional? *Jusbrasil*. 2019. Disponível em <<https://viniciusgrsampaio.jusbrasil.com.br/artigos/718788077/najila-vs-neymar-violacao-de-sigilo-profissional>> Acesso em 27 ago. 2020;

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. *Processo E-4.783/2017*. Relator Dr. Sérgio Kehdi Fagundes. São Paulo. 23 fev. 2017. Disponível em <<https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2017/E-4.783.2017>> Acesso em 26 ago. 2020;

_____. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. *Processo E-5.185/2019*. Relator Dr. Syllas Kok Ribeiro. São Paulo. 27 mar. 2019. Disponível em <<https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2019/e-5-185-2019>> Acesso em 26 ago. 2020;

US SENTENCING COMMISSION, United States Sentencing Commission. *Chapter eight: sentencing of organizations, 2015*. Disponível em:< <https://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8>>. Acesso em: 29 de agosto de 2020.

VILLA, Marcus Vinicius Pessoa Cavalcanti. O Sigilo Profissional do Advogado. *Jus*. 2020. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/81298/o-sigilo-profissional-do-advogado>> Acesso em 26 ago. 2020;

REFLEXÕES ACERCA DA CONJUGALIDADE LGBTI NA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Brendhon Andrade Oliveira¹

Bruna Andrade Irineu²

RESUMO: O estudo objetiva apresentar as possíveis comparações na trajetória de reconhecimento do direito à conjugalidade LGBTI na América Latina. Portanto, apresenta resultados de análise documental que selecionou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 de 2011 (Brasil) e a Opinião Consultiva 24 de 2017 (Corte Interamericana de Direitos Humanos). Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo considerando a hipótese principal de que a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos tensionando esses órgãos a se manifestar sobre o tema.

Palavras-chave: Homoconjugalidade; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Judicialização; Direitos LGBTI; Direito de Família.

ABSTRACT: The study aims to present possible comparisons in the trajectory of recognition of the right to LGBTI conjugality in Latin America. Therefore, it presents results of documentary analysis that selected the Direct Action of Unconstitutionality 4,277 of 2011 (Brazil) and the Consultative Opinion 24 of 2017 (Inter-American Court of Human Rights). To do so, we used the hypothetical-deductive method considering the main hypothesis that the judicialization of LGBTI rights vis-à-vis the Brazilian Judiciary and the Inter-American Human Rights System is placed as a strategy of activism tending these bodies to manifest themselves on the theme.

Keywords: Homoconjugalit; Inter-American Human Rights System; Judicialization; LGBTI rights; Family right.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (PPGD/UFMT). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa Sobre a Organização da Mulher e Relações de Gênero (Nuepom/UFMT) e do Grupo de Pesquisas em meio ambiente do trabalho equilibrado como componente do trabalho decente (GPMAT/UFMT). <http://lattes.cnpq.br/1460155426305927>. <https://orcid.org/0000-0001-8204-651X>.

² Professora do Departamento de Serviço Social e do Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade Federal de Mato Grosso - PPGPS/UFMT. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Organização da Mulher e Relações de Gênero – NUEPOM/UFMT. Doutora em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. <http://lattes.cnpq.br/8676883646497204>. <https://orcid.org/0000-0003-1158-5000>.

INTRODUÇÃO

O artigo centra-se no tema da homoconjugalidade, chamada também por matrimônio igualitário ou relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo, que também pode ser estendida à concepção de conjugalidade LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos). A sexualidade é regulada através de construções sociais em todos períodos históricos de diferentes formas e significados. Essas construções ditam normas que estabelecem o exercício legítimo, colocado enquanto um paradigma, e os exercício ilegítimo, colocado enquanto algo a ser indesejado. Essas regulações partem da divisão binária heterossexualidade versus homossexualidade, colocadas em contrapontos e marcadas moralmente como boa e ruim, respectivamente. A sexualidade foi utilizada, portanto, para estabelecer “boas” e “más” práticas e condutas (RUBIN, 2012). Assim, tomando a heterossexualidade como única forma legítima de exercício da sexualidade, a homossexualidade e outras dissidências sexuais como a bissexualidade, foram compreendidas dentro de uma lógica patológica e desviante.

Nesse cenário de negação do status humano, reconhecimento e legitimidade, a partir dos anos 1960, o grupo LGBTI iniciou suas primeiras reações. Com a revolta de *Stonewall*, em 1969, ocorrida em Nova York nos Estados Unidos, se inicia um movimento de ressignificação e consolidação da identidade LGBTI. No Brasil, jovens LGBTI, influenciados pelos ativismos insurgentes, se organizam ainda no período da ditadura militar, ganhando força e maiores visibilidades a partir da década de 1990, se inserindo na arena política na disputa por direitos e promoção da igualdade e diversidade.

O século XX é marcado por intensas mudanças também no âmbito do Direito, devido as inúmeras violações de direitos humanos e fundamentais, a centralização do poder e o autoritarismo, a Segunda Guerra Mundial se coloca enquanto um paradigma, um divisor de águas, que viria a modificar o Estado e o Direito, ou melhor, o Estado de Direito. Frente, portanto, a necessidade de preservar o Estado de Direito e o respeito e promoção dos direitos fundamentais, a ideia de dignidade da pessoa humana que aliás ganha força nesse contexto, a ideia de um Poder Judiciário forte e independente e uma Constituição suprema que possibilita a invalidação de atos de outros poderes caso incompatíveis ganha força e se consolida.

Nesse mesmo contexto de expansão da jurisdição constitucional e pós-guerras, os direitos humanos também começam a ganhar força e se consolidar no âmbito internacional. A criação da Organização das Nações Unidas (1945) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) são os marcos históricos dessa internacionalização dos direitos humanos. Assim sendo, essa intenção internacional manifestada tanto por meio de tratados, convenções, pactos ou outros instrumentos, quanto pelo surgimento dos Sistemas Internacionais de Proteção, sendo o

Onusiano em níveis globais, enquanto que no contexto latino-americano têm-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos composto pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidencia a consolidação dos direitos humanos, apesar de ainda se ter um intenso cenário de violações desses direitos.

A América Latina é marcada por insurgências e expulsões³ desde os períodos da colonização, gerando desigualdades sociais que se ampliaram devido ao contexto de dependência (IRINEU, 2020). Após um longo tempo sob domínio das Coroas e intensos períodos ditatoriais, o contexto da redemocratização traz consigo uma gama de questões que se imbricam. Partindo de um lugar constituído sob o prisma das assimetrias de poder e acesso aos direitos e bens sociais, as novas conjunturas políticas, econômicas, sociais e jurídicas caminham no sentido de combate as diversas formas que a desigualdade assume exigindo novas políticas de promoção da igualdade e justiça social. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 corrobora com argumento quando se observa o rol de direitos fundamentais por ela protegidos, além dos compromissos firmados pelo constituinte como o combate à pobreza e a discriminação, por exemplo, e além disso, se insere nesse momento histórico da expansão jurisdicional tendo em vista o regime de exceção brasileiro.

Como na legislação brasileira ou na norma internacional no âmbito da Organização dos Estados Americanos não há nada sobre direitos da população LGBTI de qualquer ordem, a hipótese do estudo, que este texto se vincula, é de que em virtude desse cenário, a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro ou ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos tensionando esses órgãos a se manifestar sobre o tema, visto que as tentativas de aprovação de legislação ou instrumento internacional no âmbito da *Organização dos Estados Americanos* (OEA) restaram infrutíferas dada as moralidades e resistências que o tema enfrenta na política majoritária nacional e internacional. Além disso, ambas decisões se pautam em linhas argumentativas jurídico-legais próximas, se fundamentando em princípios como dignidade da pessoa, igualdade e não-discriminação, a liberdade e suas variações.

³A ideia de “expulsões”, que parte dos estudos de Saskia Sassen, ajuda a entender que mercado de terras, especulação no mercado imobiliário e as commodities, por exemplo, serão centrais para o novo mercado global, que também conhecemos como financeirização do capital. Assim, em um mesmo terreno de ampliação da participação social nos países com governos populares na América Latina, instituiu-se o projeto neodesenvolvimentista que se alinha ao movimento econômico global. (IRINEU, 2020, p. 04).

O estudo teve os seguintes documentos como *corpus* da pesquisa: I) Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitada pela República de Costa Rica. Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação de casais do mesmo sexo⁴, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); II) Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil. Para inferência, definiu-se pela análise de conteúdo como caminho para análise dos dados já que “é uma técnica para produzir inferências de um texto focal para seu contexto social de maneira objetivada”. (BAUER; GASKELL, 2002, p. 191). E, desta forma, apresenta-se nas seções deste artigo, as reflexões que privilegiam o paralelo entre a decisão do STF e a do CIDH quanto ao reconhecimento da conjugalidade LGBTI.

1 AADI 4.277-DFE O RECONHECIMENTO DA CONJUGALIDADE LGBTI PELO STF

No contexto brasileiro, a luta por reconhecimento da comunidade LGBTI existe desde o período da ditadura militar, ganhando maiores visibilidades na década de 1990 pós surgimento da epidemia HIV/Aids. A década de 1990 é marcada pela insurgência do ativismo homossexual na arena política, após as tentativas infrutíferas de negociações para reconhecer a homofobia como uma discriminação no processo constituinte, grupos de militância LGBTI passam a disputar no campo do Congresso Nacional a possibilidade de reconhecimento de direitos por meio de aprovação de legislações.

O pioneiro projeto de lei que buscou tratar da cidadania de homossexuais fora o PL 1.151 de 26 de outubro de 1995 que objetivava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. À época, considerando que na realidade social já existiam casais do mesmo sexo, a pressão de grupos religiosos e a possibilidade de se decretar a inconstitucionalidade de um projeto que estendia as relações familiares de constituídas por “um homem e uma mulher”, levaram os congressistas a criar uma relação jurídica que protegeria esse vínculo, mas não se confundiria com os institutos do casamento ou da união estável, apesar de suas proximidades. O projeto foi discutido em comissão especial com diversos grupos e interessados no projeto, o substitutivo passou a falar em parceria registrada no lugar de união civil, todavia, não conseguiu ser aprovado no plenário da câmara.

Nos anos 2000, com apoio do Grupo Nuances – Grupo pela Livre Orientação Sexual de Porto Alegre/RS e Grupo Gay da Bahia – GGB, o Ministério Público Federal ajuizou uma Ação Civil Pública em face ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), com fins a consideração de

⁴Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 2017

companheiros/as homossexuais como dependentes preferenciais na mesma classe dos casais heterossexuais conforme o art. 15, I, da lei 8.213 de 1991, para fins de conceder benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados, bem como possibilitar inscrição desses companheiros/as como dependentes, inclusive em casos de segurado empregado ou trabalhador avulso. O INSS fora condenado em 1ª instância, recorreu ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve a sentença, levando o INSS recorrer ainda ao STJ que por sua vez manteve a condenação.

Interessante observar nesse processo que após as negociações frustradas na política majoritária em fins da década de 90, os grupos de promoção da diversidade sexual, entendendo o direito a constituir família para além dos fins civis, considerando aqui direitos sociais como os do tripé da seguridade social, se voltam ao Poder Judiciário a fim de se garantir não as relações homossexuais como entidade familiar ainda, mas pelo menos o reconhecimento de companheiros/as para fins de direitos previdenciários. A partir de 2002 as pautas LGBTI consolidam uma maior visibilidade ainda, sendo incorporada as políticas de direitos humanos no fim do governo FHC. No governo Lula têm-se a criação do Programa Brasil Sem Homofobia, que foi o primeiro plano de políticas públicas específico dessa população no Brasil (IRINEU, 2019). Os governos petistas incorporaram as demandas da população LGBTI em suas políticas de Direitos Humanos, apesar das dificuldades orçamentárias, por exemplo, na execução e efetividade dessas políticas (IRINEU; OLIVEIRA, 2020). Nesse período, constituído sobre a contradição, considerando a política de conciliação, em muitos momentos o governo federal utilizou-se das pautas LGBTI para negociações com os setores conservadores, sobretudo em relação à Frente Parlamentar Evangélica⁵.

A ausência de uma legislação levou casais gays e lésbicos voltaram-se ao Poder Judiciário buscando reconhecimento de suas relações afetivo-sexuais e seus efeitos jurídicos por meio da judicialização. Em maio de 2011, em decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, portanto, admitida como entidade familiar e com todos efeitos daquela prevista para casais heterossexuais.

⁵No Congresso Nacional, no âmbito da homoconjugalidade, os projetos não pararam com aquele que disciplinava a união civil. O deputado Clodovil Hernandez – PTC apresentou em 27 de março de 2007 o Projeto de Lei 580/2007, que tinha por objetivo alteração do Código Civil para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. E o PL 5120/2013, autoria de Jean Wyllys – PSOL, altera o Código Civil para reconhecer o casamento civil e união estável entre pessoas do mesmo sexo. Já no Senado Federal, existiu o Projeto de Lei nº 612, de 2011, autoria de Marta Suplicy – PT, com fins a alterar o Código Civil para permitir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A ADI 4.277 buscava o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, onde os direitos e deveres da união estável seriam estendidos aos casais homossexuais, considerando a inconstitucionalidade do tratamento discriminatório que gays e lésbicas estavam submetidos. Já a ADPF 132 alegou que o não reconhecimento desses vínculos contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana, pedindo, assim, que o regime da união estável alcance as relações homossexuais. A ADI recebe a parte remanescente da ADPF que perdeu parcialmente seu objeto.

No Acórdão se argumenta a respeito à proibição do preconceito em razão do sexo tanto em relação ao binarismo de gênero, quanto no plano da orientação sexual, onde conforme inciso IV do art. 3^a da CF/88, devendo-se promover o bem de todos. Considera-se o pluralismo como um valor, onde a liberdade para o exercício da sexualidade é um direito fundamental, expressão da autonomia de vontade. Além disso a Carta Magna de 1988 não faz qualquer referência à utilização do sexo para proibição jurídica, onde interpretam, portanto, que está permitido.

Outro ponto de debate é a interpretação do art. 226 da CF/88, que por sua vez “ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”, entendendo que família não possui nenhum significado ortodoxo. Nesse sentido, elogiam o pluralismo social, cultural e político, compreendendo pela necessidade de uma interpretação não-reducionista do conceito de família, prezando pela isonomia entre “casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”. (BRASIL, 2011, p. 613).

Os/as ministros/as em interpretação do parágrafo 3º do artigo 226 da CF/88 compreendem que a referência dual homem/mulher se refere “a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros” (BRASIL, 2011, p. 613), prezando pela horizontalidade no âmbito das sociedades domésticas, sobretudo para especial proteção das mulheres. Assim sendo, a “Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo”, bem como inexistente “direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos”. Contra o argumento de criação de novos direitos que seria atribuição do legislativo, o acórdão manifesta que se aplica o §2º do art. 5º da CF/88 tendo em vista que os direitos e garantias não necessariamente listados no texto constitucional emergem do regime e dos princípios por ela adotados, *in verbis*, “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” (BRASIL, 2011, p. 614).

Considerando os argumentos acima, “Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva [...]” (BRASIL, 2011, p. 615). A respeito do tema e seus desdobramentos, no mês de outubro do mesmo ano, em julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.183.378/RS, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A ação foi movida por duas mulheres alegando que se relacionavam estavelmente há 3 anos, e que, portanto, pleiteavam habilitação para casamento, pedido este que foi negado por dois cartórios em Porto Alegre/RS.

Por fim, no ano de 2013, seguindo a cronologia, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução 175 que tem a finalidade de obrigar os cartórios a registrarem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Após quase 2 anos do julgamento no Supremo Tribunal Federal, o CNJ precisou editar a resolução em questão, dispondo sobre habilitação, celebração do casamento civil, conversão da união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista algumas denúncias que mesmo após as históricas decisões, cartórios ainda se recusavam a registrar devidamente as uniões homossexuais. Assim sendo, ratifica a resolução:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2013)

Quanto à ADI 4.277, julgada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os argumentos utilizados pelo STF à luz da legislação, princípios e entendimentos já existentes no campo do direito é assertiva. Os direitos fundamentais utilizados como dignidade da pessoa humana, autonomia de vontade, não discriminação e igualdade expressam de forma genuína os direitos daqueles/as que buscam o direito ao matrimônio igualitário. O reconhecimento da pluralidade social, que por sua vez também o é no campo da família e entendimento não-reducionista denotam que o judiciário parece mais próximo da realidade latente que o legislativo, que a priori, deveria promover uma reforma do direito de família para uma perspectiva ampliada.

Nota-se a necessidade de utilização dos termos “heteroafetivos” e “homoafetivos” na decisão denota uma preocupação eufêmica em pensar o exercício da sexualidade dentro do campo da afetividade, ou seja, uma necessidade de retirar ou abrandar a conotação sexual dos termos

“homossexualidade” e “heterossexualidade”. Além disso, o binômio hetero-homo são aqui mais uma vez reiterados como únicos campos possíveis de inteligibilidade da sexualidade, excluindo e invisibilizando todo vasto campo de possibilidades de exercer o desejo.

2 DIREITOS LGBTI NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)

A partida para pensar direitos relacionados à sexualidade nos instrumentos internacionais de direitos humanos vem da noção de direitos reprodutivos. Em 1968, em Teerã, se reconheceu os direitos humanos da mulher e decidiu-se pela necessidade de promoção desses direitos. Houveram algumas ações por parte da Organização das Nações Unidas (ONU) neste espaço de tempo até 1993 onde a Conferência Mundial de Direitos Humanos declarou os direitos das mulheres inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos (RIOS, 2006)

Em 1994 na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento afirmaram-se os direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, incluindo o direito à livre escolha e responsável do número de filhos. Em 1995 na Quarta Conferência Mundial da Mulher reiterou-se a do ano anterior ocorrida em Cairo, reforçando a devida proteção aos direitos sexuais, à saúde, à integridade, proteção contra violência, igualdade e não-discriminação, dentre outros, como inerentes aos direitos reprodutivos. Na América Latina, destaque para Convenção de Belém do Pará em 1994 que buscou debater a violência contra mulher em espaços privados (doméstico) e público (estatal). (RIOS, 2006).

Visto isso, percebe-se, portanto, que a ideia dos direitos sexuais surge num contexto de debate dos direitos reprodutivos, assim, relacionados à mulher. Por isso, muitas vezes direitos sexuais e reprodutivos são relacionados às mulheres como experiência vivida apenas por esse marcador da diferença. A exemplo disso, cabe destacar o surgimento dos Princípios de Yogyakarta (2007), que conforme Sonia Corrêa (2009, p. 29),

[...] não são uma declaração de aspirações ou carta de reivindicação de direitos. O documento compila e reinterpreta as definições de direitos humanos fundamentais consagradas em tratados, convenções, resoluções e outros textos internacionais sobre os direitos humanos, no sentido de aplica-los a situações de discriminação, estigma e violência experimentadas por pessoas e grupos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero. Basta aplicar os princípios gerais da lei internacional existente que já foi debatida, adotada e ratificada pela maioria dos países membros da ONU.

Este documento foi produzido em 2006 numa reunião que ocorre na cidade Yogyakarta onde estavam presentes 25 países, entre eles o Brasil representado pela autora Sônia Corrêa, onde decidiram adotar de imediato a aplicação dos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à diversidade sexual e de gênero. Os princípios possuem caráter não vinculante, assim “não implicam obrigações legais por parte dos Estados” (CORRÊA, 2009, p. 33).

Nagamine (2010) *Promoção e proteção dos direitos humanos LGBTI (VECCHIATTI; VIANA, 2014).*

Do ponto de vista dos instrumentos internacionais, no contexto latino-americano têm-se aprovação da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância em 05 de junho de 2013. Conforme Vecchiatti e Viana (2014, p. 13), “trata-se do primeiro documento internacional juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero”. A Convenção fora assinada por Argentina, Brasil, Uruguai e Equador. Ainda não conta com número de instrumentos de ratificação ou adesão. Vecchiatti e Viana (2014) compreendem que apesar da situação em que se encontra, essa Convenção carrega um caráter simbólico dada a invisibilidade histórica acerca do tema. Todavia, compreendendo as resistências aos direitos LGBTI globo afora, aponta a necessidade de ser assinada pelos Estados-parte na Convenção Americana de Direitos Humanos e ainda serve como instrumento basilar para pensar um instrumento de proteção específico à comunidade LGBTI.

Após recuperar o percurso dos instrumentos internacionais tanto em nível global (ONU) e regional (OEA), cabe discutir o plano do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Cançado Trindade (1999) identifica que a base normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969 tem origens na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. A entrada em vigor do Pacto de São Jose da Costa Rica (a CADH) em 1978 evidencia a institucionalização do sistema interamericano de proteção.

A CADH não substitui as jurisdições nacionais, podendo ser acionada em falta de amparo no direito doméstico e prevê o estabelecimento de dois órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, formando o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Comissão é marcada por sua dualidade funcional, uma no âmbito da OEA tem a finalidade de aplicar as normas da CADH aos Estados-partes promovendo respeito aos Direitos Humanos na América, enquanto que a outra se refere a competência processual para receber denúncias ou queixas de violações do Pacto de São José, podendo submeter os casos à Corte Interamericana

(TRINDADE, 1999; PEREIRA, 2009).

O órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, competente para julgar as violações dos direitos humanos, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nascida em 1978 e inaugurando seu funcionamento em 1982, a Corte IDH possui dois tipos de competência para julgamento dos Estados-membros da OEA que ratificaram a CADH. A competência consultiva, automática quando se assina o Pacto de São José, interpreta os dispositivos da CADH e outros tratados do contexto americano. A competência contenciosa, que é facultativa devendo ser expressamente aceita pelo Estado-parte, julga os casos submetidos pela Comissão daqueles países que reconhecem esta competência. Insta ressaltar que a Corte não faz recomendações, sendo suas sentenças condenatórias definitivas e inapeláveis, ou seja, obrigatórias e vinculativas, incorrendo em nova violação caso não cumpridas as determinações (TRINDADE, 1999; PEREIRA, 2009).

Quanto as opiniões consultivas, em fins de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva OC 24/17, solicitada pela República de Costa Rica. Esta OC se refere as obrigações do Estado em relação à identidade de gênero, igualdade e a não-discriminação de casais do mesmo sexo. Em 18 de maio de 2016, a Costa Rica solicitou uma opinião consultiva a respeito da interpretação e alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação ao artigo 1 do mesmo instrumento⁶. Deste modo, segundo o documento, a Costa Rica solicita que o Tribunal se pronuncie sobre

- a. "A proteção conferida pelos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao artigo 1 da CADH ao reconhecimento da mudança de nome de pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada um".
- b. "A compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887, às pessoas que desejam optar por uma mudança de nome a partir de sua identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção".
- c. A proteção prevista nos artigos 11.2 e 24, em relação ao artigo 1 da CADH, ao reconhecimento de direitos econômicos derivados de vínculo entre pessoas do mesmo sexo". (CIDH, 2017, p. 3 e 4, tradução nossa)

⁶ O art. 11.2 se refere a proteção à honra e dignidade, o art. 18 versa sobre o direito ao nome, o art. 24 faz menção à igualdade perante a lei sem discriminação e igual proteção, e por fim, o art. 1 preceitua a obrigação dos Estados em respeitar os direitos.

Nesse sentido, o Estado solicitante assinala que o reconhecimento de direitos LGBTI se caracterizou diferentemente entre os Estados membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde alguns países reconhecem plenamente os direitos desse grupo enquanto outros ainda possuem leis proibitivas contra expressões e experiências que contrariam a ordem heteronormativa – que por sua vez estabelece a heterossexualidade como única forma de exercício da sexualidade saudável. Acrescentam ainda que surgem desafios sobre conteúdos de proibição de discriminação motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero. Levando isso em consideração, a Costa Rica compreende que uma interpretação da Corte Interamericana sobre as normas mencionadas seria de fundamental contribuição para os países do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo em vista que iriam adaptar suas legislações nacionais para os padrões interamericanos.

Grosso modo, a decisão da Corte foi no sentido de ampliação desses direitos à população LGBTI, apontando a necessidade dos sistemas legais existente nos Estados se moldarem para assegurar a proteção de todas pessoas, se referindo à identidade de gênero que as pessoas Trans se identificam e se sentem representadas, bem como dos direitos decorrentes das famílias formadas por casais do mesmo sexo dados os direitos econômicos derivados da relação. Essa decisão da CIDH contribui para o fortalecimento do movimento LGBTI latino-americano na busca pelo reconhecimento de direitos civis, por hora, bem como fortaleceu um cenário de ampliação desses direitos inaugurados pela Argentina no ano de 2010 quando se aprovou a legislação do matrimônio igualitário.

Em consequência, a Corte IDH na Opinião Consultiva 24 de 2017, reconhece o direito à identidade de gênero apontando as necessidades de alterações jurídicas dos Estados e em relação ao direito de família, a Corte IDH entendeu que o artigo 17.2 da Convenção Americana ao mencionar o direito do homem e da mulher ao contrair casamento e fundarem família não estaria a Convenção Americana protegendo essa única forma de família, bem como assenta que os arranjos familiares não estão limitadas a ideia matrimonial tradicional entre homem, mulher e filhos. Por fim, entende a obrigação internacional dos Estado proteger não só os direitos patrimoniais da homoconjugalidade, mas todos direitos na ordem interna e internacionais que regularem os vínculos familiares de casais heterossexuais.

No âmbito da competência contenciosa, a Corte IDH já decidiu alguns casos relacionados à questão da orientação sexual e discriminação, inclusive os cita durante a Opinião Consultiva 24/17 como fontes do controle de convencionalidade. Rios (et al., 2017, p. 1548) identificou que

No que tange aos direitos humanos das pessoas LGBTTI, até o mês de janeiro de 2017, foram analisados pela Relatoria LGBTTI da CIDH 11 (onze) casos envolvendo violação de direitos humanos a este grupo protegido. Destes, 7 (sete) foram admitidos³, dentre os quais 3 (três) foram enviados à Corte; 3 (três) não foram admitidos em razão do não cumprimento de requisitos formais, como o não esgotamento da via interna⁵; e 1 (um) resultou em solução amigável.

Entre os casos admitidos pela Comissão Interamericana e submetidos à Corte IDH, o caso *Atala e Filhas vs. Chile* fora recebido em 2004 e encaminhado para julgamento pela Corte em 2010, após não cumprimento satisfatório das recomendações da Comissão. O caso se referia a um processo de guarda de suas filhas onde fora tratada com discriminação por orientação sexual indevidamente, considerando que estaria comprometendo o desenvolvimento saudável de suas filhas dado que Atala se relaciona com mulher. A sentença definitiva da Suprema Corte do Chile “concedeu a guarda definitiva das crianças, entendendo que se encontravam em risco com a mãe, pois sua realidade família excepcional se diferenciava sobremaneira da realidade de seus colegas de colégio, o que lhes exporia e lhes colocaria em condição de isolamento” (RIOS et al., 2017, p. 1558).

A respeito ainda do processo disciplinar contra Atala, entende a Corte que viola o direito à igualdade e anti-discriminação dado que a orientação sexual não pode ser motivo para instaurar um processo investigativo. A Corte entendeu que ao se utilizar de entendimentos inconventionais, violou direitos à igualdade, não discriminação, vida privada, igualdade entre cônjuges e direitos das crianças, determinando, portanto, medidas reparatórias. Ressalte-se aqui que a questão submetida à Corte IDH se refere ainda aos direitos de família, demonstrando a insegurança jurídica que marca as relações não-heterossexuais em contextos discriminatórios e de “abandono” jurídico e protetivo.

Outro caso submetido à Corte IDH é o *Ángel A. Duque vs. Colômbia*, que também envolvendo direitos decorrentes das uniões familiares, tratava sobre a pensão por morte de companheiro que fora negada em razão da orientação sexual. Isso impossibilitou o tratamento de HIV cujo custeamento de medicamentos dependia economicamente de seu companheiro. O caso foi apresentado à Comissão em 2005, sendo analisado em 2014, concluindo que houve violação da igualdade, não discriminação, integridade pessoal, além das garantias judiciais e proteção judicial. A Colômbia não cumprindo as recomendações provocou a Comissão a submeter o caso à competência contenciosa da Corte IDH, ainda em 2014.

Apreciando o caso, a Corte IDH aponta que não houve uma explicação razoável sobre a necessidade inarredável de diferenciar no âmbito da previdência social que apenas casais

heterossexuais poderiam formar uma união marital, incorrendo em tratamento discriminatório inconveniente tendo em vista que entre as categorias protegidas pelo art. 1.1 da Convenção Americana incluem a identidade de gênero e orientação sexual. Em relação aos direitos às garantias e proteção judiciais, abordando a violação pela inexistência de recurso efetivo apto a reclamar pensão por morte como trata o art. 25, mas que, todavia, não há elementos que provem atuação de autoridades jurídicas violando a proteção judicial do art. 25.1. A Corte também aponta que não houve violação do art. 8.1 da Convenção dado que as decisões não se apoiaram em percepções estereotipadas, mas sim com base nas normas colombianas que regulam a questão. Também não houve violação do direito à vida e integridade pessoal dado que o Sr. Duque não teria proteção de maior qualidade no regime contributivo, caso tivesse recebido a pensão. Por fim, a Corte IDH coloca que deve ser reparado o direito à igualdade, sentenciando que se deve pagar a indenização de danos morais ao Sr. Duque, bem como garantir o trâmite prioritário na solicitação de pensão por morte (RIOS et al., 2017).

O caso *Homero Flor Freire vs. Equador* também fora submetido à competência contenciosa da Corte IDH tendo em vista a denúncia sobre o Equador ter dado baixa do serviço militar de Homero Freire que incorreu em falta disciplinar sob a acusação de praticado atos sexuais dentro de um estabelecimento militar e alegada homossexualidade. Nesse sentido, o autor da petição afirma que teve sua honra e vida privada violadas resultando em divórcio e efeitos profissionais com a perda do trabalho, estigma e dificuldade de reinserção no mercado de trabalho. Nesse sentido, apresentado o caso à Comissão, esta procedeu considerando que apesar de o Equador ter alterado o regramento da disciplina militar, Homero não teve sua baixa anulada entendendo que se violou os direitos à igualdade perante a lei, não discriminação e os direitos às garantias e proteções judiciais (tendo em vista a investigação sumária que concluiu pela baixa do Sr. Homero).

As recomendações da Comissão Interamericana não foram satisfeitas, levando esta a submeter o caso à Corte em 2014. Assim, o Equador foi condenado sendo declarado responsável pela violação do direito à igualdade perante a lei e proibição de discriminação, direito à honra e à dignidade e garantia de imparcialidade, conforme Convenção Americana. Destaque para argumentação da Corte que as diferenças presentes em regulamentos disciplinares que tomam a orientação sexual como categoria de discriminação incorrem em violação da Convenção Americana, especificamente o art. 1.1. Acrescenta ainda que o propósito de preservar a disciplina militar como imposição de restrições às relações sexuais nas instalações militares poderia ser razoável, todavia, a ausência de justificativa adequada para a maior severidade da sanção atribuída a atos homossexuais cria uma presunção sobre a natureza discriminatória dessa medida (CORTE IDH, 2016).

3 APROXIMANDO O FOCO E ANALISANDO AS CORRELAÇÕES ENTRE A DECISÃO BRASILEIRA E O SIDH

Nesta seção busca-se estabelecer as possíveis comparações entre o contexto brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Conforme anteriormente mencionado, não há instrumento jurídico protetivo específico para a população LGBTI em ambos contextos e identifica ainda as dificuldades na arena política interna ou internacional de travar discussões e tentativas de aprovação de instrumentos jurídicos protetivos que afetem a ordem da moralidade pública, individual ou coletiva.

Rifotis (2013, p. 137) aponta que os direitos humanos estão cada vez mais centrados no direito e têm produzido efeitos diversos daqueles que as lutas por reconhecimento objetivam por gerar um campo de normatividade dos direitos humanos, onde a expressão sujeito de direitos evidencia essa dimensão vivencial da normatividade. “Direitos humanos não são uma nova ortopedia social, mas um roteiro de vivências de dilemas, tensões, conflitos diante da igualdade e diferença no mundo contemporâneo”. Além disso, o alcance e efetividade dos direitos humanos dependem da apropriação dos sujeitos de direitos. Nesse mesmo sentido, Butler (2003, p. 240) compreende que o controle hegemônico sobre normas de reconhecimento é monopolizado pelo Estado, e no contexto do direito de família, se tornar reconhecível dentro das normas existentes “é deslocar o espaço de deslegitimação de uma parte da comunidade gay para outra, ou, mais ainda, é transformar uma deslegitimação coletiva em uma deslegitimação seletiva”.

Acontece que em contrapartida, tendo em vista que o contexto latino-americano é marcado pelas desigualdades de inúmeras ordens, a busca por reconhecimento em grande medida é uma busca por acesso aos direitos e bens sociais, o que torna ainda mais complexo o contexto das lutas por reconhecimento. No caso dos direitos LGBT e a questão do direito de família, “a formação de sentidos e práticas familiares nos modos de vida de homossexuais é parte um complexo processos social e cultural” (VESPUCCI, 2014, p. 38, tradução nossa)⁷. Assim sendo, é compreensível em alguma medida o desejo em se tornar norma. Portanto, a questão do casamento deve também ser compreendida em termos de cidadania homossexual e direitos humanos, onde, historicamente, a sociedade tem uma dívida com os grupos minoritários sexuais por negar-lhes direitos e legitimidade.

⁷ “[...] la formación de sentidos y prácticas familiares en los modos de vida homosexuales es parte de un complejo proceso social y cultural” (VESPUCCI, 2014, p. 38).

A questão em torno dos direitos civis, inclusos de família, direitos individuais de caráter negativo ao Estado, podem ser considerados aqueles direitos fundamentais de primeira geração. Apesar de serem direitos históricos e com certa consolidação, alguns grupos vulneráveis ainda estão lutando para alcançá-los ainda no século XXI. Tomando o pós-guerras como marco, além dos movimentos sociais pautados nos marcadores sociais da diferença ganharem maiores forças e visibilidades, o tema da jurisdição constitucional adquire magnitude no Estado Democrático de Direito, e em âmbito internacional os Tribunais Internacionais. (LEAL, 2014, p. 136).

Em âmbito internacional esse processo advém da criação de organizações e tratados gerando uma ordem supranacional, onde “de um pacto associativo, o Direito Internacional se transforma em um pacto de sujeição, que equivale a um verdadeiro contrato social internacional, por meio do qual o Direito Internacional se modifica estruturalmente, passando [...] a um verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal” (LEAL, 2014, p. 133). Assim, o fenômeno da judicialização ganha força, de modo que cabe explicar que a:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2012, p. 2178).

Nesse sentido, a judicialização é um desdobramento decorrente do desenho institucional adotado nas democracias ocidentais e inclui acesso à justiça, estabelecimento constitucional de direitos fundamentais e existência de Supremas Cortes. Na esfera internacional, esse fenômeno ganha força tendo em vista a proteção dos direitos humanos com a o surgimento de Cortes/Tribunais Internacionais, ao passo que no:

[...] padrão de intervencionismo judiciário que o fenômeno capta por vezes pode se assentar em um entendimento ampliado do controle da legalidade que inclui “a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos” (Santos et al., 1996, p. 20), o que parece ser o caso do Brasil. (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 84)

Associando, assim, o contexto das desigualdades latino-americanas somadas a apropriação dos direitos pelos sujeitos, a expansão da jurisdição constitucional e também a internacionalização dos direitos humanos, considerando ainda a ineficiência ou até mesmo inexistência de políticas públicas do Executivo e inércia legislativa, o Poder Judiciário têm se colocado como uma estratégia daqueles que buscam acessar direitos sociais, bem como aqueles que buscam alterar os

sentidos morais e conservadores dos ordenamentos jurídicos, como os direitos das mulheres e LGBT (LEAL; OLIVEIRA, 2020; OLIVEIRA, 2020; IRINEU et al. 2019).

Avritzer e Marona (2014, p. 88) notam que o Brasil tem ampliado direitos por meio de decisões judiciais em casos dos direitos indígenas, ações afirmativas e direitos LGBTI, mas que todavia

[...] o processo de judicialização também implicou a apropriação de fortes prerrogativas soberanas do Congresso em ações que definiram a derrubada da cláusula de barreira, a fidelidade partidária e, mais recentemente, regras da competição eleitoral. Algumas dessas ações ajudaram a organizar o sistema político ao passo que outras contribuíram para a continuidade da sua desorganização. Entretanto, independentemente do mérito dessas ações, elas implicaram fortes desequilíbrios entre os poderes, que podem afetar a democracia brasileira em um futuro próximo.

Aguinsky e Alencastro (2006, p. 25) compreendem que essa tendência em transferir para o judiciário a responsabilidade por atendimento de demandas populares judicializadas em regra individualmente “ao invés de fortalecer a perspectiva de garantia de direitos positivados, pode contribuir para a desresponsabilização do Estado, sobretudo dos Poderes Legislativo e Executivo, com a efetivação destes direitos, através das políticas públicas”.

Considerando essa realidade, a judicialização enquanto um fenômeno da expansão da jurisdição constitucional e também convencional, os movimentos organizados LGBTI se apropriando dos direitos engrenam no Poder Judiciário a fim de conquistarem direitos negados. Em âmbito doméstico, o Brasil através do Supremo Tribunal Federal (2011) e a Colômbia através da Corte Constitucional da Colômbia (2016), e em âmbito internacional local, com a definitiva posição da Opinião Consultiva 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017), demonstram o fenômeno da judicialização enquanto ferramenta para conquista dos direitos da população LGBTI.

Outro ponto que aproxima os contextos é a busca do direito de família para além dos dispositivos de ordem apenas civil (OLIVEIRA, 2020). Acontece que para além do desejo pela constituição de família socialmente construído e amplamente difundido, “o matrimônio, mais que um direito em si mesmo, constitui histórica e atualmente um vetor de acesso a outros bens sociais” (HILLER, 2012, p. 95, tradução nossa⁸), evidenciando a força ideológica da cultura conjugal, onde “historicamente, a solidão operou com status marginalizado enquanto que casais heterossexuais

⁸“[...] el matrimonio, más que un derecho en sí mismo, constituye histórica y actualmente un vector de acceso a otros bienes sociales” (HILLER, 2012, p. 95).

ocupam posição privilegiada, posição que confere aos seus habitantes uma gama de recompensas sociais, econômicas e simbólicas” (BUDGEON, 2008, p. 301, tradução nossa⁹). Somando a esse fator, têm-se na América Latina um contexto constituído sob o prisma das assimetrias de poder e acesso aos bens sociais, onde as redemocratizações carregam mais um ar de liberdade e poder decisório através de voto, é marcado pela necessidade de combate das desigualdades de diversas naturezas, busca por igualdades formais e materiais, jurídicas, sociais, econômicas, culturais e política.

No ano 2000, antes da ADI 4.277 (2011) e após a primeira propositura legislativa a fim de reconhecer a união civil de casais homossexuais (1995), houve a judicialização através de Ação Civil Pública proposta em desfavor do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) que objetivou a consideração de companheiros/as homossexuais como dependentes preferenciais na mesma classe dos heterossexuais conforme o art. 16, I, da lei 8.213 de 1991, para fins de conceder benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados, bem como possibilitar inscrição desses companheiros/as como dependentes, inclusive em casos de segurado empregado ou trabalhador avulso. O INSS perdeu em todas instâncias, tendo o STJ finalizado a questão votando unânime pela condenação.

No Contexto do Sistema Interamericano não é diferente tendo em vista que a Opinião Consultiva 24 de 2017, no que trata a respeito da não-discriminação de casais do mesmo sexo buscava compreender se a Convenção Americana de Direitos Humanos contempla em sua proteção a obrigação dos Estados em reconhecer os direitos patrimoniais que derivam das relações conjugais. Não obstante, um dos três casos julgados na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso Duque vs. Colômbia, tratava da exclusão do Sr. Duque da possibilidade de obter a pensão por morte de seu companheiro falecido em razão do vínculo ser constituído por casal do mesmo sexo. Ambas realidades evidenciam a realidade perversa da desigualdade latino-americana, tanto em relação às discriminações em decorrência dos marcadores sociais da diferença, quanto em relação a disparidade econômica entre as pessoas na América Latina.

Outra familiaridade – para usar um termo a respeito do tema –, entre os contextos se dá sobre as linhas argumentativas jurídico-legais, tendo em vista as fundamentações. Ambos Tribunais (STF e Corte IDH) assentam suas sentenças em princípios como dignidade da pessoa humana, igualdade, não-discriminação, liberdade, e por fim as variações e desdobramentos destes. A questão é que as normas de princípios garantidores de direitos fundamentais e humanos contidas tanto em textos constitucionais, como as tratativas internacionais sobre direitos humanos, são

⁹“Historically singleness has operated as a marginalized status while heterosexual couples have occupied a privileged position that confers upon its inhabitants a range of social, economic and symbolic rewards” (BUDGEON, 2008, p. 301).

abertas e demandam atividades interpretativas que não contam com standards definidos e ainda conta com influência das variáveis espaço-tempo (LEAL, 2014).

Há ainda uma conexão em razão da divergência se a homoconjugalidade cria novas figuras jurídicas sobre a conjugalidade ou se apenas se adapta às figuras já existentes. No Supremo Tribunal Federal, três ministros afinaram entendimento no sentido de a união entre parceiros do mesmo sexo cria uma nova modalidade de entidade familiar, não se enquadrando nas espécies existentes no texto constitucional. A Corte IDH, por sua vez, entendeu não necessária a criação de novas categorias jurídicas a respeito da conjugalidade, devendo os Estados ampliar as figuras existentes em seus ordenamentos para a homoconjugalidade, todavia, demonstrou a Corte certo receio que a criação de novas modalidades poderia gerar efeitos estigmatizantes.

Em uma perspectiva de crítica *queer*, Rios (2007, p. 109) questiona: “adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo?”. A adaptação seria uma “naturalização do modelo de família heterossexual pequeno-burguês, procedendo a uma domesticação “heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas desse modelo” (RIOS, 2007, p. 126), enquanto que transformação viria “a cumprir a função de transformação, pelo acréscimo de novas alternativas e fundamentos, ao conhecimento e à prática do direito de família” (RIOS, 2007, p. 127). Nesse sentido, vale afirmar que não se revolucionou o direito de família mas sim o adaptaram. A família é reiterada como único lugar saudável do exercício do prazer, colocando os casais homossexuais com relações duradouras e monogâmicas com fins de formar família próximo ao legítimo “bom sexo”, como Rubin (2012) nomeia.

Por fim, resta que a hipótese se confirma, dado que a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro ou ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos chamando-os esses órgãos a se manifestar sobre o tema, visto que as tentativas de aprovação de legislação ou instrumento internacional no âmbito da OEA restaram infrutíferas dada as moralidades e resistências que o tema enfrenta na política majoritária nacional e internacional.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; ALENCASTRO, Ecleria Huff de. Judicialização da questão social: rebatimentos nos processos de trabalho dos assistentes sociais no Poder Judiciário. **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 19-26, June 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802006000100002&lng=en&nrm=iso>. access on 22 July 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-49802006000100002>.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº15. Brasília, setembro - dezembro de 2014, pp. 69-94. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141504>

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN) **THESIS**, 2012, v. 5, n. 1. ISSN 2358-4130. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 16 jan. 2019.

BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático I**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.

BUDGEON, Shelley. Couple Culture and the Production of Singleness. *Revista Sexualities*, 2008, vol. 11, nº 3, pp. 301-325. Disponível em: < <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1363460708089422#articleCitationDownloadContainer>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu**, 21, p. 219-260, 2003.

CORRÊA, Sônia. O Percurso Global dos Direitos Sexuais: entre "margens" e "centros". **Bagoas: Estudos Gays, Gêneros e Sexualidades**, Natal/RN, n. 4, p. 17-42, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v03n04bagoas04.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA: IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO**. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

HILLER, Renata. Regulaciones estatales de la conyugalidad: Apuntes sobre Estado, matrimonio y heteronormatividad. In: JONES, D.; FIGARI, C.; LÓPEZ, S. B. **La producción de la sexualidad: políticas y regulaciones sexuales en Argentina**. 1ª ed. Buenos Aires: Biblos, 2012.

IRINEU, B. A.; OLIVEIRA, B. A. Um balanço das políticas públicas de trabalho, emprego e renda para população LGBT no Brasil e na Argentina (2004-2014). **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ano 8, nº 16, Jul./Dez. 2020. Disponível em:

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

IRINEU, Bruna Andrade et al. “O samba começou e fez convite ao tango para parceiro”? A arena LGBTI em tempos de ofensiva neoliberal e “cruzada antigênero” no Brasil e na Argentina. **Humanidades & Inovação**, v. 6, n. 17, p. 255-270, 2019.

IRINEU, Bruna Andrade. Gênero, sexualidade e violência na América Latina: expulsões, dependência e insurgências sob os limites da necropolítica. **Revista Gênero**, v.20, n.2, pp.07-13. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/44566/25621>>. Acesso em 20 nov. 2020.

IRINEU, Bruna Andrade. **Nas tramas da política pública LGBT**: um estudo crítico da experiência brasileira (2003-2015). EdUFMT: Cuiabá, 2019.

LEAL, Carla Reita Faria; OLIVEIRA, Brendhon Andrade. O direito à identidade de gênero e políticas públicas de trabalho: pela garantia do mínimo existencial para a população trans no Brasil. **Revista BEJ**, v. 15, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://direito.fasa.edu.br/?/revista-bej/#7>>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, Sept. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392014000300123&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 dez. 2020.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal Kawano. Os direitos de pessoas LGBT na ONU (2000-2016). **Sex., Salud Soc. (Rio J.)**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 28-56, Abril, 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872019000100028&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2019.31.03.a>.

OLIVEIRA, Brendhon Andrade. A cultura conjugal, familismo jurídico e judicialização de direitos LGBTI no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 3, n. 10, p. 07-34, 2020. <http://dx.doi.org/10.31560/2595-3206.2020.10.11117>

PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Antonio-celso-corte-idh-Revista45_87.pdf. Acesso em: 01 jun. 2019

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. 2007. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

RIFIOTIS, T. Judicialização dos direitos humanos, lutas por reconhecimento e políticas públicas no Brasil: configurações de sujeito. **Revista de Antropologia**, v. 57, n. 1, p. 119-144, 11 nov. 2014.

RIOS, R. R. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: GROSSI, M. P.; UZIEL, A. P.; MELLO, L. **Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

RIOS, Roger Raupp et al. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, Jun. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201545&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.28033>.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, Dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 set. 2018.

RUBIN, Gayle. **Pensando o sexo**: Notas para uma teoria radical da política da sexualidade. 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1582>. Acesso em: 08 jan. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>. Acesso em: 08 jan. 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2018

TRINDADE, Cançado. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção**. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/API/article/view/3513>. Acesso em: 01 jun. 2019

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. **LGBTI E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A construção da cidadania internacional arco-íris**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I. Florianópolis, 2014. p. 322 - 361.

VESPUCCI, G. Una fórmula deseable: el discurso “somos familias” como símbolo hegemónico de las reivindicaciones gay-lésbicas. **Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad** [online]. 2014, n. 17, pp. 30-65. ISSN 1984-6487. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sess/n17/1984-6487-sess-17-0030.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

**CONSTITUCIONALISMO, CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS,
EASY CASES, *HARD CASES* E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO
MEIO DE DIRIMIR CONFLITOS**

Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela¹

RESUMO: Em um Estado democrático de direito existem direitos e garantias fundamentais a serem implementados pelo Poder Público. Referidos direitos podem colidir entre si, demandando análise pelo Poder Judiciário, as quais podem ensejar mera subsunção da norma ao caso concreto (*easy cases*) ou carecer de racional mais elaborado (*hard cases*). A possibilidade de juízo de ponderação em determinados casos pelos aplicadores do direito enseja diversas críticas e considerações, pois não é claro o limite entre tal tarefa e a discricionariedade arbitrária. Nesse contexto apresenta-se a hermenêutica constitucional como ferramenta capaz de auxiliar a dirimir conflitos e dar mais confiabilidade às decisões.

Palavras chave: constitucionalismo; direitos e garantias fundamentais; *easy* e *hard cases*; hermenêutica constitucional.

ABSTRACT: In a Democratic State ruled by law there are fundamental rights and guarantees to be implemented by the Government. These rights may collide, requiring an analysis by the Judiciary that may be a mere subsumption of the rule to the specific case (*easy cases*) or lack a more elaborated rationale (*hard cases*). The possibility given to the Courts of weighing principles gives rise to several criticisms because it is not clear the limit between that task and arbitrary discretion. Constitutional hermeneutics are presented as a tool capable of helping to solve conflicts and give more reliability to those decisions.

Key-words: constitutionalism; fundamental rights and guarantees; *easy* and *hard cases*; constitutional hermeneutics.

¹Advogada no escritório Escanhoela Advogados Associados. Mestranda em Direito – área de concentração: soluções alternativas de controvérsias empresariais – pela Escola Paulista de Direito (EPD). LLM Degree (Master of Laws) pela Universidade de Illinois (University of Illinois at Urbana-Champaign). Pós graduada em direito empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI).

INTRODUÇÃO

Em decorrência do movimento conhecido como Constitucionalismo e a consequente positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição dos Estados democráticos de direito, tem-se uma série de situações práticas nas quais referidos direitos podem conflitar entre si contrapostas ao dever estatal de empreender seus melhores esforços na tentativa de concretizar integralmente as diretrizes constitucionais.

Na análise de situações de conflito entre direitos e garantias fundamentais, compete ao Poder Judiciário (em determinados casos mais do que em outros) exercer juízo de ponderação ao determinar a regra a ser aplicada, dever esse sobre o qual recaem inúmeras críticas.

Sobre o tema levanta-se a possibilidade de separação entre *easy* e *hard cases*, a depender de se demandam uma simples subsunção dos fatos à uma norma existente ou se há necessidade de desenvolvimento de raciocínio mais complexo dentro do sistema jurídico para se chegar à uma solução.

A possibilidade de exercício de juízos de ponderação pelo Poder Judiciário dá azo a críticas das mais variadas diante da possibilidade de discricionariedade além dos limites permitido por um sistema de freios e contrapesos, a evidenciar verdadeira arbitrariedade jurisdicional e invasão de competências.

Pretende-se na presente análise mostrar, dentro desse contexto, a possibilidade de utilização da hermenêutica constitucional como ferramenta capaz de dirimir alguns dos conflitos colocados, ao trazer a Constituição Federal como instrumento de interpretação.

1 CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. O CONSTITUCIONALISMO

Os chamados Estados democráticos de direito, nos quais se tem como primado a garantia dos chamados direitos fundamentais em seus diversos âmbitos, encontram o fundamento de sua legitimidade e aceitação pelos governados na existência de uma norma maior, aplicável igualmente a todos, conhecida predominantemente como Constituição.

É a Constituição de um país, que dá parâmetros básicos de como deve ser organizado e administrado aquele Estado, podendo ser mais ou menos extensa e detalhada no assunto, o que varia em cada local.

Entre os diversos objetivos que podem ser implementados por uma Constituição está costumeiramente presente o ideal de limitar o poder absoluto do Estado e seus representantes, evitando-se desvios e abusos em face dos governados. A título de exemplo, a ideia de tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) vem exatamente nesse sentido, eis que, devem ser independentes e harmônicos entre si, utilizando-se, para tanto, do chamado sistema de freios e contrapesos, que lhes permite, em determinadas situações, adentrar nas esfera de atuação um do outro para coibir abusos.

No Estado democrático de direito a Constituição resguarda em regra ao Poder Público a possibilidade de uso do poder de correção na implementação de suas regras, situação aceita pelos governados, que lhe cedem essa capacidade em decorrência do ideal de legitimidade de atuação do Estado, diante da existência de uma Constituição que assim determina.

Pois bem, como dito acima, busca-se dessa forma coibir o poder absoluto do Estado, uma vez que, historicamente, nem sempre foi assim. O constitucionalismo é, então, o movimento histórico que ensejou a caracterização dos Estados democráticos de direito no formato atual. Para Manfredo Schwaner Gontijo:

O conceito mais aceito e difundido é aquele que se refere ao Constitucionalismo moderno, visto como um movimento político, social e jurídico que culminou na organização do Estado, por intermédio da previsão de direitos e garantias fundamentais, em uma Constituição, tendo por finalidade a limitação do poder estatal arbitrário e absolutista que reinava no final do século XVIII, de forma irrestrita pelos monarcas.

Pode-se extrair dos conceitos mencionados que o Constitucionalismo está associado necessariamente a três idéias básicas: garantia dos direitos, governo limitado e separação dos poderes estatais, a qual terá como suporte o sistema de freios e contrapesos. (GONTIJO, 2014)

Feita essa breve introdução acerca do Constitucionalismo, movimento que culminou com o formato atualmente vigente dos chamados Estados democráticos de direito, importante seguir com a caracterização dos chamados direitos e garantias fundamentais e sua evolução histórica.

1.2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Devido às grandes transformações pelas quais passaram os direitos fundamentais no decorrer do tempo, existe uma dificuldade em defini-los em um conceito sintético e preciso. Mesmo assim, diversos autores buscam conceituá-los. Nesse sentido, temos a lição de José Afonso da Silva:

Os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, são de natureza variada. Não será fácil, pois, fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético. Recorremos, no entanto, mais uma vez, à expressiva lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual os “princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”. Relevam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que os consagram “constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas”. (SILVA, 2006, p. 93/94)

Assim, direitos fundamentais podem ser caracterizados como aqueles em que se baseia todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional de um Estado. São os princípios e regras em que o sistema normativo pode ser resumido, pois sem eles não há que se falar em um Estado Democrático de Direito, garantidor do mínimo necessário para que haja a dignidade da pessoa humana.

Ainda, são os princípios que regem os objetivos e o modo de agir de um Estado, posto que definem suas metas e diretrizes.

Vale mencionar que os direitos fundamentais possuem algumas características básicas, quais sejam: historicidade (se desenvolvem ao longo da história, não surgem em um momento preciso), inalienabilidade (são conferidos a todos e não possuem conteúdo econômico, portanto não podem ser negociados), imprescritibilidade (podem ser exigidos a qualquer momento), irrenunciabilidade (podem não ser utilizados, mas seu titular nunca poderá abrir mão deles), universalidade (são conferidos a todos), limitabilidade (não são absolutos, pois na hipótese de dois direitos fundamentais se chocarem, um será limitado em face daquele de maior relevância no caso concreto), concorrência (mais de um direito fundamental pode estar apto a regulamentar uma mesma situação), inviolabilidade (não podem ser desrespeitados por normas infraconstitucionais), efetividade (devem ser garantidos de fato pelo Estado), interdependência (os direitos fundamentais não existem isoladamente uns dos outros, eles se comunicam, possuindo uma relação de interdependência) e complementaridade (os direitos fundamentais são interpretados conjuntamente, para alcançar as metas definidas na Constituição).

Caracterizados os direitos fundamentais, necessária se faz uma análise de seu desenvolvimento histórico para melhor compreensão do tema.

O ser humano sempre se diferenciou por ser um animal social. Ou seja, por sua necessidade de convivência com outros semelhantes.

Nas primeiras sociedades das quais se tem conhecimento as tarefas entre cada um de seus integrantes eram divididas de acordo com a vontade do mais forte, que ocupava o cargo de líder do grupo na grande maioria das vezes. Vigia assim a chamada lei da sobrevivência, inexistindo qualquer ordenamento ao qual se submetessem os seres humanos. Nesse sistema, eventuais conflitos eram dirimidos pelo chamado método da autotutela, que frequentemente culminava na morte de um dos conflitantes, geralmente o mais fraco.

Todavia, com o decorrer do tempo, o ser humano começa a perceber a necessidade de estabelecer regras para que possa existir um bom convívio social entre todos e para que as desavenças entre membros de uma mesma sociedade sejam solucionadas de maneira mais justa e menos violenta.

Começa então o processo histórico de surgimento e evolução do que hoje conhecemos como Direito, que terá momentos de progresso e outros de retrocesso, conforme se modificam as formas de governo das sociedades e principalmente seus costumes e filosofias.

Nesse panorama, os direitos fundamentais passam, basicamente por três grandes fases, que serão explicadas mais adiante. Antes, porém, vale mencionar a discussão doutrinária acerca da melhor nomenclatura para as tais “fases”.

Comumente os três períodos de desenvolvimento dos direitos fundamentais são chamados de gerações. Todavia, parte da doutrina defende que tal maneira de chamá-los não é correta, pois, ao se falar em gerações, conclui-se que a mais nova destas superou as passadas, deixando-os para trás. Entretanto, não é isto o que ocorre com os direitos fundamentais, posto que as gerações mais novas apenas acrescentam novas garantias às mais antigas, sem esquecê-las. Assim, tem-se que o mais adequado seria que as três “fases” fossem nomeadas como dimensões dos direitos fundamentais, posto que assim se tem a ideia de que uma categoria de tais direitos é abrangida pela outra mais nova e assim sucessivamente.

Em que pese as considerações acima, a maioria da doutrina e da jurisprudência brasileira continua se referindo às gerações dos direitos fundamentais, as quais serão verificadas a seguir.

Sobre os direitos fundamentais de 1ª dimensão, dizem Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Foi o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição. São direitos que surgem com a ideia de Estado de Direito, submisso a uma Constituição. (...) Congenitamente ao constitucionalismo, ao Estado de Direito, surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos. (...) Sua preocupação é a de definir uma área de domínio do Poder Público, simultaneamente a outra de domínio individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer inserção estatal. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, etc. (...) (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2009, p. 116)

Assim, tem-se que os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles que exigem do Estado um “não fazer”, uma conduta negativa, qual seja a de se abster de intervir na esfera individual dos cidadãos, atendo-se somente à regulamentação das situações que digam respeito à vida pública.

Os direitos civis e políticos foram os primeiros a surgir e tiveram como importantes antecedentes históricos: a *Magna Charta Libertatum* (outorgada por João Sem-Terra em 1215, na Inglaterra, que, entre outras garantias, previa restrições tributárias, proporcionalidade entre delitos e sanções, o devido processo legal e a liberdade de locomoção); a *Petition of Rights* (Inglaterra, 1628); o *Habeas Corpus Act* (Inglaterra, 1679); e a *Bill of Rights* (Inglaterra, 1689 – outorgada pelo Príncipe de Orange, restringiu significativamente o poder estatal, fortalecendo o princípio da legalidade, criando a liberdade de eleição dos membros do Parlamento, etc.).

Ainda, o processo de independência dos Estados Unidos teve muita relevância no fortalecimento de tais direitos, sendo importante mencionar os seguintes documentos históricos: *Declaração de Direitos de Virgínia* (1776 – garantia o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade religiosa e de imprensa, ao devido processo legal, etc.); *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América* (1776); *Constituição dos Estados Unidos da América* (1787 - separação dos poderes estatais, liberdade religiosa, Tribunal do Júri, ampla defesa, impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes,...).

Entretanto, os direitos fundamentais de primeira geração só foram efetivamente consagrados normativamente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional da França em 1789. Tal documento previa, entre outros, o princípio da

igualdade, liberdade, propriedade, segurança, associação política, princípio da presunção da inocência, liberdade religiosa e livre manifestação do pensamento.

Por fim, os direitos civis e políticos continuaram crescendo durante o século XIX, através do constitucionalismo liberal, que prevaleceu, por exemplo, nas Constituições espanhola (1812), portuguesa (1822), belga (1831) e francesa (1848).

Os direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se essencialmente por uma prestação positiva do Estado, decorrente das necessidades sociais. Via de regra são normas de eficácia limitada e programáticas, classificação que será analisada mais adiante. Sucintamente, tal categoria é composta pelos direitos sociais, econômicos e culturais.

Sobre os direitos fundamentais de segunda geração esclarecem Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. (...) Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida. Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso, (...) costumam ser denominados direitos positivos, pois (...) reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações, voltadas à minoração dos problemas sociais. (...) (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2009, p. 117)

A segunda geração de direitos fundamentais se impulsiona com a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, pois, em virtude de péssimas condições de trabalho, surgem movimentos no sentido de reivindicar proteção aos trabalhadores, bem como normas de assistência social.

O início do século XX foi marcado por novos diplomas constitucionais nos quais havia grande preocupação social, sendo os principais documentos da época: a Constituição do México (1917 – passou a garantir direitos trabalhistas, por exemplo); a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918 – tinha como um de seus objetivos abolir a divisão da sociedade em classes, determinou a prestação de assistência material e qualquer outra forma de apoio aos operários e camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade, etc.); a Constituição de Weimar (1919, Alemanha – previa direitos relacionados à vida social, além dos tradicionais

direitos e garantias individuais); e o Tratado de Versalhes (1919).

Sobre os direitos de 3ª dimensão, o entendimento de Pedro Lenza:

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais.

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.

Os direitos de 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade. (LENZA, 2012, p. 959/960)

Vê-se que os direitos fundamentais de 3ª geração decorreram da necessidade dos seres humanos de solidariedade entre todas as nações.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Quatro são os principais desses direitos: *o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade.*” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 76).

Os direitos em análise surgiram principalmente depois do final da 2ª Guerra Mundial, pois as nações se viram diante da necessidade de cooperação mútua, para evitar novos conflitos como o que acabara de se encerrar, de alto potencial destrutivo em escala global e com consequências devastadoras para todos os Estados, sem mencionar as graves violações a direitos fundamentais praticadas em seu curso.

Vale mencionar que alguns doutrinadores mais modernos citam ainda os direitos de 4ª e até mesmo 5ª dimensões, como seja, os direitos decorrentes da globalização dos direitos fundamentais (por exemplo: direito à democracia, à informação e ao pluralismo) e o direito à paz (como direito supremo da humanidade), respectivamente.

1.3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, os direitos e garantias individuais (1ª geração) foram previstos pela primeira vez na Constituição Imperial de 1824 (ela previa, por exemplo, os princípios da igualdade e legalidade, a livre manifestação do pensamento, princípio do juiz natural, etc.).

O rol de direitos humanos fundamentais de 1ª geração continuou sendo expresso na Constituição Republicana brasileira de 1891, que acrescentou, entre outros, o direito ao ensino leigo, à ampla defesa e a abolição da pena de morte. Vale ainda mencionar que foi esse diploma que eliminou do ordenamento jurídico brasileiro o até então existente poder moderador.

As Constituições de 1934 e 1937 mantiveram as disposições acerca dos já mencionados direitos e acrescentaram outros, como: escusa de consciência, irretroatividade da lei penal, assistência jurídica gratuita, etc. (1934); a guarda e o emprego da economia popular, impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, etc. (1937).

Em 1946, a nova Constituição, além dos direitos e garantias individuais, elencou diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados. Previu também a proteção à família, à educação e à cultura.

Também a Constituição de 1967 manteve a proteção aos direitos fundamentais de 1ª e 2ª gerações, trazendo algumas novidades, como o Tribunal do Júri e o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas. Segundo Alexandre de Moraes:

A Emenda Constitucional nº1, de 17-10-1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma substancial alteração formal na enumeração dos direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2011, p. 15)

Foi a emenda nº1 de 1969 que incorporou nas suas disposições transitórias as decisões e os dispositivos do Ato Institucional nº 5, de 1968, conferindo ao Presidente poderes arbitrários, como a possibilidade de fechar o Congresso Nacional, cassar mandatos e suspender direitos políticos. No mais, concedeu aos governos militares liberdade ilimitada para legislar sobre matéria política, eleitoral, tributária e econômica.

Por sua vez, a Constituição de 1988, carta constitucional ainda vigente nos dias de hoje, nos dizeres de Ricardo Castilho é “Conhecida como *Constituição Cidadã*, porque valoriza os princípios democráticos e de cidadania (...). Foi elaborada por uma Assembleia Constituinte legalmente convocada e eleita. Foi a primeira a permitir a incorporação de emendas populares (...)” (CASTILHO, 2010, p. 106).

A Carta Magna de 1988 ampliou e fortaleceu os direitos fundamentais, colocando um fim às restrições que estes haviam sofrido com o regime militar. O legislador constituinte estabeleceu nela cinco espécies de direitos e garantias fundamentais, quais sejam: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Feita essa breve análise da evolução histórica dos direitos fundamentais, importante analisar a eficácia destes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais de 2ª geração e a questão das normas programáticas.

Para Alexandre de Moraes:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja *eficácia e aplicabilidade* dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediatas. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º). Essa declaração pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (por exemplo, mandado de injunção e iniciativa popular). (MORAES, 2011, p. 22/23)

Assim, pode-se concluir que, via de regra, os direitos fundamentais são eficazes e aplicáveis a partir do momento em que a Constituição que os prevê tem vigência e vigor, pois não necessitam de qualquer regulamentação complementar. Todavia, também existem aqueles que precisam de complementação, por norma infraconstitucional, para que possam produzir integralmente seus efeitos.

Sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, conforme ensina José Afonso da Silva, podemos classificá-las da seguinte maneira: normas de eficácia plena, contida e limitada (SILVA, 2006).

Normas de eficácia plena são aquelas que por si só produzem ou têm aptidão para produzir todos os seus efeitos (exemplo: os remédios constitucionais), sem necessitar de nenhuma outra complementação normativa.

As de eficácia contida são aquelas que podem produzir todos os seus efeitos sozinhas, mas que podem vir a ser limitadas posteriormente pelo poder público (exemplo: artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, que estabelece ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Por sua vez, possuem eficácia limitada as normas que apenas estão aptas a produzir todos os seus efeitos depois da edição de norma superveniente que regule sua aplicabilidade (exemplo: artigo 37, VII, da Carta Magna, que dispõe que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica).

Vale mencionar que todas as normas constitucionais, independentemente de possuir aplicabilidade imediata, contida ou limitada, produzem alguns efeitos desde a entrada em vigor do diploma constitucional, como, por exemplo, a inconstitucionalidade dos dispositivos que as contrariem.

Ainda, quanto às normas de eficácia limitada, são elas divididas em dois grupos: normas de princípio programático (normas programáticas) e normas de princípio institutivo (orgânico ou organizativo).

As normas de princípio institutivo dispõem sobre a criação de um órgão, entidade ou instituição, que apenas se concretizará com a edição de lei regulamentadora. As normas programáticas são aquelas que traçam preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público, com o intuito de concretizar os fins sociais do Estado.

Normas programáticas fazem parte do conjunto de normas constitucionais de eficácia limitada. Assim, necessitam de regulamentação infraconstitucional para que possam gerar todos os seus efeitos. Especificamente, as normas de princípios programáticos têm por finalidade concretizar os fins sociais do Estado.

Portanto, pode-se concluir que normas programáticas, depois de regulamentadas não atingirão todos os seus objetivos de imediato, pois estes se consolidarão com o decorrer do tempo, uma vez que exigem um agir por parte do Poder Público, no sentido de concretizá-los.

Como exemplo, o artigo 3º da Constituição Federal elenca quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, todavia, a concretização destes não decorrerá simplesmente da edição de lei infraconstitucional que tenha como objeto sua implementação, posto que isto ocorrerá gradativamente, através da implementação de políticas públicas.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais sociais, cuja finalidade máxima é a concretização da igualdade social, em sua esmagadora maioria constituem normas de natureza programática. Assim, as normas programáticas, para que sejam realmente eficazes, necessitam de um agir por parte do Estado, uma atuação positiva, no sentido de implementar os fins sociais aos quais se destinam.

É por essa razão que os dispositivos constitucionais programáticos frequentemente são objetos de discussões frente ao Poder Judiciário, pois, em que pese sua previsão constitucional, muitos deles ainda não foram regulamentados ou, apesar de terem-no sido, não são implementados pelo Poder Público de forma eficaz, fazendo com que muitos cidadãos não possam exercer alguns de seus direitos fundamentais e tenham que buscar sua concretização judicialmente.

1.4. A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS DILEMAS

Direitos e garantias fundamentais podem ser invocados por todos que façam parte daquele determinado Estado, inclusive simultaneamente. Ou seja, os governados possuem ao mesmo tempo os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão, um não excluindo o outro (são concorrentes).

Disso decorrem situações fáticas nas quais comumente referidos direitos terminam por conflitar uns com os outros. Em regra, problemas concretos acabam sendo apresentados ao Poder Judiciário, para que dê ao caso a solução que entenda ser a mais adequada.

Ao Poder Público em geral compete agir visando sempre garantir e implementar os direitos e garantias fundamentais, mas, reitera-se, por vezes há necessidade de sopesamento e ponderação entre eles.

Nesse âmbito tanto o Poder Legislativo e o Executivo ao fazerem escolhas sobre políticas públicas a serem implementadas em detrimento de outras, quanto o Poder Judiciário ao determinar a preponderância de um ou outro direito no caso concreto, estão cotidianamente

enfrentando os dilemas da implementação e concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal em sua integralidade.

O que se busca, numa realidade de limitação de recursos para tal implementação e em que em determinadas situações concretas não é possível que dois direitos fundamentais coexistam em perfeita harmonia, é otimizar dentro do possível a atuação do Poder Público, de maneira a que se obtenha os melhores resultados possíveis.

Vale dizer que a Constituição Federal, além de elencar direitos e garantias fundamentais, institui uma série de diretrizes principiológicas a serem seguidas nas decisões do Poder Público na solução desses dilemas.

Princípios protegem certos bens jurídicos de forma geral e não garantem o resultado preciso de situações fáticas. São dotados de intensa carga valorativa, a ser analisada por seu aplicador.

D'outro lado, por vezes o Poder Público (aqui destaca-se o Poder Judiciário) depara-se com situações de lacuna no ordenamento jurídico, omissões legislativas que também precisam ser solucionadas, ou ainda com regras ultrapassadas que não fazem mais sentido no contexto social mais atual.

Todas essas ocorrências levam à necessidade, na prática, de juízos de valor a serem feitos pelo aplicador do direito e, conseqüentemente, a inúmeras discussões sobre onde se encontra o limite para o exercício de discricionariedade em tais casos ou se seria possível tornar tais análises mais objetivas.

Entre as questões levantadas encontram-se diversas relacionadas à divisão de casos levados ao Poder Judiciário entre *easy cases* e *hard cases* e o que seria a diferença entre subsunção e ponderação, conforme analisado a seguir.

2 EASY CASES E HARD CASES E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

2.1. CONCEITO, SUBSUNÇÃO, PONDERAÇÃO E ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Os chamados *easy cases* (casos fáceis) são aqueles que, apresentados ao Poder Judiciário, não demandariam uma análise mais profunda da situação fática, pois se enquadram perfeitamente a uma hipótese legal, tratando-se, portanto, de mera análise de subsunção.

Por sua vez, os *hard cases* (casos difíceis) seriam os que demandam essa análise mais complexa, uma construção de racionalidade discursiva que possibilite chegar-se na melhor resposta para o caso. Nos dizeres de Fábio Beltrami:

Quando não há no caso concreto, regra que se aplica a tal no ordenamento jurídico, ou ainda quando há mais de uma regra solucionadora de tal caso, ou então, quando a solução do caso causa extrema estranheza aos costumes e a coletividade, o magistrado então irá se deparar com um caso difícil (*hard case*), diferente dos casos fáceis (*easy cases*), onde simplesmente com a regra o magistrado soluciona a lide, em tese, pragmática e analiticamente. (BELTRAMI, 2011)

Os *hard cases* invocariam então, juízo de ponderação pelo Poder Judiciário, situação essa que gera uma série de críticas decorrentes da possibilidade do exercício de discricionariedade pelos magistrados.

Fábio Beltrami explica a diferença de posicionamento sobre tal discussão entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin, sendo que o primeiro deles aceita que pode não ser possível a existência de uma única solução para um caso difícil, justamente em decorrência da possibilidade de exercício de discricionariedade pelo julgador, sendo aceitável julgamentos distintos em casos semelhantes. Por sua vez, Dworkin defende que nessas situações o magistrado estaria criando e não aplicando o direito, o que geraria situação de retroatividade de norma jurídica na decisão de um caso concreto. E para tentar solucionar essa ocorrência, propõe Dworkin que existe necessidade de correlação entre direito, princípios, moral, política e economia para a solução de um *hard case* (BELTRAMI, 2011).

Para Dworkin então o magistrado não deve decidir com discricionariedade, mas sim através de uma análise de princípios gerais.

Aqui é interessante citar ideia exposta por John Rawls quando trata de sua teoria da equidade como justiça, no sentido de que em casos nos quais o julgador deve exercer juízo de ponderação somente seria possível se falar em igualdade incondicional da situação inicial (ou seja, naquele momento em que será feita a ponderação de regras e princípios para aplicação no caso prático), se sob ele recaísse o véu da ignorância (*veil of ignorance*). Em outras palavras, para que a análise do caso seja verdadeiramente imparcial, o julgador teria que desconhecer por completo sua situação particular (política, social, econômica, etc.). Somente assim não teria tendência a um ou outro pensamento e analisaria o caso com total imparcialidade.

Vale apontar que, em que pese ser muito interessante a ideia de véu da ignorância, na prática não parece que seria possível aplicá-la. Pois veja-se, para que isso se concretizasse só poderiam ser julgadores aqueles que de alguma forma fossem isolados da sociedade e por tal razão não tivessem conhecimento das diversas polêmicas divergências políticas, sociais, culturais, entre outras.

O primeiro questionamento que se coloca aqui é exatamente no sentido de como seriam tais pessoas isoladas? Pois terão que se desenvolver de alguma forma e o próprio isolamento lhes dará algum tipo de ideia de certo ou errado. Também terão que ser ensinadas sobre conceitos jurídicos e princípios gerais, como isso poderia ser feito sem que algum tipo de tendência a um ou outro pensamento se instaurasse?

Além disso, se assim fosse, teria esse potencial julgador uma visão irreal do mundo, ou, como sugerido, nenhuma opinião sobre situações extremamente delicadas. E assim sendo, como poderia entender situações nas quais o resultado justo pode não ser aquele decorrente da aplicação puramente lógica de preceitos legais, sejam regras ou princípios gerais?

Chega-se então a uma impossibilidade lógica e sistemática de concretização desse ideal, pois ferir-se-ia com sua implementação a possibilidade de busca por soluções mais justas na aplicação do direito ao caso prático.

Passa-se então ao contraponto da discussão no sentido de questionar se caberia então ao julgador dizer o que é mais ou menos justo ou se seu papel não seria simplesmente analisar o caso concreto e encontrar a hipótese legal em que se enquadra.

Veja-se que a discussão, seja partindo de um ponto de vista ou de outro, acaba por desaguar em questões subjetivas referentes a critérios de verificação do que seria o justo ou correto, bem como sobre a possibilidade de um ativismo judicial legitimado.

Lenio Luiz Streck, em postura contrária à divisão entre *easy* e *hard cases* configurados conforme se possa exercer juízo de ponderação ou subsunção, diz que:

Dito de outro modo, a admissão da cisão estrutural *easy-hard cases* passa a ser condição de possibilidade do ingresso da ponderação no plano da interpretação jurídica. Tudo isso para dizer que não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para a determinação do direito in concreto provenha do protagonista da sentença. Isso quer dizer que, para além da cisão estrutural entre *easy* e *hard cases*, não se pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada

em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Por isso, a necessidade de superarmos os discricionarismos, que, no mais das vezes, descambam na arbitrariedade interpretativa. (...) (STRECK, 2014)

A existência de casos difíceis e casos fáceis leva também a considerações sobre as lacunas legislativas e crítica ao uso imoderado de princípios como forma de solucionar uma falha dos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia referida crítica é contraposta pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsão constitucional que veda ao Poder Judiciário a possibilidade de negar-se a resolver situação que lhe seja apresentada utilizando-se do argumento da omissão legislativa.

No Brasil é interessante ressaltar que se de um lado existe uma quantidade elevada de normas e regulamentos em todas as esferas (federal, estadual e municipal), simultaneamente existe um vácuo legislativo sobre temas relevantes na sociedade somado à demora na tramitação de projetos de lei, que muitas vezes já encontram-se defasados quando de sua aprovação definitiva.

Dentro do contexto de *easy e hard cases* e discussões sobre a possibilidade de exercício de juízo de ponderação pelos julgadores e seus limites, vale apontar a chamada doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), sobre a qual discorre Samuel Sales Fonteles:

Por força da doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um dado caso concreto, justificam seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer Justiça ou assegurar os seus fins, permanecendo íntegro o texto que alberga seu comando. (...)

(...)

É fácil concluir que a vida pode apresentar infinitas hipóteses casuísticas que justificariam a flexibilização de uma regra, que escapam da previsibilidade do legislador, mas nem por isso são reputadas como injustas. **Este é o fundamento da derrotabilidade das regras: a não ser por meio de dons premonitórios, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses reais que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar.** (...) (FONTELES, 2020, p. 114/115)

Toda escolha implica necessariamente na opção de não seguir outro caminho, que atenderia outros interesses, nem por isso uma norma ou decisão será necessariamente considerada como injusta.

Samuel Sales Fonteles diz também que nem toda norma é derrotável, existindo categorias que denota de invencíveis (FONTELES, 2020). Entre essas categorias, existe corrente doutrinária que defende a invencibilidade dos princípios, pois estaria em sua essência a possibilidade de serem sopesados e aplicados da melhor maneira possível quando em conflito entre si, não se tratando de situação de derrotabilidade, mas sim hipótese prevista pelo legislador.

Outra categoria de normas que não seriam derrotáveis são as normas constitucionais, pois estas não podem ser deixadas de lado, sob pena de ofensa à rigidez constitucional. Não cabe, portanto, ao aplicador do direito decidir se uma determinação oriunda da própria Constituição Federal é justa ou não e se deve ou não ser aplicada.

Apointa-se ainda para a existência do chamado efeito *Backlash* decorrente de decisões judiciais nas quais se abordam temas não pacificados socialmente. Para Samuel Sales Fonteles:

Em obra específica a respeito do tema (*Direito e Backlash*), o autor que vos escreve assinalou: “A História revela um possível e provável nexos etiológico entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfurecida revanche por parte do grupo cujos interesses foram atingidos pela decisão. É como se houvesse um gatilho político invisível, que é acionado sempre que Tribunais se precipitam em desacordos morais sensíveis, ainda não amadurecidos pela sociedade” (2019, p. 23). (FONTELES, 2020)

Referido efeito (*backlash*) pode ser visto como negativo, por caracterizar ameaça à autoridade das cortes judiciais, bem como causar rupturas sociais, motivo pelo qual deveria ser evitado, ou como positivo, em razão de permitir que tenha-se conhecimento da reação popular diante de determinado entendimento, que futuramente poderá influenciar em mudanças de entendimentos, conforme ditames democráticos.

Por fim, no que tange a aspectos controvertidos sobre o tema em análise, existem as chamadas tragédias (ou dilemas) constitucionais, nas quais se depara no caso concreto com uma situação na qual dois princípios contrapostos são completamente irreconciliáveis entre si, mas a escolha a ser feita é puramente discricionária no âmbito moral, não havendo qualquer justificativa para um ou outro lado, completamente aceita socialmente e apta a justificar a perda do outro interesse.

Como visto, a existência de casos fáceis e difíceis e possibilidade de juízo de ponderação contraposta à arbitrariedade judicial e ativismo são temas que levantam muitas considerações e críticas. Nesse ínterim, busca-se a seguir averiguar o papel da hermenêutica constitucional como meio de dirimir conflitos.

2.2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE DIRIMIR CONFLITOS

Do exposto acima vê-se que ponto comum nas discussões é a fixação de limites ao subjetivismo e poder discricionário do Judiciário, bem como até onde se trata de exercício legítimo da permissiva trazida pelo sistema de freios e contrapesos e a partir de qual ponto se passa a falar de invasão da separação de poderes.

A separação em *easy* e *hard cases*, bem como as discussões subsequentes levantam em diversos momentos questões atinentes a como interpretar e aplicar regras e princípios em casos nos quais a resposta não parece existir no ordenamento jurídico posto ou em que existe um conflito entre mais de uma solução possível.

Eis então a hermenêutica constitucional como uma das ferramentas possíveis de utilização para a solução de alguns dos conflitos apontados. Sobre a necessidade da hermenêutica, aponta Lenio Luiz Streck:

(...) afirmar que “devemos levar o texto a sério” ou que devemos deixar “que o texto nos diga algo” ou, ainda, que “questão de direito (texto) e questão de fato (caso concreto) não podem ser cindidos”, não quer significar, por exemplo, uma adesão ao *slogan* pós-moderno de Derrida de que *Il n’y a pas de hors-texte* (não há nada fora do texto). Texto é evento; textos não produzem “realidades virtuais”; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do Direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido (o mito do dado, fantasia do texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo, mas palavras de Simon Blackburn) nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa). (STRECK, 2017, p. 253/254)

Ao aplicador do direito a essencialidade da atividade hermenêutica não pode passar despercebida, tendo em vista ser a palavra seu maior meio de trabalho. Mesmo que entenda-se que o caso concreto trata-se de um *easy case* e que a norma a ser aplicada é simples e não demanda análises muito profundas, para se ter esse entendimento, existe um prévio estudo e conhecimento do contexto normativo no qual a regra está inserida dentro do ordenamento jurídico e como recai sobre o caso em avaliação. Ou seja, atividade hermenêutica.

Hermenêutica constitucional, nos dizeres de Ivo Ujii², “(...) é uma ciência que tenta amparar os operadores do Direito em uma direção mais segura, sempre tendo em vista a necessidade de coadunar o ordenamento jurídico com a Constituição Federal (...)”.

Samuel Sales Fonteles, aponta que na interpretação constitucional devem ser usadas as seguintes ferramentas: i) princípio da unidade da Constituição; ii) princípio da concordância prática; iii) critério da correção funcional (princípio da conformidade funcional ou justeza); iv) critério da eficácia integradora (princípio do efeito integrador); e v) critério de interpretação da força normativa (princípio da força normativa da Constituição) (FONTELES, 2020).

Portanto, segundo o princípio da unidade da Constituição, para a hermenêutica constitucional ser colocada em prática deve-se atentar sempre para interdependência dos dispositivos constitucionais, que funcionam como um todo. Não se pode optar por aplicar apenas o que for mais conveniente, inclusive inexistindo hierarquia entre suas disposições.

Além disso, pelo princípio da concordância prática, a essência dos direitos em avaliação deve sempre ser mantida. Não cabem sacrifícios desmedidos mesmo quando houver necessidade de ponderações, sendo necessária a manutenção da identidade dos preceitos constitucionais.

Ao exercer a jurisdição constitucional não pode o Poder Judiciário atribuir competências que não sejam coerentes e condizentes com o estabelecido pela própria Constituição (critério da correção funcional).

Nos dizeres de Samuel Sales Fonteles sobre o critério da eficácia integradora:

(...) o fato é que o desiderato de uma Constituição continua a ser o de **não apenas criar, mas** sobretudo *conservar* a unidade política de um dado Estado nacional. Sendo assim, o hermeneuta deve preferir soluções que realizem essa importante missão, dentre o universo de soluções que se afigurem possíveis por ocasião da interpretação constitucional. (...) (FONTELES, 2020, p. 176)

Quanto ao critério de interpretação da força normativa, diz respeito à obediência propriamente da norma constitucional. Ou, nas palavras de Samuel Sales Fonteles:

2 UJI, Ivo. **Hermenêutica constitucional e Neoconstitucionalismo**. LexMagister. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26630422_HERMENEUTICA_CONSTITUCIONAL_E_NEOCONSTITUCIONALISMO.aspx. Acesso em 04 de abr. de 2020

(...) enquanto uma Constituição estiver em vigor, deverá ter sua força normativa respeitada. Se alguém discorda da redação constitucional, que lute pela promulgação de uma emenda à Constituição. Porém, se o descontentamento popular acentuar-se a um nível que evidencie a impossibilidade de conservação do documento constitucional, basta que o povo soberanamente elabore uma nova Constituição. Enquanto isso não for feito, a força normativa da Constituição deve ser preservada. (...) (FONTELES, 2020, p. 177/178)

Se fosse a hermenêutica constitucional instrumento jurídico apto por si só a resolver todas as discussões apontadas anteriormente, há muito essas não existiriam mais. Todavia, é ela ferramenta importante que pode ser usada no cotidiano pelos aplicadores do direito, na busca por uma coerência sistêmica de interpretação, atribuição de sentidos e amenização de dilemas.

A Constituição Federal é a lei maior do ordenamento jurídico e não pode ser deixada de lado, conforme critérios de conveniência do aplicador do direito.

O que se percebe atualmente não são questionamentos acerca da possibilidade do exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário, tarefa essa que lhe é atribuída pela própria Constituição, mas sim uma crítica severa ao ativismo judicial exacerbado e desarrazoado, em verdadeira invasão de competências.

Utilizar a hermenêutica constitucional seria ponto de partida fundamental no sentido de dirimir conflitos evitando-se ao máximo situações aptas a ensejar crises e críticas sistemáticas, bem como amenizar a discricionariedade exacerbada do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O Constitucionalismo foi movimento pelo qual, buscando limitar-se o antes poder absoluto do Estado frente ao particular, passaram os Estados democráticos de direito a ter como norma fundamental uma Constituição, que dá as diretrizes a serem seguidas na implementação de políticas estatais e decisões do poder público em geral.

Entre as previsões constitucionais estão os direitos e garantias fundamentais, tidos como aqueles que em que se baseia todo o ordenamento, garantidores do mínimo necessário para que se possa falar em dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal do Brasil, datada de 1988, possui extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que na prática demandam escolha alocativa de recursos pelo poder público além

de originarem dilemas em sua aplicação junto também ao Poder Judiciário, vez que podem conflitar entre si em determinadas situações fáticas.

Diferenciam-se os chamados *easy cases* e *hard cases*, de acordo com a possibilidade de sua resolução através da mera subsunção à determinada norma ou necessidade de raciocínio mais complexo no intuito de buscar a melhor solução para caso que não tenha resposta clara no ordenamento jurídico.

Diversos são os questionamentos decorrentes da ideia de que poderia o aplicador do direito, em certas situações, exercer juízo de ponderação, que não pode se confundir com mera discricionariedade, bem como acerca de quais seriam os limites dentro dessa possibilidade.

Não existe uma resposta concreta acerca de como solucionar todos esses dilemas, mas nesse contexto se apresenta a hermenêutica constitucional como ferramenta apta a nortear a atuação dos aplicadores do direito ao enfrentar situações que não encontrariam resposta imediata e simples no ordenamento jurídico.

Lembrando-se ainda que com a aplicação da hermenêutica constitucional estar-se-ia dando ênfase à norma maior, qual seja a Constituição Federal, sendo possível assim dirimir conflitos com maior confiabilidade no sistema como um todo.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Colisão de normas -distinção entre ponderação e juízo de adequação**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Ano 51, Número 203, jul. / set., 2014. P. 165 / 183. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf. Acesso em 04 de abr. de 2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELTRAMI, Fábio. **Princípios como solução dos hard cases. Teoria Dworkiniana**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/principios-como-solucao-dos-hard-cases-teoria-dworkiniana/>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 04 abr. de 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos – processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. 3ª edição, revista, atualizada, ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GONTIJO, Manfredo Schwaner. **Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo em linhas gerais**. Jus Navigandi, 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/30151/constitucionalismo-e-neoconstitucionalismo-em-linhas-gerais>. Acesso em 03 de abr. de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÖLLER, Josué Emilio. **A justiça como equidade em John Rawls**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais – teoria geral**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

RABELO JUNIOR, Luis Augusto. **A justiça como equidade em John Rawls**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-94/a-justica-como-equidade-em-jonh-rawls/>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Fourth printing. United States of America: Belknap Harvard, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes**. ConJur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes> . Acesso em 04 de abr. de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6ª edição revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

UJI, Ivo. **Hermenêutica constitucional e Neoconstitucionalismo**. LexMagister. Disponível em : http://www.lex.com.br/doutrina_26630422_HERMENEUTICA_CONSTITUCIONAL_E_NEOCONSTITUCIONALISMO.aspx . Acesso em 04 de abr. de 2020.

VIANA, Zani Eduarda do Lago Dias. **Neoconstitucionalismo: o caminhar para a efetivação dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana**. Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/neoconstitucionalismo-o-caminhar-para-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-e-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/> . Acesso em 04 de abr. de 2020.

REFLEXÕES ACERCA DA CONJUGALIDADE LGBTI NA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Brendhon Andrade Oliveira¹

Bruna Andrade Irineu²

RESUMO: O estudo objetiva apresentar as possíveis comparações na trajetória de reconhecimento do direito à conjugalidade LGBTI na América Latina. Portanto, apresenta resultados de análise documental que selecionou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 de 2011 (Brasil) e a Opinião Consultiva 24 de 2017 (Corte Interamericana de Direitos Humanos). Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo considerando a hipótese principal de que a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos tensionando esses órgãos a se manifestar sobre o tema.

Palavras-chave: Homoconjugalidade; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Judicialização; Direitos LGBTI; Direito de Família.

ABSTRACT: The study aims to present possible comparisons in the trajectory of recognition of the right to LGBTI conjugality in Latin America. Therefore, it presents results of documentary analysis that selected the Direct Action of Unconstitutionality 4,277 of 2011 (Brazil) and the Consultative Opinion 24 of 2017 (Inter-American Court of Human Rights). To do so, we used the hypothetical-deductive method considering the main hypothesis that the judicialization of LGBTI rights vis-à-vis the Brazilian Judiciary and the Inter-American Human Rights System is placed as a strategy of activism tending these bodies to manifest themselves on the theme.

Keywords: Homoconjuality; Inter-American Human Rights System; Judicialization; LGBTI rights; Family right.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (PPGD/UFMT). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa Sobre a Organização da Mulher e Relações de Gênero (Nuepom/UFMT) e do Grupo de Pesquisas em meio ambiente do trabalho equilibrado como componente do trabalho decente (GPMAT/UFMT). <http://lattes.cnpq.br/1460155426305927>. <https://orcid.org/0000-0001-8204-651X>.

² Pós-doutoranda e Professora do Departamento de Serviço Social e do Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade Federal de Mato Grosso - PPGPS/UFMT. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Organização da Mulher e Relações de Gênero – NUEPOM/UFMT. Doutora em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. <http://lattes.cnpq.br/8676883646497204>. <https://orcid.org/0000->

INTRODUÇÃO

O artigo centra-se no tema da homoconjugalidade, chamada também por matrimônio igualitário ou relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo, que também pode ser estendida à concepção de conjugalidade LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos). A sexualidade é regulada através de construções sociais em todos períodos históricos de diferentes formas e significados. Essas construções ditam normas que estabelecem o exercício legítimo, colocado enquanto um paradigma, e os exercício ilegítimo, colocado enquanto algo a ser indesejado. Essas regulações partem da divisão binária heterossexualidade versus homossexualidade, colocadas em contrapontos e marcadas moralmente como boa e ruim, respectivamente. A sexualidade foi utilizada, portanto, para estabelecer “boas” e “más” práticas e condutas (RUBIN, 2012). Assim, tomando a heterossexualidade como única forma legítima de exercício da sexualidade, a homossexualidade e outras dissidências sexuais como a bissexualidade, foram compreendidas dentro de uma lógica patológica e desviante.

Nesse cenário de negação do status humano, reconhecimento e legitimidade, a partir dos anos 1960, o grupo LGBTI iniciou suas primeiras reações. Com a revolta de *Stonewall*, em 1969, ocorrida em Nova York nos Estados Unidos, se inicia um movimento de ressignificação e consolidação da identidade LGBTI. No Brasil, jovens LGBTI, influenciados pelos ativismos insurgentes, se organizam ainda no período da ditadura militar, ganhando força e maiores visibilidades a partir da década de 1990, se inserindo na arena política na disputa por direitos e promoção da igualdade e diversidade.

O século XX é marcado por intensas mudanças também no âmbito do Direito, devido as inúmeras violações de direitos humanos e fundamentais, a centralização do poder e o autoritarismo, a Segunda Guerra Mundial se coloca enquanto um paradigma, um divisor de águas, que viria a modificar o Estado e o Direito, ou melhor, o Estado de Direito. Frente, portanto, a necessidade de preservar o Estado de Direito e o respeito e promoção dos direitos fundamentais, a ideia de dignidade da pessoa humana que aliás ganha força nesse contexto, a ideia de um Poder Judiciário forte e independente e uma Constituição suprema que possibilita a invalidação de atos de outros poderes caso incompatíveis ganha força e se consolida.

Nesse mesmo contexto de expansão da jurisdição constitucional e pós-guerras, os direitos humanos também começam a ganhar força e se consolidar no âmbito internacional. A criação da Organização das Nações Unidas (1945) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) são os marcos históricos dessa internacionalização dos direitos humanos. Assim sendo, essa intenção internacional manifestada tanto por meio de tratados, convenções, pactos ou outros instrumentos, quanto pelo surgimento dos Sistemas Internacionais de Proteção, sendo o

Onusiano em níveis globais, enquanto que no contexto latino-americano têm-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos composto pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidencia a consolidação dos direitos humanos, apesar de ainda se ter um intenso cenário de violações desses direitos.

A América Latina é marcada por insurgências e expulsões³ desde os períodos da colonização, gerando desigualdades sociais que se ampliaram devido ao contexto de dependência (IRINEU, 2020). Após um longo tempo sob domínio das Coroas e intensos períodos ditatoriais, o contexto da redemocratização traz consigo uma gama de questões que se imbricam. Partindo de um lugar constituído sob o prisma das assimetrias de poder e acesso aos direitos e bens sociais, as novas conjunturas políticas, econômicas, sociais e jurídicas caminham no sentido de combate as diversas formas que a desigualdade assume exigindo novas políticas de promoção da igualdade e justiça social. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 corrobora com argumento quando se observa o rol de direitos fundamentais por ela protegidos, além dos compromissos firmados pelo constituinte como o combate à pobreza e a discriminação, por exemplo, e além disso, se insere nesse momento histórico da expansão jurisdicional tendo em vista o regime de exceção brasileiro.

Como na legislação brasileira ou na norma internacional no âmbito da Organização dos Estados Americanos não há nada sobre direitos da população LGBTI de qualquer ordem, a hipótese do estudo, que este texto se vincula, é de que em virtude desse cenário, a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro ou ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos tensionando esses órgãos a se manifestar sobre o tema, visto que as tentativas de aprovação de legislação ou instrumento internacional no âmbito da *Organização dos Estados Americanos* (OEA) restaram infrutíferas dada as moralidades e resistências que o tema enfrenta na política majoritária nacional e internacional. Além disso, ambas decisões se pautam em linhas argumentativas jurídico-legais próximas, se fundamentando em princípios como dignidade da pessoa, igualdade e não-discriminação, a liberdade e suas variações.

0003-1158-5000.

³A ideia de “expulsões”, que parte dos estudos de Saskia Sassen, ajuda a entender que mercado de terras, especulação no mercado imobiliário e as commodities, por exemplo, serão centrais para o novo mercado global, que também conhecemos como financeirização do capital. Assim, em um mesmo terreno de ampliação da participação social nos países com governos populares na América Latina, instituiu-se o projeto neodesenvolvimentista que se alinha ao

O estudo teve os seguintes documentos como *corpus* da pesquisa: I) Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitada pela República de Costa Rica. Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação de casais do mesmo sexo⁴, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); II) Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil. Para inferência, definiu-se pela análise de conteúdo como caminho para análise dos dados já que “é uma técnica para produzir inferências de um texto focal para seu contexto social de maneira objetivada”. (BAUER; GASKELL, 2002, p. 191). E, desta forma, apresenta-se nas seções deste artigo, as reflexões que privilegiam o paralelo entre a decisão do STF e a do CIDH quanto ao reconhecimento da conjugalidade LGBTI.

1 AADI 4.277-DFE O RECONHECIMENTO DA CONJUGALIDADE LGBTI PELO STF

No contexto brasileiro, a luta por reconhecimento da comunidade LGBTI existe desde o período da ditadura militar, ganhando maiores visibilidades na década de 1990 pós surgimento da epidemia HIV/Aids. A década de 1990 é marcada pela insurgência do ativismo homossexual na arena política, após as tentativas infrutíferas de negociações para reconhecer a homofobia como uma discriminação no processo constituinte, grupos de militância LGBTI passam a disputar no campo do Congresso Nacional a possibilidade de reconhecimento de direitos por meio de aprovação de legislações.

O pioneiro projeto de lei que buscou tratar da cidadania de homossexuais fora o PL 1.151 de 26 de outubro de 1995 que objetivava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. À época, considerando que na realidade social já existiam casais do mesmo sexo, a pressão de grupos religiosos e a possibilidade de se decretar a inconstitucionalidade de um projeto que estendia as relações familiares de constituídas por “um homem e uma mulher”, levaram os congressistas a criar uma relação jurídica que protegeria esse vínculo, mas não se confundiria com os institutos do casamento ou da união estável, apesar de suas proximidades. O projeto foi discutido em comissão especial com diversos grupos e interessados no projeto, o substitutivo passou a falar em parceria registrada no lugar de união civil, todavia, não conseguiu ser aprovado no plenário da câmara.

Nos anos 2000, com apoio do Grupo Nuances – Grupo pela Livre Orientação Sexual de Porto Alegre/RS e Grupo Gay da Bahia – GGB, o Ministério Público Federal ajuizou uma Ação Civil Pública em face ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), com fins a consideração de

movimento econômico global. (IRINEU, 2020, p. 04).

⁴Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de

companheiros/as homossexuais como dependentes preferenciais na mesma classe dos casais heterossexuais conforme o art. 15, I, da lei 8.213 de 1991, para fins de conceder benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados, bem como possibilitar inscrição desses companheiros/as como dependentes, inclusive em casos de segurado empregado ou trabalhador avulso. O INSS fora condenado em 1ª instância, recorreu ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve a sentença, levando o INSS recorrer ainda ao STJ que por sua vez manteve a condenação.

Interessante observar nesse processo que após as negociações frustradas na política majoritária em fins da década de 90, os grupos de promoção da diversidade sexual, entendendo o direito a constituir família para além dos fins civis, considerando aqui direitos sociais como os do tripé da seguridade social, se voltam ao Poder Judiciário a fim de se garantir não as relações homossexuais como entidade familiar ainda, mas pelo menos o reconhecimento de companheiros/as para fins de direitos previdenciários. A partir de 2002 as pautas LGBTI consolidam uma maior visibilidade ainda, sendo incorporada as políticas de direitos humanos no fim do governo FHC. No governo Lula têm-se a criação do Programa Brasil Sem Homofobia, que foi o primeiro plano de políticas públicas específico dessa população no Brasil (IRINEU, 2019). Os governos petistas incorporaram as demandas da população LGBTI em suas políticas de Direitos Humanos, apesar das dificuldades orçamentárias, por exemplo, na execução e efetividade dessas políticas (IRINEU; OLIVEIRA, 2020). Nesse período, constituído sobre a contradição, considerando a política de conciliação, em muitos momentos o governo federal utilizou-se das pautas LGBTI para negociações com os setores conservadores, sobretudo em relação à Frente Parlamentar Evangélica⁵.

A ausência de uma legislação levou casais gays e lésbicos voltaram-se ao Poder Judiciário buscando reconhecimento de suas relações afetivo-sexuais e seus efeitos jurídicos por meio da judicialização. Em maio de 2011, em decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, portanto, admitida como entidade familiar e com todos efeitos daquela prevista para casais heterossexuais.

género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 2017

⁵No Congresso Nacional, no âmbito da homoconjugalidade, os projetos não pararam com aquele que disciplinava a união civil. O deputado Clodovil Hernandes – PTC apresentou em 27 de março de 2007 o Projeto de Lei 580/2007, que tinha por objetivo alteração do Código Civil para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. E o PL 5120/2013, autoria de Jean Wyllys – PSOL, altera o Código Civil para reconhecer o casamento civil e união estável entre pessoas do mesmo sexo. Já no Senado Federal, existiu o Projeto de Lei nº 612, de 2011, autoria de Marta Suplicy

A ADI 4.277 buscava o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, onde os direitos e deveres da união estável seriam estendidos aos casais homossexuais, considerando a inconstitucionalidade do tratamento discriminatório que gays e lésbicas estavam submetidos. Já a ADPF 132 alegou que o não reconhecimento desses vínculos contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana, pedindo, assim, que o regime da união estável alcance as relações homossexuais. A ADI recebe a parte remanescente da ADPF que perdeu parcialmente seu objeto.

No Acórdão se argumenta a respeito à proibição do preconceito em razão do sexo tanto em relação ao binarismo de gênero, quanto no plano da orientação sexual, onde conforme inciso IV do art. 3^a da CF/88, devendo-se promover o bem de todos. Considera-se o pluralismo como um valor, onde a liberdade para o exercício da sexualidade é um direito fundamental, expressão da autonomia de vontade. Além disso a Carta Magna de 1988 não faz qualquer referência à utilização do sexo para proibição jurídica, onde interpretam, portanto, que está permitido.

Outro ponto de debate é a interpretação do art. 226 da CF/88, que por sua vez “ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”, entendendo que família não possui nenhum significado ortodoxo. Nesse sentido, elogiam o pluralismo social, cultural e político, compreendendo pela necessidade de uma interpretação não-reducionista do conceito de família, prezando pela isonomia entre “casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”. (BRASIL, 2011, p. 613).

Os/as ministros/as em interpretação do parágrafo 3º do artigo 226 da CF/88 compreendem que a referência dual homem/mulher se refere “a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros” (BRASIL, 2011, p. 613), prezando pela horizontalidade no âmbito das sociedades domésticas, sobretudo para especial proteção das mulheres. Assim sendo, a “Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo”, bem como inexistente “direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos”. Contra o argumento de criação de novos direitos que seria atribuição do legislativo, o acórdão manifesta que se aplica o §2º do art. 5º da CF/88 tendo em vista que os direitos e garantias não necessariamente listados no texto constitucional emergem do regime e dos princípios por ela adotados, *in verbis*, “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” (BRASIL, 2011, p. 614).

Considerando os argumentos acima, “Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva [...]” (BRASIL, 2011, p. 615). A respeito do tema e seus desdobramentos, no mês de outubro do mesmo ano, em julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.183.378/RS, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A ação foi movida por duas mulheres alegando que se relacionavam estavelmente há 3 anos, e que, portanto, pleiteavam habilitação para casamento, pedido este que foi negado por dois cartórios em Porto Alegre/RS.

Por fim, no ano de 2013, seguindo a cronologia, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução 175 que tem a finalidade de obrigar os cartórios a registrarem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Após quase 2 anos do julgamento no Supremo Tribunal Federal, o CNJ precisou editar a resolução em questão, dispondo sobre habilitação, celebração do casamento civil, conversão da união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista algumas denúncias que mesmo após as históricas decisões, cartórios ainda se recusavam a registrar devidamente as uniões homossexuais. Assim sendo, ratifica a resolução:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2013)

Quanto à ADI 4.277, julgada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os argumentos utilizados pelo STF à luz da legislação, princípios e entendimentos já existentes no campo do direito é assertiva. Os direitos fundamentais utilizados como dignidade da pessoa humana, autonomia de vontade, não discriminação e igualdade expressam de forma genuína os direitos daqueles/as que buscam o direito ao matrimônio igualitário. O reconhecimento da pluralidade social, que por sua vez também o é no campo da família e entendimento não-reducionista denotam que o judiciário parece mais próximo da realidade latente que o legislativo, que a priori, deveria promover uma reforma do direito de família para uma perspectiva ampliada.

Nota-se a necessidade de utilização dos termos “heteroafetivos” e “homoafetivos” na decisão denota uma preocupação eufêmica em pensar o exercício da sexualidade dentro do campo da afetividade, ou seja, uma necessidade de retirar ou abrandar a conotação sexual dos termos

“homossexualidade” e “heterossexualidade”. Além disso, o binômio hetero-homo são aqui mais uma vez reiterados como únicos campos possíveis de inteligibilidade da sexualidade, excluindo e invisibilizando todo vasto campo de possibilidades de exercer o desejo.

2 DIREITOS LGBTI NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)

A partida para pensar direitos relacionados à sexualidade nos instrumentos internacionais de direitos humanos vem da noção de direitos reprodutivos. Em 1968, em Teerã, se reconheceu os direitos humanos da mulher e decidiu-se pela necessidade de promoção desses direitos. Houveram algumas ações por parte da Organização das Nações Unidas (ONU) neste espaço de tempo até 1993 onde a Conferência Mundial de Direitos Humanos declarou os direitos das mulheres inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos (RIOS, 2006)

Em 1994 na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento afirmaram-se os direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, incluindo o direito à livre escolha e responsável do número de filhos. Em 1995 na Quarta Conferência Mundial da Mulher reiterou-se a do ano anterior ocorrida em Cairo, reforçando a devida proteção aos direitos sexuais, à saúde, à integridade, proteção contra violência, igualdade e não-discriminação, dentre outros, como inerentes aos direitos reprodutivos. Na América Latina, destaque para Convenção de Belém do Pará em 1994 que buscou debater a violência contra mulher em espaços privados (doméstico) e público (estatal). (RIOS, 2006).

Visto isso, percebe-se, portanto, que a ideia dos direitos sexuais surge num contexto de debate dos direitos reprodutivos, assim, relacionados à mulher. Por isso, muitas vezes direitos sexuais e reprodutivos são relacionados às mulheres como experiência vivida apenas por esse marcador da diferença. A exemplo disso, cabe destacar o surgimento dos Princípios de Yogyakarta (2007), que conforme Sonia Corrêa (2009, p. 29),

[...] não são uma declaração de aspirações ou carta de reivindicação de direitos. O documento compila e reinterpreta as definições de direitos humanos fundamentais consagradas em tratados, convenções, resoluções e outros textos internacionais sobre os direitos humanos, no sentido de aplica-los a situações de discriminação, estigma e violência experimentadas por pessoas e grupos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero. Basta aplicar os princípios gerais da lei internacional existente que já foi debatida, adotada e ratificada pela maioria dos países membros da ONU.

Este documento foi produzido em 2006 numa reunião que ocorre na cidade Yogyakarta onde estavam presentes 25 países, entre eles o Brasil representado pela autora Sônia Corrêa, onde decidiram adotar de imediato a aplicação dos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à diversidade sexual e de gênero. Os princípios possuem caráter não vinculante, assim “não implicam obrigações legais por parte dos Estados” (CORRÊA, 2009, p. 33).

Nagamine (2010) *Promoção e proteção dos direitos humanos LGBTI (VECCHIATTI; VIANA, 2014).*

Do ponto de vista dos instrumentos internacionais, no contexto latino-americano têm-se aprovação da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância em 05 de junho de 2013. Conforme Vecchiatti e Viana (2014, p. 13), “trata-se do primeiro documento internacional juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero”. A Convenção fora assinada por Argentina, Brasil, Uruguai e Equador. Ainda não conta com número de instrumentos de ratificação ou adesão. Vecchiatti e Viana (2014) compreendem que apesar da situação em que se encontra, essa Convenção carrega um caráter simbólico dada a invisibilidade histórica acerca do tema. Todavia, compreendendo as resistências aos direitos LGBTI globo afora, aponta a necessidade de ser assinada pelos Estados-parte na Convenção Americana de Direitos Humanos e ainda serve como instrumento basilar para pensar um instrumento de proteção específico à comunidade LGBTI.

Após recuperar o percurso dos instrumentos internacionais tanto em nível global (ONU) e regional (OEA), cabe discutir o plano do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Cançado Trindade (1999) identifica que a base normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969 tem origens na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. A entrada em vigor do Pacto de São Jose da Costa Rica (a CADH) em 1978 evidencia a institucionalização do sistema interamericano de proteção.

A CADH não substitui as jurisdições nacionais, podendo ser acionada em falta de amparo no direito doméstico e prevê o estabelecimento de dois órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, formando o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Comissão é marcada por sua dualidade funcional, uma no âmbito da OEA tem a finalidade de aplicar as normas da CADH aos Estados-partes promovendo respeito aos Direitos Humanos na América, enquanto que a outra se refere a competência processual para receber denúncias ou queixas de violações do Pacto de São José, podendo submeter os casos à Corte Interamericana

(TRINDADE, 1999; PEREIRA, 2009).

O órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, competente para julgar as violações dos direitos humanos, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nascida em 1978 e inaugurando seu funcionamento em 1982, a Corte IDH possui dois tipos de competência para julgamento dos Estados-membros da OEA que ratificaram a CADH. A competência consultiva, automática quando se assina o Pacto de São José, interpreta os dispositivos da CADH e outros tratados do contexto americano. A competência contenciosa, que é facultativa devendo ser expressamente aceita pelo Estado-parte, julga os casos submetidos pela Comissão daqueles países que reconhecem esta competência. Insta ressaltar que a Corte não faz recomendações, sendo suas sentenças condenatórias definitivas e inapeláveis, ou seja, obrigatórias e vinculativas, incorrendo em nova violação caso não cumpridas as determinações (TRINDADE, 1999; PEREIRA, 2009).

Quanto as opiniões consultivas, em fins de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva OC 24/17, solicitada pela República de Costa Rica. Esta OC se refere as obrigações do Estado em relação à identidade de gênero, igualdade e a não-discriminação de casais do mesmo sexo. Em 18 de maio de 2016, a Costa Rica solicitou uma opinião consultiva a respeito da interpretação e alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação ao artigo 1 do mesmo instrumento⁶. Deste modo, segundo o documento, a Costa Rica solicita que o Tribunal se pronuncie sobre

- a. "A proteção conferida pelos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao artigo 1 da CADH ao reconhecimento da mudança de nome de pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada um".
- b. "A compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887, às pessoas que desejam optar por uma mudança de nome a partir de sua identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção".
- c. A proteção prevista nos artigos 11.2 e 24, em relação ao artigo 1 da CADH, ao reconhecimento de direitos econômicos derivados de vínculo entre pessoas do mesmo sexo". (CIDH, 2017, p. 3 e 4, tradução nossa)

– PT, com fins a alterar o Código Civil para permitir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.
⁶O art. 11.2 se refere a proteção à honra e dignidade, o art. 18 versa sobre o direito ao nome, o art. 24 faz menção à igualdade perante a lei sem discriminação e igual proteção, e por fim, o art. 1 preceitua a obrigação dos Estados em

Nesse sentido, o Estado solicitante assinala que o reconhecimento de direitos LGBTI se caracterizou diferentemente entre os Estados membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde alguns países reconhecem plenamente os direitos desse grupo enquanto outros ainda possuem leis proibitivas contra expressões e experiências que contrariam a ordem heteronormativa – que por sua vez estabelece a heterossexualidade como única forma de exercício da sexualidade saudável. Acrescentam ainda que surgem desafios sobre conteúdos de proibição de discriminação motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero. Levando isso em consideração, a Costa Rica compreende que uma interpretação da Corte Interamericana sobre as normas mencionadas seria de fundamental contribuição para os países do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo em vista que iriam adaptar suas legislações nacionais para os padrões interamericanos.

Grosso modo, a decisão da Corte foi no sentido de ampliação desses direitos à população LGBTI, apontando a necessidade dos sistemas legais existente nos Estados se moldarem para assegurar a proteção de todas pessoas, se referindo à identidade de gênero que as pessoas Trans se identificam e se sentem representadas, bem como dos direitos decorrentes das famílias formadas por casais do mesmo sexo dados os direitos econômicos derivados da relação. Essa decisão da CIDH contribui para o fortalecimento do movimento LGBTI latino-americano na busca pelo reconhecimento de direitos civis, por hora, bem como fortaleceu um cenário de ampliação desses direitos inaugurados pela Argentina no ano de 2010 quando se aprovou a legislação do matrimônio igualitário.

Em consequência, a Corte IDH na Opinião Consultiva 24 de 2017, reconhece o direito à identidade de gênero apontando as necessidades de alterações jurídicas dos Estados e em relação ao direito de família, a Corte IDH entendeu que o artigo 17.2 da Convenção Americana ao mencionar o direito do homem e da mulher ao contrair casamento e fundarem família não estaria a Convenção Americana protegendo essa única forma de família, bem como assenta que os arranjos familiares não estão limitadas a ideia matrimonial tradicional entre homem, mulher e filhos. Por fim, entende a obrigação internacional dos Estado proteger não só os direitos patrimoniais da homoconjugalidade, mas todos direitos na ordem interna e internacionais que regularem os vínculos familiares de casais heterossexuais.

No âmbito da competência contenciosa, a Corte IDH já decidiu alguns casos relacionados à questão da orientação sexual e discriminação, inclusive os cita durante a Opinião Consultiva 24/17 como fontes do controle de convencionalidade. Rios (et al., 2017, p. 1548) identificou que

No que tange aos direitos humanos das pessoas LGBTTI, até o mês de janeiro de 2017, foram analisados pela Relatoria LGBTTI da CIDH 11 (onze) casos envolvendo violação de direitos humanos a este grupo protegido. Destes, 7 (sete) foram admitidos³, dentre os quais 3 (três) foram enviados à Corte; 3 (três) não foram admitidos em razão do não cumprimento de requisitos formais, como o não esgotamento da via interna⁵; e 1 (um) resultou em solução amigável.

Entre os casos admitidos pela Comissão Interamericana e submetidos à Corte IDH, o caso *Atala e Filhas vs. Chile* fora recebido em 2004 e encaminhado para julgamento pela Corte em 2010, após não cumprimento satisfatório das recomendações da Comissão. O caso se referia a um processo de guarda de suas filhas onde fora tratada com discriminação por orientação sexual indevidamente, considerando que estaria comprometendo o desenvolvimento saudável de suas filhas dado que Atala se relaciona com mulher. A sentença definitiva da Suprema Corte do Chile “concedeu a guarda definitiva das crianças, entendendo que se encontravam em risco com a mãe, pois sua realidade família excepcional se diferenciava sobremaneira da realidade de seus colegas de colégio, o que lhes exporia e lhes colocaria em condição de isolamento” (RIOS et al., 2017, p. 1558).

A respeito ainda do processo disciplinar contra Atala, entende a Corte que viola o direito à igualdade e anti-discriminação dado que a orientação sexual não pode ser motivo para instaurar um processo investigativo. A Corte entendeu que ao se utilizar de entendimentos inconventionais, violou direitos à igualdade, não discriminação, vida privada, igualdade entre cônjuges e direitos das crianças, determinando, portanto, medidas reparatórias. Ressalte-se aqui que a questão submetida à Corte IDH se refere ainda aos direitos de família, demonstrando a insegurança jurídica que marca as relações não-heterossexuais em contextos discriminatórios e de “abandono” jurídico e protetivo.

Outro caso submetido à Corte IDH é o *Ángel A. Duque vs. Colômbia*, que também envolvendo direitos decorrentes das uniões familiares, tratava sobre a pensão por morte de companheiro que fora negada em razão da orientação sexual. Isso impossibilitou o tratamento de HIV cujo custeamento de medicamentos dependia economicamente de seu companheiro. O caso foi apresentado à Comissão em 2005, sendo analisado em 2014, concluindo que houve violação da igualdade, não discriminação, integridade pessoal, além das garantias judiciais e proteção judicial. A Colômbia não cumprindo as recomendações provocou a Comissão a submeter o caso à competência contenciosa da Corte IDH, ainda em 2014.

Apreciando o caso, a Corte IDH aponta que não houve uma explicação razoável sobre a necessidade inarredável de diferenciar no âmbito da previdência social que apenas casais

heterossexuais poderiam formar uma união marital, incorrendo em tratamento discriminatório inconveniente tendo em vista que entre as categorias protegidas pelo art. 1.1 da Convenção Americana incluem a identidade de gênero e orientação sexual. Em relação aos direitos às garantias e proteção judiciais, abordando a violação pela inexistência de recurso efetivo apto a reclamar pensão por morte como trata o art. 25, mas que, todavia, não há elementos que provem atuação de autoridades jurídicas violando a proteção judicial do art. 25.1. A Corte também aponta que não houve violação do art. 8.1 da Convenção dado que as decisões não se apoiaram em percepções estereotipadas, mas sim com base nas normas colombianas que regulam a questão. Também não houve violação do direito à vida e integridade pessoal dado que o Sr. Duque não teria proteção de maior qualidade no regime contributivo, caso tivesse recebido a pensão. Por fim, a Corte IDH coloca que deve ser reparado o direito à igualdade, sentenciando que se deve pagar a indenização de danos morais ao Sr. Duque, bem como garantir o trâmite prioritário na solicitação de pensão por morte (RIOS et al., 2017).

O caso *Homero Flor Freire vs. Equador* também fora submetido à competência contenciosa da Corte IDH tendo em vista a denúncia sobre o Equador ter dado baixa do serviço militar de Homero Freire que incorreu em falta disciplinar sob a acusação de praticado atos sexuais dentro de um estabelecimento militar e alegada homossexualidade. Nesse sentido, o autor da petição afirma que teve sua honra e vida privada violadas resultando em divórcio e efeitos profissionais com a perda do trabalho, estigma e dificuldade de reinserção no mercado de trabalho. Nesse sentido, apresentado o caso à Comissão, esta procedeu considerando que apesar de o Equador ter alterado o regramento da disciplina militar, Homero não teve sua baixa anulada entendendo que se violou os direitos à igualdade perante a lei, não discriminação e os direitos às garantias e proteções judiciais (tendo em vista a investigação sumária que concluiu pela baixa do Sr. Homero).

As recomendações da Comissão Interamericana não foram satisfeitas, levando esta a submeter o caso à Corte em 2014. Assim, o Equador foi condenado sendo declarado responsável pela violação do direito à igualdade perante a lei e proibição de discriminação, direito à honra e à dignidade e garantia de imparcialidade, conforme Convenção Americana. Destaque para argumentação da Corte que as diferenças presentes em regulamentos disciplinares que tomam a orientação sexual como categoria de discriminação incorrem em violação da Convenção Americana, especificamente o art. 1.1. Acrescenta ainda que o propósito de preservar a disciplina militar como imposição de restrições às relações sexuais nas instalações militares poderia ser razoável, todavia, a ausência de justificativa adequada para a maior severidade da sanção atribuída a atos homossexuais cria uma presunção sobre a natureza discriminatória dessa medida (CORTE IDH, 2016).

3 APROXIMANDO O FOCO E ANALISANDO AS CORRELAÇÕES ENTRE A DECISÃO BRASILEIRA E O SIDH

Nesta seção busca-se estabelecer as possíveis comparações entre o contexto brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Conforme anteriormente mencionado, não há instrumento jurídico protetivo específico para a população LGBTI em ambos contextos e identifica ainda as dificuldades na arena política interna ou internacional de travar discussões e tentativas de aprovação de instrumentos jurídicos protetivos que afetem a ordem da moralidade pública, individual ou coletiva.

Rifotis (2013, p. 137) aponta que os direitos humanos estão cada vez mais centrados no direito e têm produzido efeitos diversos daqueles que as lutas por reconhecimento objetivam por gerar um campo de normatividade dos direitos humanos, onde a expressão sujeito de direitos evidencia essa dimensão vivencial da normatividade. “Direitos humanos não são uma nova ortopedia social, mas um roteiro de vivências de dilemas, tensões, conflitos diante da igualdade e diferença no mundo contemporâneo”. Além disso, o alcance e efetividade dos direitos humanos dependem da apropriação dos sujeitos de direitos. Nesse mesmo sentido, Butler (2003, p. 240) compreende que o controle hegemônico sobre normas de reconhecimento é monopolizado pelo Estado, e no contexto do direito de família, se tornar reconhecível dentro das normas existentes “é deslocar o espaço de deslegitimação de uma parte da comunidade gay para outra, ou, mais ainda, é transformar uma deslegitimação coletiva em uma deslegitimação seletiva”.

Acontece que em contrapartida, tendo em vista que o contexto latino-americano é marcado pelas desigualdades de inúmeras ordens, a busca por reconhecimento em grande medida é uma busca por acesso aos direitos e bens sociais, o que torna ainda mais complexo o contexto das lutas por reconhecimento. No caso dos direitos LGBT e a questão do direito de família, “a formação de sentidos e práticas familiares nos modos de vida de homossexuais é parte um complexo processos social e cultural” (VESPUCCI, 2014, p. 38, tradução nossa)⁷. Assim sendo, é compreensível em alguma medida o desejo em se tornar norma. Portanto, a questão do casamento deve também ser compreendida em termos de cidadania homossexual e direitos humanos, onde, historicamente, a sociedade tem uma dívida com os grupos minoritários sexuais por negar-lhes direitos e legitimidade.

respeitar os direitos.

⁷ “[...] la formación de sentidos y prácticas familiares en los modos de vida homosexuales es parte de un complejo

A questão em torno dos direitos civis, inclusos de família, direitos individuais de caráter negativo ao Estado, podem ser considerados aqueles direitos fundamentais de primeira geração. Apesar de serem direitos históricos e com certa consolidação, alguns grupos vulneráveis ainda estão lutando para alcançá-los ainda no século XXI. Tomando o pós-guerras como marco, além dos movimentos sociais pautados nos marcadores sociais da diferença ganharem maiores forças e visibilidades, o tema da jurisdição constitucional adquire magnitude no Estado Democrático de Direito, e em âmbito internacional os Tribunais Internacionais. (LEAL, 2014, p. 136).

Em âmbito internacional esse processo advém da criação de organizações e tratados gerando uma ordem supranacional, onde “de um pacto associativo, o Direito Internacional se transforma em um pacto de sujeição, que equivale a um verdadeiro contrato social internacional, por meio do qual o Direito Internacional se modifica estruturalmente, passando [...] a um verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal” (LEAL, 2014, p. 133). Assim, o fenômeno da judicialização ganha força, de modo que cabe explicar que a:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2012, p. 2178).

Nesse sentido, a judicialização é um desdobramento decorrente do desenho institucional adotado nas democracias ocidentais e inclui acesso à justiça, estabelecimento constitucional de direitos fundamentais e existência de Supremas Cortes. Na esfera internacional, esse fenômeno ganha força tendo em vista a proteção dos direitos humanos com a o surgimento de Cortes/Tribunais Internacionais, ao passo que no:

[...] padrão de intervencionismo judiciário que o fenômeno capta por vezes pode se assentar em um entendimento ampliado do controle da legalidade que inclui “a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos” (Santos et al., 1996, p. 20), o que parece ser o caso do Brasil. (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 84)

Associando, assim, o contexto das desigualdades latino-americanas somadas a apropriação dos direitos pelos sujeitos, a expansão da jurisdição constitucional e também a internacionalização dos direitos humanos, considerando ainda a ineficiência ou até mesmo inexistência de políticas públicas do Executivo e inércia legislativa, o Poder Judiciário têm se colocado como uma estratégia daqueles que buscam acessar direitos sociais, bem como aqueles que buscam alterar os

sentidos morais e conservadores dos ordenamentos jurídicos, como os direitos das mulheres e LGBT (LEAL; OLIVEIRA, 2020; OLIVEIRA, 2020; IRINEU et al. 2019).

Avritzer e Marona (2014, p. 88) notam que o Brasil tem ampliado direitos por meio de decisões judiciais em casos dos direitos indígenas, ações afirmativas e direitos LGBTI, mas que todavia

[...] o processo de judicialização também implicou a apropriação de fortes prerrogativas soberanas do Congresso em ações que definiram a derrubada da cláusula de barreira, a fidelidade partidária e, mais recentemente, regras da competição eleitoral. Algumas dessas ações ajudaram a organizar o sistema político ao passo que outras contribuíram para a continuidade da sua desorganização. Entretanto, independentemente do mérito dessas ações, elas implicaram fortes desequilíbrios entre os poderes, que podem afetar a democracia brasileira em um futuro próximo.

Aguinsky e Alencastro (2006, p. 25) compreendem que essa tendência em transferir para o judiciário a responsabilidade por atendimento de demandas populares judicializadas em regra individualmente “ao invés de fortalecer a perspectiva de garantia de direitos positivados, pode contribuir para a desresponsabilização do Estado, sobretudo dos Poderes Legislativo e Executivo, com a efetivação destes direitos, através das políticas públicas”.

Considerando essa realidade, a judicialização enquanto um fenômeno da expansão da jurisdição constitucional e também convencional, os movimentos organizados LGBTI se apropriando dos direitos engrenam no Poder Judiciário a fim de conquistarem direitos negados. Em âmbito doméstico, o Brasil através do Supremo Tribunal Federal (2011) e a Colômbia através da Corte Constitucional da Colômbia (2016), e em âmbito internacional local, com a definitiva posição da Opinião Consultiva 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017), demonstram o fenômeno da judicialização enquanto ferramenta para conquista dos direitos da população LGBTI.

Outro ponto que aproxima os contextos é a busca do direito de família para além dos dispositivos de ordem apenas civil (OLIVEIRA, 2020). Acontece que para além do desejo pela constituição de família socialmente construído e amplamente difundido, “o matrimônio, mais que um direito em si mesmo, constitui histórica e atualmente um vetor de acesso a outros bens sociais” (HILLER, 2012, p. 95, tradução nossa⁸), evidenciando a força ideológica da cultura conjugal, onde “historicamente, a solidão operou com status marginalizado enquanto que casais heterossexuais

proceso social y cultural” (VESPUCCI, 2014, p. 38).

⁸“[...] el matrimonio, más que un derecho en sí mismo, constituye histórica y actualmente un vector de acceso a otros

ocupam posição privilegiada, posição que confere aos seus habitantes uma gama de recompensas sociais, econômicas e simbólicas” (BUDGEON, 2008, p. 301, tradução nossa⁹). Somando a esse fator, têm-se na América Latina um contexto constituído sob o prisma das assimetrias de poder e acesso aos bens sociais, onde as redemocratizações carregam mais um ar de liberdade e poder decisório através de voto, é marcado pela necessidade de combate das desigualdades de diversas naturezas, busca por igualdades formais e materiais, jurídicas, sociais, econômicas, culturais e política.

No ano 2000, antes da ADI 4.277 (2011) e após a primeira propositura legislativa a fim de reconhecer a união civil de casais homossexuais (1995), houve a judicialização através de Ação Civil Pública proposta em desfavor do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) que objetivou a consideração de companheiros/as homossexuais como dependentes preferenciais na mesma classe dos heterossexuais conforme o art. 16, I, da lei 8.213 de 1991, para fins de conceder benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados, bem como possibilitar inscrição desses companheiros/as como dependentes, inclusive em casos de segurado empregado ou trabalhador avulso. O INSS perdeu em todas instâncias, tendo o STJ finalizado a questão votando unânime pela condenação.

No Contexto do Sistema Interamericano não é diferente tendo em vista que a Opinião Consultiva 24 de 2017, no que trata a respeito da não-discriminação de casais do mesmo sexo buscava compreender se a Convenção Americana de Direitos Humanos contempla em sua proteção a obrigação dos Estados em reconhecer os direitos patrimoniais que derivam das relações conjugais. Não obstante, um dos três casos julgados na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso Duque vs. Colômbia, tratava da exclusão do Sr. Duque da possibilidade de obter a pensão por morte de seu companheiro falecido em razão do vínculo ser constituído por casal do mesmo sexo. Ambas realidades evidenciam a realidade perversa da desigualdade latino-americana, tanto em relação às discriminações em decorrência dos marcadores sociais da diferença, quanto em relação a disparidade econômica entre as pessoas na América Latina.

Outra familiaridade – para usar um termo a respeito do tema –, entre os contextos se dá sobre as linhas argumentativas jurídico-legais, tendo em vista as fundamentações. Ambos Tribunais (STF e Corte IDH) assentam suas sentenças em princípios como dignidade da pessoa humana, igualdade, não-discriminação, liberdade, e por fim as variações e desdobramentos destes. A questão é que as normas de princípios garantidores de direitos fundamentais e humanos contidas tanto em textos constitucionais, como as tratativas internacionais sobre direitos humanos, são

bienes sociales” (HILLER, 2012, p. 95).

⁹“Historically singleness has operated as a marginalized status while heterosexual couples have occupied a privileged position that confers upon its inhabitants a range of social, economic and symbolic rewards” (BUDGEON, 2008, p.

abertas e demandam atividades interpretativas que não contam com standards definidos e ainda conta com influência das variáveis espaço-tempo (LEAL, 2014).

Há ainda uma conexão em razão da divergência se a homoconjugalidade cria novas figuras jurídicas sobre a conjugalidade ou se apenas se adapta às figuras já existentes. No Supremo Tribunal Federal, três ministros afinaram entendimento no sentido de a união entre parceiros do mesmo sexo cria uma nova modalidade de entidade familiar, não se enquadrando nas espécies existentes no texto constitucional. A Corte IDH, por sua vez, entendeu não necessária a criação de novas categorias jurídicas a respeito da conjugalidade, devendo os Estados ampliar as figuras existentes em seus ordenamentos para a homoconjugalidade, todavia, demonstrou a Corte certo receio que a criação de novas modalidades poderia gerar efeitos estigmatizantes.

Em uma perspectiva de crítica *queer*, Rios (2007, p. 109) questiona: “adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo?”. A adaptação seria uma “naturalização do modelo de família heterossexual pequeno-burguês, procedendo a uma domesticação “heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas desse modelo” (RIOS, 2007, p. 126), enquanto que transformação viria “a cumprir a função de transformação, pelo acréscimo de novas alternativas e fundamentos, ao conhecimento e à prática do direito de família” (RIOS, 2007, p. 127). Nesse sentido, vale afirmar que não se revolucionou o direito de família mas sim o adaptaram. A família é reiterada como único lugar saudável do exercício do prazer, colocando os casais homossexuais com relações duradouras e monogâmicas com fins de formar família próximo ao legítimo “bom sexo”, como Rubin (2012) nomeia.

Por fim, resta que a hipótese se confirma, dado que a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro ou ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos chamando-os esses órgãos a se manifestar sobre o tema, visto que as tentativas de aprovação de legislação ou instrumento internacional no âmbito da OEA restaram infrutíferas dada as moralidades e resistências que o tema enfrenta na política majoritária nacional e internacional.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; ALENCASTRO, Ecleria Huff de. Judicialização da questão social: rebatimentos nos processos de trabalho dos assistentes sociais no Poder Judiciário. **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 19-26, June 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802006000100002&lng=en&nrm=iso>. access on 22 July 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-49802006000100002>.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº15. Brasília, setembro - dezembro de 2014, pp. 69-94. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141504>

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN) **THESIS**, 2012, v. 5, n. 1. ISSN 2358-4130. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 16 jan. 2019.

BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático I**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.

BUDGEON, Shelley. Couple Culture and the Production of Singleness. *Revista Sexualities*, 2008, vol. 11, nº. 3, pp. 301-325. Disponível em: < <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1363460708089422#articleCitationDownloadContainer>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu**, 21, p. 219-260, 2003.

CORRÊA, Sônia. O Percurso Global dos Direitos Sexuais: entre "margens" e "centros". **Bagoas: Estudos Gays, Gêneros e Sexualidades**, Natal/RN, n. 4, p. 17-42, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v03n04bagoas04.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA: IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO**. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

HILLER, Renata. Regulaciones estatales de la conyugalidad: Apuntes sobre Estado, matrimonio y heteronormatividad. In: JONES, D.; FIGARI, C.; LÓPEZ, S. B. **La producción de la sexualidad: políticas y regulaciones sexuales en Argentina**. 1ª ed. Buenos Aires: Biblos, 2012.

IRINEU, B. A.; OLIVEIRA, B. A. Um balanço das políticas públicas de trabalho, emprego e renda para população LGBT no Brasil e na Argentina (2004-2014). **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ano 8, nº 16, Jul./Dez. 2020. Disponível em:

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

IRINEU, Bruna Andrade et al. “O samba começou e fez convite ao tango para parceiro”? A arena LGBTI em tempos de ofensiva neoliberal e “cruzada antigênero” no Brasil e na Argentina. **Humanidades & Inovação**, v. 6, n. 17, p. 255-270, 2019.

IRINEU, Bruna Andrade. Gênero, sexualidade e violência na América Latina: expulsões, dependência e insurgências sob os limites da necropolítica. **Revista Gênero**, v.20, n.2, pp.07-13. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/44566/25621>>. Acesso em 20 nov. 2020.

IRINEU, Bruna Andrade. **Nas tramas da política pública LGBT**: um estudo crítico da experiência brasileira (2003-2015). EdUFMT: Cuiabá, 2019.

LEAL, Carla Reita Faria; OLIVEIRA, Brendhon Andrade. O direito à identidade de gênero e políticas públicas de trabalho: pela garantia do mínimo existencial para a população trans no Brasil. **Revista BEJ**, v. 15, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://direito.fasa.edu.br/?/revista-bej/#7>>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, Sept. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392014000300123&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 dez. 2020.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal Kawano. Os direitos de pessoas LGBT na ONU (2000-2016). **Sex., Salud Soc. (Rio J.)**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 28-56, Abril, 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872019000100028&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2019.31.03.a>.

OLIVEIRA, Brendhon Andrade. A cultura conjugal, familismo jurídico e judicialização de direitos LGBTI no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 3, n. 10, p. 07-34, 2020. <http://dx.doi.org/10.31560/2595-3206.2020.10.11117>

PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Antonio-celso-corte-idh-Revista45_87.pdf. Acesso em: 01 jun. 2019

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. 2007. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

RIFIOTIS, T. Judicialização dos direitos humanos, lutas por reconhecimento e políticas públicas no Brasil: configurações de sujeito. **Revista de Antropologia**, v. 57, n. 1, p. 119-144, 11 nov. 2014.

RIOS, R. R. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: GROSSI, M. P.; UZIEL, A. P.; MELLO, L. **Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

RIOS, Roger Raupp et al. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, Jun. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201545&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.28033>.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, Dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 set. 2018.

RUBIN, Gayle. **Pensando o sexo**: Notas para uma teoria radical da política da sexualidade. 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1582>. Acesso em: 08 jan. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>. Acesso em: 08 jan. 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRICTO FEDERAL**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2018

TRINDADE, Cançado. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção**. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/API/article/view/3513>. Acesso em: 01 jun. 2019

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. **LGBTI E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A construção da cidadania internacional arco-íris**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I. Florianópolis, 2014. p. 322 - 361.

VESPUCCI, G. Una fórmula deseable: el discurso “somos familias” como símbolo hegemónico de las reivindicaciones gay-lésbicas. **Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad** [online]. 2014, n. 17, pp. 30-65. ISSN 1984-6487. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sess/n17/1984-6487-sess-17-0030.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

O IPTU VERDE

Dalton Max Fernandes de Oliveira¹

Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho²

RESUMO: O meio ambiente é considerado um bem e direito fundamental e intergeracional, sendo importante para a sociedade cabendo ao poder público e a sociedade assegurá-lo de forma ecologicamente equilibrado para as gerações atual e futura. A constituição Federal de 1988 elevou o meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental e intergeracional. Dentre os instrumentos que o poder público utiliza-se para a concretude protetiva do meio ambiente é a extrafiscalidade tributária. Esta pode ser definida como prerrogativa que possui o Estado para estimular ou desestimular comportamentos. O presente trabalho justifica-se pelo fato de vários municípios instituírem o chamado IPTU Verde, concedendo descontos no IPTU para contribuintes que promovam condutas de proteção ao meio ambiente.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Poder Público. Extrafiscalidade. IPTU Verde.

ABSTRACT: The environment is considered a fundamental and intergenerational good and right, being important for society, being up to the public power and society to ensure it in an ecologically balanced way for current and future generations. The Federal Constitution of 1988 elevated the ecologically balanced environment to a fundamental and intergenerational right. Among the instruments that the government uses to protect the environment is tax extrafiscality.

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi – UniFG. Professor do Departamento de Direito Público Substantivo da Unimontes. Pós-Graduado em Direito Tributário (UNISUL). Pós – Graduado em Direito Processual (Unimontes).

² Advogado, Consultor e Auditor de Compliance. Pós-Doutor pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Doutor em Direito Público e Evolução Social. Mestre em Direito Tributário. Vice-presidente da Ethical & Compliance International Institute com sede em Portugal. Presidente da Comissão Nacional de Compliance e Governança Corporativa do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Avaliador Especialista de Compliance do Inmetro. Auditor Líder de Compliance do RINA. Coordenador dos Cursos e Compliance Avançado e Planejamento Tributário da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro da Comissão Antissuborno ABNT/CEE-278. Membro da Comissão de Governança ABNT/CEE 309. Membro da International Fiscal Association. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Professor do Curso de Mestrado da UniFG/BA. Presidente da 57ª Subseção da OAB/RJ (2016-2018) Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ. Membro da Comissão de Assuntos Tributários do IAB. Professor de Direito Financeiro, Tributário e Compliance da FGV. Professor da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Conselheiro da OAB/RJ. Membro da Comissão de Direito Lusófono do Conselho Federal da OAB. Autor de diversas obras jurídicas. Autor de diversos artigos publicados no Brasil e no Exterior. Diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB Barra/RJ (2013-2015).

This can be defined as a prerogative that the State has to encourage or discourage behavior. The present work is justified by the fact that several municipalities institute the so-called Green IPTU, granting discounts in the IPTU to taxpayers that promote environmental protection conducts.

Keywords: Environment. Public Power. Extrafiscality. Green IPTU.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente é considerado um bem e direito fundamental e intergeracional, sendo importante para a sociedade. A problemática da preservação do meio ambiente é das mais complexas, buscando alcançar meios pelos quais o meio ambiente possa ser preservado.

A Constituição Federal de 1988 prevê como princípio da ordem econômica a busca pelo desenvolvimento sustentável, atribuindo ao Poder Público e aos cidadãos responsabilidade na concretização do meio ambiente sadio e sustentável, não apenas para a presente geração, mas, também, para as gerações futuras.

O presente artigo objetiva analisar a utilização do poder de tributar do Estado para a consecução de condutas positivas do contribuinte em favor do meio ambiente por meio do fenômeno da extrafiscalidade.

O direito a um meio ambiente saudável é um poder/dever para o Estado e é uma necessidade humana, sendo que através da tributação ambiental, numa concepção extrafiscal da tributação, consegue-se inibir condutas contaminadoras e patrocinar contribuintes que abracem uma política socioambiental correta.

Os chamados incentivos fiscais verdes instituídos em várias cidades é um dos instrumentos utilizado pelos municípios, especialmente o chamado IPTU Verde que é um programa da municipalidade que incentivam as pessoas (físicas e/ou jurídicas) a adotarem práticas sustentáveis concedendo-lhes descontos fiscais no IPTU.

1 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 definiu a natureza jurídica do meio ambiente no art. 225 como sendo direito difuso³ ao apontar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

³ Refere-se aos direitos indivisíveis, àqueles em que não é possível identificar o autor.

É ainda um direito de fruição coletiva, direito fundamental da pessoa humana e direito intergeracional. A análise do art. 225 da Constituição Federal permite concluir que o meio ambiente ecologicamente equilibrado está inserido no princípio da dignidade da pessoa humana, eis que não é possível dignidade da pessoa humana sem meio ambiente:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2008, p.91).

Para FIORILLO:

A Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui características de bem público e, muitos menos, privado, voltado à realidade do século XXI, das sociedades de massa, caracterizada por um crescimento desordenado e brutal avanço tecnológico.

Diante desse quadro, a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos. (FIORILLO, 2013, p.42).

Nos ensinamento de Romeu Thomé:

A Constituição de 1988, ao dispor no caput do art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, adota a concepção antropocêntrica protecionista na medida em que o meio ambiente saudável só pode ser preservado quando o ser humano utiliza os recursos naturais de maneira racional, preservando-os, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações. A Carta Magna prevê a exploração da propriedade privada, a utilização dos recursos naturais, a obtenção de lucro, mas desde que seja respeitada a função social da propriedade, a preservação dos recursos naturais e da legislação trabalhista. (THOMÉ, 2015, p. 62).

Percebe-se que tanto norma constitucional brasileira se alinhou as normas internacionais adotando uma visão antropocêntrica do meio ambiente, sendo este para satisfazer as necessidades do ser humano.

Contudo, ao mesmo tempo há um nítido caráter protetor o que parte da doutrina denomina de antropocentrismo alargado, não se restringindo o ambiente a mera concepção econômica ou de subalternidade direta a interesses humanos (THOMÉ, 2015).

O Legislador constituinte da Constituição de 1988 ao prever um assento constitucional para a proteção do ambiente o fez devido a importância que possui a preservação do meio ambiente para a sociedade, bem como o reconhecimento da importância que as normas jurídicas, cujo objeto é o ambiente, possuem no sistema normativo.

Deve ser ressaltado que além de ser tratado como direito fundamental, a Constituição Federal estabelece no capítulo da ordem economia que esta é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, sendo que deverá reger-se pelos ditames de justiça social, respeitando o princípio da defesa do meio ambiente, nos termos do inciso VI do art. 170.

Assim, a livre concorrência e a defesa do meio ambiente devem ser pautadas pela harmonia de modo que garanta a concretização da justiça social.

Nos termos do citado artigo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI — defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (BRASIL, 2008, p. 77).

Afirma FIORILLO (2013) que a ideia principal é assegurar a existência digna da pessoa humana, através de uma vida com qualidade.

A doutrina denomina o disposto no art. 170, VI, da Constituição Federal como sendo o princípio do desenvolvimento sustentável.

No ensinamento de FIORILLO:

[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, 2013, p.57).

Para MILARÉ (2001), é necessário proteger constitucionalmente o ambiente, pois isso significa valorizar os procedimentos de proteção ambiental e reconhecer a essencialidade do ambiente sadio para a vida de todos.

FIORILLO (2013) demonstra que o bem ambiental merece tutela de proteção não só do Poder Público, mas de toda a coletividade, tutela essa consistente num dever, e não somente em mera norma moral de conduta.

A doutrina afirma que o Legislador constituinte criou uma obrigação constitucional de natureza pública que impõe ao Estado condutas negativas. Em outras palavras um dever de abstenção por atos e práticas que impliquem degradação ambiental, seja de forma direta ou indireta, e com mais ênfase impôs ao Poder Público uma conduta positiva, ou seja, de praticar atos administrativos que tenham por objetivo preservar o ambiente.

Assim, a tutela ambiental, ao ser elevada a patamar constitucional, é concomitantemente uma função e uma obrigação do Estado para o Estado, além de um componente de constituição do próprio modelo de Estado Democrático de Direito.

2 O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Conforme já discutido no capítulo antecedente, a Constituição Federal de 1988 impôs ao Poder Público um dever de tutela do meio ambiente, seja por intermédio de condutas positivas, seja por condutas negativas.

A tutela constitucional de proteção ao meio ambiente pode ser feita por meio de duas naturezas a proteção por meio de normas e a proteção por meio de políticas públicas (MILARÉ, 2013, p. 69-78).

Em relação à primeira, tem-se que o Poder Público deve legislar de modo que não causa dano ao meio ambiente. Ou seja, a sociedade possui não apenas o direito ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado, mas também o direito a ser disciplinada por leis que protejam o ambiente.

Conforme LEITE (2012) a ideia de um Estado Ambiental, diante da finitude dos recursos naturais e da sociedade de produção e consumo na qual se vive, parece ser de difícil realização, em um mundo marcado por desigualdades sociais e pela degradação ambiental planetária.

A ideia de um Estado Ambiental deriva do modelo do Estado de Direito em que o Poder Público eleva a ordem constitucional a proteção ambiental.

No ordenamento jurídico brasileiro, a norma constitucional vincula diretamente o Poder Público não somente com dever de proteção ambiental, mas também impondo limites à sua atuação. Em decorrência dessa lógica o Poder Legislativo, na elaboração de normas, deve respeitar o disposto na Constituição, sob pena de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, ao qual cabe o controle constitucional da concretização do objetivo estatal positivado pelo legislador constitucional.

Tendo o meio ambiente sido elevado constitucionalmente em um valor e bem jurídico em si mesmo, é determinado ao legislador que tutele esses bens, impedindo a elaboração de normas que agridam o ambiente.

Já a proteção por meio de políticas públicas impõe deveres que o Estado, deve praticar para assegurar o meio ambiente preservado.

As obrigações impostas por meio de normas constitucionais obrigam o administrador não apenas a não poluir, mas também a não deixar que se polua o ambiente, devendo praticar, assim, condutas impeditivas da poluição e políticas de preservação e de recuperação do ambiente.

As políticas públicas ambientais avocaram função de suma importância na proteção do meio ambiente, associando essa proteção aos demais escopos da sociedade, como forma, inclusive, de proporcionar qualidade de vida, nos termos do art. 225 da Constituição Federal.

O marco fundamental da elaboração, organização, instrumentalização e implementação das políticas públicas ambientais no Brasil foi a promulgação da Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e sua previsão de princípios, objetivos e instrumentos Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA); Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Desse modo surge a necessidade da criação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), entre outros propostos para “realizar uma gestão integrada dos recursos naturais” (SILVA-SÁNCHEZ, 2000, p. 78).

Esses órgãos e mecanismos orientam a política nacional ambiental, harmonizando-as com as políticas econômicas, sociais e culturais.

3 TRIBUTAÇÃO VERDE

O Poder Público tem o poder-dever de preservar o meio ambiente e dentre os mecanismos para a efetivação desse objetivo, tem-se as políticas públicas. Dentre as políticas públicas, tem estado em evidência o denominado IPTU verde.

Antes de adentrarmos propriamente na questão do IPTU verde, faz-se necessário uma breve análise das funções dos tributos, bem como da espécie tributária IPTU.

3.1. As funções do tributo

O Estado persegue várias finalidades no exercício de seu poder político e, independentemente das finalidades almeçadas, os recursos financeiros são necessários para alcançá-los.

Tradicionalmente, os tributos são vistos com uma forma de captação de recursos para o Poder Público assegurar o cumprimento do interesse da coletividade, sendo que “nas sociedades democráticas da contemporaneidade, o centro por excelência de exercício do poder político é o Estado” (MACHADO, 2018, p. 20).

A supremacia do Estado sobre o particular atribui a este o poder de tributar, sendo que “onde quer que se verifique o exercício do poder político, por sua vez, haverá a cobrança de tributos, sendo o poder de tributar, juntamente com o poder de punir, uma das principais manifestações ou facetas do poder político” (MACHADO, 2018, p. 20).

No ensinamento de MACHADO (2018):

É preciso, portanto, que se reconheça no Estado a função de garantir e promover os direitos fundamentais, sendo o tributo necessário à obtenção dos recursos necessários a que isso aconteça. Afinal, um Estado sem recursos não consegue garantir direito algum. É necessário, ainda, que tanto a forma como tais direitos serão garantidos pelo Estado,

os papéis a serem desempenhados por ele, e a maneira e a intensidade com que os tributos a tanto necessários serão cobrados sejam democraticamente determinadas, pela população envolvida na questão (MACHADO, 2018, p. 23).

Assim, a função arrecadatória desde a idade antiga sempre foi a principal função dos tributos, sendo que, por isso, a função arrecadatória do tributo é denominada pela doutrina como “função fiscal”.

Contudo, com a modernização do Direito tributário e a ampliação das funções estatais, houve a necessidade de atribuir outras funções aos tributos, mais especificamente as funções parafiscais e extrafiscais.

Os tributos parafiscais que são os destinados a órgãos paraestatais, profissionais ou sociais, para custeio e financiamento.

Por fim e o mais importante para o presente trabalho, temos os tributos extrafiscais. O fenômeno da extrafiscalidade está em atribuir uma função política para o tributo, ficando a função arrecadatória em segundo plano.

Para PAULSEN (2012) os tributos:

Possuem, portanto, em geral, caráter predominantemente fiscal, devendo pautar-se, essencialmente, pelos princípios da segurança, da igualdade e da capacidade contributiva. Mas, por onerarem determinadas situações ou operações, acabam por influenciar as escolhas dos agentes econômicos, tendo, pois, também efeitos extrafiscais (PAULSEN, 2012, p. 9).

No magistério de HARADA :

Quando a lei confere ao tributo caráter regulatório estamos diante da chamada extrafiscalidade. O Estado não exerce sua atividade na função arrecadatória, mas na função ordinatória. Daí a conhecida classificação de tributos feita por Cooley: os que visam a um fim puramente fiscal (tax power) e os que visam a um fim político, econômico ou social fundados no poder regulatório do Estado (police power). (HARADA, 2016, p. 566).

Vê-se, assim, que a extrafiscalidade é um fenômeno jurídico-fiscal cuja função primordial não é a obtenção de receitas, mas a consecução de objetivos dirigidos por fatores de ordem social, econômica e política.

Nesse sentido, CARNEIRO (2019) afirma que os tributos fiscais são aqueles cuja finalidade é a mera arrecadação de receita, sem qualquer prestação recíproca por parte do Estado. É a mera captação de recursos financeiros para os cofres públicos. Já nos extrafiscais, embora a arrecadação também seja almejada, a finalidade precípua é a intervenção do Estado na economia, ou a obtenção de alguma política social. Temos como exemplos de tributos fiscais o Imposto de Renda, o ICMS, o ISS etc. Conclui o autor que:

Os tributos *extrafiscais* têm como finalidade precípua a intervenção do Estado na vida privada e na economia para assegurar a livre concorrência e regular a balança comercial no âmbito internacional (através do imposto de importação e exportação), conforme dispõe o art. 170 da CRFB (intervenção no domínio econômico e social). Exemplos: II, IE, IPI, IOF e CIDE. Em função dessa peculiar finalidade, em regra, os impostos chamados extrafiscais não se submetem ao princípio da anterioridade tributária – art. 150, § 1º, da CRFB –, bem como ao princípio da legalidade.

Verifica-se, então, que a finalidade extrafiscal se utiliza de instrumentos tributários para fins que não são diretamente de natureza fiscal, mas sim com fins intervencionistas e regulatórios. Hodiernamente, a extrafiscalidade, ou seja, o tributo utilizado para interferir no comportamento dos indivíduos através de incentivos fiscais ou desestímulos a determinadas práticas que o Estado entende não serem satisfatórias ou mesmo que sejam desinteressantes, vem sendo muito usada pela administração pública, condicionando o comportamento da sociedade, concedendo isenções, atribuindo alíquotas zero, ou, por outro lado, provocando um desestímulo, como, por exemplo, a tributação mais pesada sobre determinadas atividades, com o objetivo de minimizá-las ou até mesmo de evitá-las, de modo que haja sua redução, já que não são convenientes para o Estado. (CARNEIRO 2019 p. 220)

Desse modo, o Poder Público tem atribuído função extrafiscal a alguns tributos como forma de dar efetividade ao preceito constitucional de preservação e assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que guarda harmonia com o escopo de atingir a sustentabilidade ambiental, o que propomos a analisar no presente trabalho.

3.2. IPTU

O Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU está previsto no art. 156, I, da Constituição Federal e é um tributo de competência dos municípios e do Distrito Federal já que este é titular da competência impositiva dobrada que é a acumulação da competência tributários dos estados e municípios.

O IPTU tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou posse de bem imóvel, por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município, nos termos do artigo 32 do Código Tributário Nacional.

Um aspecto importante em relação ao referido imposto é a progressividade. Esta foi prevista originalmente no art. 182, §4º, II, da Constituição Federal que autoriza ao poder público exigir do proprietário que promova o adequado aproveitamento da propriedade urbana, sob pena de IPTU progressivo no tempo mediante a majoração da alíquota. Vê-se uma nítida função extrafiscal do IPTU a despeito de ser considerado um imposto de função fiscal.

Insta salientar ainda que a foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 29 de 2000, introduziu mais duas forma de progressividade no art. 156, §1º, da Constituição Federal que prevê a progressividade em razão do razão do valor do imóvel e a localização e o uso do imóvel.

A doutrina entende que a progressividade tributária revela e viabiliza a aplicação do princípio da capacidade contributiva. Este parte da premissa de que a tributação deve ser individualizada, sendo que o Estado deve tributar não em razão da renda potencial das pessoas, mas sim da que a mesma efetivamente dispõe.

O princípio da capacidade contributiva é orientador da adequada interpretação das bases no que se refere ao fato gerador e à sua base de cálculo.

Para PAULSEN:

A progressividade, implicando tributação mais pesada quando a base de cálculo for maior, pressupõe maior capacidade contributiva daquele submetido às maiores alíquotas. A progressividade pode ser simples ou gradual: simples quando haja elevação de alíquotas em face do aumento da base de cálculo; gradual quando se dê mediante aplicação de alíquotas maiores para a parte da base de cálculo que ultrapasse o limite previsto para a alíquota inferior. Há quem entenda que apenas a progressividade gradual é válida. Os impostos reais só podem ser progressivos mediante autorização

constitucional expressa, pois a orientação do STF é no sentido de que, tendo por base uma riqueza estática, não se vocacionam a tal tipo de graduação. (PAULSEN, 2012, p. 51).

A despeito de sua função fiscal de servir como fonte de arrecadação para custear as despesas dos municípios de Distrito Federal, nos termos do que preceitua MEIRELLES, destaca-se a utilização extrafiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU – “mediante a graduação de suas alíquotas a fim de propiciar a implantação de planos urbanísticos locais, ou para atender a outras conveniências coletivas, tendo em vista a função social da propriedade” (MEIRELLES, 1993, p.175).

Depreende-se que a atribuição de função extrafiscal ao Imposto Predial e Territorial Urbano guarda harmonia com o escopo das cidades que almejam ser sustentáveis em razão da necessidade conseguir uma ocupação adequada e ordenada solo urbano.

3.3. IPTU Verde

Ante toda a discussão precedente, podemos concluir que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental do ser humano, devendo o poder público, por intermédio de ações positivas, promover e incentivar o alcance do desenvolvimento sustentável.

De igual modo, tem-se que o poder de tributar, no Estado contemporâneo, assume uma função complementar à função eminentemente fiscal, incentivando e/ou promovendo a abstenção de condutas não adequadas ao meio social.

Dentre as diversas formas de fomento às empresas e ao cidadão em geral estão os chamados “incentivos fiscais”. Estes são por concretizados por intermédio da desoneração tributária, em que o Estado possibilita um tratamento tributário diferenciado ao contribuinte com o escopo de fomentar determinadas atividades.

Em se tratando de Direito Ambiental, este é norteado por diversos princípios, tendo em vista que “é uma ciência nova, porém autônoma. Essa independência lhe é garantida porque o direito ambiental possui os seus próprios princípios diretores, presentes no art. 225 da Constituição Federal” (FIORILLO, 2013, p.56).

No universo de princípios que a doutrina propõe, assume relevância para este artigo são os princípios do poluidor pagador e do protetor recebedor.

Para AMADO (2014) o princípio do poluidor pagador parte da premissa de que “há poluição e a quantia paga pelo empreendedor funciona também como sanção social ambiental, além de indenização” (AMADO, 2014, p. 97).

Já o princípio do protetor recebedor defende que as pessoas “responsáveis pela preservação ambiental devem ser agraciadas como benefícios de alguma natureza, pois estão colaborando com toda a coletividade para a consecução do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (AMADO, 2014, p. 104).

Percebe-se que o princípio do protetor receber é uma sanção premial em que há uma compensação pela prestação dos serviços ambientais.

A função promocional do direito está intimamente relacionada com a política extrafiscal, tendo em vista que se inserem no novo Estado intervencionista e pós-liberal pautado pela função proativa (BOBBIO, 2007).

Para Noberto Bobbio:

Há sanções positivas, como os prêmios, que têm função exclusivamente retributiva: são uma ação favorável a um comportamento vantajoso para a sociedade. Mas pode haver, também, sanções positivas que visam compensar o agente pelos esforços e pelas dificuldades enfrentadas, ou pelas despesas assumidas, ao proporcionar à sociedade uma vantagem; essas sanções têm valor não de mero reconhecimento, mas (inclusive) de compensação. (BOBBIO, 2007, p. 23-24).

No âmbito tributário-ambiental, a aplicação da extrafiscalidade como norma indutora de comportamento dá origem à chamada “sanção premial”. Esta busca uma mudança de paradigma, eis que antecede a “punição”, já que esta, quando ocorre, já houve a lesão ao meio ambiente, ao passo que a sanção premial visa um comportamento preventivo e incentivador. Como ensina Miguel Reale: “*assim, ao lado das sanções penais, temos sanções premiaias que oferecem benefício ao destinatário, como, por exemplo, um desconto ao contribuinte que paga o tributo antes da data do vencimento*” (REALE, 2012, p. 47).

Neste primeiro caso, função de fomento ou promocional, tem-se o uso da extrafiscalidade para a realização de valores constitucionais mediante o comportamento induzido do contribuinte.

De igual modo, a extrafiscalidade pode assumir um aspecto de técnica inibitória de comportamento.

Nesse caso, utiliza-se da tributação para auferir uma conduta negativa do contribuinte. Nesse caso a utilização da extrafiscalidade visa a desestimular a comportamentos, o que se faz por meio de agravamento de imposição de tributos, já que “*as técnicas inibitórias de extrafiscalidade só são possíveis pela exacerbação dos encargos fiscais, tornando proibitivos certos consumos e hiperonerosas certas situações*”. (COELHO, 2020, p. 122).

Nas palavras de Ricardo Lobos Torres:

Outras vezes o ato tributado não constitui um ilícito penal ou administrativo, mas um ato prejudicial à coletividade, que deve ter a sua pratica desestimulada pelo aumento das alíquotas ou da base de cálculo do imposto. Nesse caso, porém, se trata de extrafiscalidade. (TORRES, 2009, p. 308).

De ressaltara que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 218287 ED-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI decidiu que: “[...] *não ofende a Constituição a utilização de impostos com função extrafiscal com o objetivo de compelir ou afastar o indivíduo de certos atos ou atitudes*”, já que o que o Estado persegue em tais casos é assegurar a concretização de valores políticos ou econômicos constitucionalmente assegurados.

Na lição de Cláudio Carneiro:

Hodiernamente, a extrafiscalidade, ou seja, o tributo utilizado para interferir no comportamento dos indivíduos através de incentivos fiscais ou desestímulos a determinadas práticas que o Estado entende não serem satisfatórias ou mesmo que sejam desinteressantes, vem sendo muito usada pela Administração Pública, condicionando o comportamento da sociedade, concedendo isenções, atribuindo alíquotas zero, ou, por outro lado, provocando um desestímulo, como, por exemplo, a tributação mais pesada sobre determinadas atividades, com o objetivo de minimizá-las ou até mesmo de evitá-las, de modo que haja sua redução, já que não são convenientes para o Estado. (CARNEIRO, 2019, pg. 253).

Por fim, tal discussão é de suma relevância para o presente trabalho, na medida em que irá se analisar o chamado IPTU verde que é justamente a utilização de alíquotas diferenciadas do IPTU - sanção premial - para aqueles contribuintes que pratiquem condutas positivas em prol do meio ambiente.

É nesse contexto que os municípios tem atribuído a função extrafiscal ao IPTU para incentivar os

contribuintes a adotarem medidas protetivas ao meio ambiente.

Em suma o chamado IPTU verde é um programa da municipalidade que incentivam as pessoas (físicas e/ou jurídicas) a adotarem práticas sustentáveis concedendo-lhes incentivos fiscais no IPTU.

A título exemplificativo, iremos analisar a legislação da cidade de Salvador – BA e Vila Velha – ES

Na cidade de Salvador, o IPTU Verde foi regulamentado pelo Decreto nº 25.899, de 24 de março de 2015.

O sistema baiano é feito por meio de certificado a ser conseguido por meio da somatória de pontos.

O art. 2º prevê que:

Art. 2º A certificação IPTU VERDE será obtida pelo empreendimento que adotar ações e práticas de sustentabilidade relacionadas no ANEXO I, correspondendo cada ação à pontuação ali estabelecida, da seguinte forma:

I - o empreendimento que atingir, no mínimo, 50 (cinquenta) pontos será classificado como BRONZE;

II - o empreendimento que atingir, no mínimo, 70 (setenta) pontos será classificado como PRATA;

III - o empreendimento que atingir, no mínimo, 100 (cem) pontos será classificado como OURO.

Parágrafo Único - No caso de projeto de reforma ou ampliação de edificação existente, as ações e práticas de sustentabilidade deverão ser relativas a toda edificação e ao lote em que ela se encontra implantada. (BRASIL, 2015).

Já as sanções premiaias vêm previstas no art. 10:

Art. 10 Será concedido desconto na cobrança do IPTU para todas as unidades imobiliárias autônomas que compõem a edificação, da seguinte forma:

I - desconto de 5% (cinco por cento), quando houver a certificação BRONZE;

II - desconto de 7% (sete por cento), quando houver a certificação PRATA;

III - desconto de 10% (dez por cento), quando houver a certificação OURO.

§ 1º A concessão do desconto descrito no caput terá validade de 03 (três) anos, quando deverá ser reavaliado pelo órgão licenciador, podendo ser renovado o benefício por igual período, mediante solicitação do interessado.

§ 2º Para fins de vigência inicial do desconto no IPTU, será considerado o exercício da data de expedição do Certificado IPTU VERDE, sendo o cálculo proporcional ao número de meses que faltar para o fim do exercício.

§ 3º Para fins de vigência final do desconto no IPTU, será considerado o exercício da data de vencimento do Certificado IPTU VERDE, sendo o cálculo proporcional ao número de meses que faltar para o fim do exercício.

§ 4º O órgão licenciador deverá remeter à SEFAZ, até 31 de outubro de cada ano, o cadastro de empreendimentos com certificação renovada, para o registro do benefício fiscal de desconto no IPTU.

§ 5º Somente farão jus a continuar recebendo o benefício os contribuintes que anualmente estiverem em situação de regularidade fiscal e cadastral em 30 de novembro de cada ano, para vigorar para o exercício seguinte. (BRASIL, 2015).

No município de Vila Velha o programa foi instituído pela Lei Municipal nº. 4.864, de 30 de dezembro de 2009 que prevê um incentivo fiscal aos contribuintes que cuidam adequadamente de suas calçadas e que possuem árvores em frente ao seu imóvel.

Nos termos do art. 7º:

Art. 7º Os proprietários de imóveis localizados na zona urbana poderão obter uma redução de até 50% (cinquenta por cento) no Imposto Sobre a Propriedade Territorial Urbano, se assim requerido, e atendidos cumulativamente os seguintes requisitos:

I - 10% (dez por cento), se cuidarem adequadamente das calçadas construídas regularmente, ou as construírem adotando o projeto padrão “calçado cidadã” do Município;

II - 10% (dez por cento), se possuírem ou plantarem 01 (uma) árvore com altura mínima de 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) defronte a seus imóveis, observados os critérios e normas adotadas pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente - SEMMA;

III - 12% (dez por cento), se possuírem ou plantarem 02 (duas) árvores com altura mínima de 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) defronte a seus imóveis, observados os critérios e normas adotadas pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente - SEMMA;

IV - 18% (dezoito por cento), se possuírem ou plantarem 03 (três) árvores com altura mínima de 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) defronte a seus imóveis, observados os critérios e normas adotadas pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente - SEMMA;

§ 1º Caso o requisito estabelecido no inciso I deste artigo vir a ser atendido pela municipalidade, se assim for do interesse público, os valores referentes a execução das obras serão lançados a débito do proprietário do imóvel no exercício subsequente.

§ 2º A redução mencionada no §1º não é extensiva aos imóveis com exploração econômica, comercial, de serviço ou industrial. (VILA VELHA, 2009).

Referidas legislações podem ser compreendidas como incentivo fiscal verde, visto que possibilitam uma redução de alíquota em imposto para contribuintes que tenham condutas proativas em defesa e preservação do meio ambiente.

Percebe-se uma nítida finalidade extrafiscal das leis ao fomentar atividades de preservação ambiental.

Não se pode afastar a premissa de que o papel principal do Direito Tributário em sua extrafiscalidade é buscar a concretização dos valores e princípios fundamentais constitucionais, atendendo ao comando do art. 1º, III, da Constituição Federal que afirma ser a República um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana que ganha relevância com a elevação do meio ambiente como direito fundamental intergeracional.

CONCLUSÃO

Com o presente artigo buscou-se elencar aspectos importantes entre políticas públicas e meio ambiente.

Ao término do presente artigo pode-se concluir que a questão ambiental ganhou contornos constitucionais no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988 que elevou o meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental e intergeracional.

Desse modo, a proteção do meio ambiente passou a ser um poder/dever de ações dos poderes públicos.

Contudo, é preciso reconhecer que a sociedade de consumo ainda usa a balança dos níveis de consumo para medir a qualidade de vida, sendo que, inevitavelmente, ainda usa de forma predatória os recursos naturais. Assim é necessário cada vez mais o papel de fomento e regulador do poder público.

Para garantir a efetividade do comando constitucional protetivo, o poder público tem se utilizado do fenômeno da extrafiscalidade utilizando do tributo para premiar contribuintes que colaborem com o escopo protetivo.

É nesse contexto que os municípios tem atribuído a função extrafiscal ao IPTU para incentivar os contribuintes a adotarem medidas protetivas ao meio ambiente, o chamado IPTU Verde.

Em suma o chamado IPTU verde é um programa da municipalidade que incentivam as pessoas (físicas e/ou jurídicas) a adotarem práticas sustentáveis concedendo-lhes descontos fiscais no IPTU.

Como exemplo foram citadas as legislações da cidade de Salvador –BA e Vila Velho – ES.

Por fim vê-se que relação entre a extrafiscalidade e a proteção do meio ambiente visa assegurar a efetividade dos princípios constitucionais e alcançar a concretude dos valores estampados nos direitos fundamentais e princípios da ordem econômica.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade: *Direito ambiental esquematizado*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, 1040p.

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*: estabelece os princípios da política nacional do meio ambiente. 1988.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo: Manole, 2007

CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo. Saraiva, 2019, 832p.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, 1047p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo : Saraiva, 2013.992p.

HARADA, Kiyoshi: *Direito financeiro e tributário*. 25. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, 966p.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Ru-bens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito: *Manual de direito tributário*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, 511p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 6ª ed. Atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Iara Darcy Police Monteiro. São Paulo: Malheiros, 1993, 602p.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 4. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, 268p.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 181p.

SALVADOR. Decreto nº 25.899, de 24 de março de 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris e NARDY, Afrânio. *Princípios de Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA-SÁNCHEZ, Solange S. *Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil*. São Paulo: Humanitas; FFLCH; USP, 2000.

STF, RE 218287 ED-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, DJe 09 - 08 - 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312383456&ext=.pdf>

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, 911p.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 668p.

VILA VELHA. Lei Municipal nº. 4.864, de 30 de dezembro de 2009.

OS REFLEXOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NA SEGURIDADE SOCIAL

Welison Araújo Silveira¹

RESUMO: O artigo procurar fazer um breve apanhado sobre as consequências normativas previdenciárias, a criação do benefício emergencial em socorro às pessoas em situação de vulnerabilidade social e profissionais autônomos.

Palavra-chave: seguridade social – coronavírus – direito previdenciário

ABSTRACT: The article seeks to provide a brief overview of the normative social security consequences, the creation of an emergency benefit to help people in socially vulnerable situations and self-employed professionals.

Keywords: social security - coronavirus - social security law

INTRODUÇÃO

O mundo vive uma crise biopsicossocial em razão da pandemia provocada pelo novo Coronavírus, responsável pela doença COVID-19, causando impactos não só na saúde mundial, mas, por reflexo, na economia, na política e na sociedade de uma maneira geral.

Há relatos científicos do surgimento do Coronavírus desde 1960, como responsável por doenças respiratórias leves, mais assemelhado a um resfriado comum. Entretanto, podem se agravar para doenças respiratórias mais graves, denominado de “Severe Acute Respiratory Syndrome - SARS”. Ademais, houve um surto em 2002, contaminando cerca de 8.000 (oito mil) pessoas e levando a óbito outras 800 (oitocentos), mas pouco depois foi controlada.

¹Advogado, Mestre em Direito pela UFPB, professor universitário.

A COVID-19 apresenta como sintomas a febre alta, tosse seca ou com secreção e grande dificuldade para respirar. Pode ser transmitido através do contato pessoal com pessoas infectadas, e tem um período de incubação de 2 (dois) até 14 (quatorze) dias, por isso é bastante importante o isolamento social como forma de minimizar o risco de contágio, assim como orienta a Organização Mundial de Saúde- OMS.

Os primeiros relatos de contágio surgiram na China, que enfrentou problemas com o Coronavírus desde final do ano passado (2019), e já no mês de janeiro deste ano (2020) a OMS classificou o caso como pandemia (enfermidade epidêmica amplamente disseminada no mundo). Importante se faz, nesse momento, fazer uma diferenciação da pandemia e outras formas de manifestação de doenças em massa: O Surto ocorre quando há um aumento repentino do número de casos de uma doença em uma região específica; A Epidemia é o aumento considerável do número de casos de determinada doença em diversas regiões no mesmo país; e Endemia quando a questão não é quantitativa mas quando a doença acontece com muita frequência apenas em um local específico, não atingindo outras comunidades. Existem as chamadas áreas endêmicas: no caso do Brasil, por exemplo, é possível citar a febre amarela na Amazônia.

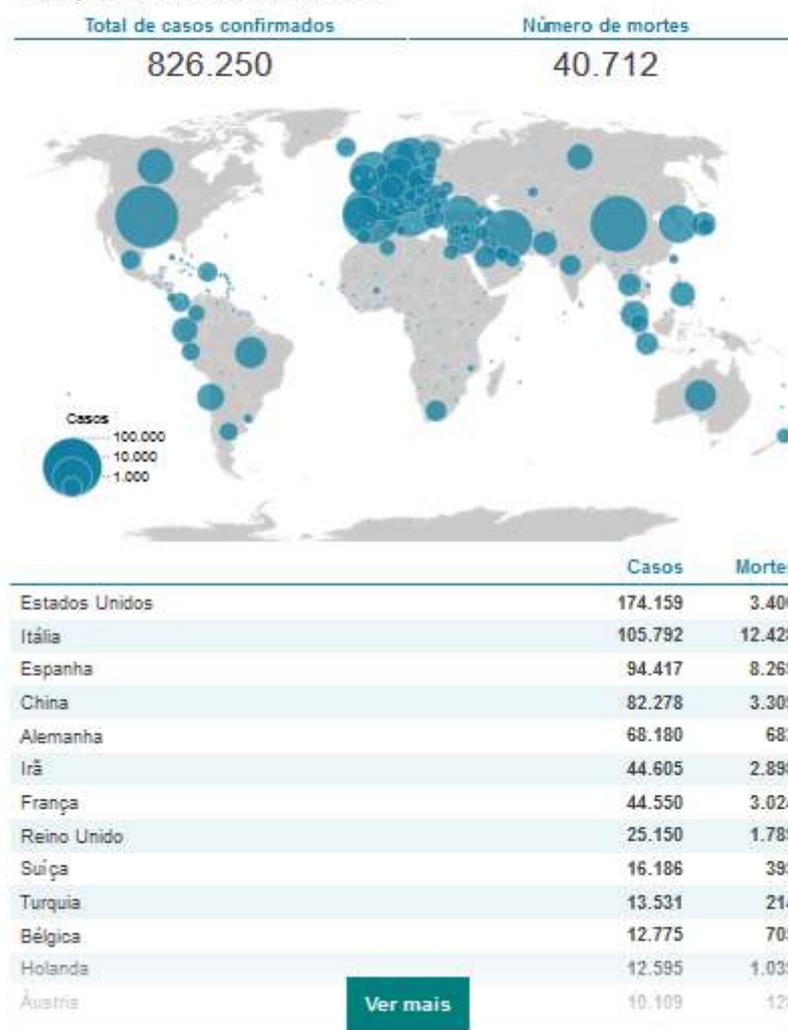
Diante desse cenário, os reflexos econômicos e sociais são inevitáveis, e a seguridade social também sofreu adequações para promover a devida proteção dos vulneráveis, sobretudo daqueles que mais precisam de um olhar especial do governo, conforme veremos a seguir.

1 PANORAMADO CORONAVÍRUS NO BRASILE NO MUNDO

No mundo, até o fechamento deste artigo (31 de março) havia mais de 826 mil casos confirmados de COVID-19, de acordo com a Universidade Johns Hopkins, com quase 41 mil mortes e 176 (cento e setenta e seis) pessoas recuperadas. Os EUA é o país com maior número de casos (174.159), sendo 3.416 casos letais, seguido da Itália (105.792), Espanha (94.417) e China (82.278), sendo 3.309 letais. A Europa ocidental foi bastante afetada, com destaque para Reino Unido, França e Espanha, conforme gráfico abaixo:

Mapa da disseminação do coronavírus, por 31 de março de 2020

A apresentação usa dados periódicos da Universidade John Hopkins e pode não refletir as informações mais atualizadas de cada país.



Fonte: Universidade John Hopkins (Baltimore, EUA), autoridades locais
 Última atualização em 31 de março de 2020 18:00 GMT.



Os efeitos da pandemia de coronavírus (Covid-19) definitivamente passaram a ser sentidos no Brasil, e, infelizmente, o número de casos confirmados no país só aumenta, causando graves danos sociais e econômicos, chegando a 5.717 e 201 mortes em 31 de março de 2020.



Uma das principais recomendações das autoridades de saúde é o isolamento social, a fim de evitar o aumento progressivo e exponencial da doença, o que levaria à superlotação das unidades hospitalares e um déficit de atenção à saúde. No entanto, essa medida tem relevantes reflexos econômicos e sociais, afetando direta e indiretamente à economia do país e colocando em risco a saúde financeira do governo.

O estado de calamidade pública, com fundamento no art. 65 da lei de responsabilidade fiscal (LC101/2000)², aplica-se em situação de desastre/anormal em que a capacidade de ação do poder público dos estados e municípios fica totalmente comprometida. Nessas situações, o governo federal deve intervir para auxiliar os entes a reparar tal condição anormal.

² Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70; II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

Entretanto, não se confunde com situação de emergência, sendo aquela de natureza mais gravosa, gerando danos com maior potencial ofensivo, e esta última que também possui situação de risco, tem intensidade de dano reduzida, conforme dispõe o Decreto 7.257/2010:

III - **Situação de emergência:** situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento PARCIAL da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV - **Estado de calamidade pública:** situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento SUBSTANCIAL da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

Declarada situação de calamidade o Governo federal poderá determinar ações como liberação de recursos, envio de kits de emergência e da defesa civil militar, para que então, as medidas possam ser tomadas pelos municípios ou estados, quais são: parcelamento de dívidas, atrasos de execução de gastos e não realizar licitações, e até mesmo a população sacar o FGTS com antecedência.

O plenário da Câmara dos Deputados aprovou pedido do governo federal para declaração de estado de calamidade pública no país, sendo uma medida inédita em nível federal. Na mensagem, o governo pediu que fosse dispensado o atingimento da meta fiscal, entre outras medidas, para combater a pandemia.

O Orçamento sancionado pelo presidente Jair Bolsonaro prevê um déficit primário de R\$ 124,1 bilhões como meta fiscal para o Governo Central, com a adoção do estado de calamidade, o governo suspende os prazos para ajuste das despesas de pessoal e dos limites do endividamento; para o cumprimento das metas fiscais; e para adoção dos limites de empenho (contingenciamento) das despesas até 31 de dezembro deste ano.

2 REFLEXOS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O INSS e o Ministério da Economia anunciaram as medidas visando diminuir, dentro do possível, os impactos da doença, como forma de prevenção e enfrentamento por parte dos estados e da população em geral, alterando de forma significativa a rotina diária dos cidadãos.

A Constituição Federal (art. 194)³ prevê que a Saúde, juntamente com a Previdência e Assistência Social, compõe nosso sistema de Seguridade Social, tão importante neste contexto lastimável de avanço do vírus.

O governo federal sancionou a Lei 13.979/2020 que estabelece medidas de enfrentamento de emergência de saúde pública mediante o Coronavírus (COVID-19), dentre essas medidas destaca-se o isolamento e a quarentena.

Para fins desta Lei se considera isolamento a situação de separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, desenvolvendo exames clínicos ou laboratoriais e maneira de evitar propagações de riscos maléficis. Já a quarentena é entendida como a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação de pessoas que não estejam com sintomas ou doentes para impedir a propagação ou contaminação do vírus.

Além das medidas de isolamento e quarentena também são medidas previstas na aludida Lei a determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, tratamentos médicos específicos. Também a realização de estudo ou investigação epidemiológica; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos; requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa.

Nota-se que as duas medidas destacadas limitam a liberdade de locomoção prevista no art. 5º, inciso XV da Constituição Federal: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.”

Em razão da pandemia provocada pela Covid-19 (coronavirus) o governo federal apresentou mudanças significativas na previdência social no que diz respeito a implementação e atendimento de benefícios previdenciários para todo cidadão junto ao órgão.

³ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

2.1. Suspensão de atendimento presencial

Uma das medidas impostas foi a suspensão do atendimento presencial nas agências do INSS em todo Brasil até o dia 30/04/2020 (Portaria N° 8.024, 19/03/2020). Tal medida visa atender as medidas de isolamento social previstos na Lei 13.979/2020, contendo o avanço da Covid-19 e a proliferação do vírus a fim de evitar aglomerações de segurados nos postos de atendimentos.

A partir desta decisão, o INSS notificou os usuários da suspensão do atendimento presencial, reagendando para data posterior a previsão limite de isolamento social e suspendendo os atos de perícias e diligências. Para os benefícios de Auxílio Doença e Benefício de Prestação Continuada (BPC) para pessoa com deficiência, que dependem essencialmente de perícia, poderão ser requeridos pelos canais de atendimento remoto (aplicativos, internet ou entidades conveniadas com INSS como a OAB).

Diante da calamidade que estamos vivendo, os reflexos previdenciários que a COVID-19 causa na vida dos segurados, o INSS com a premente necessidade de tomada de medidas protetivas de caráter emergencial suspendeu a prova de vida dos beneficiários, e anunciou que o pagamento não será bloqueado pela falta da comprovação pessoal da prova de vida pelos próximos quatro meses, com início a partir deste mês de março.

Ainda como medidas, o INSS promoveu o adiantamento da primeira parcela do 13º salário de aposentados e pensionistas e diminuiu a taxa do crédito consignado. Tais mudanças fazem parte das medidas estabelecidas pelo órgão para enfrentamento do Covid-19 (Coronavírus), com objetivo da redução dos impactos econômicos no cotidiano de todo cidadão de forma que seja garantida os princípios básicos de dignidade humana nesse período de crise que assola o país e o mundo.

Há, ainda, toda uma problemática econômica e social a ser enfrentada pela sociedade em virtude dessa paralisação, com isso, reflete diretamente na atuação do INSS como órgão de prestação de serviço social, como o aumento de pedidos de benefícios previdenciários bem como a demora de uma resposta devido a processos represados a serem analisados pela autarquia.

Importante destacar que os **prazos para cumprimento das exigências** que não puderem ser cumpridas pelos canais remotos estão suspensos (art. 1º, III, da Portaria 412).

Os agendamentos também estão suspensos, inclusive de reabilitação profissional e serviços social, devendo ser reagendados apenas quando do restabelecimento do atendimento, garantida a manutenção da DER (Data de Entrada do Requerimento) (art. 1º, §2º, da Portaria 412).

Também fica dispensada apresentação de documentos originais para autenticação de cópias de documentos anexadas pelos canais remotos, pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, nos termos dos arts. 8º e 9º do Decreto nº 9.094, de 2017.

Ademais, as instituições financeiras pagadoras de benefício ficam autorizadas a realizarem o pagamento e a comprovação de vida quando da apresentação de procuração, termo de tutela, curatela ou guarda, sem necessidade de prévio cadastramento (art. 9º da Portaria 412).

2.2. Suspensão de audiências na Justiça Federal

A Justiça Federal, através de Resolução Nº 295/2020 do CNJ, suspendeu os prazos processuais e com isso, também, a realização de audiências de instrução e conciliação. Isso causa como reflexo o retardamento na apreciação das ações judiciais que tentam modificar decisões administrativas do INSS que negaram acesso a benefícios, colocando os usuários em situação ainda mais penosa.

2.3. Concessão (ou não) de auxílio doença em casos de coronavírus

Muito se questiona sobre a possibilidade do INSS conceder auxílio-doença aos segurados contaminados por coronavírus, mas, primeiramente, precisamos expor a diferença entre o auxílio-doença acidentário e o previdenciário.

O auxílio-doença acidentário é concedido quando a doença ou a lesão que acometeu o trabalhador decorre de um acidente de trabalho ou de doenças ocupacionais. Este benefício não possui período de carência e gera estabilidade no emprego de 12 meses após a cessação do benefício, sendo o empregador obrigado a continuar recolhendo o FGTS mesmo durante o período de afastamento.

O auxílio acidente está previsto no artigo 86 da lei 8.213/91⁴, e o artigo 18, §1º da lei 8213/91 dispõe que “Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, II, VI e VII do art. 11 desta Lei⁵.”

O auxílio acidente é o único benefício previdenciário com natureza exclusivamente indenizatória, não se destinando a substituir a remuneração do segurado, e sim servir de acréscimo aos seus rendimentos, em decorrência de um infortúnio que reduziu a sua capacidade

⁴ Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, conforme situações discriminadas no regulamento.

⁵ Empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso e segurado especial

laborativa (AMADO, 2018, p. 482).

O auxílio acidente “[...] será devido, a contar do dia seguinte ao da cessação do auxílio doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada a sua acumulação com qualquer aposentadoria, salvo direito adquirido” (KERTZMAN, 2019, p. 414).

E somente será concedido quando “[...] após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia [...]” (AMADO, 2018, p. 483).

A renda mensal corresponderá a “[...] 50% do salário de benefício que deu origem ao auxílio doença do segurado, corrigido até o mês anterior ao do início do auxílio acidente, e será devido até a véspera de início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado” (KERTZMAN, 2019, p. 414).

Já o auxílio-doença previdenciário é concedido nos casos em que a doença ou lesão não possui nexos causal com o trabalho, possui, em regra, período de carência de 12 meses, não gera estabilidade no emprego e o recolhimento do FGTS pelo empregador não é obrigatório no período. Nas palavras de KERTZMAN “o auxílio doença é o benefício devido ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos” (KERTZMAN, 2019, p. 401). Sua previsão legal encontra respaldo entre os artigos 59 a 63 da Lei nº 8.213/1991, e todos os segurados do RGPS fazem jus ao benefício.

Considerando que em caso de doença que cause incapacidade temporária para o exercício de atividades laborativas, seria possível a concessão de auxílio-doença previdenciário em casos de contaminação pelo coronavírus, em razão das limitações físicas ocasionadas pelos seus sintomas.

O empregado com suspeita ou confirmação de contaminação por coronavírus deverá, obrigatoriamente, se afastar de suas atividades, caso não seja possível o teletrabalho. Em regra, os primeiros 15 dias de afastamento serão remunerados pelo empregador, e somente a partir do 16º dia de inatividade (afastamento do trabalho), é que o INSS poderia conceder auxílio-doença ao segurado, desde que o laudo médico atestasse a necessidade de afastamento das atividades profissionais por período superior a quinze dias.

Considerando que a OMS e a Lei 13.979 dispõe que as pessoas que realizarem o teste e confirmarem a contaminação deverão permanecer isolados por pelo menos 14 dias, período inferior ao necessário para o recebimento de auxílio-doença pelo INSS, caso não haja

prolongamento do período de afastamento, não haveria razão nem fundamento para concessão do benefício.

Além disso a Lei Federal n. 13.979/2020 prevê que casos de isolamento por 14 dias e quarentena serão considerados falta justificada, sendo de responsabilidade do empregador arcar com a remuneração do empregado, proibido qualquer desconto.

No entanto, se o empregador também contribui com o INSS de seu empregado, não haveria impedimento para que o mantivesse apenas durante os 15 primeiros dias e, após isso, acionasse o auxílio-doença do INSS.

Desse modo, o empregador pode defender que somente arcará com a manutenção do empregado isolado ou em quarentena durante os 15 primeiros dias, sendo que, após isso, ficará a cargo do INSS a concessão do auxílio-doença.

Não há, portanto, até que seja regulamentado por meio próprio, obrigação para o INSS pagar os 15 primeiros dias de auxílio-doença em caso de coronavírus, dependendo ainda de aprovação de um projeto de lei pelo Congresso Nacional ou de edição de medida provisória pelo Presidente da República.

Com relação à eventual concessão de auxílio-doença acidentário, entende-se que seria possível para os profissionais da área da saúde que contraíssem o vírus durante o exercício de suas atividades, receber o referido benefício, desde que restasse comprovado o nexo causal.

Já para os demais trabalhadores (profissionais não ligados à área da saúde, mas que acreditam ter contraído o vírus no ambiente de trabalho), seria complicado a comprovação do nexo causal, dificultando a concessão do benefício na modalidade acidentária.

2.4. Suspensão da prova de vida

A “prova de vida” anual é um procedimento obrigatório realizado pelo INSS como requisito para a continuidade do pagamento de benefícios previdenciários, evitando a prática de fraudes, impedindo que outros continuem recebendo o benefício em nome de pessoas já falecidas. O procedimento é realizado no banco em que o segurado recebe o benefício ou no INSS.

Em razão da pandemia do coronavírus, o INSS publicou a Portaria n. 373/2020, determinando a suspensão por até 120 (cento e vinte) dias da necessidade de comprovação de vida, evitando que os segurados beneficiários, em sua maioria idosos, se desloquem para a realização do ato, prevenindo a transmissão da doença.

Durante o referido período, não haverá bloqueio do benefício, impedindo, temporariamente, a suspensão e a cessação por falta de comprovação de vida.

2.5. Antecipação do 13º (décimo terceiro) salário dos benefícios

Buscando reduzir os impactos econômicos e sociais da doença, o Ministério da Economia anunciou que irá adiantar as parcelas do 13º (décimo terceiro) salário de aposentados e pensionistas do INSS (art. 34 e seguintes da MP 927/2020). A primeira parcela será paga em abril e a segunda em maio. Normalmente, tais valores seriam pagos somente em agosto e dezembro, respectivamente.

Com a medida, o governo federal pretende auxiliar financeiramente essa parcela da população considerada mais vulnerável. Além disso, a medida também estimulará a economia, já tão afetada pela pandemia.

2.6. Manutenção da qualidade de segurado

Em relação à qualidade de segurado das pessoas contaminados (e isolados) pelo Coronavírus (COVID-19), a Lei nº 8.213/91 prevê sua manutenção por até 12 meses após a segregação, perceba:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

[...]

III – até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

Portanto, tratando de segurado do INSS contaminado pelo novo vírus, e que tenha a necessidade de isolamento/quarentena, manterá sua qualidade de segurado por todo o período em que estiver compulsoriamente isolado, estendendo-se por 12 (doze) meses após a segregação.

3 BENEFÍCIO EMERGENCIAL E AS MUDANÇAS NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC

Como parte do programa de socorro às famílias que passam por situação de vulnerabilidade social durante a pandemia do Coronavírus, o governo Federal sancionou (com veto parcial) projeto de Lei oriundo da Câmara dos Deputados através do Projeto de Lei Nº 9.236/2017 de autoria do Deputado Eduardo Barbosa – MG, com emenda do Deputado Marcelo Aro- MG que concede auxílio emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para trabalhadores informais de baixa renda e até R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) por família, a ser concedido durante a pandemia do novo coronavírus. O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados, no último dia 26 de março, e foi, imediatamente, encaminhado para o Senado Federal.

Já o Senado aprovou a matéria no dia 30 de março, através de uma votação inédita por meio de telepresencial, onde o PL 1.066/2000 que altera a Lei nº 8.742/1993, e dispõe sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social, para fins de elegibilidade ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

O projeto de Lei aprovado no Congresso prevê alteração na lei que concede Benefício de Prestação Continuada – BPC (Lei nº 8.742/1993), que foi recentemente alterada pela Lei nº 13.981, de 2020), com destaque para o seguinte dispositivo que cria um marco temporal (31 de dezembro) para transição da aferição da renda máxima per capita para concessão do benefício e a não contabilização dos valores auferidos com o BPC de um idoso ou deficiente para a concessão de outro beneficiário.

Art. 1º A Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 20. [...]”

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja:

I - igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, **até 31 de dezembro de 2020;**

II - igual ou inferior a 1/2 (meio) salário mínimo, **a partir de 1º de janeiro de 2021.**

§ 14. O benefício de prestação continuada ou o benefício previdenciário no valor de até um salário mínimo concedidos a idoso acima de 65 anos de idade ou pessoa com deficiência não será computado, para fins de concessão do Benefício de Prestação

Continuada, a outro idoso ou pessoa com deficiência da mesma família, no cálculo da renda a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 15. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos nesta Lei.”

Contudo, preocupado com o alcance da crise econômica causada pelas medidas de contenção do coronavírus, o PL criou uma exceção à aplicação do aludido marco temporal, antecipando a regra prevista no inciso II do art. 20 durante o período de do estado de calamidade pública previsto pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública.

Ainda em razão dos efeitos do coronavírus, foi criado um auxílio emergencial para uma parcela da população que não conseguem prover seu sustento econômico em razão da impossibilidade de exercer suas atividades habituais por medidas de contenção social. Por reflexo do fechamento de parte do comércio, atividades artísticas, proibição de aglomerações em espaços públicos e fechados e por não ter renda fixa ou mesmo encaixar-se nas exigências para concessão do BPC ou outros benefícios previdenciários.

Nesse sentido, o Senado aprovou o auxílio emergencial de R\$ 600 (seiscentos reais) para trabalhadores informais de baixa renda, a ser concedido durante a pandemia do novo coronavírus, com duração prevista, a princípio, de três meses, podendo ser prorrogada a depender das medidas adotadas pelo governo.

O benefício tem como público de destino os cidadãos maiores de idade (18 anos), sem emprego formal, mas que estão na condição de trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI) ou contribuintes da Previdência Social. Também é necessário ter renda familiar mensal inferior a meio salário mínimo per capita (R\$ 522,50 – quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta centavos) ou três salários mínimos (R\$ 3.135,00 – três mil, cento e trinta e cinco reais) por família e não ser beneficiário de outros programas sociais ou do seguro-desemprego. Para o cálculo da renda familiar serão considerados todos os rendimentos dos membros que moram na mesma residência, menos o dinheiro recebido via Bolsa Família. A renda média será verificada por meio do CadÚnico para os trabalhadores que são inscritos na plataforma. Já no caso dos cidadãos que não fazem parte do CadÚnico, a comprovação será feita por meio de uma autodeclaração em plataforma digital, que ainda não foi detalhada pelo governo

Para cada família beneficiada, a concessão do auxílio ficará limitada a dois membros, de modo que cada grupo familiar poderá receber até R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Os benefícios do Bolsa Família são os únicos que não excluem a possibilidade de receber o auxílio aprovado.

Nesse caso, quando o valor do auxílio for mais vantajoso para uma família inscrita no programa Bolsa Família, o auxílio o substituirá automaticamente enquanto durar essa distribuição de renda emergencial.

A Instituição Fiscal Independente (IFI) do Senado estima que o auxílio emergencial vai beneficiar diretamente 30,5 milhões de cidadãos - cerca de 14% da população do país, segundo os dados mais recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). E a estimativa de seu custo é de R\$ 59,9 bilhões em 2020, equivalente a 0,8% do Produto Interno Bruto (PIB) do país no ano passado.

Para concessão do auxílio emergencial o cidadão terá que comprovar os seguintes requisitos: Ser maior de 18 anos de idade; Não ter emprego formal; Não receber benefício previdenciário ou assistencial, seguro-desemprego ou de outro programa de transferência de renda federal que não seja o Bolsa Família; Ter renda familiar mensal de até meio salário mínimo (R\$ 522,50) por pessoa ou renda familiar mensal total da família de até três salários mínimos (R\$ 3.135,00); Não ter recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 em 2018.

O interessado também deve se enquadrar em uma dessas condições: Atuar na condição de microempreendedor individual (MEI); Ser contribuinte individual ou facultativo do Regime Geral de Previdência Social (RGPS); Atuar como trabalhador informal inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do governo federal (CadÚnico); Se não pertencer a nenhum cadastro, cumprir no último mês o requisito de renda familiar mensal por pessoa de até meio salário mínimo ou renda familiar mensal total de até três salários mínimos.

O projeto recebeu várias emendas de senadores para que o auxílio fosse estendido a categorias profissionais vulnerabilizadas pela crise, como taxistas, pescadores artesanais, agricultores familiares e catadores, dentre outros. Mas o Senado preferiu rejeitar todas as propostas para evitar que o projeto precisasse voltar para a Câmara, podendo ser incorporadas a projetos que tramitam no Senado e que também tratam de programas de renda mínima, como é o caso do PL 873/2020, do senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP).

Em que pese a proposta inicial da equipe econômica do governo tenha sido a apresentação de um valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) para cada cidadão, e após duras críticas da sociedade, da oposição e da imprensa o valor tenha oscilado entre quinhentos e seiscientos reais, o governo federal acabou sancionando o projeto. Houve veto apenas parcial ao projeto aprovado no Congresso, no que dizia respeito a ampliação do BPC pela antecipação das regras de aferição de renda. Também houve veto quanto a necessidade de manutenção e fiscalização dos critérios que ensejariam a concessão do auxílio, sob justificativa que haveria grande dispêndio de análise por

parte do governo para um curto período de tempo. E, por fim, vetou uma questão formal quanto ao procedimento de pagamento, sendo necessário que o pagamento seja realizado através de instituições bancárias oficiais.

A lei sancionada ainda passará sob análise do Congresso quanto à discussão dos vetos, e ainda carece de regulamentação por meio de Decreto do governo a fim de definir procedimentos de operacionalização de identificação dos beneficiários, procedimentos de pagamento e órgãos responsáveis pela análise e operacionalização dos benefícios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos que todas as medidas adotadas pelos Poderes constituídos têm como o enfrentamento e superação da maior crise sanitária já vivida pela humanidade, e que todo o esforço deve ser complementado pela sociedade, cumprindo à risca as recomendações das autoridades de saúde e organismos internacionais.

Temos muito que aprender com outros países no tocante ao olhar social para essa crise que possui reflexos econômicos e sociais inimagináveis mas com perspectivas difíceis. É preciso adotar uma política de recuperação econômica para salvaguardar os postos de empregos sem sobrecarregar o empregador. Para isso é também preciso a concessão de incentivos econômicos e fiscais para possibilitar que a economia mundial reaja.

Faz-se premente uma maior sinergia entre as unidades federativas (União, Estados, DF e municípios), respeitando suas autonomias, mas colocando as diferenças políticas de lado. A sociedade precisa estar atenta para cobrar das autoridades medidas efetivas mas, ao mesmo tempo, deve se colocar propositiva e ativa perante às condutas que lhe cabem, devendo exercitar a solidariedade e fraternidade para àqueles que mais precisam.

As medidas de isolamento social e cumprimento da quarentena, embora sejam duras e tenham reflexos imensos, parecem ser meio para se evitar um colapso no sistema de saúde que já enfrenta dificuldades para cumprir a necessidade de fornecimento de EPI e aparelhos essenciais para a recuperação dos pacientes diagnosticados com COVID-19. É de se reconhecer que a impossibilidade de deslocamento físico de pessoas, a necessidade de não funcionamento de empresas, afetará sobremaneira a economia do País, já debilitada pelos recentes números disponibilizados.

Entendemos que atividades essenciais devem ser retomadas progressivamente e com adoção de práticas sanitárias e de prevenção. Os trabalhadores contemplados com os benefícios e medidas

adotadas pelas autoridades devem saber enfrentar este momento de dificuldade, e o governo manter o olhar social em respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 9^a. ed. Salvador: Juspodivm, 2018

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

_____. **Decreto 7.257, 04 de agosto de 2010**. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm, Acesso em: 01 mar.2020.

_____. **Lei complementar 101**, 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 31 mar. 2020

_____. **Lei 13.979, 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 31 mar. 2020

_____. **Ministério da saúde**. Disponível em: <http://www.saude.gov.br> .Acesso em: 30 de março de 2019

_____. **Senado Federal**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/30/coronavirus-senado-aprova-auxilio-emergencial-de-r-600>. Acesso em: 01 de abril de 2020

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 16^a. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

REIS. Samara Nidiane Oliveira. **As consequências da pandemia da Covid-19 (Coronavirus) para a economia brasileira e a previdência social.** Disponível em: <http://oabms.org.br>, Acesso em 30 mar 2020.

**RESPONSABILIDADE JURÍDICA E SOCIAL DO CIRURGIÃO-DENTISTA NO
ATENDIMENTO DE VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM
TEMPOS DE COVID-19**

**THE DENTIST'S LEGAL AND SOCIAL RESPONSABILITY OF IN THE CARE OF
VICTIMS OF VIOLENCE AGAINST WOMEN IN COVID-19 TIMES**

Maria Luiza Gioster-Ramos¹

Evelin Carine Alves Silva²

Gabriel de Oliveira Silva³

Clemente Maia da Silva Fernandes⁴

Mônica da Costa Serra⁵

RESUMO: O isolamento social causado pela pandemia da COVID-19 resultou no aumento do índice de violência contra mulheres, seja física, psicológica ou emocional, sendo a maior prevalência de origem doméstica. Programas de Atenção à Violência formam conjunto de serviços de saúde pública e atuam como portas de entrada no sistema de saúde. O ordenamento jurídico pátrio determina a obrigatoriedade de comunicação de casos de violência contra a

¹Doutoranda em Odontologia com área de concentração em Biociências, Biomaterias e Materiais Odontológicos pela Faculdade de Odontologia de Araraquara FOAr/UNESP. Mestre em Odontologia com área de concentração em Endodontia pela Faculdade de Odontologia de Araraquara FOAr/UNESP. Especialista em Endodontia pela Faculdade de Odontologia de Sete Lagoas – FACSETE. Especialista em Odontologia Legal pela Faculdade de Odontologia São Leopoldo Mandic. Graduada em Odontologia pela Universidade Federal dos Vales Jequitinhonha e Mucuri. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7002-592X>.

²Doutoranda em Odontologia com área de concentração em Endodontia pela Faculdade de Odontologia de Araraquara. Mestre em Odontologia com área de concentração em Endodontia pela Faculdade de Odontologia de Araraquara. Especialista em Endodontia pelo Grupo de Especialização em Odontologia-GOE. Graduada em Odontologia pela Faculdade de Macapá. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6424-5504>

³Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara - UNIARA. Advogado em São Paulo. Presidente do Conselho-Geral do Instituto de Promoção e Proteção de Direitos Humanos. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6843-4134>

⁴Pós-Doutor em Direito Internacional da Saúde (Universidade de São Paulo -USP). Pós-Doutor em Antropologia Forense (Universidade de Coimbra). Doutor (PhD) em Odontologia Legal (Universidade de São Paulo - USP). Mestre em Prótese Bucomaxilofacial (Universidade de São Paulo - USP). Especialista em Odontologia Legal (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE). Especialista em Cirurgia e Traumatologia Bucomaxilofacial (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Universidade de Pernambuco – UPE). Graduado em Direito (Universidade de Araraquara – Uniara). Graduado em Odontologia (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado e Doutorado) área de Ciências Forenses da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Unesp. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5401-6265>.

⁵Pós-Doutora em Bioética (Universidade Complutense de Madri). Pós-Doutora em Direito Internacional da Saúde (Universidade de São Paulo -USP). Pós-Doutora em Antropologia Forense (Universidade de Coimbra). Doutora (PhD) em Odontologia (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Unesp). Mestre em Odontologia (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Unesp). Especialista em Odontologia Legal (Federal de

mulher pelos profissionais da saúde. O cirurgião-dentista apresenta papel fundamental neste momento de pandemia, para identificação, acolhimento e encaminhamento de vítimas. Este estudo analisa a responsabilidade jurídica e social do cirurgião-dentista neste contexto.

Palavras-chave: Violência contra a mulher, violência doméstica, cirurgião-dentista frente a violência, responsabilidade jurídica, políticas de violência contra a mulher.

ABSTRACT: The social isolation caused by the COVID-19 pandemic resulted in an increase in the rate of violence against women, whether physical, psychological or emotional, with the highest prevalence being of domestic origin. Violence Care Programs form a set of public health services and act as entry points into the health system. The Brazilian legislation determines the mandatory reporting of cases of violence against women by health professionals. The dentist plays a fundamental role in this pandemic moment, for the identification, reception and referral of victims. This study analyzes the legal and social responsibility of the dentist in this context.

Keywords: Violence against women, domestic violence, dental surgeon in the face of violence, legal responsibility, violence against women policies.

INTRODUÇÃO

O governo brasileiro, no dia 7 de fevereiro de 2020, sancionou a Lei de Quarentena, nº 13.979, que dispõe sobre as medidas a serem adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus (BRASIL, LEI 13.979, 2020), o que permitiu que autoridades tivessem autonomia para adotar medidas como isolamento, quarentena, realização de exames médicos e laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, a fim de combater a proliferação da doença (CASACA et al., 2020, p.3450).

As restrições sociais impostas em resposta à situação de pandemia pela COVID-19 resultaram em isolamento social de todas as populações mundiais, porém o impacto sobre aqueles com problemas de saúde mental pré-existentes e pessoas vulneráveis foi ainda maior (HOLMES et al., 2020, p.548). O isolamento social prolongado aumentou drasticamente o índice de violência contra a mulher (MARTINS et al., 2020, p. 5), sejam as lesões físicas, psicológicas e emocionais,

Odontologia – CFO). Graduada em Direito (Universidade de Araraquara – Uniara). Graduada em Letras (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”– Unesp). Graduada em Odontologia (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”– Unesp). Professor Associado da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”– Unesp. Coordenadora da área de Ciências Forenses do Programa Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado e Doutorado) da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”– Unesp. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8820-2982>

que agora se tornaram ainda menos visíveis, oferecendo às vítimas menos opções para buscar ajuda (OLDING et al., 2021, p.10).

A violência sofrida pelo parceiro íntimo representa um problema grave e de alta prevalência, sendo um problema de saúde pública mundial que pode ser evitável com a maior divulgação e capacitação dos profissionais que atendem essa demanda (MOREIRA; COSTA, 2020, p.1). Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS, 2013), em todo mundo, 35% das mulheres experimentam violência sexual e 30% de todas as mulheres que estiveram em um relacionamento sofreram violência física e/ou sexual pelo parceiro íntimo.

As mulheres que sofreram violência física ou sexual estão duas vezes mais propensas a terem um aborto, maiores chances de terem depressão, alcoolismo, e 1,5 mais vezes de contrair o vírus HIV. Em todo o mundo, até 38% dos feminicídios são cometidos por parceiros íntimos, e no Brasil houve um aumento de até 300% de feminicídios nos estados no primeiro trimestre de 2020 em relação ao mesmo período de 2019 (OKABAYASHI et al., 2020, p.4513).

De acordo com a Declaração sobre Eliminação da Violência contra a Mulher da Organização das Nações Unidas de 1993, define-se violência contra a mulher (VCM) como toda forma de violência quando o ato está baseado no gênero, que resulte em sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, incluindo ameaças como, coerção ou privação de sua liberdade individual. Segundo a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 conhecida como Lei Maria da Penha, trata-se de toda ação ou omissão baseada em gênero que cause a morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral e/ou patrimonial em âmbito familiar, doméstico, ou quando perpetrada por parceiro íntimo. A VCM gera enorme repercussão na saúde, não somente sobre as vítimas de fato, como em familiares envolvidos e também sobre os serviços de saúde, exigindo do setor público e dos profissionais de saúde ações que visem minimizar suas consequências, de forma que é preciso garantir às mulheres um acesso à justiça que crie a real possibilidade de demandar proteção judicial que seja capaz de atender aos seus reais anseios (CAMPOS; RIBEIROS, 2020, p.19).

Os cirurgiões-dentistas são considerados como “linha de frente” para observar e identificar lesões na cabeça, olhos, orelhas, pescoço, rosto, boca e dentes, como também equimoses, queimaduras e marcas de mordidas, que são ferimentos que sugerem agressão. Quando a VCM envolve agressão física, a face é o principal alvo, fato este confirmado por alguns estudos que constatarem que entre 65% e 95% das agressões envolvem traumas na região da face (OCHS; NEUENSCHWANDER; DODSON, 1996, p.758; BOYES; FAN, 2020, p.185). O cirurgião-dentista, outros profissionais de saúde odontológica, e especialidades como cirurgia e traumatologia bucomaxilofacial têm um papel significativo a desempenhar na identificação de possíveis vítimas (COULTHARD;

WARBURTON, 2006, p.611). Mas, como a maioria dos países reduziram os atendimentos odontológicos para evitar a transmissão do vírus SarCov-19 e passaram a liberar apenas procedimentos odontológicos de urgência (COULTHARD, 2020, p.95; COULTHARD, 2020b, p.503), essa identificação de vítimas ficou prejudicada.

O presente trabalho analisa a responsabilidade jurídica e social do cirurgião-dentista no atendimento de vítimas de violência contra a mulher em tempos de pandemia da COVID-19.

1 PERFIL EPIDEMIOLÓGICO E FATORES DE RISCO

Saber qual o perfil epidemiológico e os fatores de risco das vítimas ajuda em um melhor entendimento das agressões contra as mulheres. Um dos fatores mais relevantes nos casos de VCM é o histórico de agressões pregressas, especialmente durante os anos de formação da mulher. O baixo status socioeconômico e o desemprego (MENEGHEL; PORTELLA, 2017, p.3081; TURK et al., 2017, p.2; BARBOSA et al., 2019, p.4; DURAN; ERASLAN, 2019, p.54; GULATI; KELLY, 2020, p. 101594; THULIN et al., 2020, p.5), a reduzida escolaridade (MENEGHEL; PORTELLA, 2017, p.3081; TURK et al., 2017, p.2; DURAN; ERASLAN, 2019, p.54; MILLER; MCCAW, 2019, p.851; OKABAYASHI et al., 2020, p.4513), como também a existência de transtornos mentais preexistentes (BARNAWI, 2017, p.1172; GULATI; KELLY, 2020, p. 101594) foram associados a um risco aumentado de abuso.

A maior prevalência das agressões ocorridas contra a mulher é de origem doméstica 26,6 % (DURAN; ERASLAN, 2019, p.54), 55,7% (BARBOSA et al., 2019, p.4), 66% (HAJNASIRI et al., 2016, p.4), 83,3% (TURK et al., 2017, p.2). Quanto ao local em que as agressões ocorrem, verificou-se que a maioria das vítimas residia na zona urbana 51% (KALOKHE et al., 2017, p.499), 68,2% (BERNARDINO et al., 2017, p.3036), e o ato ocorreu dentro do próprio domicílio 43% (BARBOSA et al., 2019, p.4), 65,6% (OKABAYASHI et al., 2020, p.4513), 85% (WHITEHEAD, DAWSON; HOTTON, 2020, p.3), cometido pelo parceiro ou conhecido da vítima (BERNARDINO et al., 2017, p.3036; WHITEHEAD, DAWSON; HOTTON, 2020, p.3), e foi mais frequente no período da noite e fins de semana (BERNARDINO et al., 2017, p.3036; BARBOSA et al., 2019, p.4).

A idade média das vítimas correspondeu ao período reprodutivo da mulher, que vai de 15 a 49 anos (BERNARDINO et al., 2017, p.3036; TURK et al., 2017, p.2; BARBOSA et al., 2019, p.4; DURAN; ERASLAN, 2019, p.55; OKABAYASHI et al., 2020, p.4513); o estado civil variou entre casada 86% (BARNAWI, 2017, p.1172), em união estável (40%) (BOTH; FAVARETTO; FREITAS, 2019, p.6) e solteira (48,4%) (BARBOSA et al., 2019, p.4), 57,9% (BERNARDINO

et al., 2017, p.3036). As vítimas possuíam pelo menos um filho (BARNAWI, 2017, p.1172; BERNARDINO et al., 2017, p.3036) com o agressor, o que também foi o principal motivo para as mesmas não o denunciarem por receio de os filhos tornarem-se órfãos (DURAN; ERASLAN, 2019, p.54), a mulher negra foi a mais acometida (MENEGHEL; PORTELLA, 2017, p.3081; OKABAYASHI et al., 2020, p.4513).

2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

De acordo com Instituto Brasileiro de Direito de Família (2020), no Brasil foram registrados 648 casos de feminicídio no primeiro semestre de 2020 com motivação relacionada ao gênero, representando um aumento de 1,9% em comparação com o mesmo período do ano anterior, o que pode ser justificado pela implementação do isolamento social como forma de contenção da pandemia atual. Diante do aumento do número de casos de agressão durante este período, o Governo Federal elaborou uma portaria nº 38 (BRASIL, 2020) com orientações para o atendimento de vítimas pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS) com o objetivo de garantir proteção a violência de gênero doméstica e familiar, permitindo o serviço de atendimento.

O Ministério da Saúde, em associação a gestores e profissionais, elaborou a Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências do Sistema Único de Saúde, com o intuito de fornecer diretrizes e atividades no âmbito da saúde. Segundo Malta et al. (2007, p.142), essa Política apresenta como o objetivo lidar com a violência em suas variadas formas de expressão: agressão física; abuso sexual; violência psicológica; e violência institucional, considerando a violência como um problema de Saúde Pública, atuando de forma conjunta com o Sistema de Informações sobre Mortalidade e o Sistema de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde.

No ano de 2005 originou-se a estruturação de um Sistema de Vigilância de Violências e Acidentes em Serviços Sentinela pela Secretária de Vigilância em Saúde, visando conhecer a magnitude da violência a partir do atendimento pré-hospitalar e propor ações de prevenção e promoção da saúde articulando a vigilância à rede de atenção e proteção. O sistema foi concebido com dois componentes: os inquéritos periódicos e a notificação de violências, e em 2009 foi incorporado à notificação compulsória de violências registrada no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), com o objetivo de ampliar a notificação de violência.

Diante da incorporação no SINAN, a notificação de uma violência de gênero no âmbito da Saúde é realizada através do preenchimento da ficha de notificação e posterior inclusão no sistema de

vigilância epidemiológica. O preenchimento da ficha de é considerado essencial para análise epidemiológica e operacional, tendo como responsabilidade oferecer informações para o diagnóstico de situação, como subsídio às ações de enfrentamento das violências (DELZIOVO et al. 2018, p.3). Minayo et al. (2018, p.2008) constataram que em seis anos o número de municípios notificantes cresceu 370% e o percentual de notificações de violência doméstica, sexual e/ou outras violências aumentou 343% através do SINAN.

No ano de 2013 foi sancionada a lei que determina o atendimento obrigatório integral e imediato no Sistema Único de Saúde (SUS) a vítimas de violência sexual, o qual deve assegurar a atenção de forma humanizada e respeitosa, com ações como acolhimento, apoio psicológico e profilaxias para evitar doenças sexualmente transmissíveis (DST) às mulheres (BRASIL, 2013).

Os Programas de Atenção à Violência integram um conjunto de serviços de saúde pública e são uma das principais portas de entrada no sistema de saúde, para o atendimento de casos de violência, em especial aqueles ocorridos no âmbito doméstico e intrafamiliar (BANDEIRA, 2014, p.450). Minayo e Assis (2017, p.595) comprovam o elevado número de trabalhos que retratam o atendimento às pessoas em situação de violência nas estratégias de saúde da família, ambulatórios e centros especializados. De forma que o sexo feminino apresenta o maior número de atendimentos em relação a todas as violências, exceto a do trabalho infantil. A intensidade da vitimização feminina se expressa, sobretudo, na violência sexual, que chega a ser 6,5 vezes maior do que a masculina, e na violência psicológica/moral, que é 5 vezes maior no sexo feminino, o que também acontece em relação à tortura e ao abuso financeiro/econômico que são, cada um, cerca de 4 vezes maior no sexo feminino, comparado ao masculino. Isto deve resultar, em relação à violência contra a mulher, na avaliação e intervenção com vítimas de abuso sexual (SANTOS; FONSECA, 2019, p.162).

Diante disso, é evidenciada a necessidade de uma atuação de prevenção e tratamento de base interdisciplinar, multiprofissional, intersetorial e socialmente engajada, reconhecendo a emergência atual.

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A OBRIGATORIEDADE DE COMUNICAÇÃO DE CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PELOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE

O principal diploma normativo brasileiro a tratar especificamente sobre formas de coibir a violência familiar e doméstica contra a mulher é a Lei nº 11.340 de 2006 (BRASIL, 2006), popularmente conhecida como Lei Maria da Penha (MARTINS et al., 2020, p.5). A edição desta

lei foi um grande passo para o combate da violência contra a mulher em território nacional, mas só foi possível graças à perseverança e combatividade de uma vítima. Maria da Penha Maia Fernandes precisou recorrer à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão protetivo da Organização dos Estados Americanos, para que o Estado brasileiro adotasse providências de ordem individual e coletiva de forma a combater com maior efetividade tal espécie de violência, e garantir o mínimo de direitos humanos às vítimas. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001). Somente após o relatório da CIDH que reconheceu a ausência de proteção por parte da República Federativa do Brasil, houve a edição e aprovação da Lei nº 11.340 de 2006.

É importante ressaltar, contudo, que a Constituição Federal já previa a obrigação de o Estado assegurar assistência à família, expressamente determinando a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Além de definir o conceito de violência familiar e doméstica contra a mulher, a Lei Maria da Penha estabeleceu procedimentos específicos, que vão desde medidas de prevenção até medidas protetivas, passando pela assistência multidisciplinar como direito da vítima.

Com o avanço da pandemia da COVID-19 no Brasil, foi publicada a Lei nº 13.979 de 2020 (BRASIL, 2020), que instituiu mecanismos de combate à doença, estabelecendo a possibilidade de medidas como o isolamento ou quarentena compulsórios. Para as vítimas de violência familiar ou doméstica, contudo, a permanência em residência com seu agressor é, evidentemente, prejudicial. Por essa razão, a Lei nº 14.022 de 2020 (BRASIL, 2020) previu expressamente a impossibilidade de interrupção ou suspensão do atendimento presencial de mulheres em situação de violência, principalmente em casos que envolvem delitos mais graves, estabelecendo procedimento próprio e adaptado à situação de pandemia pela qual o Brasil atravessa.

Assim, a legislação brasileira deixou clara a indispensabilidade dos serviços de atendimento de vítimas de violência, não podendo o Poder Público deixar de receber tais pessoas sob o pretexto da situação de pandemia.

Todas essas medidas específicas de combate à violência são, além de um dever constitucional do Estado brasileiro, consequências do compromisso assumido internacionalmente. Isso porque o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994). Tal tratado internacional tem natureza cogente, possuindo status supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. O texto do diploma internacional prevê a

obrigatoriedade dos Estados Partes em adotar, progressivamente, medidas específicas para combater a violência contra a mulher, inclusive aquelas necessárias para promover o conhecimento sobre o tema, modificar padrões sociais e culturais de condutas e prestar serviços especializados e apropriados à mulher sujeita a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado.

Dessa forma, é obrigação dos profissionais da saúde que possam eventualmente lidar com mulheres vítimas de violência familiar e doméstica, adotar procedimentos apropriados, inclusive no setor privado. No contexto de pandemia, a atenção destes profissionais deve ser redobrada, considerando o agravamento da situação de convívio com o agressor, sendo esta uma responsabilidade. Godinho (2018, p.78) entende que, na categoria jurídica, a responsabilidade tem a vocação de agrupar vários tipos de obrigações de responder por um fato, por um comportamento ou por uma situação perante a justiça e de assumir as respectivas consequências.

Conforme a Lei nº 10.778 de 2003 (BRASIL, 2003), casos em que houver indícios ou confirmação de violência contra a mulher atendidos em serviços públicos e privados devem, obrigatoriamente, ser objeto de notificação compulsória à autoridade competente. A obrigação recai sobre pessoas físicas ou jurídicas (entidades públicas ou privadas), tem caráter sigiloso e devem ser enviados à autoridade policial em, no máximo, vinte e quatro horas, sob pena de infração à legislação referente à saúde pública e sem prejuízo de sanções penais.

Entretanto, apesar de a lei trazer observação quanto às sanções penais cabíveis em caso de não comunicação de suspeita ou confirmação de violência doméstica, inexistente crime específico que preveja pena ao profissional da saúde no caso de vítimas mulheres. Por outro lado, a Lei de Contravenções Penais tem como tipo deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação pública de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal. A infração prevê aplicação de multa.

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, declarou a constitucionalidade da ação pública incondicionada mesmo das lesões corporais leves e culposas quando cometidas no contexto de violência familiar e doméstica contra a mulher (BRASIL, 2012). Isso porque é obrigação do Estado a proteção integral da mulher vítima de violência, existindo verdadeira proteção deficiente caso fosse necessária a representação da vítima para o início da ação penal.

Portanto, o profissional da saúde que tenha a confirmação, ou mesmo a suspeita, de que sua paciente foi vítima de violência doméstica ou familiar, tem a obrigação legal de comunicar a autoridade competente, independentemente da vontade da própria vítima, sob pena de responder por ilícito civil e contravenção penal.

4 O CIRURGIÃO-DENTISTA E O ATENDIMENTO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Em casos de violências que envolvam tipos de agressão física, a cabeça, o pescoço e a face são os principais alvos (OCHS; NEUENSCHWANDER; DODSON, 1996, p.758; BOYES; FAN, 2020, p.185). No entanto, a maioria do cirurgiões-dentistas (CD) não está ciente da forte relação entre lesões de cabeça e pescoço e possível abuso. O CDs, por atuarem predominantemente nessa região, podem ser os primeiros a identificar quaisquer sinais de violência sexual, tendo oportunidade única de dialogar com seus pacientes sobre VCM (TURK et al., 2017, p.2).

A vergonha que as mulheres têm em denunciar uma agressão por parte do seu parceiro, somada à falta de meios educacionais, e à falta de acesso à informação e à proteção, culminam em agressões recorrentes, que são relatadas apenas quando a mulher atinge seu limite de frustração (BOTH; FAVARETTO; FREITAS, 2019, p.6). Muitas mulheres, quando em relacionamentos abusivos, evitam procurar atendimento médico, mas as consultas odontológicas são frequentemente mantidas. Na consulta odontológica geralmente as vítimas de abuso estão desacompanhadas, e caso estejam acompanhadas, sob o artifício de pedir para o parceiro ir à recepção preencher documentos, a vítima pode ficar a sós com a equipe de saúde bucal, e assim o CD tem uma chance de arguir sobre as lesões, e identificar se houve VCM (COULTHARD, 2020, p.295).

Isso coloca os cirurgiões-dentistas e profissionais da odontologia em posição de destaque para identificar vítimas de abuso e para conscientizar esses pacientes sobre os recursos existentes para proteção de vítimas e / ou realocação para um ambiente seguro (COULTHARD, 2020, p.295). As lesões na região maxilofacial incluem dentes ou mandíbula fraturados, dentes perdidos, lesão facial, trauma de língua e lábio (COULTHARD, 2020, p.95), equimoses, marcas de mordida, olho de guaxinim entre outros. Um exame de rotina de cabeça, do pescoço e da cavidade oral, realizado por um CD devidamente treinado, pode revelar tais sinais de agressão (NELMS et al., 2009, p.493).

Um dos principais obstáculos para lidar com a VCM é o despreparo e a formação inadequada dos profissionais de saúde, que são focados no modelo curativo e pouco humanizado, não estando preparados para identificar, acolher e encaminhar casos de VCM, o que demonstra a falta de cuidado dos serviços de saúde em habilitar profissionais para lidar com essa questão tão

importante e recorrente na sociedade (DE SOUZA; CINTRA, 2018, p.55). Em muitos casos, quando a violência é percebida pelos profissionais, é comum que o fato seja ignorado e apenas seja realizado o procedimento curativo. Ao identificar qualquer indício de agressão, o CD deve questionar a origem dos ferimentos e sobre questões sociais da paciente, para que ela se sinta acolhida e revele o real motivo dos seus ferimentos. A omissão frente a sinais de agressão pode ser interpretada como violência institucional, visto que os profissionais não trabalham no sentido de romper o ciclo de violência ao qual a paciente está sujeita, contribuindo para a continuidade da opressão feminina (VIEIRA et al., 2013, p.686).

A abordagem mais citada para simplificar o papel do CD é o AVDR: perguntar, validar, documentar e referenciar (BARBOSA et al., 2019, p.4; DURAN; ERASLAN, 2019, p.54; GULATI; KELLY, 2020, p. 101594). O tutorial AVDR é uma maneira simples, rápida e eficaz de aumentar o conhecimento e a consciência de VCM entre os profissionais de saúde bucal. O processo AVDR envolve: perguntar ao paciente sobre a lesão ou incidente; fornecer mensagens de validação de que o espancamento é errado e não é culpa da vítima em nenhuma circunstância; documentar sinais, sintomas ou qualquer forma verbal que o paciente tenha mostrado ou dados nos registros do paciente por escrito e com quaisquer fotos; e encaminhar as vítimas a um especialista em VCM, o que inclui conselheiros, autoridades ou abrigos. (HSIEH et al., 2006, p.595).

Se houver sinais sugestivos de VCM, o CD deve fazer perguntas diretas e específicas (COULTHARD; WARBURTON, 2007, p.645). Perguntas como: Como conseguiu seu ferimento? Seu ferimento foi causado por alguém que você conhece? Seu parceiro parece muito preocupado e ansioso com você? Você já sentiu medo de seu parceiro ou de outras pessoas próximas a você? O seu parceiro costuma perder a paciência com você? Se sim, o que acontece? Uma abordagem alternativa é perguntar a todas as mulheres que procurem atendimento odontológico sobre violência doméstica, após treinamento para investigação de rotina, sendo o momento mais apropriado para perguntar durante o questionamento dos dados da história social da paciente (COULTHARD; WARBURTON, 2007, p.645).

Quando a mulher afirma que sofreu algum tipo de violência por parte do parceiro, é essencial que o a resposta dos profissionais de saúde seja simpática, acolhedora e não de julgamento, enfatizando que a confidencialidade da consulta será mantida (COULTHARD; WARBURTON, 2007, p.645). A documentação e manutenção de registros têm papel primordial na violência doméstica, especialmente em casos em que o autor da violência está sendo acusado, servindo de provas para ajudar a mulher e /ou seus filhos na obtenção de proteção através de uma liminar ou ordem judicial (COULTHARD; WARBURTON, 2007, p.645). Deve-se registrar a declaração nas próprias palavras do paciente, registrar o nome do agressor, caso seja informado, anotar os

achados físicos pertinentes, fazer um diagrama corporal para documentar as evidências, e utilizar-se de fotografias e radiografias quando indicadas e consentidas (KENNEY, 2006, p. S121).

Após a documentação, a paciente deve ser encaminhada para as centrais de apoio, órgãos competentes e abrigos, e caso não esteja pronta para notificar, um cartão pequeno e discreto com números para pedir ajuda e que possam ser facilmente escondidos pelo paciente, deve ser ofertado. Utilizar pôsteres na sala de espera com um contato de telefone é importante, e serve como um sinal para encorajar os pacientes a divulgarem sua experiência de violência doméstica (COULTHARD; WARBURTON, 2007, p.645). A segurança da vítima e de seus dependentes deve ser sempre avaliada por questionamentos, como perguntando se a mesma tem medo de ir para casa. Pela observação do aumento na gravidade e frequência do abuso recentemente, no caso de já ter havido ameaças de homicídio e/ou suicídio pelo parceiro, se existe ameaça para as crianças, e se existe alguma arma de fogo na casa (KENNEY, 2006, p. S121).

Com a necessidade de isolamento social devido a pandemia da COVID-19 houve redução do acesso aos serviços odontológicos, sendo autorizados apenas serviços de urgência, emergência e teleatendimento (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p.2). Esta redução de acesso diminuiu as possibilidades de contato com um profissional de saúde, e assim um aumento do controle exercido pelo agressor sobre a vítima, e uma redução na busca por atendimento pelo medo de contaminação pelo SARS-CoV-2 (PEREIRA-SANCHEZ et al., 2020, p.e30). Hospitais e centros de saúde em geral estão dando preferência ao atendimento não presencial, com consultas sendo realizadas por telefone ou e-mail, quando possível (PEREIRA-SANCHEZ et al., 2020, p.e30).

Profissionais de saúde devem ser treinados para identificar os sentimentos de seus pacientes e experiências, perguntando sobre suas necessidades e preocupações, avaliando o risco ao fornecer orientação e suporte para a vítima, incluindo referência a serviços especializados (MILLER; MCCAWE, 2019, p.853). Deve se realizar uma exploração cuidadosa da história clínica do paciente para facilitar a detecção de VCM, e em caso de teleatendimento, se certificar de que a conversa seja privada, e que é seguro para a paciente revelar o abuso no momento, sempre iniciando a conversa com um simples pergunta que a resposta seja "sim ou não" Você está sozinha em casa? Tem alguém perto escutando a conversa? (ZERO; GEARY, 2020, p.58). Caso a resposta seja negativa, outro momento para uma chamada pode ser sugerido, lembrando que a situação da conversa pode mudar a qualquer momento, pela chegada do agressor no domicílio (IRISI et al., 2020). Em caso de a paciente estar em perigo imediato, ofereça ligar para os serviços de emergência (COULTHARD, 2020, p.95).

No atendimento odontológico de urgência, se a paciente apresentar lesões múltiplas, estar aparentemente assustada ou excessivamente ansiosa, isso pode sugerir VCM, e perguntas como: Está tudo bem em casa? Você está se sentindo segura? Podem ajudar a paciente a se sentir segura e acolhida para que exponha uma possível agressão (COULTHARD, 2020, p.95). O papel da equipe odontológica é identificar a VCM e encaminhar as pacientes para obter ajuda especializada; não se deve dar conselhos, pois os mesmos podem colocar em risco a vida das pacientes. O consultório odontológico durante a pandemia oferece um lugar seguro para se questionar sobre VCM, já que as pacientes devem ficar desacompanhadas durante as sessões de exame e tratamento como parte da prática de rotina de evitar aglomerações (COULTHARD, 2020, p.295).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O isolamento social foi uma das principais medidas de contenção da pandemia da COVID-19, e com isso as famílias passaram a ter uma convivência maior, fechadas dentro do ambiente domiciliar. Alguns estão trabalhando no modo home office (teletrabalho), outros buscando no mercado informal uma renda de trabalho, muitos perderam totalmente sua fonte de renda e o serviço doméstico aumentou consideravelmente à medida que mais pessoas estão passando mais tempo em casa, amiúde sobrecarregando a mulher, que assume a grande maioria dos afazeres domésticos. Essa mudança na rotina familiar devido ao isolamento fez com que os casais tivessem que manter um maior contato, e com isso a mulher passou a estar mais vigiada e impedida de conversar com familiares e amigos, o que ampliou a margem de ação para a manipulação psicológica e financeira por parte do seu parceiro.

Ao mesmo tempo em que se observa um aumento da violência contra a mulher, houve uma redução nos serviços de apoio às vítimas, e nos serviços de saúde, como o atendimento odontológico, considerado o primeiro contato de uma possível vítima com um profissional da saúde, devido as agressões culminarem em lesões na região de cabeça e pescoço. Também houve um decréscimo na procura por serviços de saúde, devido às vítimas terem do medo de serem contaminadas pelo SARS-CoV-2.

Leis como a de nº 11.340 de 2008 protegem a mulher contra a violência e devem ser amplamente divulgadas e respeitadas.

Os cirurgiões-dentistas exercem papel fundamental neste momento de pandemia, possuindo não somente o dever jurídico de tomar as medidas cabíveis, como também social. Assim, o treinamento adequado para todos os profissionais da odontologia, para a identificação de VCM, o acolhimento e o encaminhamento devem ser implementados durante a formação profissional,

como também após a mesma, por meio de cursos e palestras capacitantes, para que os sinais de violência doméstica possam ser facilmente identificados. Com isto, o profissional poderá conduzir a anamnese ao redor de questões sociais, fazendo a vítima sentir-se acolhida e segura para relatar o que tem sofrido e poder assim ser informada e encaminhada para o serviço competente, como o Sistema de Informação de Agravos de Notificação, evitando que as agressões permaneçam e progridam para um possível feminicídio.

O uso de cartazes informativos sobre o que é considerado abuso sexual, psicológico, financeiro e emocional, contendo números de contato e formas de pedir ajuda nos consultórios, nas recepções de postos de saúde, hospitais e clínicas, deve ser amplamente implementado. Além de mídias sociais informativas sobre a violência doméstica, sobre sua prevalência e suas consequências, que devem ser incentivadas para ajudar na informação de mulheres vítimas desse tipo de violência. Alguns meios foram criados para receber denúncias de VCM, por meio de fotos, vídeos e áudios, que podem ser enviados pela própria vítima, ou por parentes, vizinhos e até desconhecidos, executados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, que lançou plataformas digitais dos canais de atendimento da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, que são: o aplicativo Direitos Humanos BR e o site ouvidoria.mdh.gov.br, que também poderão ser acessados nos endereços disque100.mdh.gov.br e ligue180.mdh.gov.br.

O isolamento social neste momento continua sendo imprescindível para conter a pandemia da COVID-19 no Brasil, mas o Estado, a sociedade e os profissionais de saúde devem ser informados, treinados e mobilizados para garantir às mulheres brasileiras o direito à vida sem violência.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLY, General. United Nations General Assembly, Declaration on the Elimination of Violence Against Women. **United Nations General Assembly**, v. 48, p. 104.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Sociedade e Estado**, v. 29, n. 2, p. 449-469, 2014.

BARBOSA, Kevan Guilherme Nóbrega et al. Epidemiological and spatial characteristics of interpersonal physical violence in a Brazilian city: A comparative study of violent injury hotspots in familial versus non-familial settings, 2012-2014. **PLoS One**, v. 14, n. 1, p. 1-19, 2019.

BARNAWI, Fatima Hamza. Prevalence and risk factors of domestic violence against women attending a primary care center in Riyadh, Saudi Arabia. **Journal of interpersonal violence**, v. 32, n. 8, p. 1171-1186, 2017.

BERNARDINO, Ítalo Macedo et al. Interpersonal violence, circumstances of aggressions and patterns of maxillofacial injuries in the metropolitan area of Campina Grande, State of Paraíba, Brazil (2008-2011). **Ciencia & saude coletiva**, v. 22, p. 3033-3044, 2017.

BOTH, Luciane Maria; FAVARETTO, Taís Cristina; FREITAS, Lúcia Helena Machado. Cycle of violence in women victims of domestic violence: Qualitative analysis of OPD 2 interview. **Brain and behavior**, v. 9, n. 11, p. 1-13 2019.

BOYES, H.; FAN, K. Maxillofacial injuries associated with domestic violence: experience at a major trauma centre. **British journal of oral and maxillofacial surgery**, v. 58, n. 2, p. 185-189, 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em :02 abril.2021.

BRASIL. Portaria nº 86, de 1º de junho de 2020. Aprova recomendações gerais para o atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar na rede socioassistencial do Sistema Único de Assistência Social - SUAS no contexto da Pandemia do novo Coronavírus, Covid-19. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-86-de-1-de-junho-de-2020-259638376>. Acesso em: 02 abril.2021.

BRASIL. Lei nº 14.022 de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.022-de-7-de-julho-de-2020-265632900>. Acesso em: 02 abril.2021.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União. Brasília; 8 ago 2006. Seção 1, p. 1.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em :02 abril.2021.

BRASIL. Lei nº 12.845/2013, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm. Acesso em :02 abril.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Relator Min. Marco Aurélio. 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em :02 abril.2021.

BRASIL. Lei nº 10.778 de 24 de novembro de 2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm. Acesso em :02 abril.2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em :02 abril.2021.

CASACA, Maria Carolina Guimarães et al. Comparação de dados de infecções e mortes pelo novo Coronavírus de diferentes países do mundo com os dados brasileiros desde o primeiro infectado até o final da primeira quinzena de Abril de 2020. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 3, n. 2, p. 3434-3454, 2020.

CAMPOS, Álisson Thiago de Assis; RIBEIRO, Deilton Ribeiro. A justiça restaurativa como instrumento de garantia dos direitos fundamentais da mulher na resolução de conflitos. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** v. 15, n. 3, set./dez. 2020.

COULTHARD, Paul; WARBURTON, Alison. Dentistry and domestic violence. **British dental journal**, v. 201, n. 10, p. 611-611, 2006.

COULTHARD, P.; WARBURTON, A. L. The role of the dental team in responding to domestic violence. **British dental journal**, v. 203, n. 11, p. 645, 2007.

COULTHARD, Paul. The oral surgery response to coronavirus disease (COVID-19). Keep calm and carry on?. **Oral Surgery**, v. 13, n. 2, p. 95-97, 2020.

COULTHARD, Paul. Dentistry and coronavirus (COVID-19) -moral decision-making. **British Dental Journal**, v. 228, n. 7, p. 503-505, 2020.

COULTHARD, Paul et al. COVID-19, domestic violence and abuse, and urgent dental and oral and maxillofacial surgery care. **British dental journal**, v. 228, n. 12, p. 923-926, 2020.

DELZIOVO, Carmem Regina et al. Qualidade dos registros de violência sexual contra a mulher no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) em Santa Catarina, 2008-2013. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, v. 27, p. 1-11, 2018.

DE SOUZA, Angela Alves Correia; CINTRA, Raquel Barbosa. Ethical conflicts and limitations of medical care for women victims of gender violence. **Revista Bioetica**, v. 26, n. 1, 2018.

DURAN, Songul; ERASLAN, Selma Tepehan. Violence against women: Affecting factors and coping methods for women. **J Park Med Assoc**, v. 69, p. 53-57, 2019.

GULATI, Gautam; KELLY, Brendan D. Domestic violence against women and the COVID-19 pandemic: What is the role of psychiatry?. **International journal of law and psychiatry**, v. 71, p. 101594, 2020.

GODINHO, Inês Fernandes. Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal: entre o diálogo e o silêncio (ou a justiça restaurativa como ponte de encontro). **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** v. 13, n. 1, jan./abr. 2018.

HALPERN, Leslie R.; SUSARLA, Srinivas M.; DODSON, Thomas B. Injury location and screening questionnaires as markers for intimate partner violence. **Journal of Oral and Maxillofacial Surgery**, v. 63, n. 9, p. 1255-1261, 2005.

HAJNASIRI, Hamideh et al. Domestic violence among Iranian women: A systematic review and meta-analysis. **Iranian Red Crescent Medical Journal**, v. 18, n. 6, p.1-10,2016.

HOLMES, Emily A. et al. Multidisciplinary research priorities for the COVID-19 pandemic: a call for action for mental health science. **The Lancet Psychiatry**, v.7, n.6, p.547-560, 2020.

HSIEH, Nancy Kwon et al. Changing dentists' knowledge, attitudes and behavior regarding domestic violence through an interactive multimedia tutorial. **The Journal of the American Dental Association**, v. 137, n. 5, p. 596-603, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Brasil teve 648 casos de feminicídio no primeiro semestre de 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7853/Brasil+teve+648+casos+de+femicidio+no+primeiro+semestre+de+2020#:~:text=Brasil%20teve%20648%20casos%20de%20femicidio%20no%20primeiro%20semestre%20de%202020,-19%2F10%2F2020&text=Ao%20menos%20648%20mulheres%20foram,a%20junho%2C%20o%20ano%20passado.>

IRISI, Women's Aid, Feder, G.; SHACKLOCK, J. Guidance for general practice trainees, 2020.

KALOKHE, Ameeta et al. Domestic violence against women in India: A systematic review of a decade of quantitative studies. **Global public health**, v. 12, n. 4, p. 498-513, 2017.

KENNEY, John P. Domestic violence: a complex health care issue for dentistry today. **Forensic science international**, v. 159, p. S121-S125, 2006.

MALTA, Deborah Carvalho et al. Mortalidade e anos de vida perdidos por violências interpessoais e autoprovocadas no Brasil e Estados: análise das estimativas do Estudo Carga Global de Doença, 1990 e 2015. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 20, p. 142-156, 2017.

MARTINS, Andréa Maria Eleutério de Barros Lima et al. Violência contra a mulher em tempos de pandemia da covid-19 no Brasil: revisão narrativa de literatura. **Revista Enfermagem Atual Ed. Especial COVID19**, e-020009, 2020.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciência & saúde coletiva**, v. 22, p. 3077-3086, 2017.

MILLER, Elizabeth; MCCAWE, Brigid. Intimate partner violence. **New England Journal of Medicine**, v. 380, n. 9, p. 850-857, 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza et al. Institucionalização do tema da violência no SUS: avanços e desafios. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 23, p. 2007-2016, 2018.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; ASSIS, Simone Gonçalves de. Novas e velhas faces da violência no século XXI: visão da literatura brasileira do campo da saúde. In: **Novas e velhas faces da violência no Século XXI: Visão da literatura brasileira do campo da saúde**. 2017. p. 595-595.

MOREIRA, Diana Nadine; DA COSTA, Mariana Pinto. The impact of the Covid-19 pandemic in the precipitation of intimate partner violence. **International journal of law and psychiatry**, v. 71, p. 101606, 2020.

NELMS, Amy P. et al. What victims of domestic violence need from the dental profession. **Journal of Dental Education**, v. 73, n. 4, p. 490-498, 2009.

OCHS, Howard A.; NEUENSCHWANDER, Michael C.; DODSON, Thomas B. Are head, neck and facial injuries markers of domestic violence?. **The Journal of the American Dental Association**, v. 127, n. 6, p. 757-761, 1996.

OLDING, James et al. Penetrating trauma during a global pandemic: changing patterns in interpersonal violence, self-harm and domestic violence in the Covid-19 outbreak. **The Surgeon**, v. 19, n. 1, p. e9-e13, 2021.

OKABAYASHI, Nathalia Yuri Tanaka et al. Violência contra a mulher e feminicídio no Brasil- impacto do isolamento social pela COVID-19. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 3, n. 3, p. 4511-4531, 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE/OMS. Estimativas globais e regionais de violência contra mulheres: Prevalência e efeitos na saúde da violência de parceiros íntimos e violência sexual não parceira. Disponível em : https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820. Acesso em :02 abril.2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54/01, Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil. 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em :02 abril.2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em :02 abril.2021.

PEREIRA-SANCHEZ, Victor et al. COVID-19 effect on mental health: patients and workforce. **The Lancet Psychiatry**, v. 7, n. 6, p. e29-e30, 2020.

SANTOS, Gilson Cássio de Oliveira; FONSECA, Matheus Lucas. Resocialization policies of rapist prisoner. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** v. 14, n. 3, set./dez. 2019

THULIN, Elyse J. et al. Perceived neighborhood characteristics and experiences of intimate partner violence: A multilevel analysis. **Journal of interpersonal violence**, p. 1-23, 2020.

TURK, Rukiye et al. Experiences and views of married women about domestic violence. **International journal of nursing practice**, v. 23, n. 4, p. 1-8, 2017.

VIEIRA, Elisabeth Meloni et al. The response to gender violence among Brazilian health care professionals. **Ciencia & saude coletiva**, v. 18, p. 681-690, 2013.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. The increase in domestic violence during the social isolation: what does it reveals?. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 23, p.1-5,2020.

WHITEHEAD, Jessica; DAWSON, Myrna; HOTTON, Tina. Same-sex intimate partner violence in Canada: Prevalence, characteristics, and types of incidents reported to police services. **Journal of interpersonal violence**, p. 1-30, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION et al. **Preventing intimate partner and sexual violence against women: Taking action and generating evidence**. World Health Organization, 2010.

ZERO, Odette; GEARY, Meghan. COVID-19 and Intimate Partner Violence: A Call to Action. **Rhode Island medical journal**, v. 103, n. 5, p.57-59, 2020.

**O PARADIGMA RESTAURATIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO
À REINTEGRAÇÃO DO EGRESSO: UM NOVO OLHAR PARA O SISTEMA
PRISIONAL LUSO-BRASILEIRO**

**THE RESTAURATIVE PARADIGM AS A PUBLIC POLICY TO PROMOTE EGRESS
REINTEGRATION: A NEW LOOK AT THE LUSO-BRAZILIAN PRISON SYSTEM**

**IL PARADIGMA RISTORANTE COME POLITICA PUBBLICA PER
PROMUOVERE LA REINTEGRAZIONE EGRESS: UN NUOVO LOOK AL
SISTEMA A PRIGIONI LUSO-BRASILIANO**

Carlos Alberto Miranda Santos¹

RESUMO: Este artigo tem por escopo analisar um novo paradigma capaz de humanizar as respostas estatais para condutas criminosas dentro do sistema prisional nos contextos português e brasileiro, a fim de aportar a construção de um estado do arte nesse domínio, sobretudo, sob a ótica das ferramentas ofertadas pela justiça restaurativa e sua possibilidade de aplicação como alternativa ao encarceramento massivo. A hipótese será testada com base na observação empírica do cenário atual no Brasil e em Portugal, no modelo adotado pelo sistema carcerário desses países com seus respectivos sistemas penais como ferramenta de controle social. Justifica-se uma análise teórica do paradigma restaurativo como uma alternativa apta a substituir o cárcere e ou contribuir com as finalidades da execução da pena tradicionalmente imposta. Toma-se por base o sistema carcerário português, os movimentos que lançaram críticas ao sistema penal e as propostas alternativas à pena ao longo da história, até o surgimento da justiça restaurativa; conclui-se que, originalmente, a justiça restaurativa surge como um novo modelo de resposta ao crime capaz de diminuir o encarceramento massivo, mas que também pode contribuir com as finalidades da execução da pena, quando aplicada aos casos pós-sentenciais; ainda que não implique em total supressão do modelo retributivo atual, que poderá ser utilizado de maneira residual nos casos de maior gravidade.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Sistema penal. Casas de Correção.

¹Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-doutorado pelo Programa de Pós-Doutoramento Interinstitucional e Internacional do Instituto Jurídico da Universidade Portucalense-UPT/Porto/Portugal. Professor e Jurista. Lattes <http://lattes.cnpq.br/2190006371307041>.

ABSTRACT: This article aims to analyze a new paradigm capable of humanizing the state responses to behaviors chosen as criminals inside between the prison system in the Portuguese and Brazilian contexts, in order to contribute to the construction of a state of the art in this domain, above all, from the perspective of the tools offered by restorative justice and their possibility of application as an alternative to mass incarceration. The hypothesis will be tested based on empirical observation of the current scenario in Brazil and Portugal, in the model adopted by the prison system of these countries with their respective penal systems as a tool of social control. A theoretical analysis of the restorative paradigm is warranted as an alternative to replace prison and or contribute to the purposes of the traditionally imposed punishment. It is based on the Portuguese prison system, the movements that have criticized the penal system and the alternative proposals to punishment throughout history until the emergence of restorative justice; It is concluded that, originally, restorative justice emerges as a new model of crime response capable of reducing mass incarceration, but may also contribute to the purposes of the execution of the sentence, when applied to post-sentencing cases; although it does not imply in total suppression of the current retributive model, which may be used in a residual manner in cases of greater severity.

Keywords: Restorative Justice. Penal system. Correction Houses.

RIASSUNTO: Questo articolo mira ad analizzare un nuovo paradigma in grado di umanizzare le risposte dello stato alla condotta criminale all'interno del sistema carcerario nei contesti portoghese e brasiliano, al fine di contribuire alla costruzione di uno stato dell'arte in questo campo, soprattutto dal punto di vista degli strumenti offerti per la giustizia riparativa e la sua possibilità di applicazione come alternativa all'incarcerazione di massa. L'ipotesi sarà verificata sulla base dell'osservazione empirica dell'attuale scenario in Brasile e Portogallo, nel modello adottato dal sistema carcerario di questi paesi con i rispettivi sistemi penali come strumento di controllo sociale. Un'analisi teorica del paradigma riparativo è giustificata come alternativa in grado di sostituire la prigione e di contribuire agli scopi dell'esecuzione della pena tradizionalmente imposta. Si basa sul sistema carcerario portoghese, i movimenti che hanno criticato il sistema penale e le proposte alternative alla punizione nel corso della storia, fino all'emergere della giustizia riparatoria; si conclude che, in origine, la giustizia riparativa emerge come un nuovo modello di risposta al crimine in grado di ridurre la detenzione in massa, ma che può anche contribuire agli scopi dell'esecuzione della pena, quando applicata ai casi post-condanna; sebbene non implichi la soppressione totale dell'attuale modello retributivo, che può essere utilizzato in modo residuo in casi di maggiore gravità.

Parole chiave: giustizia riparativa. Sistema penale. Case di correzione.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O PARADOXO DA JUSTIÇA PENAL E SEU EMBRIÃO CARCERÁRIO. 2. O ABOLICIONISMO E A VITIMOLOGIA COMO MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA E INOVAÇÃO. 3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA POLISSÊMICA DE FOMENTO À RESSIGNIFICAÇÃO E REINTEGRAÇÃO. 4. O AMBIENTE DISTÓPICO DAS PRISÕES NO BRASIL E EM PORTUGAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Nota-se um crescente discurso a favor da prisão e do endurecimento das penas como resposta ao delito. Fruto do pensamento racional moderno e da falência anunciada do sistema carcerário brasileiro que tem sido palco para violências extremas, mas, sobretudo, frente ao cenário político atual no Brasil e em alguns outros países que insistem na escolha, equivocada, por uma política criminal sectária que inflige dor a quem causou dor, apostando no “isolamento” e no encarceramento massivo como modelo de resposta ao crime.

Constata-se que o paradigma de punir se encontra em implosão por não cumprir suas promessas de diminuição da violência e ressocialização de criminosos, o que aponta para uma aporia característica dessa política criminal.

Diante da ineficácia do sistema penal, a justiça restaurativa, com seus procedimentos humanizados, propõe-se a substituir a pena aflitiva tradicionalmente imposta e por meio de ações pós-sentenciais contribuir com as finalidades da execução da pena.

A partir do modelo de execução prisional vigente, e tomando-se por base as críticas ao sistema penal e carcerário, bem como as propostas alternativas à pena, até o surgimento do paradigma restaurativo, questiona-se nesta pesquisa: em que medida a justiça restaurativa pode ser aplicada ao sistema prisional, por meio da adoção de uma resposta ao crime diferente da tradicional de caráter punitivo-retributivo?

Como resposta hipotética, tem-se que diante da crise de legitimidade sofrida pelo paradigma de punir e, sobretudo, da inoperância do sistema carcerário, a justiça restaurativa eclode como novo modelo de resposta ao crime, porém não implicando na supressão total do modelo atual que poderá ser utilizado de maneira residual nos casos de maior gravidade, reservando ao direito penal seu caráter de última *ratio*.

No modelo português já existe a possibilidade de o preso participar de programas restaurativos pós-sentenciais. Contudo, essas práticas restaurativas contribuem para o alcance das finalidades adstritas à execução da pena, e por extensão também contribuem para as finalidades específicas restaurativas, sejam elas associadas à pacificação dos envolvidos no conflito, à responsabilização do ofensor e à reparação dos danos causados ao ofendido.

Este artigo por objetivo inquirir acerca da eficácia da justiça restaurativa para diminuição da intervenção penal estatal e a da política de encarceramento em massa, contrapondo-se à aporia do paradigma punitivo que se sustenta no discurso da legitimidade conferida pelo sistema criminal, em que as promessas de “ressocialização” e prevenção não foram cumpridas. Contudo, o aumento do encarceramento e da reincidência é constante. Para tanto, com base em debates no campo nacional e internacional, o método hipotético-dedutivo servirá para desenvolver os estudos dos referenciais bibliográficos básicos e complementares. Utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, documental e explicativa, visando identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos tentando estabelecer as articulações lógicas proposta pelo estado da arte triado.

Este artigo está dividido em quatro capítulos, além da introdução, nos quais se aborda a relação entre a justiça penal e as Casas de Correção como embrião das atuais prisões, destacando as promessas não cumpridas pelo sistema penal; na sequência, faz-se um relato dos movimentos do abolicionismo e da vitimologia como *locus* de resistência e inovação; ao que se segue a abordagem da justiça restaurativa como um polissêmico e eficaz modelo de resposta ao delito; e por fim, discute-se o ambiente das prisões como local distópico tanto no Brasil quanto em Portugal.

1 O PARADOXO DA JUSTIÇA PENAL E SEU EMBRIÃO CARCERÁRIO

A evolução da vida em sociedade trouxe em seu bojo a apropriação do direito de punir - *jus puniendi* - pelo Estado. Surge, então, a ideia de um terceiro imparcial ao conflito e com poderes outorgados pelo próprio Estado para solucionar as divergências que nascem naturalmente da convivência social. Na contemporaneidade, esse poder estatal tem encontrado dificuldades para dar respostas céleres e satisfatórias a todos os conflitos que chegam até seu conhecimento, seja por ter tutelado bens que por suas características intrínsecas não careciam da intervenção estatal, seja por ingerências do poder político ou por emergências do clamor público e midiático (ALCÁCER, 2001, pp. 293-335).

O sistema legal, lastreado na crença da racionalidade penal moderna², torna-se a mais antiga das estratégias dissuasivas para a prevenção de conflitos, e apenas um dos métodos disponíveis na sociedade moderna para a gestão e resolução de conflitos; legitimando e dando suporte teórico-ideológico para a punição como única forma de intervenção adotada pelo direito penal (ENTELMEN, 2002). A adoção do castigo, como resposta aos crimes, orientado por processo público e aplicado de forma racional e humana, guarda relação visceral com a sociedade que se forma meio às revoluções e posteriormente governada pelas leis positivadas, planejadas e ordenadas, a sociedade disciplinar da lei e da ordem que vai ser erguida durante os séculos XVIII e XIX (FERNANDES, 2015).

Ao adotar o paradigma da punição apostando na pena privativa de liberdade como única resposta a ser aplicada nas situações de crime, assume-se o risco de acabar gerando outra violência, tornando o Estado no principal violador dos direitos e garantias constitucionais, gerando insatisfação social e criando questionamentos e inquietações a cerca da legitimidade e eficácia do sistema penal vigente (SICA, 2002).

O crime se apresenta como uma ofensa ao Estado soberano e o ofensor deve ser exemplarmente punido. As normas jurídicas, por sua vez, não são aplicadas de maneira isolada, mas, sim, na maioria das vezes, de forma generalizante, causando dificuldades e discrepâncias entre a regulação projetada para uma determinada realidade e a variabilidade com que essa realidade se concretiza, ou seja, a fluidez dos fatos da vida previstos em leis (LARENZ, 1991, p. 380).

O que se percebe, dentro dos muros do cárcere, são experiências de múltipla punição, que têm reflexo na privação da liberdade, judicialmente decretada, somada aos maus tratos que o sistema prisional patrocina, talvez, para satisfazer sentimentos sociais de vingança desenvolvendo, de forma reflexiva, esses mesmos sentimentos junto aos “condenados-vítimas”, das suas famílias e amigos. Sentimentos estes que podem ser traumatizantes e causadores de novos crimes e violências por meio da reincidência, diante da estigmatização e da ausência de oportunidades de reinserção social. E é aqui que a justiça restaurativa surge com seu potencial reintegrativo e restaurativo (DORES, 2017a, p. 221).

² A racionalidade penal moderna é o sistema de pensamento desenvolvido na Europa entre os séculos XVIII e XIX, caracteriza-se por uma maneira de pensar e construir o direito penal, que adquire uma forma de sistema de pensamento que tem como uma de suas principais características a naturalização da estrutura normativa. Neste contexto, legitima o mito da pena afluiva como a melhor forma de assegurar a observância disciplinada das normas de comportamento, o que confere ao saber criminal o *status* de uma ciência voltada para o punitivismo.

O Estado entende a pena como resposta reativa ao delito, uma concepção de retribuição ou castigo punitivo, que tem como característica diferencial sua desvinculação ou (des) ligamento de qualquer fim social específico, e que remonta às origens de vindita da pena e ao princípio do Talião “olho por olho; dente por dente”. Já no plano jurídico filosófico liga-se, sobretudo, aos cânones do idealismo alemão. O aparato penal retribucionista é caracterizado pela capacidade de potencializar toda situação que envolve o delito. A resposta que o Estado oferece à sociedade carece de legitimidade ética porque sua medida é o mal que impinge àqueles que praticam o mal (CÂMARA, 2009, p. 29).

A justiça penal foi, paulatinamente, abolindo outras formas de resposta ao crime, a exemplo da pena física do suplício, no sistema absolutista de punição, uma vez que, nas monarquias absolutistas, a punição apresentava-se muito mais como o símbolo do poder da majestade, para garantir a presença do rei, do que um efetivo instrumento de controle e coerção social. Também era composto por algumas outras espécies de punições como os trabalhos forçados, as penas de deportação e as de multa. Às vezes, as penas de banimento e de multa vinham acompanhadas, quase sempre, de uma dose de sofrimento e demais alternativas ao encarceramento (SICA, 2007).

Nasce, então, *As Casas de Correção* como o embrião de nossa atual concepção de prisão e eram estabelecimentos dedicados à caridade, à correção e à disciplina de um modo geral. Apesar de não gozarem de primazia, enquanto modelo de punição, foram ganhando notoriedade tempos depois. Por um lado, as prisões deveriam ser reestruturadas de acordo com os princípios modernos da Escola Positiva. Por outro, “havia a experiência do funcionamento da Casa de Correção desde 1850, que demonstrava um acúmulo de problemas naquela que foi criada para ser a prisão modelo do Império brasileiro” (MAIA et al., 2009, p. 285).

A Casa de Correção surgiu como proposta de pessoas com importantes posições sociais como médicos, políticos e juristas. Essa instituição prisional foi constituída durante o século XIX de forma bastante paradoxal, pois o seu propósito era realizar um avanço em relação às práticas que dominavam aquele período histórico, e servir de modelo para a regeneração dos criminosos por meio do trabalho, educação e religião. Porém, foi palco de estratificações sociais e terminou por servir as demandas político-econômicas da época (MAIA et al., 2009).

O processo de criação das novas prisões, Casas de correção, tinha o condão de alargar a separação entre o mundo livre e a internação. Isso resultaria no bem estar de todos, por meio do isolamento moral e sanitário dos detentos (DE MORAES, 2005, p. 178).

Segundo De Moraes (2005) a Casa de Correção deveria ser construída em local elevado e distante do centro e dotada de uma pedreira onde os presos poderiam trabalhar para “ocupar suas mentes” por meio da penitência e, assim, por meio da correção, criar os valores que haviam sido esquecidos ou transgredidos. Deduzir-se-ia disto que, ressalvados alguns casos extremos, em que se tem por indubitado que o afastamento de alguém do convívio social é imprescindível e estritamente necessário, a aplicação de penas restritivas da liberdade a autores de práticas delituosas, revela-se como uma medida penal inteiramente desaconselhável? A literatura especializada aqui manejada para responder positivamente à questão: de fato, se não aplicada dentro de uma dimensão absolutamente excepcional, ela pode trazer mais prejuízos do que benefícios à vida social (ROCHA, 2017, p. 723).

Quando o modelo retributivo passou a dominar o sistema penal com as promessas de reeducação, ressocialização e prevenção percebeu-se que, na prática, tais resultados não estavam sendo alcançados, e que o encarceramento e o endurecimento das leis penais não tinham influências na diminuição da criminalidade. Por outro lado, percebeu-se que o encarceramento, além de romper com os laços comunitários, tendia a aumentar os casos de reincidência, uma vez que o egresso do sistema carcerário não encontrava oportunidades diante da vigilância, controle e estigmatização pós-cárcere e pela criação de novas vítimas indiretas, como é o caso dos membros da família do infrator, que passavam a ter dificuldades financeiras, já que:

As prisões geram, igualmente, fortes indiferenças e emoções. Incluindo poder de atracção. O sistema criminal-penal, porque produz estigmas, é capaz de bloquear estruturalmente certo tipo de relações sociais e, ao mesmo tempo, criar saberes especializados(DORES, 2017a, p. 205).

A transformação das abordagens cognitivas e restaurativas às prisões irá acontecer, inevitavelmente, com as transformações das relações das diferentes disciplinas de ciências sociais e sociais aplicadas, das prisões nelas mesmas, e da sociedade, em geral, pois o processo penal estigmatiza por toda vida aqueles considerados culpados, e, para responder às constantes críticas que recebe, o sistema se utiliza de meios autorreferenciais, atribuindo o seu fracasso às técnicas e reformas do modelo. Assim, segundo Dores (2017), “A verificação empírica da inviabilidade prática do arranjo penitenciário, em termos do cumprimento das finalidades de prevenção do crime e de ressocialização, não chega para invalidar a teoria que o inspira”.

O não cumprimento de suas promessas de prevenção e diminuições da violência fez surgir diversos movimentos que questionaram a legitimidade e efetividade do modelo calcado no paradigma punitivo, que apontaram novas soluções para sua reforma e até mesmo extinção. A

denúncia do fracasso do modelo de estado penal deve ser alargada à denúncia das intervenções do estado e das teorias sociais, cada vez mais intrusivas nas sociedades, a exemplo da justiça restaurativa (DORES, 2017a, p. 208).

2 O ABOLICIONISMO E A VITIMOLOGIA COMO MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA E INOVAÇÃO

A constatação da impotência que a justiça penal tem em cumprir suas promessas reintegradoras gerou movimentos de resistência que, para além do empoderamento da sociedade, buscou reverter à própria noção de poder no âmbito da teoria direitos humanos em confronto ao paradigma punitivo-retributivo (OLIVEIRA; MENEZES, 2018, p. 3).

Notadamente, o abolicionismo e a vitimologia influenciaram a criação do inovador paradigma restaurativo, sobretudo nas décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos sob a falência da crença na ideia de “ressocialização” por meio do encarceramento. A crise do sistema de justiça criminal coincide à época do próprio surgimento da prisão como pena por excelência, e as tentativas que buscaram reformá-la. Já no início dos anos 70, observa-se uma gradual modificação nas políticas penais, com um progressivo deslocamento do modelo punitivo-retributivo, em direção de um modelo orientado à reparação (PALLAMOLLA, 2009).

O quadro abaixo sintetiza as principais diferenças básicas entre paradigma punitivo e o novo paradigma restaurativo, e que são alvos da crítica abolicionista.

Quadro 1: Principais diferenças entre os paradigmas punitivo e restaurativo

| ABORDAGEM PUNITIVA | ABORDAGEM RESTAURATIVA |
|---|---|
| Tem na culpa o centro das atenções. | Tem a resolução do conflito como central. |
| Foco no fato delituoso pretérito, já ocorrido. | Foco nas consequências futuras que o fato delituoso causa. |
| As necessidades das partes são vistas como secundárias. | As necessidades das partes envolvidas e da comunidade são primárias. |
| Enfatiza diferenças entre ofensor e vítima. | Procura pelo comum entre o ofensor, a vítima e a comunidade. |
| Imposição de dor considerada normativa. | Restauração e reparação consideradas normativas. |
| Foco voltado ao ofensor e no crime, a vítima ignorada. | As necessidades da vítima são centrais, contudo não se despreza o autor e a comunidade. |
| O Estado soberano como único responsável pela resposta à conduta delituosa. | Reconhecidos os papéis da vítima, do ofensor e da comunidade na resposta ao crime. |

Fonte: Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2018.

Ao observar as principais características do modelo punitivo e retributivo em contraposição ao modelo da justiça restaurativa percebe-se que o foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos. Analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma, não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime; os danos são definidos em abstrato e não em concreto.

O Estado passa a ser a vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação mesmo quando a vítima não deseje isso. Assim, Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor.

Terminada a ação e atribuído culpa ao infrator, este é punido. A ele é imposta alguma perda ou sofrimento. Esse processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável de sua reputação moral, fato que lhe acompanhará, provavelmente, por toda vida, mesmo depois de ter “pago sua dívida com a sociedade”. Em razão dos danos causados por essa resposta penal, são concedidas garantias processuais ao acusado para que se reduzam os riscos de injustiças. Os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa (ZEHR, 2008).

Um dos aspectos que torna mais complexa a reflexão sobre as origens da justiça restaurativa acontece quando se analisa o modo como nela convergem correntes criminológicas e orientações político-criminais que são, inicialmente, contraditórias. Têm-se, a título de exemplo, as dificuldades inerentes à conciliação do abolicionismo penal com o movimento em favor das vítimas ou, no plano político-criminal, a contradição entre uma reação ao crime que aposta na diversão processual através de mecanismos de consenso e, por outro lado, o endurecimento no sancionamento penal, preconizado por alguns, para enfrentar uma criminalidade que se diz progressivamente mais grave. Daí pode-se inferir que o abolicionismo penal e o movimento em favor das vítimas, apesar de servirem como inspiração para a formalização dos princípios da justiça restaurativa, não endossaram seus princípios nem participaram diretamente de seu advento (SANTOS, 2014, p. 40).

Na década de 80, houve o crescimento dos movimentos abolicionista e vitimológico, que também denunciavam as nefastas consequências do modelo de justiça criminal; enquanto o abolicionismo tem foco na rejeição do sistema de justiça penal tradicional como forma de resolução do conflito, por ser deletério para o ofensor e para a comunidade, a vitimologia preocupa-se com o imperativo da reparação dos danos causados à vítima do crime, e chama a atenção para o seu afastamento da resolução dos conflitos e a consequente despreocupação do sistema penal clássico com suas necessidades e direitos. Nesse cenário (re) surge a ideia de práticas restaurativas aliadas a um modelo de justiça restaurativa. Muitos autores apontam a vitimologia e o abolicionismo penal como principais críticos do sistema de justiça criminal (PALLAMOLLA, 2009). Porém, a importância desses movimentos são relativizadas quando se percebe que, em tais movimentos, existe uma tendência em potencializar os valores retributivos os quais se pretende neutralizar. Mas se entende que a fase em que a vitimologia ficou mais centrada nas consequências resultantes do delito para a vítima foi o fator de maior inspiração, principalmente considerando-se que a

reparação e o empoderamento dela são os objetos definitórios da justiça restaurativa (SICA, 2007).

Ressalte-se, porém, que a vitimologia cuida do estudo das vítimas de crimes, e não cabe a esta estudar problemas relacionados a todas as formas possíveis de vitimização social. Tem por medida e limite o problema do crime, não os problemas relacionados a todas as categorias possíveis de vítimas. Exacerbada ampliação no campo de pesquisa da vitimologia, significaria uma perda de densidade científica (SICA, 2007).

Ao revelarem a face ilegítima do direito, as teorias abolicionistas foram as que criticaram a punição com mais ênfase, propondo reflexões que foram além da simples legitimidade do direito criminal e suas penas, questionando a própria necessidade de existência do paradigma de punir. As ideias abolicionistas pretendem superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas. Suas críticas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos; primeiramente porque os delitos não teriam uma realidade ontológica, sendo apenas expressão de conflitos sociais, e, em segundo lugar, porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, pois não evita delitos e não ajuda ao autor do delito, nem à vítima (PALLAMOLLA, 2009).

Algumas críticas foram dirigidas ao abolicionismo, principalmente por deixar de participar da tentativa de reformar o Direito Penal, pugnando somente por sua extinção, afastando-se de outros setores que também criticam o sistema penal, mas que acreditam na impossibilidade e sua extinção. Dores (2015) aduz que o abolicionismo carece de uma ideologia capaz de reconhecer a natureza das sociedades atuais que as permite institucionalizar a perversidade em instituições penitenciárias. Assim sendo, para o autor, o abolicionismo “não passa de um ponto de encontro de práticas e pensamentos desorganizados e desconexos entre si”. Ao discorrer sobre o abolicionismo no sistema prisional António Dores ressalta que:

Quanto às penitenciárias, há quem aspire a reformá-las, nomeadamente juntando-lhe penas alternativas, capazes de oferecer aos juízes novas opções penais. Ou transformando os processos administrativos de tratamento penitenciário em processos judicializados, através de tribunais especializados. Ou promovendo formas de auditoria e inspeção elaboradas e internacionais. Ou desenvolvendo boas práticas de reintegração social para ex-reclusos. Nada disto fez recuar o aumento do número de prisioneiros no mundo, e em particular no mundo ocidental. Não é a instituição que tem de ser transformada. São as condições sociais que a tornam desejável e permitem a sua existência que há que compreender para mudar (DORES, 2015, p. 220).

Ainda, segundo Dores (2015), torna-se caro ao abolicionismo compreender como a natureza humana é capaz de bloquear solidariedade entre humanos, em determinadas situações. Pois, somente assim poder-se-á transformar a atual natureza humana em outra melhor e ou impedir que se reúnam circunstâncias nas quais a desumanidade parece ser inevitável. Para ele estudar as prisões causa a mesma perplexidade manifestada ao se estudar os relatos dos sobreviventes dos campos de concentração do nazismo.

O abolicionismo das prisões deverá aprender a assumir e compreender a sua derrota, e a sua atual inércia. Se for certo que o primeiro objetivo do abolicionismo não pode ser acabar com a instituição prisional, o erro do abolicionismo dos anos 70 não foi ter ambicionado realizar tal desiderato. O erro foi acreditar na possibilidade da sociedade não se transformar e construir novas formas de punição sociais e institucionais (DORES, 2015, p. 233). Assim sendo, o novo paradigma representado pela justiça restaurativa se apresenta como uma possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por mecanismos de reparação e resignificação do delito.

O problema do esquecimento da vítima do delito é um dos mais preocupantes pontos que levantam crítica sobre a legitimidade do direito criminal, ao avocar para si o poder de punir deixando a vítima e ou a comunidade fora da resolução do conflito, não considerando o dano causado à vítima, suas necessidades e direitos. Agindo assim, O Estado soberano não valoriza as relações interpessoais que vão além do delito, nem considera o aspecto conflituoso do crime, já que os danos são definidos em abstrato e não em concreto. Ao se apropriar de forma exclusiva da resolução do delito, o Estado afasta a vítima e a comunidade, passando a ser vítima da ação podendo iniciá-la contra o infrator. Note-se que Guilherme Câmara (2009), ao sublinhar sobre a alteração do protagonista do *jus puniendi*, discorre sobre a dimensão dos interesses do Estado nessa mudança. Assim, a intervenção penal terá como interesse maior a intimidação, geral ou especial, não a satisfação das vítimas concretas. Direito Penal público dotado de sanções também públicas.

Ainda, segundo Câmara (2009), o interesse pela vítima sobreveio em épocas mais recentes, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, influenciado pela macrovitimização, resultante do holocausto judeu, e pelo aumento da criminalidade urbana. Há observações da comunidade científica, compromissadas com a figura da vítima, que, às vezes, chega até mesmo a incidir em unilateral vitimocentrismo.

Em Portugal, no intuito de assegurar uma maior proteção às vítimas dos delitos, a legislação extravagante surgiu como regimes jurídicos exteriores ao Código Penal e ao Código de Processo Penal.

Apesar de não caracterizar inovação ao sistema jurídico português, o regime jurídico da Indenização às Vítimas de Crimes Violentos e de Violência Doméstica e o regime jurídico da Proteção de Testemunhas podem ser considerados como mais importantes nessa opção de dar maior atenção às vítimas de crimes (SANTOS, 2014). Ressalta-se que, por outro lado, uma orientação para o delinquente, fundada no conceito de reabilitação, dominou a política criminal durante os anos sessenta e setenta.

Apenas nos anos noventa, a vítima alcança alguma densidade no contexto político criminal. Nessa linha, vale salientar que um olhar mais vigoroso para a vítima não pressupõe um automático retorno a estágios primitivos de justiça penal, tal como a prevalência da vingança privada, nem em uma reprivatização do Direito Penal. Traduz-se, aliás, em benefícios para os protagonistas do conflito, mormente no sentido conciliatório, some-se a isso que a neutralização da vítima do conflito pelo processo criminal ocasiona outro sofrimento, ou vitimização secundária, que ocorre já na delegacia ou outros locais de atendimento, quando a vítima procura as autoridades policiais ou agentes de saúde para noticiar o fato típico, e se não são bem orientados, esses profissionais darão mais importância às informações acerca do ofensor e do fato, de que as próprias necessidades da vítima (CÂMARA, 2009).

O paradigma punitivo sofreu evoluções no decorrer da história passando das penas severas e sem correlação com o delito cometido; penas racionais focadas na reabilitação e na proporcionalidade entre o delito e a pena; e as penas alternativas ao encarceramento. Essas penas ditas como alternativas, em vez de substituir a pena de cárcere por outra alternativa acabaram por aumentar o espectro de atuação do controle formal, adicionando uma nova pena alternativa à antiga pena privativa de liberdade, sendo bastante criticada por não introduzir mudança significativa na racionalidade do sistema penal, uma vez que, como pontuou Howard Zehr (2008), ambas penas (privativas de liberdade e alternativas) comungavam da mesma compreensão acerca do crime e da justiça, pois se apoiavam nos pressupostos de que a culpa deveria ser atribuída e a justiça estaria sempre comprometida em impor a aflição como resposta ao delito.

Em verdade, as penas e medidas alternativas foram um verdadeiro fracasso, visto que as taxas gerais de encarceramento subiram de maneira vertiginosa, o que contrastava com o discurso das alternativas, isso porque não se preocupou em construir um discurso próprio e toda sua elaboração restringiu-se na crítica à prisão e na constatação das mazelas do cárcere. Por outro lado, as alternativas eram pensadas, exclusivamente, dentro do paradigma punitivo retributivo (SICA, 2007, p. 8).

No campo dos estudos prisionais parece haver um acordo quanto as perversidades do regime penitenciário. E também há acordo sobre a sua insubstituível utilidade/necessidade. Os casos de

abuso de poder e de violação dos direitos dos presos se apresentam como o preço necessário a pagar para que se garanta a execução das punições. “Os sofrimentos e as perversões da sociedade, no seu todo, que acabam reflectidos nas práticas penitenciárias, são raramente inquiridos” (DORES, 2015, 219). Daí a Justiça Restaurativa nos parece imprescindível à pacificação das partes envolvidas no conflito e na reintegração social do apenado. E, ainda assim, contribuir com as finalidades inerentes à função da execução da pena.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA POLISSÊMICA DE FOMENTO À RESSIGNIFICAÇÃO E REINTEGRAÇÃO

A simples redução dos criminosos à condição de encarcerados e a reificação da ação do sistema criminal como uma mera reação à violência verticalizada de baixo para cima, são processos característicos das teorias sociais dominantes, que se traduzem como mecanismos para encobrir os fundamentos discriminatórios dos poderes do estado (DORES, 2018, pp. 135-152). E como tais carecem de ferramentas que privilegiem as partes envolvidas no crime, seja por meio da resignificação do delito pela vítima e ou pela responsabilização e reintegração do agente ofensor.

A partir de uma denominação sob a qual se pode agrupar uma pluralidade de teorias e de programas com contornos diversos, nos anos 70 do século passado, surgiram referências à justiça restaurativa como modelo de resposta ao crime que seria diferente da justiça penal. Enquanto novo paradigma de resolução dos conflitos penais, a justiça restaurativa desenvolveu-se com base nos movimentos de diversão das sanções penais, sobretudo da criminologia crítica e do abolicionismo penal com a vitimologia, com o pensamento feminista na criminologia e com a criminologia da pacificação (SANTOS, 2014).

Como modelo inovador de reação ao crime e suas consequências para os atores nele envolvidos, o processo restaurativo visa afastar a possibilidade de condenação à pena de prisão, afirmar as vantagens para reintegração do agente ofensor e invocar a satisfação das necessidades das vítimas, e ainda apresentar solução mais pacificadora para a comunidade. Talvez, duas décadas de experiência e debates da justiça restaurativa não tenham sido suficientes para definir o conceito e os objetivos desse modelo direcionado à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização. Entretanto, é cediço que somente um procedimento que privilegie um encontro onde todos serão considerados iguais poderá contribuir para que um conheça do outro e das circunstâncias que levaram cada um a participar do evento criminoso como fato da vida e assim permitir uma resposta ao delito diferente da punição (SANTOS, 2014).

A justiça restaurativa se apresenta como um sistema de práticas utilizadas com o escopo de prevenir conflitos ou atenuar as consequências decorrentes dos conflitos interpessoais por meio da devolução do poder de solução do conflito à vítima, ao ofensor e à comunidade para que decidam, dialoguem e planejem a melhor forma de reparar os danos advindos do desencontro conflituoso. Assim sendo, buscar por um conceito unívoco e simples conduziria a uma visão reducionista sobre uma proposta cuja riqueza reside na diversidade e na flexibilidade, permitindo a sua melhor adaptação frente aos diferentes cenários sociais já que, diferentemente do paradigma punitivo focado no crime em si e na pessoa do autor, o foco da justiça restaurativa habita as consequências do crime e as relações sociais afetadas. Esse novo paradigma de justiça penal baseado na mediação penal pode colaborar com a concretização do Estado Democrático de Direito previsto na norma parâmetro de 1988, mas que, até o momento, parece latente diante dos vários fatores característicos do pensamento racionalista moderno, em que as prisões têm uma função e público-alvo pré-selecionados (PALLAMOLLA, 2009).

É evidente a disposição da justiça restaurativa como um paradigma criativo e inovador capaz de substituir e ou a complementar a pena aflictiva, como forma de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos, vez que o crime deve ser compreendido como um fato social normal que foi rotulado como tal; fruto de uma escolha política localizada no tempo e muitas vezes passível de releitura. Para tanto, semelhante ao que já ocorre em Portugal, a mediação surge como reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, com capacidade de servir à construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena (SICA, 2007).

Tendo a flexibilidade como base para ser operacionalizada, a justiça restaurativa deve seguir alguns contornos basilares para se ajustar a realidade das partes envolvidas e a cultura da comunidade que estas integram, sob pena de incorrer nos mesmos erros característicos do modelo de justiça retributiva, ou seja, obrigar as partes a se adequarem aos procedimentos formais, rígidos e previamente positivados pelo sistema tradicional de justiça. O caráter voluntariado das partes é condicionante no processo restaurativo. Entretanto, estas devem ser estimuladas à participação no evento conciliatório, em que as vantagens do modelo na busca do consenso dos efeitos causados pela infração devem ser cuidadosamente demonstradas. Entretanto, existem princípios básicos que podem servir para orientar a institucionalização da justiça restaurativa como cita Raffaella Pallamolla:

Os Princípios Básicos encontram-se na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e são referência internacional no âmbito da regulamentação da justiça restaurativa e suas práticas. Tais princípios visam orientar sua utilização em casos criminais e pretendem delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e

desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos. Estes princípios não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apresentam um guia para os Estados que queiram implementá-la (PALLAMOLLA, 2009, p. 87).

O modelo de justiça restaurativa não se apresenta como um substituto ao modelo punitivo, eles devem coexistir e se complementarem, já que se entende que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações limite. Apesar da explosão da justiça restaurativa acontecer somente nos anos 90, antes disto já existiam valores, processos e práticas consideradas restaurativas. Assim, o modelo de justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, eclode nos Estados Unidos na década de 90, e, em pouco tempo, é difundido pelo continente europeu com suas três principais concepções (encontro, reparação e transformação), que se diferenciam acorde o território de implementação.

1ª a concepção do encontro {vítima, autor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de se encontrarem em um local não tão formal. Saindo da passividade e assumindo posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito em relação ao delito}.

2ª a concepção da reparação {defende-se que o dano causado à vítima deve ser reparado: valorizando a vítima — ressignificar o conflito}.

Valorização do ofensor — que terá a oportunidade do arrependimento e de reparar a vítima.

3ª a concepção da transformação {transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si mesmas e como se relacionam com os outros no dia a dia. Rejeita-se qualquer hierarquia entre os seres humanos (ou entre outros elementos do meio ambiente)}.

A justiça restaurativa, como forma de vida a ser adotada, prega o abandono do eu isolado para compreender a nós mesmos como intrinsecamente conectados e identificados com os outros seres e o mundo externo (SANTOS, 2014, p.40).

Os que defendem o sistema penal tradicional lançam críticas referentes ao fato de que a justiça restaurativa representa um retrocesso, uma volta às formas primitivas de controle, possibilitando a autotutela e fomentando a vingança privada. Porém, tais críticas surgem sempre de forma autorreferencial sugerindo o aperfeiçoamento do modelo punitivo encarcerador como solução dos problemas, ou seja, o endurecimento das leis e a construção de mais estabelecimentos penais (PALLAMOLLA, 2009).

Em comparação com a justiça retributiva, podem-se enumerar alguns valores gerais que caracterizam a justiça restaurativa: visão realista do crime como um ato que traumatiza a vítima causando danos; interesse na participação das pessoas e da comunidade envolvidas no delito, atribuindo-lhes responsabilidade na solução do crime considerando as diferenças e incentivando a tolerância numa dimensão de justiça social. Contudo, os valores obrigatórios não são estáticos, e vão sendo elaborados com base em análises empíricas que verificam como estão funcionando na prática.

Para que se alcancem os efeitos desejados com a aplicabilidade da justiça restaurativa como política pública desencarceradora no Brasil ou em Portugal, esses valores devem ser respeitados ou até mesmo impostos, notadamente o indispensável e inegociável valor da voluntariedade. Todos os processos da justiça restaurativa devem se encerrar com um acordo que definirá como o infrator irá reparar o dano por ele causado.

4 O AMBIENTE DISTÓPICO DAS PRISÕES NO BRASIL E EM PORTUGAL

A prisão parece representar uma perfeita instituição disciplinar capaz de, por meio de um programa de controle sistematizado e dotado de mecanismos promotores de coerção constante, gerar corpos dóceis (FOUCAULT, 1989).

Para Dores (2017), as prisões se configuram como ambientes socialmente construídos com o escopo de impor o que denominou de subculturas penitenciárias, em que a imposição de tal mudança poderia ser motivadora de estados nascentes, de iluminações, de rebates de consciência. Porém não é o que costuma acontecer, pois na prática não se observa a transformação dos modelos de comportamento entre os prisioneiros. Os estados de espírito criados nas prisões têm efeitos sociais dimensionados na presença de sentimentos de desumanização e vingança.

O Estado, ao optar pela pena aflitiva e restritiva de liberdade, retirando das partes o poder de conduzir a resolução do desencontro, condena-as às frustrações e angústias causadas pela sensação de impotência experimentada diante da insuficiência do modelo adotado pela justiça penal. Esta reação penal tradicional traz em seu âmago a punição irracional, o castigo e a

violência punitiva, que ao traduzirem as principais características da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento como dado essencial da justiça e, como resposta, avolumam a própria violência que os oprime. Assim sendo, a justiça penal deve dispor da mínima força e sempre que possível abdicar do recurso à violência legalmente prescrita, reconhecendo que o conflito, o desvio às regras de convivência, por fazerem parte da natureza humana, são constantes impossíveis de eliminar (SICA, 2007, p. 5).

A defesa dos direitos humanos no Brasil e na Europa contemporânea parece contrastar com a exclusão social, no mundo e no seio das sociedades mais modernas. Posto que, se por um lado as sociedades manifestam-se extremamente sensíveis à condenação e também na reabilitação dos egressos do sistema carcerário, por outro celebram ignorância, ressentimentos e desejos de vingança que servem como instrumentos mantenedores da discriminação e da exclusão de classes sociais previamente eleitas (DORES, 2017b, p. 97), já que:

Há gente que não deve estar na prisão – não necessariamente por ser melhor que outros, mas sobretudo por ser parecida conosco, por nos podermos identificar com ela. Como dizia um especialista inglês, as prisões não foram desenhadas para acolher pessoas de classe média ou superior. Para estas, antecipa-se a normal integração social. Para outros a exclusão (DORES, 2017b, p. 104).

No Brasil, o discurso de combate ao crime tem servido como álibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos, seja por ação ou omissão do Estado. O cientificismo tem se ocupado em analisar a pobreza tentando, inclusive, vinculá-la ao cometimento de ilícitos penais, porém, sem buscar as estruturas e dinâmicas do problema, apontando para sua nascente reproduzida pelas elites econômicas, políticas e intelectuais de países periféricos a exemplo do Brasil, e até mesmo em Portugal onde “à liberdade temerosa dos de cima, mantida com forças de segurança, corresponde à farsa da igualdade dos de baixo, mantida com assistência social e prisões” (DORES, 2017b, p. 97).

Frente a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo “emergencialismo de tipificação de condutas” e pela “opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas”, despreza-se o princípio da intervenção mínima, em que o direito penal somente deveria intervir na ordem jurídica e social quando os outros ramos do direito fracassam nesta função, dessa maneira o Estado anulou a característica residual e de subsidiariedade do direito penal banalizando todo o sistema penal (SICA, 2002).

O descrédito na eficiência do sistema penal e carcerário tem gerado discursos a favor do endurecimento das leis em detrimento a outras estratégias coercitivas menos ofensivas à dignidade humana que, embora já estejam previstas na Lei de Execução Penal (LEP), por não serem efetivadas aumentam a sensação de inoperância de todo o sistema de justiça criminal brasileiro. No caso português, a lei de execução de penas prevê como única finalidade das penas a ressocialização dos presos, sabendo-se que os serviços de reintegração social sempre funcionaram sob a tutela dos serviços prisionais e na prática servem exclusivamente para efeitos técnico-jurídicos. Produzem os relatórios previstos por lei para informar os processos judiciais, sem consequências práticas nas vidas das pessoas com necessidades de reinserção (DORES, 2018).

Já no Brasil, as desigualdades sociais, ao contrário do que ocorre na Europa, não são sentidas como algo a se envergonhar, e sim uma necessidade de afirmação quotidiana diante de uma guerra de classes e da adoção de uma postura permanentemente defensiva e agressiva perante um imaginário e imaginável ambiente selvagem e hostil. Isto é consequência da divisão herdada das experiências de colonização, em seus graus diversos de desigualdade, que “remete a prisão para o lugar de uma instituição do terceiro mundo, de que estão praticamente dispensadas as pessoas civilizadas. Eis um instrumento de defesa social!” (DORES, 2017b, p. 106).

O paradigma punitivo tem servido para legitimar esse fenômeno, uma vez que, na medida em que se percebe a apropriação do poder punitivo pelo Estado dito democrático, lastreado no discurso de manutenção da ordem e defesa da sociedade em geral, pode-se identificar a escalada das práticas de controle em que medidas que deveriam ser consideradas como excepcionais, são normalizadas pela sua frequente ocorrência, tornando cidadãos em objetos de controle, tal como os ditos criminosos. O paradigma restaurativo surge como um novo modelo, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos (SANTOS, 2014, p. 748).

As decisões de Estado originariamente extraordinárias e temporárias, passam a ser empregadas como técnicas de governo, sendo aplicadas de forma rotineira na sociedade transformando-se em um verdadeiro paradigma, muitas vezes referendados e legitimados pelo Direito e pelo Judiciário, como se percebe ao analisar o artigo 86 da Lei de Execuções Penais no Brasil, das Casas de Correções de ontem e dos estabelecimentos penais de hoje, com sua aparente permissividade à pena de degredo na medida em que autoriza construção de presídios em áreas distantes do local da condenação do apenado.

Diferente do que ocorre no Brasil, em Portugal o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, em seu artigo 47º, nº 4 prevê a participação voluntária do recluso em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido. Essa participação do preso nos programas restaurativos pós-sentenciais, admitidos pela legislação portuguesa, esta vinculada às finalidades da pena e das medidas de segurança privativas de liberdade, com vistas à reinserção do ofensor na sociedade de modo que, por meio da responsabilização, este não reincida em crimes, e seja um protetor e defensor da sociedade e seus dos bens jurídicos (SANTOS, 2014).

O estado de exceção compreendido como paradigma de governo (AGAMBEN, 2004). e como princípio político surge por meio de leis integradas ao corpo do direito vigente, utilizando-se deste calhamaço legal para atingir a classe social previamente selecionada para sofrer determinado controle por meio da criminalização de condutas a eles dirigidas e das constantes violações dos direitos humanos; têm-se, por exemplo, o descaso pela obrigatoriedade trazida na Lei de Execuções Penais brasileira relacionada à assistência educacional do preso e do internado. Também a inexistência de uma assistência social direcionada ao egresso com vistas a sua reintegração na sociedade serve para denunciar o sistema carcerário como violador dos direitos humanos perpetrados pelo próprio Estado, com a anuência das instituições responsáveis pelo cumprimento e fiscalização das leis, e sob os olhos de uma sociedade silente, afinal, a prisão e o sistema prisional quando se traduzem, ao menos no discurso de seus proponentes, em espaços de punição, e também de correção ou reabilitação, tornam-se, ao que tudo indica, as únicas instituições que já nascem reclamando sua reforma (DE MORAES, 2005, p. 150).

As constantes notícias de rebeliões nos estabelecimentos penais espalhados pelos estados brasileiros, com suas imagens de barbárie e de extrema violência, dignas de filmes de terror são exemplos de violação dos direitos humanos e desatenção para compatibilidade da lotação dos estabelecimentos prisionais. Por outro lado, o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em uma demonstração de esforço para adoção das ferramentas restaurativas, vêm instituindo alternativas penais como “mecanismos de intervenção em conflitos e violências, diversos do encarceramento, no âmbito do sistema penal, orientados para a restauração das relações e promoção da cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade³”. E assim mitigar a ocorrência de presídios superlotados que denunciam a aporia da abordagem do sistema punitivo atual, que tem seu fracasso retratado pela anomia do Estado por meio do desalinhamento da lei formal com os anseios da sociedade atual diante da conduta desviante. Se uma instituição básica de uma sociedade se apresentar como justa e razoável nas

³ DEPEN, Departamento Nacional Penitenciário. <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap>.

respostas aos casos concretos, todos os endereçados têm o dever natural de obediência. Parece-nos não ser o caso do sistema carcerário como instituição humana (RAWLS, 2000, p. 370), visto que a prisão fabrica delinquência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria; o rótulo de criminoso e a constante vigilância, por vezes, fazem com que o egresso reincida na ação delituosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça penal, com seu paradigma punitivo, está fundada nas normas positivadas de comportamento e de sanção, de forma que, na presença do delito, deverá haver sempre a aplicação de uma resposta punitiva. Essa racionalidade se traduz em um paradoxo por não cumprir suas promessas de diminuição do crime e reinserção do egresso do sistema prisional.

As Casas de Correção pedem ser entendidas como o embrião das prisões e já eram marcadas como local de violência e desrespeito aos direitos humanos.

A aporia do modelo tradicional punitivo gerou movimentos de resistência e inovação e que pregam medidas alternativas e até mesmo a sua extinção, a exemplo do surgimento do abolicionismo penal e da vitimologia.

O discurso de combate ao crime tem servido de alibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos de uma classe social pré-selecionada, seja por ação ou omissão do Estado, tanto no Brasil quanto em Portugal.

A justiça restaurativa, com sua característica polissêmica, surge como um novo modelo eficaz, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos.

As crises que se espalham pelos presídios dos estados brasileiros são como consequências do sistema penal retribucionista potencializador de violência na medida em que se oferece o mal àqueles que praticam o mal.

A existência de práticas restaurativas pós-sentenciais no Estado Português corrobora com a ideia da aplicabilidade da justiça restaurativa como política pública de fomento ao desencarceramento no Brasil.

As práticas restaurativas previstas no Código de Execução da Penas e Medidas Privativas de

Liberdade servem como exemplo incontestado do potencial que a justiça restaurativa carrega para a reintegração do apenado. Assim o egresso do sistema penitenciário brasileiro e seus familiares terão mais chances de não sofrerem com a estigmatização que, por vezes, conduzem a reincidência criminal.

O modelo português é uma prova de que a justiça restaurativa não tem o condão de substituir a pena aflictiva, pois se apresenta como um elemento que compõe a execução da pena, podendo, inclusive, flexibilizar o tempo de cárcere ou até mesmo encurtá-lo. Sem, contudo, afastar-se do ideal da reparação e resignificação do delito.

Conclui-se pela adoção da justiça restaurativa como política pública de alternativa ao encarceramento, inclusive nos casos de intervenção pós-sentenciais, para tanto a mediação penal já aplicada no sistema prisional em Portugal, surge como modelo de reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, com capacidade de servir para construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena e ou contribuir com as finalidades da sua execução que jamais deveria ser pensada a partir de “pacotes anticrimes”; posto que a conduta delitiva é ínsita ao convívio humano, e, como tal, deve ser abordada de forma humanizada. Do contrário, incorrer-se-á em aprofundamento das mazelas sociais que afligem um público alvo, previamente selecionado, para ocupar as masmorras da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. ISBN: 9788575590577.

ALCÁCER, Rafael Guirão. “¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?” *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 293-335, 2001.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN: 9788537505366.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN: 9789723216172.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas S.A, 1998. ISBN: 8522418462.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DE MORAES, Pedro Rodolfo Bodê . *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. IBCCRM, São Paulo, 2005.

DORES, António Pedro. “A base social do Estado Penal”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 12, marzo, pp. 203-226. Observatorio Del Sistema Penal y los Derechos Humanos - OSPDH. Universidad de Barcelona, 2017. https://www.researchgate.net/publication/315912404_A_Base_Social_do_Estado_Penal/link/58ece4c1aca27232c3ac23cf/download.

_____. “A casa dos espelhos”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 13, octubre, pp. 96-111. Observatorio Del Sistema Penal y los Derechos Humanos - OSPDH. Universidad de Barcelona, 2017.

_____. “Lutas práticas e epistemológicas pelo abolicionismo”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, septiembre, pp. 217-235. Observatorio Del Sistema Penal y los Derechos Humanos - OSPDH. Universidad de Barcelona, 2015.

_____. “Presos estão eles; Presos estamos nós”. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)*. Dossiê Extensão universitária e sistema penal-penitenciário: aportes teóricos e experiências de luta, projetos e ações. V. 04, p. 13-46, n. 1, jan-dez, 2018. ISSN - 2448-3303.

_____. “Sociologias, problemas e práticas”. *Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL)*, Centro de Investigação e Estudos de Sociologia (CIES-IUL), n.º 86, 2018, pp. 135-152. Lisboa, Portugal. <<file:///C:/Users/Notebook/Downloads/Estigmaintenxeestados.pdf>> Acesso em 12 de junho de 2019.

ENTELMAN, Remo F. *Teoria de Conflictos: hacia um nuevo paradigma*. 1ed. Baelona. Editorial Gedisa, S.A., 2002. ISBN: 84-7432-944-2.

FERNANDES, Daniel Fonseca. Racionalidade penal moderna e o mito da modernidade. *XVI Revista do Cepej*, n. 16, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da Prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. ISBN 85.326.0508-7.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ªEd. Tradução de José Lamego. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1991. ISBN: 972-310770-8.

MAIA, Clarissa Nunes et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. ISBN: 978-8569474210.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN: 859590076.

OLIVEIRA, Waldemar; MENEZES, José Euclimar Xavier de. “Resistência e poder constituinte dos direitos humanos”. *Revista Diálogos Possíveis*, Salvador, ano. 17, n. 2, p. 2-16, jul-dez, 2018.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. ISBN: 978-85-99216-24-8.

PINTO, Antonio João da Costa. “O Sistema Prisional Português no Contexto da Segurança Pública”. 2013. 96 f. *Dissertação (Mestrado)* – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2013.

PORTUGAL. Decreto-Lei N° 123, de 29 de dezembro de 2011. *Aprova a Lei Orgânica do Ministério da Justiça*. <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/145185/details/normal>>. Acesso em: 25 Fev. 2019.

PORTUGAL. Lei N° 115, de 12 de outubro de 2009. *Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade*. <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>. Acesso em: 25 Fev. 2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei N° 51, de 11 de abril de 2011. *Aprova o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, em cumprimento do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade*. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1317&tabela=leis Acesso em: 25 Fev. 2019.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN: 85-336-0681-8.

ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. “Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para proibição ou legalização das drogas”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 714-730, dez. 2017. ISSN: 2239-1677. Doi: 10.5102/rbpp.v7i3.4630.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. “A Justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 227-242, 2018. ISSN: 2239-1677. Doi: 10.5102/rbpp.v8i1.5059.

SANTOS, Carlos Alberto Miranda. “Justiça Restaurativa e Justiça Militar Estadual: uma possibilidade à luz da Teoria da Justiça de John Rawls”. 2018. 165 f. *Tese (Doutorado)* – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28412>.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2221-0.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN: 8520323154.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN: 9788537500750.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. ISBN 978-85-60804-05-4.



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG