

BRUNO DE ALMEIDA LEWER AMORIM
CAROLINA C. DOS SANTOS DUTRA
GEISY STEPHANNI SOUZA
GUILHERME DEL GIUDICE T. DUARTE
GUSTAVO DE C. PINHEIRO LAGO
JORDANA NATÁLIA SANTOS MATOS
LARISSA LOPES LIBERATO
LUCIANA CALADO PENA
MARIANA CAMPOS DE SOUSA PINTO
RICARDO FERREIRA BAROUCH
RICARDO OLIVEIRA DE SOUZA
THAYS MURTA DOS SANTOS CRUZ

ORG:

BRUNO DE ALMEIDA LEWER A.
LUCIANA CALADO PENA



TEMAS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO

Vol.1

A partir da segunda metade do século XX, o mundo testemunhou avassaladoras transformações tecnológicas que culminaram em uma verdadeira revolução na forma como se produz, se dissemina e se consome informação. Não por acaso a revista norte-americana Time elegeu como "Personalidade do Ano" de 2006: "você". Essa é uma clara e criativa alusão à descentralização na produção e disseminação de conteúdos promovida por veículos inovadores de compartilhamento de mensagens e vídeos, como blogs, comunidades virtuais e o YouTube.

O Direito, enquanto regulador dos fenômenos sociais, se viu então diante de novos e crescentes desafios, seja no âmbito da criação, seja no âmbito da hermenêutica e da aplicação das leis. E mais. As mudanças provocadas pelas novas tecnologias que permitiram essa rápida e descentralizada disseminação de informação também trouxeram desafios no âmbito da formação dos estudantes de Direito. Como fomentar um aprendizado crítico, atual e consistente em um mundo de mudanças tão rápidas e bombardeado por tanta informação? As redes sociais, por exemplo, permitiram a comunicação praticamente instantânea de ocorrências em qualquer parte do planeta, bem como a disseminação imediata das mais diversas opiniões e análises, antes majoritariamente restritas a alguns poucos veículos de comunicação controlados por algumas emissoras e concessões de rádio e televisão.

Esse admirável mundo novo vem impondo a todos - estudantes, advogados, professores, servidores públicos - mudanças drásticas na forma de pensar, ensinar e aplicar o Direito.

Pensando nisso, a Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima, por intermédio de sua Direção Acadêmica e da Coordenação do seu Curso de Direito, organizou e coordenou a presente coletânea de artigos, proveniente do aprofundamento de temas debatidos em semanas jurídicas e eventos, bem como das discussões promovidas entre professores e alunos da Instituição, relacionados ao Direito na contemporaneidade, esperando que seja apreciada por toda a comunidade acadêmica e que agregue aos seus debates atuais.

Bruno de Almeida Lewer Amorim
Diretor Acadêmico da FUPAC Nova Lima
Luciana Calado Pena
Coordenadora do Curso de Direito da FUPAC Nova Lima

ISBN 978-65-6006-175-0



9 786560 061750 >



TEMAS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO

Vol.1

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer (Org.)

PENA, Luciana Calado (Org.)

Temas Contemporâneos do Direito - Vol. 1 - Belo Horizonte - Editora Expert, 2025. 310 p.

ISBN: 978-65-6006-175-0

1. Direito 2. Direito Contemporâneo

I. Título

CDD: 340

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

Índices para catálogo sistemático:

Direito

340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@experteditora.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

APRESENTAÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, o mundo testemunhou avassaladoras transformações tecnológicas que culminaram em uma verdadeira revolução na forma como se produz, se dissemina e se consome informação. Não por acaso a revista norte-americana *Time* elegeu como “Personalidade do Ano” de 2006: “você”. Essa é uma clara e criativa alusão à descentralização na produção e disseminação de conteúdos promovida por veículos inovadores de compartilhamento de mensagens e vídeos, como blogs, comunidades virtuais e o YouTube.

O Direito, enquanto regulador dos fenômenos sociais, se viu então diante de novos e crescentes desafios, seja no âmbito da criação, seja no âmbito da hermenêutica e da aplicação das leis. E mais. As mudanças provocadas pelas novas tecnologias que permitiram essa rápida e descentralizada disseminação de informação também trouxeram desafios no âmbito da formação dos estudantes de Direito. Como fomentar um aprendizado crítico, atual e consistente em um mundo de mudanças tão rápidas e bombardeado por tanta informação? As redes sociais, por exemplo, permitiram a comunicação praticamente instantânea de ocorrências em qualquer parte do planeta, bem como a disseminação imediata das mais diversas opiniões e análises, antes majoritariamente restritas a alguns poucos veículos de comunicação controlados por algumas emissoras e concessões de rádio e televisão.

Esse admirável mundo novo vem impondo a todos - estudantes, advogados, professores, servidores públicos - mudanças drásticas na forma de pensar, ensinar e aplicar o Direito.

Pensando nisso, a Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima, por intermédio de sua Direção Acadêmica e da Coordenação do seu Curso de Direito, organizou e coordenou a presente coletânea de artigos, proveniente do aprofundamento de temas debatidos em semanas jurídicas e eventos, bem como das discussões promovidas entre professores e alunos da Instituição, relacionados ao Direito

na contemporaneidade, esperando que seja apreciada por toda a comunidade acadêmica e que agregue aos seus debates atuais.

Bruno de Almeida Lewer Amorim
Diretor Acadêmico da FUPAC Nova Lima
Luciana Calado Pena
Coordenadora do Curso de Direito da FUPAC Nova
Lima

AUTORES DA OBRA

Bruno de Almeida Lewer Amorim

Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2017). Pós-graduado em Direito Civil pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas - IEC (2017). Pós-graduado em Direito do Consumidor pela Faculdade Prof. Damásio de Jesus (2017). Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos (2013). É Diretor da FUPAC Nova Lima. É Sócio-Fundador do Escritório Cesar Fiuza e Bruno Lewer Sociedade de Advogados. Professor da Pós graduação lato sensu em Direito do IEC PUC Minas; Associado Titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC; Foi Coordenador Institucional da Comissão de Assuntos Estudantis da OAB/MG e Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Foi Coordenador e Professor do Curso de Direito do Unipac em Barbacena e da FUPAC em Conselheiro Lafaiete/MG. Estudou Inovação e Liderança na Gestão de Projetos no ISCTE em Lisboa, Portugal, com bolsa concedida pelo Latin America Institute of Business. Mediador de Conflitos capacitado pelo Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil - IMAB, com ênfase em conflitos de consumo pelo CEBEPEJ; Escritor e Palestrante. Tem experiência na área de Direito, com ênfase no Direito Privado.

Carolina Cristina dos Santos Dutra

Graduanda em Direito na Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima - FUPAC

Geisy Stephanni Souza

Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima - FUPAC (2020)

Guilherme del Giudice Torres Duarte

É advogado sênior, com atuação em âmbito nacional, graduado pela PUC Minas, com pós-graduação em Direito Público e atuação

profissional há mais de 22 anos em diversas áreas jurídicas. Sócio do escritório Bini, Gama e del Giudice Sociedade de Advogados, onde atua nas áreas do Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Imobiliário, Direito das Relações do Consumo, Direito Administrativo e Biodireito. É também professor universitário em cursos de graduação e de pós-graduação em Direito, onde leciona conteúdos relativos às disciplinas de Direito Civil, Direito do Consumidor, Ética Profissional, Teoria Geral do Processo, Processo Civil e Biodireito. Foi assessor jurídico junto ao TJMG e junto ao extinto TAMG. Foi professor do núcleo de monografias da FAMIG, professor convidado de Direito das Famílias e Sucessões do UNIFEMM Sete Lagoas e professor convidado do UNI-BH, onde lecionou Legislação e Ética para os cursos de Publicidade e Jornalismo. Atualmente, leciona as disciplinas de Direito Civil e Processo Civil na FUPAC Nova Lima, onde também é coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ).

Gustavo de Carvalho Pinheiro Lago

Mestre na área de Processos Psicossociais, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor do curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) e do Centro Universitário Unihorizontes. Advogado do Cescon, Barriou, Flesch Barreto Advogados, graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos - FDMC. Atuou como Assessor Jurídico da Vara Agrária de Minas Gerais e de Acidentes de Trabalho da Comarca de Belo Horizonte no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Graduado, também, em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC).

Jordana Natália Santos Matos

Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima - FUPAC (2023)

Larissa Lopes Liberato

Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima - FUPAC (2020)

Luciana Calado Pena

Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia (FUMEC - 2012). Especialista em Docência do Ensino Superior (PUC Minas - 2004). Especialista em Processo Civil (PUC Minas 2002). Graduada em Direito (PUC Minas 2001). Advoga há mais de 20 anos, com consistente experiência em negociações extrajudiciais em conflitos socioambientais. Professora universitária há mais de 20 anos. Experiência em gestão de curso superior há mais de 10 anos. Atualmente, Coordena o Curso de Direito da FUPAC - Unidade da UNIPAC. Desenvolve pesquisas em direitos humanos, em especial, sobre a desigualdade de gênero e suas interseccionalidades; pesquisa sobre as pessoas em situação de rua e investiga os reflexos dessa situação na sociedade. Autora de capítulos de livros e artigos científicos na área do Direito. Consultora Inep/MEC na Avaliação Institucional e na Avaliação de Cursos Superiores.

Mariana Campos de Sousa Pinto

Historiadora, arquivista e estudante de Direito.

Ricardo Ferreira Barouch

Possui graduação em Direito pela Faculdades Milton Campos(2003), especialização em PÓS-GRADUAÇÃO pela Universidade Gama Filho(2004), mestrado em MESTRADO pela Escola Superior Dom Helder Câmara(2019) e ensino-medio-segundo-graupelo COLÉGIO IRMÃO LUCAS OBJETIVO(1997). Atualmente é PROFESSOR do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, PROFESSOR do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, PRIMEIRO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Minas Gerais, MEMBRO DE COMISSÃO ELEITORAL SECCIONAL da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional

de Minas Gerais, SÓCIO do REYNALDO XIMENES CARNEIRO, PERIARD E BAROUCH - SOC DE ADVOGADOS, Vice-presidente da Câmara de Comércio Líbano Brasileira de Minas Gerais e Colaborador e consultor da presidência do Fundação Libanesa de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito

Ricardo Oliveira de Souza

Ricardo Oliveira de Souza é Mestre em Direito pela UFMG Universidade Federal de Minas Gerais Linha de Pesquisa: DIREITO, RAZÃO E HISTÓRIA (2014); Especialista (pós-graduação *latu sensu*) em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras - Belo Horizonte/MG 2008/2010; Atua nas áreas de Filosofia do Direito; Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho; Direito Previdenciário. Direito Bancário e Direito do Consumidor; Antropologia Jurídica; Sociologia Jurídica; Ciências Políticas e Teoria Geral do Estado.

Thays Murta dos Santos Cruz

Advogada. CEO e head de inovação do César Fiúza Advogados. Coordenadora da pós graduação *latu sensu* de Direito Penal e Criminologia da UNIPAC. Professora na graduação da FUPAC Nova Lima. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas com dissertação sobre Inteligência Artificial e mercado de capitais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Pós graduada em Direitos Humanos. Formada em Engenharia Jurídica pela Looplex Academy. Autora de obras jurídicas. Pesquisadora de Direito Digital e novas tecnologias. Legal designer e entusiasta em inovação e novas metodologias aplicada à educação.

SUMÁRIO

O meio ambiente e a sua proteção constitucional por meio da inter e da transdisciplinaridade.....15

Ricardo Ferreira Barouch

A liberdade, a razão e o Estado em Kant: leituras de Höffe 39

Ricardo Oliveira de Souza, Guilherme del Giudice Torres Duarte, Thays Murta dos Santos Cruz

Autonomia privada e boa-fé objetiva no direito brasileiro.....55

Bruno de Almeida Lewer Amorim, Thays Murta dos Santos Cruz, Guilherme Del Giudice Torres Duarte

Autonomia privada e a utilização de inteligência artificial na tomada de decisões.....67

Thays Murta dos Santos Cruz, Guilherme del Giudice Torres Duarte, Ricardo Oliveira de Souza

Breve análise da eficácia das medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha, para os casos de violência que não a física.....87

Jordana Natália Santos Matos, Guilherme del Giudice Torres Duarte, Thays Murta dos Santos Cruz

Breves considerações acerca dos poderes executórios do juiz no processo civil.....117

Geisy Stephanni Souza, Guilherme del Giudice Torres Duarte, Ricardo Oliveira de Souza

Culpa? Os avanços da neurociência e seus possíveis reflexos na Filosofia do Direito.....149

Ricardo Oliveira de Souza, Thays Murta dos Santos Cruz, Guilherme del Giudice Torres Duarte

Desigualdade, violência e mecanismos legais de proteção à mulher no Brasil.....	163
<i>Luciana Calado Pena, Mariana Campos de Sousa Pinto, Thays Murta dos Santos Cruz</i>	
Eficiência e justiça no sistema tributário: um enfoque da Análise Econômica do Direito	199
<i>Gustavo de Carvalho Pinheiro Lago</i>	
O transexual na execução penal: uma análise dos desafios à diversidade no sistema penitenciário brasileiro	239
<i>Carolina Cristina dos Santos Dutra, Thays Murta dos Santos Cruz, Guilherme del Giudice Torres Duarte</i>	
Reflexo da medida protetiva da mãe frente à guarda compartilhada com o pai agressor	273
<i>Larissa Lopes Liberato, Guilherme del Giudice Torres Duarte, Thays Murta dos Santos Cruz</i>	

O MEIO AMBIENTE E A SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL POR MEIO DA INTER E DA TRANSDISCIPLINARIDADE

Ricardo Ferreira Barouch¹

1. INTRODUÇÃO

O meio ambiente constitui ponto fundamental no ideário constitucional de 1988. Tanto assim que o constituinte originário dedicou capítulo especial ao tema e declarou que a sua proteção é dever do Estado e de toda a sociedade.

Com efeito, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado exige esforços, dos mais variados, da sociedade brasileira e do Estado. Trata-se, dessa maneira, de uma autêntica obrigação constitucional.

De outro lado, essa mesma salvaguarda é direito fundamental, cujos destinatários são as gerações atuais e as futuras. E, nessa perspectiva, essa proteção deve alcançar a máxima eficácia, como de resto ocorre com todos os outros direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição.

Tem-se, portanto, um verdadeiro arcabouço protetivo, impondo deveres e direitos em face desse bem jurídico de especialíssima importância, desde que é elemento que proporciona a fruição da vida e de outros tantos direitos fundamentais, a exemplo da saúde, do bem-estar, da dignidade da pessoa humana, da integridade física e moral etc.

Entretanto, não se pode descurar que, nessa operação, há tarefa de inegável complexidade, qual seja palmilhar a intensidade, a modulação e a adequação das medidas protetivas do meio ambiente.

¹ Professor de Direito Ambiental do Curso de Direito da FUPAC/Nova Lima e de Direito Administrativo da SKEMA *Business School*. Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Público. Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Hélder Câmara, em Belo Horizonte. Advogado.

Sabe-se que sem a integração do conhecimento isso não é possível, assim como, mesmo diante de conhecimento relativamente integrado, poderão ocorrer medidas ineficazes, haja vista que a ciência humana tem inúmeras limitações sobre o meio ambiente e seu funcionamento. Não é por outra razão que se faz imperioso, para efetivar a salvaguarda ecológica, atrair a inter e a transdisciplinaridade – havidos como fundamentos do direito ambiental nesse contexto.

Dentro desse panorama, o marco teórico do trabalho se concentra nas disposições do art. 225 da Constituição brasileira de 1988 e na disposição legal contida no art. 4º, III, da Lei Federal nº. 9.795/99, que taxativamente cita a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade enquanto princípios básicos da educação ambiental.

Não se pode deixar de registrar que a Conferência de Estocolmo de 1972, igualmente, faz parte do marco teórico, considerando que faz referência à interdisciplinaridade.

O objetivo do artigo, então, é demonstrar que a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade são fundamentos do direito ambiental constitucional, pois, numa visão holística da natureza, existe a obrigatoriedade de se interligar conhecimentos e, por intermédio dessa iniciativa, retirar medidas possíveis para que a proteção ambiental, expressa no art. 225 da CRFB, ocorra de maneira aceitável, especialmente em benefício de gerações futuras.

O trabalho se divide em três capítulos, além da introdução. Inicialmente, discorrer-se-á sobre a proteção que o art. 225, *caput*, da Constituição estabeleceu em benefício do meio ambiente sadio. A seguir, estudar-se-á a aplicação da interdisciplinaridade, negando-se a ocorrência de conclusões compartimentadas para solucionar os desafios ambientais. No capítulo seguinte, analisar-se-á a transdisciplinaridade, enquanto fundamento que se aplica em face da incapacidade do conhecimento humano desvelar todo o complexo sistema ambiental que proporciona a vida. Por isso, conclusões e medidas obtidas por intermédio de diversos ramos do conhecimento haverão de ser adotadas. Ao final, estabelece-se conclusão sobre a investigação que se propõe.

Utiliza-se o método indutivo, por meio de pesquisa legislativa e doutrinária, de modo a se saber se realmente é possível a aplicação dos princípios da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade em relação ao disposto no art. 225 da CRFB.

2. O MEIO AMBIENTE E A SUA PROTEÇÃO NO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO

O texto constitucional de 1988, em seu artigo 225, edificou especial proteção ao meio ambiente sadio. Se está defronte de norma inovadora no âmbito da história constitucional brasileira, haja vista que é a primeira vez que constituição brasileira cuida do assunto, não obstante a existência de leis que versavam sobre o assunto.

Dessa forma, a Constituição brasileira supera anos de omissão e estabelece proteção, em capítulo próprio, ao meio ambiente.

É o que anota Herman Benjamin:

Esse quadro de omissão constitucional mudou inteiramente com a Constituição Federal de 1988, que tem todo um capítulo dedicado ao ‘meio ambiente’, complementado por outros dispositivos esparsos que, direta ou indiretamente, cuidam também da matéria. A norma básica, de caráter fundamental, está posta no caput do art. 225: ‘Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum e essencial à 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’. (BENJAMIN, 2015, p. 49)

E o texto constitucional de 1988 o fez de forma efetivamente arrojada, de maneira a pretender que a defesa do meio ambiente se fizesse ampla e irrestrita, encarregando não só o Estado, mas também toda a sociedade dessa tarefa.

E, além do mais, inovou também na medida em que se inseriu não só as atuais gerações enquanto destinatárias da proteção, mas igualmente as gerações futuras. Ou seja, a obrigação não envolve apenas perspectivas e expectativas atuais, mas as vindouras, num porvir indeterminado.

Isso porque o meio ambiente sadio é que haverá de garantir a perpetuação da humanidade e da própria vida como se conhece. E inegável que assim deveria ser.

Portanto, a normatização estabelecida pela Constituição é das mais acertadas e, certamente, contribui para a efetiva proteção do meio ambiente, permitindo, de certa forma, que as gerações futuras possam usufruir dos recursos naturais de que hodiernamente se dispõe para satisfazer, especialmente, necessidades básicas de existência digna.

É, em verdade, um compromisso, alçado em âmbito constitucional, que a sociedade brasileira estabeleceu em favor das gerações do futuro e que, por isso mesmo, deve ser observado em todas as suas dimensões, sobretudo sob a perspectiva de direito fundamental, cujas matizes se acham fundadas, entre outras coisas, sob a noção da máxima efetividade².

Com efeito, o meio ambiente sadio somente haverá de encontrar efetividade se examinado sob o prisma de direito fundamental, e não

² Robert Alexy, sobre o tema da máxima efetividade dos direitos fundamentais, ensina: “*Esses direitos fundamentais devem, enquanto valores ou ‘decisões objetivas de valores’, irradiar-se sobre todo o direito. Com isso os direitos fundamentais ostentam sua força não só nas relações entre os cidadãos e o estado, mas também no direito civil, que trata de relação entre os cidadãos*” (ALEXY, 2014, p. 128).

há dúvida de que a Constituição pretendeu isso – é evidentemente direito fundamental³⁴.

De outro lado, não se pode deixar de repisar que a proteção ao meio ambiente alcança bens jurídicos dos mais diversos. Porém, ao contrário do que possa parecer inicialmente, o texto constitucional não estabelece proteção apenas ao meio ambiente enquanto fonte de recursos naturais. Inclui-se nesse âmbito de salvaguarda patrimônios biológicos, genéticos, urbanísticos e imateriais.

Flávia Piovesan, citando Helita Barreira Custódio, elucida a extensão da norma constitucional protetiva:

Para os fins protecionistas, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo ‘todos os bens naturais, artificiais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, o ar, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, ao patrimônio histórico, artístico, turístico, arqueológico, além das variadas disciplinas urbanísticas’.

3 José Adércio Leite Sampaio e Carolina Mascarenhas asseveram: “A atual Constituição brasileira foi a primeira da longa e tortuosa jornada do constitucionalismo no País que reconheceu o meio ambiente como direito fundamental disciplinando em seu artigo 225 com a seguinte dicção: ‘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, 1988). (...) Considerando, portanto, a essencialidade ou indispensabilidade do meio ambiente sadio ou, na dicção constitucional, ecologicamente equilibrado, a teoria constitucional e as próprias Constituições passaram a reconhecê-lo como um direito fundamental. O meio ambiente íntegro ou sadio se define, na inspiração antropocêntrica dominante, como objeto de um direito de titularidade ampla, coletiva e difusa. Sob o ponto de vista dogmático, é um direito da coletividade brasileira, um ‘bem de uso comum do povo’, tomado no sentido da generalidade de quem aqui vive; sob o ponto de vista teórico e de direito internacional, um direito de toda humanidade. Em qualquer caso, a referir-se as gerações que vivem e os que têm direito a viver, as que viverão. E considerá-lo dessa forma, é reconhecer a sua amplitude e a sua importância como um direito fundamental” (SAMPAIO, 2016).

4 José Afonso da Silva registra que a Conferência de Estocolmo em 1972 ensejou a concepção do meio ambiente ecologicamente equilibrado em direito fundamental: “A Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do homem, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados” (SILVA, 1994, p. 44).

Ao sintetizar a integração de elementos naturais, artificiais e culturais, o meio ambiente há de ser concebido: a) como meio ambiente natural, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, enfim a biosfera; b) como meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio artístico, turístico e paisagístico e c) como meio ambiente artificial, formado pelo espalho urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e pelos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, enfim todos assentamentos de reflexos urbanísticos). (PIOVESAN, 2015, p. 838-839)

A propósito, essa concepção doutrinária de meio ambiente multifacetário encontra amparo no art. 3º, inciso I, da Lei Federal nº. 6.938/81.

In verbis:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Como se percebe, a conceituação do meio ambiente e a tutela ambiental alcançam bens jurídicos dos mais distintos⁵. Não se tem

5 Luís Roberto Barroso corrobora: “A questão ambiental compreende, difusamente, uma multiplicidade de preocupações que, de tempos em tempos, concentram-se em tópicos específicos. Dentre eles se incluem: - a preservação das florestas contra agressões diversas, que podem vir do desmatamento por queimadas ou atividades extrativistas. Neste âmbito se incluiria, também, a proteção aos chamados povos da floresta, como índios e seringueiros; - a proteção das espécies ameaçadas de extinção; - a poluição das águas, notadamente rios e mares, por dejetos industriais, derramamentos de óleo e despejo de esgotos sem tratamento; - a poluição atmosférica, comprometendo a qualidade do ar que se respira, bem como acarretando problemas de maior amplitude como a vulneração da camada de ozônio, o ‘efeito estufa’ e a ‘chuva ácida’; - a qualidade de vida nas metrópoles, deteriorada pela concentração urbana e seus conseqüências, como o lixo não tratado adequadamente, os despejos de dejetos e

definição delimitada, fechada, exaustiva, hermética do que venha a ser objeto de proteção. Nem poderia deixar de ser dessa maneira, uma vez que o meio ambiente deve ser interpretado conforme a perspectiva de manutenção da qualidade de vida do ser humano e do que possa interessar a existência de um planeta ecologicamente equilibrado.

Certamente, e disso não se pode distanciar, a tutela ambiental haverá de ser erigida sobre interesses transindividuais e que ultrapassam a dimensão humana de consideração. Ora, é inegável que a salvaguarda ecológica deve superar a perspectiva meramente antropocêntrica, sob pena de apequenar a noção de meio ambiente e reduzi-la em função da limitação humana de conhecer, perceber e dimensionar a natureza.

Por esse motivo, a proteção ambiental pode e deve alterar conforme a própria evolução da ciência e de suas descobertas, a alteração das condições climáticas⁶, da disponibilidade de recursos naturais, da constatação de novas realidades socioeconômicas, etc.

E, de outro lado, consoante já se anotou, há outras dificuldades, considerando que a tutela ambiental pode e deve alcançar bens jurídicos imateriais, como é o caso da cultura, das artes e do ambiente

esgotos em locais impróprios, excessos de barulho, etc.; - o controle de atividades econômicas ou estratégicas potencialmente predatórias, como a mineração ou o emprego de energia solar; - promoção de um desenvolvimento sustentável, como tal entendido aquele apto a atender às necessidades básicas das gerações atuais e futuras, bem como garantir a renovação dos estoques atuais de recursos” (BARROSO, 2015, p. 1006-1007).

6 Sem dúvidas, as mudanças climáticas, apesar de inevitáveis, são, hoje em dia, um dos fatores de maior preocupação ambiental, pois se sabe que por intermédio desse fenômeno poderá haver severas restrições a recursos naturais que são indispensáveis à sobrevivência humana. Nesse contexto, os tratados internacionais têm conclamado os países a tomar medidas preventivas em face da intervenção antrópica desmedida, que é, possivelmente, capaz de acelerar as alterações climáticas do planeta. O Protocolo de Quioto, por exemplo, prescreveu que seria necessário diminuir a emissão de gases causadores do efeito estufa a patamar inferior, em 5%, ao de 1990. Confira-se o excerto do art. 3º: “As Partes incluídas no Anexo I devem, individual ou conjuntamente, assegurar que suas emissões antrópicas agregadas, expressas em dióxido de carbono equivalente, dos gases de efeito estufa listados no Anexo A não excedam suas quantidades atribuídas, calculadas em conformidade com seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões descritos no Anexo B e de acordo com as disposições deste Artigo, com vistas a reduzir suas emissões totais desses gases em pelo menos 5 por cento abaixo dos níveis de 1990 no período de compromisso de 2008 a 2012”.

turístico. Todos valores mutáveis, conforme o tempo e o espaço. Mas nem por isso deixam de escapar do âmbito de incidência da norma constitucional.

Não é por outro motivo que são fundamentos do direito ambiental constitucional a inter e a transdisciplinaridade, que se prestam a maximizar a eficácia da norma constitucional, porquanto, reconhecidamente, o engenho do homem não é capaz de desvendar, por si só, todas as implicações de sua intervenção no mundo, muito menos valendo de conhecimentos estanques e compartimentados para regular um todo altamente complexo e dinâmico.

3. A INTERDISCIPLINARIDADE COMO FUNDAMENTO DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

A interdisciplinaridade é fundamento do direito ambiental, tendo em vista que a proteção do meio ambiente alcança, como já se viu, bens jurídicos dos mais diversos.

Com efeito, a ciência do direito, isoladamente, é incapaz de satisfazer as exigências argumentativas, principiológicas e fundamentais da proteção ambiental. É preciso trazer, inegavelmente, conhecimentos dos mais diversificados ramos, de maneira a embasar conclusões e estabelecer prioridades minimamente razoáveis.

A propósito, José Renato Nalini e Wilson Levy trazem importantes apontamentos sobre o tema:

O desafio do direito ambiental é, assim, quebrar a compartimentação característica do ensino jurídico tradicional para compartilhar saberes com um largo espectro de outros conhecimentos igualmente indispensáveis. Não há como se contemplar o ambiente senão em sua visão cósmica. Além da biologia, de geologia, de geografia, de oceanografia, de tantos outras ciências, quais a economia e a estatística, o direito ecológico não pode prescindir de sólidas

noções de teoria geral do Estado, de teoria política, de direito constitucional, direito administrativo, civil, penal, processual e, notadamente, de filosofia do direito. (NALINI *et al*, 2015, p. 967)

Esse fenômeno é, igualmente, sentido até mesmo em produções acadêmicas, pois efetivamente a compartimentação não satisfaz esses postulados de tutela ecológica.

É o que observa Marcel Bursztyn:

Após décadas de especialização, fragmentação, compartimentalização e auto-enclausuramento das ciências disciplinarizadas, a questão ambiental suscita um movimento reverso de des-especialização. A própria natureza e complexidade dos problemas a serem tratados no universo dos temas ambientais – sinergias, objetos mutantes, abrangências, interesses envolvidos, superposição de diferentes escalas, revisão de paradigmas consagrados etc. – exige que as competências a serem mobilizadas sejam amplas. A originalidade se dá também pelo fato de que os novos programas interdisciplinares surgem na contra-mão da maré especializante, que marcou a pesquisa científica em geral e a Universidade em particular, por muitas décadas. Evidentemente, seria necessário um aprendizado institucional para que tal movimento se desse. (BURSZTYN, 2004).

Com efeito, o direito ambiental se afasta de especializações e de conceituações taxativas e exaurientes, porque, repita-se, seu âmbito de incidência normativa está a depender do que é importante e necessário para a preservação da vida no planeta e para o estabelecimento de condições de vida sadia.

Essa operação protetiva, certamente, não pode ser estanque, tampouco concentrada em especificidades. Antes, a tutela ambiental deve atrair para si elementos científicos que a justifique para alcançar

o objetivo da norma constitucional – qual seja a proteção do meio ambiente sadio.

Aliás, essa preocupação já havia sido introduzida desde a Convenção de Estocolmo em 1972, consoante anota Enrique Leff:

Com esses antecedentes, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, celebrada em Estocolmo em 1972, lança uma cruzada em favor do meio ambiente; ao mesmo tempo, porém, reconhece que a solução da problemática ambiental implica mudanças profundas na organização do conhecimento. Dessa forma, propõe-se o desenvolvimento de uma educação ambiental fundada em uma visão holística da realidade e nos métodos da interdisciplinaridade.

Assim, em 1975 se estabelece o Programa Internacional de Educação Ambiental (PIEA), patrocinado pela UNESCO e pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). Mais tarde, na Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, celebrada em Tbilisi em 1977, estabelecem-se as orientações gerais da educação ambiental, fundada em princípios da interdisciplinaridade como método para compreender e restabelecer as relações sociedade-natureza (UNESCO 1980). O PIEA buscou incorporar uma ‘dimensão ambiental’ nas diferentes disciplinas, assim como nos métodos de investigação e nos conteúdos do ensino formal e informal, em todos os níveis do sistema educativo.

Nessa perspectiva, reconhece-se que os problemas ambientais são sistemas complexos, nos quais intervêm processos de diferentes racionalidades, ordens de materialidade e escalas espaço-temporais. A problemática ambiental é o campo privilegiado das inter-relações sociedade-natureza, razão pela qual seu conhecimento demanda uma abordagem holística e um método interdisciplinar que permitam a integração das ciências da natureza e da sociedade;

das esferas do ideal e do material, da economia, da tecnologia e da cultura (UNESCO61 1986). (LEFF, 2000, p. 20)

Dessa forma, o fundamento da interdisciplinaridade recomenda que o direito ambiental estabeleça diálogo permanente com as demais ciências, de modo a encontrar justificativas suficientes para que a tutela se faça incidir sobre determinada situação, ou sobre determinado bem jurídico, na medida exata do que for recomendável pela solução interdisciplinar.

É verdade que isso não significa novidade para o direito, pois as ciências jurídicas, rotineiramente, estão a depender de outros ramos do conhecimento para estabelecer premissas.

Porém, o que se deve ressaltar é que o direito ambiental, com maior propriedade, carece de subsídios científicos para formar premissas, fundar valores e elencar proteções.

É o que, em certa medida, recomenda Marcio Frezza Sgarioni ao discorrer sobre a interdisciplinaridade:

Ela é um caminho possível para a superação da compartimentalização do saber dogmático do Direito (Steinmez, 1999, p. 134) e deve ser pensada nos três níveis aqui propostos: na ciência (e ensino acadêmico), na educação ambiental e no exercício profissional dos operadores do direito. Poderá competir à interdisciplinaridade a tarefa de derrubar os falsos limites territoriais nos quais os paradigmas positivistas aprisionaram o Direito (Steinmetz, 1999, p. 141).

Portanto, a perspectiva interdisciplinar deve propor que ‘várias disciplinas contidas nas ciências sociais e do comportamento tornem-se mutuamente coerentes e compatíveis com o que é conhecido nas ciências naturais, ou seja, que possa nascer uma explicação verticalmente integrada dos fenômenos’. (Fernandez, 2010).(SGARIONI, 2011).

Portanto, a interdisciplinaridade é elemento essencial na dogmática ambiental, até porque para se examinar o efetivo alcance da norma constitucional contida no art. 225 é indispensável recorrer a outros ramos do conhecimento, pois somente nesse processo integrativo o meio ambiente haverá de obter a salvaguarda que se espera, inclusive em benefício das futuras gerações.

E, por isso mesmo, não se pode deixar de consignar que a legislação brasileira, notadamente a Lei Federal nº. 9.795/99, faz referência expressa a esse fundamento.

Colaciona-se:

Art. 4º São princípios básicos da educação ambiental:
(...)
III - o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas,
na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade;

Tem-se, destarte, mandamento legal a orientar a integração entre os conhecimentos em favor da proteção ecológica. Em tema dessa envergadura a integração do conhecimento é mandamento que decorre do texto constitucional, sem o que não se poderá cogitar efetiva salvaguarda.

4. A TRANSDISCIPLINARIDADE ENQUANTO OUTRO FUNDAMENTO DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

Outro fundamento igualmente importante para o direito ambiental é a transdisciplinaridade.

Consoante já se anotou, a proteção ecológica não alcança bens jurídicos que só interessam, exclusivamente, ao homem e às gerações atuais. A tutela ambiental deve superar essas limitações por meio de uma concepção verdadeiramente holística e intergeracional, pois não há como separar o homem da natureza que permite a sua

existência, devendo, em função disso, haver uma solução de vigorosa continuidade.

É o que propõem José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala:

Esta visão de integração e interação é destacada por Vieira, que salienta que o tema meio ambiente não serve para designar um objeto específico, mas, de fato, uma relação de interdependência. Tal interdependência é verificada de maneira incontestável pela relação homem-natureza, posto que não há possibilidade de se separar o homem da natureza, pelo simples fato da impossibilidade de existência material, isto é, o homem depende da natureza para sobreviver. O meio ambiente é conceito que deriva do homem, e a ele está relacionado; entretanto, interdepende da natureza como duas partes de uma mesma fruta ou dois elos do mesmo feixe.

(...)

Qualquer que seja o conceito que se adotar, o meio ambiente engloba, sem dúvida, o homem e a natureza, com todos os seus elementos. Dessa forma, se ocorrer uma danosidade ao meio ambiente, esta se estende à coletividade humana, considerando tratar-se de um bem difuso interdependente.

(LEITE, 2010).

Mais adiante complementam:

Acrescenta-se a esse panorama o fato de que hoje a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para as gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual. Assim sendo, esse novo paradigma

da proteção ambiental, com vistas às gerações futuras, pressiona um condicionamento humano, político e coletivo mais consciencioso com relação às necessidades ambientais. (*Ibidem*).

Mas a proteção ambiental não pode ocorrer somente sob o prisma da conveniência antropocêntrica, ou seja, concentrada nas necessidades e nas conveniências do homem.

Isso porque o meio ambiente ecologicamente equilibrado – instrumento de vida e de existência humana – está a depender de incontáveis fatores químicos, biológicos, físicos, geológicos, climáticos etc. Todos eles envolvidos num complexo – e até mesmo desconhecido – processo de interação que permite as condições elementares para que a vida prospere no planeta. Assim, a transdisciplinaridade está a demonstrar que a razão humana, mesmo que integrada conforme a interdisciplinaridade, não é suficiente para chegar a conclusões definitivas.

Não é por outro motivo que se cunhou o princípio da precaução⁷, diante da reconhecida ausência de conhecimento científico suficiente para desvendar toda essa interação que acontece para proporcionar a vida. E, se assim é, todo o agir humano deve, antes de tudo, centrar na preocupação com a preservação e, não sendo possível, deve causar o mínimo impacto possível no habitat⁸.

7 A Carta do Rio (1992) traz, no princípio de nº. 15, a expressa previsão da precaução. Confira-se: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (Carta do Rio, 1992).

8 Paulo Antunes de Bessa com clareza explica as dificuldades em torno da aplicação do princípio da precaução: “Como ya se vio arriba, la prudencia parte de la experiencia y, luego, el análisis de un riesgo parte del examen de situaciones asemejadas acontecidas anteriormente; todavía, cuando se trata de tecnología nueva, no hay un histórico de precedentes que pueda indicar posibles resultados futuros. ¿Cómo lidiar con tal cuestión? Ciertamente no se puede partir de la premisa de que las intervenciones humanas sobre el medio ambiente son, en esencia, negativas, motivo por el cual deben ser evitadas a todo costo. Predecir el futuro no es tarea simple y, ni siempre, produce Buenos resultados. Celebrando el 46º aniversario del Earth Day, Hannah Waters (WATERS, 2016) informa que

A transdisciplinaridade, dessa feita, por atrair deveres de cuidado que ultrapassam os interesses das gerações atuais e a própria conveniência do homem em face da natureza, representa relevante fundamento que traz efetividade para os postulados do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse aspecto, esse fundamento se associa, de modo muito especial, com a interdisciplinaridade, formando um conjunto de informações e de percepções (científicas, biológicas, econômicas, sociológicas, culturais, antropocêntricas, jurídicas, etc.) que é capaz de trazer luzes sobre o modo de incidência da tutela ambiental. Essa relação estreita entre a inter e a transdisciplinariedade é capaz, então, em certa medida, de superar as iniciais dificuldades de conhecimentos compartimentados e de interações isoladas entre os ramos do conhecimento humano.

Mas, ainda assim, é preciso reconhecer que o meio ambiente não se desvelará de modo completo, mas sempre parcial, tendo em vista que o ser humano, nas suas diversas atividades cognitivas, não possui habilidades de obter, de modo definitivo, a compreensão de todas as interações entre os elementos naturais que regulam a vida no planeta.

É o que reconhece Édís Milaré:

muchos científicos hicieron previsiones de un futuro sombrío, con mucha contaminación y destrucción, extinción en masa, fines de las reservas de petróleo y otros minerales. Este sería el escenario del año 2000 y que, felizmente, no ocurrió.

Con relación a previsiones no realizadas, se puede observar que ellas se expandieron y, en el caso brasileño, tiene servido hasta mismo de base para decisiones judiciales, con efecto, el Superior Tribunal de Justicia há decidido casos utilizándose como razón de argumentación el ‘malos tratos’ a la naturaleza conjugado con la ‘ganancia de la sociedad de consumo’ que tendrían tornado ‘próxima la amenaza remota’ del agotamiento de los recursos naturales, recorriendo inclusive a James Lovelock, ‘el formulador de la hipótesis Gaia’ y Mikhail Gorbachev que ‘afirmó que la sociedad tendría treinta años para mudar sus hábitos de consumo’, bajo pena de la Tierra continuar existiendo sin la presencia humana (STJ, AgRg no AResp 476067/SP). La Corte se dejó llevar, acriticamente, por datos que podría fácilmente tener verificado que no ocurrieran.

Como recuerda Hannah Waters (WATERS, 2016): ‘La verdad es más complicada’. La exacta medida da actitud a ser tomada en relación a los posibles daños futuros es tema complejo que no puede ser resuelto em base de la vocalización más alta” (ANTUNES, 2016, p. 76).

Nossa visão de meio ambiente é setorial, parcial e, muitas vezes, distorcida. Por isso, mesmo com as cortinas do palco abertas e ribalta iluminada, não alcançaremos ver tudo ao mesmo tempo e o tempo todo. Os cenários mudarão continuamente e os bastidores esconderão elementos valiosos para a compreensão do drama ambiental, que se desenvolve antes nossos olhos em imagens sucessivas, num processo de mutações aceleradas. Mesmo assim, manietados pela complexidade da vida na terra e atordoados pelas mudanças contínuas de cenários, elementos e atores, nós nos veremos presos ao chão e impossibilitados de participar da ação em andamento, nem sequer poderemos acompanhá-la em suas evoluções.

Não importa. Nosso conhecimento não é intuitivo, direto e abrangente, menos ainda conhecimento infuso, com o qual já nasceríamos. Ele procede pela percepção das realidades parciais, através dos sentidos, pela elaboração de juízos e pela concatenação de raciocínios. Ele é lento, discursivo e parcial. Nada obstante, cabe-nos utilizá-lo, desenvolvê-lo, ampliá-lo com auxílio da interdisciplinaridade, com a busca de nexos entre causas e efeitos, com o exercício de correlações existentes entre os seres que constituem o ecossistema planetário. (MILARÉ, 2016, p. 6).

Correta é a observação, porquanto – como se sabe – mudam as necessidades do homem, alteram os conhecimentos, modifica-se o clima, biomas, ecossistemas e as espécies. Sem dúvida, se está diante de um processo dinâmico ainda não compreendido corretamente.

Por isso, não se pode considerar o meio ambiente tão-somente sob o interesse antropocêntrico. A salvaguarda deve ser muito mais ampla.

Dulley explica, a propósito, a difícil tarefa de estabelecer até mesmo o conceito de ambiente:

É importante destacar que a aceitação dessa visão de ambiente e das possíveis ações sobre o mesmo poderá evitar a adoção de uma postura muito comum, mas equivocada de considerar como nele incluídos apenas os elementos do meio ambiente que interessam diretamente ao homem. O correto seria, portanto, que ao se tratar de ambiente, se incluam além do humano, também os meios ambientes de todas as demais espécies conhecidas pelo homem. O fato de que esses outros meios ambientes específicos sejam ou não considerados e respeitados como parte do ambiente pelos sistemas sociais humanos já é outra questão que não cabe neste ensaio.

Portanto, o respeito apenas ao ambiente no sentido estrito (antropocêntrico), equivocadamente confundido com o meio ambiente humano, limitar-se-ia aos elementos conhecidos da natureza que são indispensáveis para o sistema social produtivo humano e para a sobrevivência da espécie humana, tanto local quanto planetariamente. É portanto a capacidade do homem de pensar a natureza, pensada em seu sentido amplo (envolvendo todas as espécies conhecidas), que lhe permite pensar todos os meios ambientes compondo o ambiente.

A natureza e o ambiente seriam, portanto, duas faces de uma mesma moeda, sendo que o segundo teria uma conotação mais prática ou de utilidade, não só para o homem, mas também para qualquer espécie. (DULLEY, 2004, p. 20).

A transdisciplinaridade⁹, então, representa o reconhecimento de que o homem não é capaz de solucionar os desafios de estabelecer

⁹Para fins de ilustração, convém registrar a existência da Carta da Transdisciplinaridade, formulada em Portugal, em 1994. Trata-se de movimento de reação aos riscos do conhecimento especializado, absoluto, que inviabiliza conhecimentos globais e universais. A propósito, o art. 3º da Carta é elucidativo: “Artigo 3 - A transdisciplinaridade é complementar à aproximação disciplinar: faz emergir da confrontação das disciplinas dados novos que as articula entre si; oferece-nos uma visão da natureza e da realidade.

definitivamente o que seja efetivamente meio ambiente, pois se cuida de tarefa que exige investigação incessante em função da complexidade do sistema dinâmico que regula a vida no planeta. Isso, como se vê, transcende o conhecimento humano.

Por isso mesmo, deve-se, além de admitir que conhecimento compartimentado não satisfaz esses postulados (interdisciplinaridade), buscar conhecimento integrado – angariado nesse processo de interações científicas constantes – que seja, minimamente, capaz de entender e promover procedimentos protetivos em benefício da natureza e da própria continuidade da existência humana (transdisciplinaridade)¹⁰.

5. CONCLUSÃO

A proteção constitucional, consoante se delineou, é inovadora e busca satisfazer interesses metaindividuais e supra-humanos, de modo que se possa ter, inclusive para gerações futuras, a existência do meio ambiente sadio.

A visão holística norteadada pelo texto constitucional, sem dúvida, estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é patrimônio universal, que a todos interessa de modo indistinto.

De outro lado, restou clarividente que a salvaguarda ecológica não poderia se limitar a bens previamente estabelecidos, diante da diversidade que envolve o assunto – o que é, inclusive, admitido por lei federal.

Com efeito, à norma constitucional interessam os recursos naturais, os patrimônios biológicos, genéticos, urbanísticos,

A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias outras disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa”.

10 Sobre essa necessária distinção, Maria Cecília Pereira Tavares ensina: “na interdisciplinaridade, pelo contrário, o objetivo é encontrar pontos de contato entre disciplinas distintas, levando a um produto original. Para o autor a transdisciplinaridade ‘se propõe a dissolver as barreiras das disciplinas, com o objetivo de integrar todas as disciplinas em um saber único e reconfigurado’. Para esta prática, enfatiza o autor, é necessária uma formação de pesquisadores de múltiplas competências. Trata-se de uma prática colaborativa e que leva em conta a dimensão temporal da pesquisa” (TAVARES, s/d).

artísticos, culturais, enfim toda uma sorte de bens jurídicos que estão intimamente interligados à noção de meio ambiente.

E, como não poderia deixar de ser, essa iniciativa protetiva, de âmbito constitucional, deve ultrapassar, sempre que possível, a perspectiva antropocêntrica, considerando que o conhecimento humano não é capaz de delinear, de modo seguro, todo esse complexo sistema do planeta que proporciona a vida.

Portanto, os bens suscetíveis à incidência da norma constitucional inserida no art. 225 não são previamente enumerados. Há necessidade de pesquisa científica e jurídica, de maneira a se estabelecer a proteção.

Diante dessa tarefa, a interdisciplinaridade assume função preponderante, a fim de que haja interligação entre os diversos ramos do conhecimento afetos ao bem jurídico em discussão.

E nesse processo integrativo de investigação, a transdisciplinaridade ocupa outro papel igualmente relevante, qual seja a busca de formulação de juízo mínimo de conveniência e plausibilidade acerca da proteção ambiental e de sua extensão.

Sem essa junção científica, sem essa formação de juízo integrado, certamente a proteção ambiental se frustrará, pois defender o meio ambiente diante de quadro social extremamente complexo e globalizado não é atribuição de conhecimento compartimentado, estanque e especializado.

A salvaguarda ecológica num mundo interligado, de múltiplas carências, de produção industrial incessante e ainda efervescente, de consumo desenfreado, exige iniciativas arrojadas e bem delineadas, até porque, rememore-se, existe a ordem constitucional de efetivá-la, inclusive, para as gerações futuras.

Não é por outro motivo que nada disso se realiza sem a intervenção valiosa da inter e da transdisciplinaridade.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 384 p.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Precautionary Principle on Brazilian Environmental Law**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/877>>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira**. In Doutrinas essenciais de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 1001-1037.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Introdução ao direito ambiental brasileiro**. In Doutrinas essenciais de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 41-92.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Federal nº. 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

_____. Congresso Nacional. **Lei Federal nº. 9.795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais ns. 1/1992 a 78/2014, pelo Decreto Legislativo n. 186/2008 e pelas Emendas

Constitucionais de Revisão ns. 1 a 6/1994. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

BURSZTYN, Marcel. **Meio ambiente e interdisciplinaridade: desafios ao mundo acadêmico**. Desenvolvimento e Meio Ambiente, n. 10, p. 67-76, jul./dez. 2004. Editora UFPR. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/made/article/viewFile/3095/2476>>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

DULLEY, Richard Domingues. **Noção de natureza, ambiente, meio ambiente, recursos ambientais e recurso naturais**. Disponível em: <<http://www.iea.sp.gov.br/out/publicacoes/pdf/asp-2-04-2.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

LEFF, Enrique. **Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental**. In Interdisciplinaridade em ciências ambientais. Disponível em: <[http://www.unievangelica.edu.br/files/images/Interdisciplinaridade%20e%20Ci%C3%Aancias%20Ambientais%20\(3\).pdf#page=62](http://www.unievangelica.edu.br/files/images/Interdisciplinaridade%20e%20Ci%C3%Aancias%20Ambientais%20(3).pdf#page=62)>. Acesso em 11 de abril de 2025.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/47427074_A_transdisciplinaridade_do_direito_ambiental_e_a_sua_equidade_intergeracional>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

MILARÉ, Édis. **Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para o delineamento de um microsistema de responsabilidade**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Interdisciplinaridade e direitos fundamentais**. In Doutrinas essenciais de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p 955-975.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

____. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Protocolo de Quioto**. Disponível em: <http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quioto.pdf>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

PIOVESAN, Flávia. **O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988: diagnósticos e perspectivas**. In Doutrinas essenciais de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 831-862.

PORTUGAL. **Carta da transdisciplinaridade**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/ANEXOA_Carta_Transdisciplinaridade.pdf>. Acesso em 11 de abril de 2025.

SAMPAIO, José Adércio Leite; MASCARENHAS, Carolina Miranda do Prado. **O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado necessita de um estado ambiental?** Curitiba: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, v.2, n. 2, p. 40-57, jul-dez de 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/1626-3764-1-SM.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2025

SGARIONI, Marcio Frezza. **O direito ambiental e interdisciplinaridade nos níveis da ciência, da educação e do exercício profissional**. Disponível em: <<https://www.diritto.it/o-direito-ambiental-e-interdisciplinaridade-nos-niveis-da-ciencia-da-educacao-e-do-exercicio-profissional/>>. Acesso em: 11 de abril de 2025

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 1994, 244 p.

TAVARES, Maria Cecília Pereira; PRATSCHKE, Anja. **O conceito da transdisciplinaridade poderia ser aplicado á formação em arquitetura e urbanismo?** Disponível em: <<http://www.nomads.usp.br/documentos/livraria/XY20.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

A LIBERDADE, A RAZÃO E O ESTADO EM KANT: LEITURAS DE HÖFFE

*Ricardo Oliveira de Souza*¹¹

*Guilherme del Giudice Torres Duarte*¹²

*Thays Murta dos Santos Cruz*¹³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado dos estudos realizados para participação da disciplina “*Seminários Schopenhauerianos VI*”, cursada no 1º semestre do ano de 2012, no curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, ministrada pelo Prof. Dr. Renato Cesar Cardoso.

Dentre as propostas da referida matéria, constava uma série de aulas no formato de seminário voltadas para a brilhante obra “*Immanuel Kant*” de Otfried Höffe. Neste texto, o Prof. de Tübingen, de forma clara, objetiva e, sobretudo, didática, nos apresenta uma leitura pormenorizada do pensamento de Kant, notadamente, em suas “Crítica da Razão Pura” e “Crítica da Razão Prática”.

A feliz proposta da matéria nos permitiu, por meio da visão brilhante de Höffe, adentrar no rico pensamento kantiano, sem o receio e as peculiares dificuldades que se apresentam ao estudioso que se depara, à primeira vista, com o árido terreno que são os textos do grande Pensador de Königsberg.

11 Mestre em Direito pela UFMG, Especialista (pós-graduação *latu sensu*) pela Faculdade Pitágoras. Professor Universitário.

12 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC.

13 Mestra em Direito Privado pela PUC MINAS. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Pós-graduada em Direitos Humanos.

Resultado, também, das profícuas discussões que entre os colegas da aludida disciplina, este estudo tem como foco os capítulos 9 e 10 (p. 215/250) da obra de Höffe, onde são tratados temas extremamente pertinentes à Filosofia do Direito, tais como a idéia de autonomia da vontade e o conceito de Estado em Kant.

O presente trabalho, buscando manter-se fiel ao raciocínio da obra estudada, acompanhará a evolução das idéias ali apresentada, a partir da análise da “Crítica à Razão Prática”.

A AUTONOMIA DA VONTADE: AUTOLEGISLAÇÃO

(...) uma máxima não é moral porque Deus em seu soberano poder a ordena, mas Deus a ordena porque ela e Ele mesmo são racionais.

Na Crítica à Razão Prática, Kant após concluir sua primeira crítica, a da “Razão Pura”, e de nos apresentar suas engenhosas fórmulas de categorização do processo de conhecimento da realidade, desenvolve suas ideias a respeito da Ética a partir de dois problemas fundamentais:

1. Estabelecer um princípio - fundamento - medida - universal com o qual poderá se extrair/reduzir toda a ação moral.



Imperativo Categórico

2. Estabelecer um princípio - fundamento com o qual possa se agir de acordo com o “padrão de medida universal” - imperativo categórico.



Autonomia da Vontade

Neste contexto, Kant constrói um conceito de Liberdade como a possibilidade de se “autodeterminar” perante a incidência da norma e, sempre, por meio da razão, e cumpri-la de bom grado, conscientemente fazendo o que é o “melhor”, o bem. Somente a razão pode orientar o “agir livre”, posto que o agir guiado pela “apetência”, tão somente, induz à satisfação de outras necessidades, fisiológicas, egoísticas ou mesmo espirituais que, inevitavelmente, podem concretizar o bem individual e até mesmo o geral, mas, nunca, o universal.

Todo o agir que é dirigido pela expectativa de prazer e evitação de desprazer (dor, frustração) acede a vontade desde fora, dos sentidos, e não da razão (prática); é sempre empírico. Só a partir da experiência pode-se saber o que nos apetece e se o alcance do apetecido, o comer e beber, a saúde, a riqueza, a atividade científica, artística ou esportiva, está vinculado ao prazer ou não. As correspondentes experiências são, no melhor dos casos, geralmente válidas, jamais universalmente válidas. Portanto, fundamentos determinantes materiais não podem fornecer nenhuma lei prática, para a qual é requerida a universalidade estrita. (HÖFFE, 2005, p. 217)

Esse agir livre, guiado pela razão, deve buscar a felicidade como o “sumo bem”, e, para tanto, necessita de orientar-se por princípios universais ou máximas que independam da experiência prática para se justificarem. Percebe-se uma cisão clara entre a teoria e a prática, entre o formal e o empírico. Estas máximas, então, possuem uma validade a priori da experiência humana, da “matéria” mesma. Apesar do fato de que uma Ética voltada para a concretização da felicidade possa nos remeter, à primeira vista, a Aristóteles, Höffe detecta de forma astuta uma característica nas proposições de Kant que o aproxima mais do pensamento platônico:

No segundo passo de fundamentação Kant mostra que após a exclusão de toda a matéria sempre resta ainda a forma, mas também só a forma das máximas. Portanto, na forma legislante de máximas encontra-se o único fundamento determinante de uma vontade moral (KpV, § 4). (HÖFFE, 2005, 221)

Se na Crítica à Razão Pura, a liberdade chamada transcendental é independente de toda a causalidade e aí está a origem da moralidade, a “liberdade prática”, da mesma forma é independente de toda a natureza e de toda a experiência. Está aí a autodeterminação, a auto legislação que não se subjuga ao experimento e ao resultado, mas antes, à razão, consubstanciada em máximas, pré-estabelecidas e de aplicabilidade universal.

Para Kant, não se pode obter máximas do agir moral por meio de considerações sociais ou mesmo históricas. Esta noção de bem, este moral, deve advir de “*maduros e comprovados princípios de vida, porém sem deixar a confirmação dos princípios aos meros cuidados de considerações técnicas e pragmáticas.*” (HÖFFE, 2005, p.217)

O FACTUM DA RAZÃO: “A AUTO-EXPERIÊNCIA MORAL

Hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas.

Para Kant, a “consciência moral” é um fato e não um conceito ou uma ficção. Existe, portanto, independentemente de anseios e ilusões específicas de grupos situados geograficamente ou historicamente. Todavia, esta definição da “moralidade” como um fato da realidade leva uma situação paradoxal: como aquilo que “É” pode ao mesmo tempo ser um “Dever Ser”?

Segundo Höffe, este aparente paradoxo se resolve com a seguinte constatação: “consciência de obrigações incondicionais anuncia-se a razão ‘como incondicionalmente legiferante’ (*sic volo sic jubeo*).” (HÖFFE, 2005, p. 224).

A constatação deste *factum* pode ser comprovada com o ímpeto que nos leva a agir de forma moralmente adequada, mesmo em situações em que a “apetência” nos inclina a agir de forma contrária. Ou mesmo, quando agindo de forma contrária a determinado preceito moral, temos a consciência de qual seria a atitude mais adequada a ser tomada.

Na Anotação ao § 6, Kant dá um exemplo. Ele pergunta se alguém que, sob ameaça de uma inadiada pena de morte, for desafiado a prestar falso testemunho contra um homem honesto, não obstante considera possível, apesar de um amor também tão grande pela vida, superar essa inclinação e recusar o falso testemunho. A resposta a esta pergunta soa, indubitavelmente, sim. Mesmo que um testemunho conscientemente falso conta um homem honesto possa ser compreensível sob circunstâncias particulares, ainda que o esperemos, porque contamos com uma preponderância do amor de si, apesar disso ajuizamos o falso testemunho como uma injustiça moral.” (HÖFFE, 205, p. 224)

Neste contexto, a ideia de moralidade como “*factum* da razão” traz, sobretudo, um caráter metodológico ao sistema Kantiano que explica a Ética. Tal método consiste em se encontrar um princípio moral que represente o bem universal e, em seguida, possibilitar uma aplicação prática deste princípio operacionalizada por entes racionais. Nada mais, nada menos que uma “fórmula” que tenha aplicação universal, e não só geral, a todas as possibilidades fáticas da vida, com uma validade inexpugnável.

Höffe conclui, apontando para o fato de que Kant tem o mérito de apresentar uma nova teoria acerca da Ética e da “consciência moral”, superando assim, as correntes que o sucederam, notadamente, o Racionalismo e o Naturalismo. Indo além, ele salienta que em Kant não se testemunha o aparente paradoxo do “SER x DEVER SER”, e nos

apresenta os seguintes pontos que se destacam construção de sua Ética (HÖFFE, 2005, p. 228/229):

1ª Razão Teórica x Razão Prática: a primeira investiga aquilo que é (leis da natureza) e segunda aquilo que devemos fazer, imperativos técnicos, categóricos e as leis da liberdade.

2ª Razão Prática Empiricamente Condicionada x Razão Prática Pura: o moralmente bom é obtido pela razão pura e, portanto, indedutível.

3ª O *factum* da razão x fato empírico: “auto-experiência” moral do ente “racional prático”.

4ª O *factum* da razão x “DEVER SER”: o imperativo categórico não resulta do *factum* da razão, mas do conceito do “irrestritamente bom”.

UMA FILOSOFIA DO DIREITO E DO ESTADO

Höffe nos alerta sobre a influência menor que as ideias de Kant sobre a Filosofia do Direito e Estado tiveram no pensamento ocidental, se comparadas às suas críticas à razão pura e prática. Aponta, também, para a associação frequente que foi e é feita das teorias políticas e jusfilosóficas de Kant à fundamentação de regimes autoritários e a discursos elitistas. Ele cita algumas possíveis causas destas interpretações:

Em verdade se misturam em sua filosofia política pré-opiniões que não convencem nem filosófica nem politicamente e dão razão a algumas críticas: o peso excessivo dado à garantia da propriedade na fundamentação do Estado, a posição de primazia do home, a discriminação dos assalariados ou a defesa da castração. Talvez deem também o que pensar o tratamento do direito matrimonial e familiar, a rejeição de um direito de resistência ativo (direito

de revolução) ou a defesa da pena de morte.(HÖFFE, 2005, p.230)

No entanto, deixados de lado os pontos de vista “opinativos” de Kant e voltando-se as lentes para as proposições verdadeiramente filosóficas que ele nos apresentou acerca do tema, notadamente, a fundamentação do Estado e do Direito por meio de conceitos *a priori*, pode-se perceber a significativa importância de sua obra para a construção dos sistemas que o sucederam. (HÖFFE, 2005, p.231).

- **O conceito racional de Direito: Metafísica dos costumes. Primeira Parte. Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito.**

Auctoritas, non veritas, facit legem

Concluídas a Crítica à Razão Pura e a Crítica à Razão Prática, Kant desenvolve o seu conceito racional de Direito, consubstanciado na Metafísica dos Costumes, uma tentativa de se encontrar, pelo mesmo método anterior, “um padrão de medida crítico-normativo”. Em sua empreitada, ele busca superar uma tendência empirista e redutora que advirá do Racionalismo, a qual busca, por meio da razão, positivar o Direito. Ele chama a atenção para o fato de que a Filosofia do Direito não pode se ater a questões da experiência prática, mas, ao contrário, buscar fundamentos a priori que possam legitimar princípios e conceitos do Direito.

Höffe nos remonta à esta tentativa de Kant, nos seguintes termos:

(...) Kant sabe que a Filosofia está limitada à pequena parte da determinação fundamental de conceitos e princípios. Como ciência independente da experiência, a Filosofia do Direito não pode substituir nem o legislador nem o juiz ou erudito em Direito. Por outro lado, estes dependem do filósofo, a saber, da

fundamentação de princípios a priori do Direito, em que a constituição e as leis se provam como racionais. (HÖFFE, 2005, p. 230)

Assim, para Kant, os conceitos fundamentais do Direito apenas são válidos de forma apriorística, sendo certo que, quando da aplicação da norma ao caso concreto, sobretudo no âmbito do Direito Privado, veem à tona elementos e constatações empíricos - genéricos que não possuem em si a função de fundamentação, mas, tão somente, parâmetros de aplicabilidade. O Direito advém, portanto, do vínculo do elemento normativo (fundamento) com o elemento descritivo (caso concreto). Podemos, então, entender o Direito como “*um conceito puro, todavia proposto para a práxis...*” (RL, VI p. 205) (HÖFFE, 2005, p. 234).

Continuando sua legitimação/fundamentação do Direito, Kant toca ao ponto fundamental de sua Metafísica dos Costumes, a Liberdade. Inicialmente, ele diferencia as duas formas de liberdade, a saber, a liberdade interna ou a própria moral e a liberdade externa, exercida em relação ao mundo e aos indivíduos e objetos que nele se encontram. A maior importância do Direito estaria voltada para esta segunda concepção de liberdade, a externa ou exterior, dada a necessidade de limitação da atuação de cada indivíduo perante a coletividade de indivíduos que o cerca. Limitação esta que não pode ser compreendida apenas do ponto de vista negativo – impositivo, do exterior para o interior, mas, sobretudo, positivamente, ou seja, do interior para o exterior, e sempre de forma harmônica ou harmonizada (função precípua do Direito).

Como o direito se orienta para a liberdade externa, numa perspectiva social, todos os aspectos internos, a saber, necessidades e interesses, só possuem relevância jurídica se eles determinam a ação e se manifestam a na liberdade externa. A comunidade jurídica não é, para Kant, uma comunidade de solidariedade entre indigentes, senão uma

comunidade de liberdade entre sujeitos responsáveis.
(HÖFFE, 2005, p. 236/237)

Note-se que o Estado, para Kant, tem a tarefa primeira de garantir aos seus cidadãos a liberdade (externa). E esta, por sua vez, se define como o exercício da vida em sociedade e todos os atos que a ela são próprios, sem adentrar ou ofender o direito alheio, com a “livre obediência” à auto-legislação fundada nas máximas de comportamento moral. Este Estado, então, não deveria se ater a satisfação ou mesmo à felicidade das pessoas, mas, exclusivamente, aos direitos dos cidadãos e à esta “Liberdade” baseada no “bem irrestrito”.

(...) A forma melhor de governo não é aquela em que se vive o mais comodamente possível (duadimonia), senão em que se garante maximamente o direito de cada cidadão. (XXIII 257) (...). (HÖFFE, 2005, p. 237)

Pode-se perceber que Kant busca aqui, também uma fórmula de aplicabilidade prática para o Direito, baseada utilização de máximas absolutas de liberdade que prescindam de um juízo de validade perpetrado pelo agente, ou no caso, o cidadão (responsável) propriamente dito. O Direito aparece, então, como o ambiente necessário em que se darão e se validarão, ou não, as formas de exercício desta liberdade, por meio da aplicação de leis universais estabelecidas a priori.

(...) Entendida como independência do arbítrio coercitivo de outros, a liberdade externa em comunidade só é possível sem contradição se ela se restringe às condições da sua concordância estritamente universal com a liberdade externa de todos os demais. Por conseguinte, o Direito é, conforme ao seu conceito racional, ‘o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser

reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade' (RL, § B).(…) (HÖFFE, 2005, p. 239)

Quanto à questão da coação, considerando este sistema, apenas a coação que tenha como escopo impedir uma injustiça, sob pena de se tornar arbitrária. O fundamento desta premissa está na elevação da liberdade como o bem mais importante a ser tutelado pelo Estado, considerando sua importância na configuração do conceito de homem.

(…) A liberdade compatível com a liberdade de todos os demais é o único direito humano; poder-se-ia dizer também: o único critério de todos os direitos humanos. Como em Rousseau (*Du contrat social*, cap. I, 1), a liberdade não é adquirida. Ela compete ao homem antes de todos os atos jurídicos, ela lhe é congênita (em sentido jurídico, não biológico). Mas, como precisa Kant, congênita não é a liberdade ilimitada, mas só aquela liberdade externa que é compatível com a mesma liberdade de todo outro, segundo leis universais.(HÖFFE, 2005, p.242)

- **O direito privado: fundamentação da propriedade.**

É uma proposição a priori da razão prática considerar e tratar todo o objeto de meu arbítrio como um meu ou teu objetivamente possível.

Neste ponto, Höffe chama a atenção, mais uma vez, à pouca repercussão que a Teoria da Propriedade de Kant gerou nos estudos acerca do tema. Todavia, nos apresenta importantes conceitos e contribuições deixadas pelo Filósofo.

Para Kant, a grande importância da questão da propriedade reside no fato de que está tem uma dúbia função de limitadora de liberdade

e de fonte geradora de poder. Isto porque, a partir do momento, que tenho legitimada minha propriedade sobre algo, instantaneamente, se legitima a limitação da liberdade da coletividade a respeito deste algo que somente a mim pertence. Simultaneamente, ao proprietário, é concedido o poder de exercer sobre os demais o direito de impedir-lhes de tolher-lhe ou esbulhar-lhe a propriedade.

Posso considerar como juridicamente meu (meum júris) algo exterior nos três gêneros de coisas, serviços e estados e o uso que outra pessoa faz sem meu consentimento lesa minha legítima liberdade de ação (quer dizer, compatível com o conceito racional do Direito). Trata-se, obviamente, de uma violação da minha liberdade de ação se alguém arranca um objeto que levo comigo ou que me pertence. Mas também fica lesada minha liberdade de ação se alguém faz uso de um objeto meu durante minha ausência (física). Por isso, a propriedade jurídica não se limita à posse física (empírica). A propriedade jurídica não compreende apenas o espaço em que me encontram e os objetos que levo comigo. Ela se estende também a coisas de que me afasto e às terras que deixo - contando que estas coisas me pertençam efetivamente. (...) (HÖFFE, 2005, p.242)

Segundo Kant, a propriedade guarda relação com o exercício da liberdade externa, posto que esta, independentemente dos fins, da subjetividade mesma que envolve a ação humana, necessita de objetos físicos para a sua concretização. No entanto, faz-se necessário refletir acerca de como uma posse empírica originária se tornou um “título de propriedade”, um instituto jurídico propriamente dito? Para tentar explicar esta fenômeno, Kant distingue três momentos: a apropriação empírica da posse, a apropriação jurídica e a relação que intermedia ambas.

Talvez, a verdadeira grande questão dentro do pensamento kantiano acerca da propriedade refira-se à questão da posse originária.

Kant parte, com Grócio, da comunidade originária da terra e das coisas sobre ela (§ 6). Esse início não pode ser entendido empiricamente, como uma primeira fase da história da humanidade, senão como uma construção conceitual. Ela serve para nos lembrar que a base material de todo direito privado não nasce, por sua vez, de um ato jurídico; a base material é dada, é doada ao homem. Ao mesmo tempo, Kant critica a idéia de uma terra originariamente sem dono. A terra não é *res nullius*, mas *res omnium*; o primeiro adquirentor não entra em terra de ninguém, mas em uma posse comum, e não encontra, portanto, objetos juridicamente livres, mas a comunidade de todos os co-possesores (HÖFFE, 2005, p. 249)

Kant tem um ponto de vista voltado para uma ideia de que o objeto, antes da posse originária não era de ninguém e a aquisição da posse deve ser considerada do ponto de vista temporal. Apesar destas observações levantadas por Höffe, o próprio autor confessa que as afirmações de Kant patrocinaram várias interpretações no sentido de que se trataria de uma defesa à teoria do mais forte.

CONCLUSÃO

A tentativa de Kant no sentido de encontrar um denominador comum a toda a atividade humana ou, mais especificamente, de toda a ação moral, é louvável. Todavia, é de se crer que ela não seja exequível.

Em sua “Crítica à Razão Pura”, Kant traz a lume o conceito de liberdade transcendental como independente da causalidade e é esse raciocínio que gera a ideia kantiana de liberdade moral, a qual ele tenta manter indiferente à experiência e à própria natureza. Neste sentido, ele afasta a possibilidade de se obter máximas do comportamento

moral com base em circunstâncias ou considerações sociais, por exemplo.

Neste ponto, um grande obstáculo se apresenta que é redução das ações em máximas diante de realidade antagônicas do ponto de vista social e cultural. Poderiam ser citados aqui dezenas de exemplos como os tão comumente utilizados embates entre as chamadas civilização ocidental e oriental, as quais, por uma séria de fatores, sobretudo históricos e sociológicos, apresentam visões diametralmente opostas acerca de temas morais e éticos.

O que se dirá de discussões éticas que se apresentam entre povos vizinhos ou mesmo na mesma nação, acerca de medidas extremas de controle do comportamento social, como o Direito Penal. É o caso da polêmica pena de morte que divide opiniões mesmo nos lugares onde é constitucionalmente instituída.

No sistema kantiano, a solução para este sério problema estaria localizada no chamado “*factum* da razão”, conceito segundo o qual a consciência moral seria um fato independente de interferências externas de qualquer natureza. Ou seja, o postulado da razão resolveria a questão da multiplicidade social e cultural porque, em último plano, é ela que define o que é o agir moralmente. Assim, agindo ou não de acordo com a moral, o indivíduo teria a consciência do que seria a via certa.

A aplicabilidade desta assertiva não se mostra com clareza suficiente para superar o enorme obstáculo da variabilidade social e cultural como fonte de conceitos morais. Mais que isso, a “santificação” da razão se tem mostrado uma grande falácia desde a chamada “Crise do Racionalismo”. Já no início da primeira metade do séc. XX, uma nova onda de correntes de pensamento insurgiu-se contra o “reducionismo do método científico”. O tempo e a história passaram a ser considerados elementos determinantes na cognição da realidade e da compreensão do homem como sujeito nela inserido. A contribuição das ideias de Heidegger (2006) causaram uma cisão irreversível das ciências e da Filosofia quanto às “verdades absolutas”.

Quando Kant tenta adaptar sua fórmula de máxima moral à Filosofia do Direito não obtêm melhor sorte. Este insucesso pode ser atribuído não só à falibilidade de suas premissas, mas, talvez, com até mais propriedade, à inserção de opiniões pessoais políticas, as quais podem ser percebidas com mais ênfase na Primeira parte da “Fundamentação da Metafísica dos Costumes¹⁴”. Não raramente, as ideias jusfilosóficas de Kant são associadas a correntes totalitaristas ou a à apologias criticáveis de cunho “burguês”.

Deve ser considerado, no entanto, um grande avanço no pensamento jurídico que foi levado à cabo pela empreita de Kant, que foi a superação da tendência empirista propagada pelo Racionalismo Cartesiano. Para Kant, não faria sentido que o ordenamento jurídico buscasse abarcar todas as possibilidades da experiência, como mais tarde veio ser testemunhado no Positivismo Jurídico que pode ser considerado como um fruto do Racionalismo testemunhado por Kant. Segundo ele, a Filosofia do Direito deveria ater-se a questões *a priori* da experiência e, somente assim, poderia se justificar o próprio Direito. Para tanto, fazia-se necessário, também aqui, a aplicação de máximas absolutas, no entanto, agora voltadas para a Liberdade, mais ainda suscetíveis de uma juízo de validade racional.

Apesar de tentar superar questões do Racionalismo, Kant retorna ao mesmo ponto. A Liberdade que, então, se consistiria na liberdade para agir conforme a norma e conforme a liberdade (externa) dos demais. A medida de aferição aqui também seria a astuciosa razão, mesmo nos exemplos conturbados de Kant, como no caso da “propriedade originária”.

É certo que o filósofo sempre carregará consigo e, quase que invariavelmente, com sua obra as impressões de seu tempo. Com Kant não é diferente. Os levantes burgueses no campo político e social e os grandes avanços científicos de sua época marcaram de forma notável seu pensamento e, de forma recíproca, suas ideias influenciaram a sua e as gerações o sucederam.

14 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret: 2004.

Portanto, não é de se espantar o peso que as questões sociais e políticas imprimiram em suas obras voltadas à Moral e ao Direito, bem como ao Estado propriamente dito. E note-se que o mesmo se deu com relação à primeira fase de seu sistema filosófico, a “Crítica à Razão Pura”, que teve grande influência da grande “revolução newtoniana” com as Leis da Física e também dos estudos de Copérnico e Galileu. No entanto, como já debatido, no campo da ação racionalmente teórica, as fórmulas – máximas absolutas encontram melhora aplicabilidade.

O que não pode ser afastado é a grande importância destes postulados para as construções que se seguiram nos campos filosófico e jurídico, como a supressão da dualidade entre sujeito e objeto e a eleição da Liberdade como alicerce dos modelos de Estado Democrático de Direito.

Kant é, sem sombra de dúvida, um marco na história da Filosofia e não é absurdo afirmar que sua influência teve importância fatorial nos rumos da evolução do pensamento ocidental. Seguidores, continuadores ou críticos; durante muito tempo ficou fácil classificar as correntes de pensamento filosófico que se sucederam a Kant. Sua riquíssima obra manterá para a posteridade um vasto repertório de discussões e investigações de inegável importância para a Filosofia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultura, 1973.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback; Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

HÖFFE, Otfried, **Immanuel Kant**. tradução Christian Viktor Hamm, Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JUVENAL, **Sátiras**. Tradução: Francisco Antonio Martins Bastos, Rio de Janeiro, Ediouro: 1980, VI, 223.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária: 1993.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret: 2004.

AUTONOMIA PRIVADA E BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Bruno de Almeida Lewer Amorim¹⁵

Thays Murta dos Santos Cruz¹⁶

Guilherme Del Giudice Torres Duarte¹⁷

A Autonomia da Vontade, inspirada pela filosofia kantiana, pauta-se na ideia de que a dignidade do indivíduo não é diminuída quando ele se submete às leis que foram estabelecidas pela sua própria vontade. Os indivíduos, em sua essência (Estado de Natureza), são livres e iguais, nada podendo os obrigar sem seu consentimento. Dessa forma, a fonte das normas jurídicas seria o acordo de vontades.

A ideia de que a vontade era o vínculo capaz de obrigar o sujeito e de que o indivíduo tinha total liberdade para elaborá-la e expressá-la, enquanto manifestação de sua liberdade intrínseca, encontrava ampla aceitação no Código Civil Francês (de Napoleão). Em um código marcado por uma concepção voluntarista, onde os ideais da Revolução Francesa (igualdade, liberdade e fraternidade) inspiravam todo um contexto histórico e jurídico, a autonomia da vontade encontrou solo fértil para sua manifestação. Os indivíduos, no contexto do Código Civil Francês, eram tidos como iguais e livres para manifestarem sua vontade. Por serem livres somente se obrigavam se assim desejassem. Por serem iguais podiam negociar livremente na defesa de seus interesses com outros indivíduos. Logo, se depreendia que os indivíduos tinham, na manifestação de sua vontade, um poder de criação de normas, válidas

15 Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Possui graduação em Direito pela Faculdade Milton Campos (2013). Pós-graduado em Direito Civil e em Direito do Consumidor.

16 Mestra em Direito Privado pela PUC MINAS. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Pós-graduada em Direitos Humanos.

17 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC.

somente para eles. Esse poder de criação de regras era quase ilimitado. Reinava, então, quase absoluto o princípio do *Pacta Sunt Servanda*, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, o contrato obriga as partes. Nesse contexto imperava também a Teoria da Vontade, segundo a qual o que deve prevalecer no contrato é a representação mental das partes, ou seja, na interpretação e aplicação dos contratos devia-se respeitar e observar a real vontade das partes, o que elas, em seu foro íntimo, subjetivo, desejaram ao firmar a obrigação, afinal de contas, vinculavam-se por sua simples e pura manifestação de vontade. Com o império da Autonomia da Vontade, a aplicação da Teoria da Vontade era perfeitamente congruente. Mas essa Teoria, possível em um sistema individualista e pouco dinâmico, encontrou obstáculos com o advento da moderna economia de massa, que trouxe um aumento significativo no volume de relações econômicas e jurídicas entre os indivíduos e uma maior exigência de impessoalidade.

Nesse sentido, vê-se que a Autonomia da Vontade se pautava na ideia do indivíduo como um ser livre e vinculado apenas ao que a sua vontade determinasse. A vinculação do indivíduo nascia da manifestação da sua vontade. Além disso, havendo incongruência entre a sua vontade real (interna, subjetiva) no momento de celebração do acordo e o que foi efetivamente entendido pela outra parte contratante na declaração de vontade expressa no contrato, tendia-se a dar prevalência à primeira. Obviamente que tanto a Autonomia da Vontade quanto a Teoria da Vontade traziam inúmeras dificuldades a aplicação do Direito, dada a dificuldade de se saber e compreender qual era a real vontade do indivíduo no momento da celebração do contrato. Tutelar o foro íntimo do indivíduo sempre trouxe muita dificuldade à aplicação do Direito. Além do mais, com o avanço da sociedade e as posteriores mudanças, as relações jurídicas passaram a ser mais dinâmicas e impessoais. A segurança das relações entre os indivíduos passou a ser cada vez mais buscada. A tutela e prevalência da vontade subjetiva da parte não contribuíam em nada na busca por essa estabilidade e segurança das relações jurídicas.

Surge então a Autonomia Privada. Adotada pelo Código Civil Alemão, a Autonomia Privada consiste no poder conferido aos particulares, pelo ordenamento jurídico, de criar, dentro dos limites estabelecidos pela própria lei, normas jurídicas. O Código Civil Alemão era marcado pelas concepções de Savigny, as quais defendiam que o Direito deriva da história.

A passagem das concepções jusnaturalistas para as positivistas trouxe uma significativa mudança no que se entendia por “poder de criar” Direito. Para os adeptos da Autonomia da Vontade esse poder era imanente ao indivíduo, em função de sua essência livre e igual. Já os adeptos da Autonomia Privada entendem esse “poder de criar direito” como uma concessão do próprio Direito. Então, a Autonomia Privada ou o poder que os indivíduos têm de criar normas é exercido quando o ordenamento jurídico permite e nos limites por ele impostos.

A Autonomia Privada traz consigo a Teoria da Declaração, em oposição à Teoria da Vontade. Segundo a primeira, havendo conflito entre a vontade real (subjéitiva) da parte e o que de fato foi por ela declarado no contrato e entendido pela outra parte, tende-se a dar maior importância ao último. A declaração prevalece sobre a vontade. Então passa-se da tutela subjéitiva da vontade para a tutela objetiva da confiança. Essa Teoria é capaz de trazer mais segurança e estabilidade às relações jurídicas. A tutela da vontade exteriormente consubstanciada, manifestada, declarada, é muito mais fácil e justa do que a tutela da vontade real, interna, subjéitiva da parte, a qual nem sempre é de fácil compreensão.

Nesse sentido, ao formularem o contrato, as partes devem tentar afastá-lo ao máximo de suas concepções psicológicas e subjétivas e aproximarem-no do que se manifesta no ambiente social, nas condições objetivas de mercado. O contrato deve ser dotado de objetividade e clareza. As vontades das partes devem estar muito bem expressas, declaradas no acordo, para que de fato sejam tuteladas pelo Direito. O ordenamento jurídico, nesse sentido, tutela o que foi declarado, tutela o concreto, o claro, o objetivo, e não o hipotético, o especulativo, o incerto, o foro íntimo dos indivíduos.

Com essa nova visão, advinda da Autonomia Privada, passa-se a entender que a liberdade do indivíduo de contratar ou de criar relações jurídicas com outros indivíduos, já não é mais tão ampla. Essa liberdade, enquanto concessão do próprio ordenamento jurídico passa a ser limitada por princípios e normas previstas pelo mesmo. Então, a fonte da qual emana essa liberdade das partes de criar normas e obrigações juridicamente tuteladas, é a mesma que impõem limites a tal liberdade. No ordenamento jurídico há princípios e cláusulas gerais que devem ser observadas em toda e qualquer relação jurídica. Então, ao elaborarem contratos ou estabelecerem relações jurídicas entre si, as partes devem observar princípios como o da boa-fé objetiva e o da função social do contrato. A função social do contrato é prevista no art. 421 do CC. A boa-fé objetiva é prevista no art.422 do CC. O princípio do *Pacta Sunt Servanda* passa a não mais reger as relações contratuais de forma quase absoluta como fazia durante a adoção da Autonomia da Vontade. Agora a aplicação e o alcance desse princípio são relativos. Ganha força a cláusula *Rebus Sic Stantibus*, que prevê a possibilidade de um acordo constituído pelas partes ser revisto e alterado se necessário, ou seja, a despeito da obrigatoriedade, os contratos passam a poder ser reformulados ou até desfeitos, pelos juízes, quando entender-se que se tornaram, por circunstâncias imprevisíveis, demasiadamente onerosos para uma das partes. A vontade vinculante da parte passa a não ter a força que tinha. Princípios, normas e circunstâncias inicialmente externas ou até mesmo desvinculadas do contrato formado passam a influenciar na sua formação ou até no seu desfazimento.

A Autonomia Privada vem para permitir que cada um dos contratantes manifeste sua personalidade e possa se autodeterminar livremente. Para isso é preciso que as partes envolvidas no acordo possam ter segurança no pacto firmado, tendo confiança de que a outra parte cumprirá a obrigação a que se prestou. Isso ocorre porque a promessa seriamente firmada pelas partes cria expectativas fundadas de que ambas cumprirão suas obrigações. Devido à importância da proteção que se deve dar a essa confiança é que o ordenamento

jurídico tutela tais relações, emprestando-lhes a garantia de seu poder coercitivo. Tal vinculação recíproca e obrigatória entre as partes não descaracteriza a Autonomia Privada, dado que as partes se vincularam porque assim desejaram e assim permitiu o Direito.

Para alcançar o escopo a que se destina, a Autonomia Privada e a noção de liberdade contratual encontram fundamento na ideia de que o homem é livre e responsável pela determinação de sua vida e personalidade, mas que, além disso, ele vive em sociedade e deve obedecer a regras de conduta, que visam impedir que com seus atos, ele venha a ferir a esfera de liberdade e autodeterminação de outro indivíduo. Dado isso, deve-se buscar uma situação jurídica e faticamente igual para ambas as partes envolvidas no contrato. Ocorrendo a ausência de igualdade entre as partes, a Autonomia Privada de um conduz a falta de liberdade do outro, desaparecendo todos os fundamentos e limites. O equilíbrio então deve ser restabelecido pelo próprio Direito.

As relações jurídicas entre os indivíduos devem ser pautadas pela boa-fé objetiva. Assim já prescreve o Código Civil em seu já citado art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Também dispõe dessa forma o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4º, III. Então também e, sobretudo as relações de consumo, devem ser pautadas pelo princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva prescreve às partes, além de uma atuação sem dolo perante a outra, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, cooperando e protegendo seus interesses. A boa-fé aqui tratada é a objetiva, consubstanciada na conduta externa da parte. Agir de boa-fé é agir honesta e lealmente perante a outra parte contratante. É informar-lhe, aconselhar-lhe, cuidar de seus interesses. A boa-fé objetiva é, pois, regra de conduta, possuindo eficácia e eficiência jurígena. É fonte criadora de direitos e de obrigações na esfera do Direito.

Como elucidada Cesar Fiuza, a Boa-Fé tem parte de sua origem na noção de *bona fides* do Direito Canônico, implicando nesta acepção a

ausência de pecado, o que dificultava a sua prescrição pelo Direito e afastava sua invocação no campo do direito obrigacional (FIUZA, 2019, p. 442-443).

Já no Direito Germânico medieval, a boa-fé partia da ideia de crença, ligada à noção de confiança, lealdade. É essa noção que, ainda segunda Fiuza, irá dar à boa-fé objetiva a sua tonalidade atual. (FIUZA, 2019, p. 443).

A boa-fé objetiva se firma como princípio na jurisprudência alemã, sobretudo na comercial, preocupando-se com a adequação dos comportamentos externados pelos contratantes à parâmetros gerais de lealdade, confiança, honestidade. Por isso, enquanto princípio de Direito a boa-fé objetiva tem funções, dentre as quais destacam-se: a função de concretização da relação; por ser a boa-fé o paradigma valorativo de toda e qualquer relação contratual, deve ela reger a criação e a interpretação dos contratos de consumo e também dos demais contratos regulados pelo novo Código Civil de 2002; função de limitação das condutas; uma vez que a boa-fé objetiva cria para as partes, no contrato, deveres anexos, deveres de conduta, deveres não relacionados diretamente à obrigação principal, mas sim, à forma de as partes cumprirem-na. As partes devem firmar e executar a obrigação principal com zelo, cooperação e preocupação com os interesses do *alter*. Esses deveres anexos limitam as condutas das partes, obrigando-as a se absterem de quaisquer comportamentos capciosos ou negligentes perante a outra parte, devendo, inclusive, cuidar de seus interesses; função de correção e adaptação em caso de mudança das circunstâncias; há casos em que uma mudança das circunstâncias políticas, econômicas e até pessoais das partes fazem com que o equilíbrio contratual entre elas seja rompido. Nesse caso, o julgador, com base no princípio da boa-fé objetiva, pode adaptar e modificar o conteúdo do contrato de forma a evitar que o vínculo entre as partes seja rompido ou torne-se demasiadamente oneroso para uma delas, desde requerido pela parte. Além disso, o juiz pode, ao invés de modificar o conteúdo contratual, fazer com que as partes renegociem os termos do mesmo, também se requerido; função de

autorização para a decisão por equidade. A boa-fé objetiva, sendo um princípio, precisa ser concretizada casuisticamente. O julgador, na hora de trazer a boa-fé para o caso concreto em apreço, deve fazê-lo expondo e justificando exaustivamente os fundamentos para a aplicação de tal princípio e deve aplicá-lo observando e zelando pela equidade contratual.

Portanto, no Direito Civil e no Direito Consumerista brasileiros o contrato apresentará, em geral, duas estruturas distintas em sua composição: a obrigação principal e as obrigações anexas derivadas da boa-fé. A obrigação principal é o núcleo contratual e varia de contrato para contrato. Assim, um contrato de compra e venda, por exemplo, tem como obrigação principal, de um lado, a entrega de determinado bem, e, de outro, o pagamento de determinada quantia. Já um contrato de locação tem por obrigação principal, para o proprietário do imóvel, o dever de deixar nele permanecer o locatário, sem interrupções ou turbações injustas a sua posse, e, para o locatário, o dever de pagar em dia o aluguel e os demais encargos locatícios. Já as obrigações anexas constituem deveres de conduta que orbitam em torno do núcleo – obrigação principal – do contrato. Estes deveres serão sempre os mesmos em todo e qualquer contrato, independentemente do tipo da obrigação principal.

Ressalte-se ainda que alguns contratos poderão contar também com obrigações acessórias, que comporão seu núcleo, vale dizer, se alinharão com a obrigação principal, não devendo ser confundidas com os deveres anexas de conduta oriundos da boa-fé objetiva. Assim, se um dado contrato prevê, acessoriamente à aquisição de um armário, a contratação conjunta de sua montagem pela empresa vendedora, essa será uma obrigação acessória, e não anexa, do contrato.

Os deveres anexas de conduta derivam do dever geral de boa-fé objetiva, imposto pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, III e 51) nas relações de consumo e pelo Código Civil (art. 422) nas relações negociais civis de uma forma geral. São deveres anexas de conduta: o dever de lealdade e de cooperação no adimplemento do contrato, de informar adequadamente, de não agir com malícia ou

tentativa de embuste perante a outra parte, de se abster de induzi-la em erro. Os deveres anexos de conduta impõem às partes contratantes um agir refletido, pensando no outro, resguardando seus interesses e atuando de forma a permitir que a outra parte aufera os resultados que legitimamente esperava com a contratação.

Por outro lado, importante observar que a boa-fé objetiva se preocupa não só com o cumprimento da obrigação, mas também regula o momento pré-contratual (oferta ou negociação) e o momento pós-contratual (ocorrido após o adimplemento contratual). É o que a doutrina convencionou denominar de eficácia pós-contratual das obrigações.

Se aplicado o conceito aos contratos de consumo, por exemplo, surgem obrigações para o fornecedor que vão muito além do mero adimplemento da obrigação principal. Não basta ao fornecedor, em um contrato de compra e venda, por exemplo, entregar a mercadoria adquirida. Deve, muito antes da contratação, cumprir a oferta tal qual anunciada, informar adequadamente o consumidor, assegurar que todos os riscos inerentes à fruição do produto lhe sejam informados, atender-lhe com respeito e contribuir para atender a seus legítimos interesses, se abstendo de induzi-lo a erro para dele obter vantagem indevida.

Quanto à eficácia pós-contratual, cabe observar que, por força da boa-fé objetiva, as obrigações acessórias, ao contrário da obrigação principal, não se extinguem com o adimplemento contratual. Entregue a mercadoria, cumprida estará somente a obrigação principal. Todavia, o fornecedor deverá, depois de entregue o produto, prestar-lhe garantia em caso de vício ou defeito, manter serviço de atendimento ao consumidor para orientar-lhe quanto à fruição e reparo do produto, manter peças de reposição etc.

A boa-fé objetiva, nesse sentido, garante a concretização e promoção da dignidade humana nas contratações, assegurando a cada uma das partes o livre exercício de sua personalidade e o atingimento de suas legítimas expectativas e interesses com a contratação.

Por outro lado, como dito, a boa-fé objetiva também serve como limite ao exercício de direitos subjetivos. Um exemplo claro dessa limitação pode ser observado no conceito de Adimplemento Substancial. Com base na boa-fé objetiva a jurisprudência brasileira vem acolhendo tal conceito, advindo do sistema do Common Law. Ocorre Adimplemento Substancial quando a parte cumpre a sua obrigação substancialmente, próxima da sua totalidade, quase inteiramente. Impede-se que a parte exerça o direito de pedir a resolução do contrato nos casos em que a outra parte cumpriu a obrigação contratual próximo do resultado final, cumpriu-a substancialmente. Ocorrendo o adimplemento substancial da obrigação exclui-se o direito de resolução, permitindo apenas o pedido de adimplemento do restante e de perdas e danos.

Outro exemplo de limitação ou exclusão de direito subjetivo em função da incidência do princípio da boa-fé objetiva encontra-se na *suppressio*. Ocorre a *suppressio* quando uma das partes perde o direito ao exercício de determinado direito subjetivo por não o ter exercido durante longo período de tempo, inculcando a confiança, na outra parte, de que não mais viria a exercê-lo. Exemplo: As partes, num contrato de aluguel de um imóvel, acordaram de realizar o pagamento sempre no dia 5 de cada mês. O locatário passa a efetuar o pagamento do aluguel todo dia 15 e o locador aceita, sem constituí-lo em mora, durante vários anos. O locador então perde o direito subjetivo de cobrar o pagamento do aluguel, pelo locatário, no dia firmado no contrato, ou seja, todo dia 5. O locador não pode, depois de ter conquistado a confiança do locatário, adotar comportamento contraditório, voltando a cobrar o pagamento do aluguel todo dia 5 de cada mês, sem atraso.

Há também o instituto da *surrectio*, que consiste no surgimento de um direito para uma das partes justamente como efeito da confiança legitimamente adquirida por ela em função de determinado comportamento reiteradamente realizado pela outra parte. É o direito adquirido por uma das partes em função da perda do exercício de determinado direito pela outra. O Código Civil já consagra o instituto da *surrectio* em seu art.330: “O pagamento reiteradamente feito em

outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”.

Nesse sentido, o Direito Privado e, mais especificamente, o contrato, passa a ter como uma de suas possíveis finalidades a promoção e a proteção da dignidade humana, servindo de instrumento de realização dos interesses legítimos das partes, permitindo-se a revisão forçada de seus termos, pelo juiz, quando configurados desequilíbrios, abusos ou injustiças.

Ressalte-se que o primeiro diploma privado brasileiro a incorporar esta nova concepção, de modo expresso, com a adoção positivada da boa-fé objetiva, foi o Código de Defesa do Consumidor, o qual tem por pressuposto inarredável a natural desigualdade e vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, e, por essa razão, estabelece em favor do consumidor prerrogativas e direitos capazes de promoverem o reequilíbrio de forças na relação consumerista.

Por fim, é claro que apesar de todos os avanços e conquistas, cabe lembrar que a boa-fé precisa ser aplicada com cautela e limites, observando-se qual sua melhor aplicação no caso concreto, de modo a proporcionar a igualdade efetiva entre as partes e a persecução de seus interesses lícitos.

Vê-se então que esse importante instituto se relaciona com a Autonomia Privada, dado que vem regular e limitar a liberdade de contratar das partes e a conduta das mesmas na execução da obrigação. Perde força a concepção da existência de igualdade e liberdade abstratas entre os indivíduos, decorrentes da sua própria essência, o que permitia o livre exercício do poder de contratar pelas partes, conforme entendia a Autonomia da Vontade. Percebeu-se que essa condição de igualdade e liberdade era apenas abstrata, ideal. Na prática, muitas são as diferenças entre os indivíduos. Um indivíduo com maior poder de barganha, obviamente, tende a impor a sua vontade à da parte com menor poder de barganha. O que ocorre na prática quando se dá total liberdade para as partes contratarem é a imposição da vontade da parte mais forte sobre a mais fraca. A parte mais fraca é obrigada a sacrificar seus interesses em nome dos interesses da parte

econômica ou politicamente mais forte. Quando os contratos são tidos como intocáveis ou irrevogáveis, o que de fato ocorre na maioria das vezes são injustiças. Quando uma das partes tinha total liberdade para contratar a outra não tinha quase nenhuma. Foi preciso que o ordenamento jurídico limitasse a liberdade de contratar das partes para que elas de fato fossem igualmente livres para defenderem, no contrato, seus interesses. Para que haja de fato igualdade e liberdade entre os indivíduos na hora de contratarem entre si, permitindo que expressem e realizem livremente sua personalidade, é necessário que o ordenamento jurídico ponha limites à liberdade de contratar das partes. É preciso que princípios, cláusulas gerais e regras de Direito estabeleçam a igualdade formal e concreta entre as partes com maior e a com menor poder de barganha. Deve ocorrer igualdade jurídica entre as partes concreta e não só abstratamente. Somente com essa igualdade concreta é que as partes realmente serão livres para exprimirem sua personalidade e defenderem seus interesses na formação da relação obrigacional. E essa igualdade somente é atingida quando, nos termos da Autonomia Privada, se entende que o poder de criar obrigações juridicamente vinculantes é concedido aos particulares pelo ordenamento jurídico e por ele limitado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. **O princípio da boa-fé objetiva**. Belo Horizonte. 2008.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil – Curso Completo**. 20^a ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 9^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2024.

NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito do Consumidor**. 19^a Ed. São Paulo: Editora Juspodivm. 2024.

PARGENDLER, Mariana Souza. **A resignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa**. Orientadora: Judith Hofmeister Martins-Costa.

AUTONOMIA PRIVADA E A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE DECISÕES

Thays Murta dos Santos Cruz¹⁸

Guilherme del Giudice Torres Duarte¹⁹

Ricardo Oliveira de Souza²⁰

1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da inteligência artificial (IA) e a potencialização do uso da tecnologia nos mais diversos setores, surgem diversas indagações acerca das possíveis situações decorrentes deste novo contexto.

Dentre os múltiplos questionamentos intrínsecos a este novo mundo desenhado pela inteligência artificial, um se destaca com especial relevância: será que a autonomia privada permanece preservada em um ecossistema em que algoritmos embasam a tomada de decisões?

Neste sentido, importante fazer um breve retrospecto sobre a relação do homem com a máquina.

Desde a chamada Revolução Industrial, nota-se um estreitamento neste relacionamento, o qual, em um primeiro momento, se materializou na transição da produção manufaturada para a automatização do processo produtivo, uma vez que a eficiência

18 Mestra em Direito Privado pela PUC MINAS. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Pós-graduada em Direitos Humanos.

19 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC.

20 Mestre em Direito pela UFMG, Especialista (pós-graduação *latu sensu*) pela Faculdade Pitágoras. Professor Universitário: Ricardo.osouza@hotmail.com

gerada pelo uso da máquina permitia uma produção em massa e, logo, um aumento expressivo da oferta.

Em um segundo momento, na denominada Segunda Revolução Industrial, que teve início na segunda metade do século XIX e perdurou até a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a intimidade entre o homem e a máquina cresceu através do uso das máquinas a vapor que permitiam uma produção industrial ainda mais eficiente.

Ainda na década de 1930, o cientista Alan Turing deu início ao seu famoso *Turing Test*, segundo o qual um computador seria considerado possuidor de inteligência caso resolvesse um problema proposto e sua atuação fosse indistinguível da resolução por um ser humano (DIVINO, 2022, p.30).

Na década de 1950, a nomenclatura inteligência artificial foi utilizada oficialmente pela primeira vez pela comissão formada por John McCarthy, Marvin Minsky, Claude Shannon e Nathaniel Rochester no *Darhmouth College*. A conferência teve como objetivo investigar e comprovar a hipótese de que a máquina poderia aprender, replicar comportamentos humanos e, através desse processo de aprendizagem, prover soluções a problemas.

Nas décadas de 1970 e 1980, diante da escassez de recursos tecnológicos para amparar avanços, a inteligência artificial sofreu um período de recessão e somente ganhou novo fôlego na década de 1990 com a criação do robô *Deep blue* pela empresa norte-americana *International Business Machine Corporation (IBM)*.

Na ocasião, o robô enfrentou o famoso enxadrista Garry Kasparov, então campeão mundial de xadrez, tendo perdido a primeira partida e vencido o segundo confronto, comprovando a capacidade de aprendizagem da máquina (LACERDA, 2022, p.35).

Com a chegada do novo milênio, o desenvolvimento da inteligência artificial passa a ser fortemente impulsionado pelo interesse corporativo. Multinacionais e grandes empresas dos mais diversos segmentos passam a notar a possibilidade de a tecnologia ser usada para realizar atividades humanas com maior velocidade, aumentando a competitividade.

Neste contexto, a nomenclatura *big data*²¹ começa a ganhar relevância, passando a ser compreendida como o grande volume de dados, o qual será analisado pela máquina e norteará a tomada de decisões automatizadas.

Decisões estas que serão objeto do presente artigo, mormente no que tange à existência de neutralidade em tais escolhas e ao impacto destas sobre o exercício da autonomia privada dos seres humanos.

2. DECISÕES AUTOMATIZADAS

2.1 TOMADA DE DECISÕES POR ALGORITMOS

Em termos bastantes simplificados, algoritmos são instruções dadas à máquina, em linguagem codificada, para que execute tarefas ou solucione problemas. Tão logo, são algoritmos os responsáveis pela tomada de decisões automatizadas, como bem explicam TEFFÉ e MEDON (2020, p.6):

Nesse cenário, se os algoritmos representam o motor, por certo os dados são o combustível dessa revolução, tendo em vista o crescente volume de informações produzidas e disponíveis, as quais apresentam diversidade em termos de natureza, forma de captação e possibilidade de tratamento, insumos esses de relevância elevada para as técnicas de aprendizado de máquina.

As motivações para o uso dos algoritmos na tomada de decisões são muitas: a possibilidade da eliminação de vieses, já que algoritmos fariam escolhas objetivas; a eliminação de possíveis erros humanos comuns no processo decisório e o aumento dos lucros em decorrência

21 “a matéria-prima utilizada pelos algoritmos para tais decisões é o big data, ou seja, a enorme quantidade de dados disponíveis no mundo virtual que, com o devido processamento, pode ser transformada em informações economicamente úteis” (FRAZÃO, 2018).

de uma decisão acertada apontada por algoritmos são apenas algumas das razões que sustentam o crescente movimento de uso de decisões automatizadas.

A este respeito, Ana Frazão faz importante apontamento:

A exploração de algoritmos para tais fins encontra-se no contexto de um mercado multibilionário, cuja proposta é a de substituir as decisões humanas, consideradas naturalmente falhas e enviesadas, pelas escolhas algorítmicas, vistas como mais eficientes, objetivas e imparciais. Grandes empresas investem fortemente nesse segmento, não somente para ajudar clientes e consumidores – aí incluindo o próprio governo – em suas escolhas, como também para orientar seus próprios processos decisórios internos. (FRAZÃO, 2018)

Diante das aparentes vantagens proporcionadas pelo uso da inteligência artificial no processo decisório, nota-se que há uma movimentação grande, tanto em âmbito privado, quanto no setor público, em prol do fomento das decisões automatizadas.

O uso de algoritmos para tomada de decisões pode ser notado, por exemplo, no mercado de valores mobiliários, em que os chamados “robôs investidores” ou *high frequent traders (HFTs)*²² têm ganhado forte adesão.

Nas negociações algorítmicas de alta frequência, algoritmos tomam decisões levando em conta algumas variáveis, como qual o melhor momento para a decisão, quanto de capital deve ser comprado ou vendido e o que deve ser comprado ou vendido.

²² “*Há estratégias de negociação algorítmica que buscam capturar oportunidades de curtíssimo prazo, do que resulta um envio de um número elevado de mensagens aos sistemas de negociação (inclusão, alteração e cancelamento de ofertas), quando, então, se convencionou designar tal atividade como negociação algorítmica de alta frequência ou, em inglês, high frequency trading (HFT)*”. COSTA, Isac Silveira da. *High frequency trading (HFT) em câmera lenta: compreender para regular*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020. P.18.

Com isso, algoritmos analisam, armazenam e combinam dados para chegar a conclusões mais acertadas em relação ao investimento no mercado de capitais. Decisões estas que, por serem dotadas de máxima racionalidade, em tese, implicarão riscos e custos menores e ganhos possivelmente maiores.

A possibilidade de uma tomada de decisão pautada em máxima racionalidade e eficiência é a motivação precípua também para o uso de algoritmos em escolhas internas no mundo corporativo.

Um caso que exemplifica bem o uso de algoritmos na tomada de decisões internas dentro de uma sociedade empresarial foi o ocorrido com a *Data Knowledge Ventures*. Em 2014, a empresa de Hong Kong surpreendeu o mundo ao anunciar o robô *Vital (Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences)* como diretor de seu conselho executivo.²³

A experiência inovadora da sociedade empresária chinesa acendeu a polêmica sobre a substituição de humanos por robôs e foi rotulada por críticos como estratégia de *marketing*, mas, ainda assim, proporcionou bons frutos, já que a *Data Knowledge Ventures* conseguiu contornar o cenário de falência e, ao menos em alguma medida, as decisões tomadas pelo algoritmo influenciaram este desfecho de êxito.

No setor público, por sua vez, o uso de algoritmos para tomada de decisões relativas ao recrutamento de pessoal e, especificamente no Poder Judiciário, nota-se o uso da inteligência artificial para refinamento e enquadramento de teses conforme entendimentos jurisprudenciais já consolidados. A respeito do uso de decisões automatizadas pelo Judiciário, Silva e Balbino pontuam:

O relatório da justiça em números lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou um total de 77,1 milhões de processos em tramitação ao final de dezembro de 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Diante de uma quantidade tão

²³ *Algorithm appointed board director*. 16 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-27426942>. Acesso em 07 de maio de 2025.

expressiva de demandas, a automação dos processos decisórios nos processos judiciais não é apenas uma tendência, mas uma premência. Já existem inúmeros sistemas de inteligência artificial sendo utilizados pelo judiciário brasileiro. São os casos de programas robôs como o Leia, que lê milhões de páginas de processos, identificando casos que já se enquadrem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), dispensando novas teses jurídicas (BRANCO, 2020). (SILVA e BALBINO, 2021, p.08)

A possibilidade de se tomar decisões pautadas em máxima racionalidade e, por consequência, dotadas de maior assertividade, eficiência e neutralidade, impulsiona o uso da inteligência de artificial no processo decisório nos mais diversos segmentos da sociedade contemporânea.

Contudo, há de se ponderar sobre a real neutralidade dos algoritmos que conduzem as decisões automatizadas. Neste sentido, indaga-se: a objetividade intrínseca à inteligência artificial assegura, de fato, a neutralidade nas decisões algorítmicas? Quais os impactos podem ser gerados em decorrência de eventuais decisões automatizadas enviesadas?

2.2 A SUPOSTA NEUTRALIDADE DAS DECISÕES ALGORÍTMICAS

Para que ocorra uma análise da existência ou não de neutralidade nas decisões automatizadas, imprescindível entender um pouco melhor sobre o funcionamento dos algoritmos.

Os algoritmos que atuam no processo decisório retiram as informações que embasam suas escolhas da grande quantidade de dados disponível virtualmente, o denominado *big data*. Tais dados são coletados, organizados conforme variáveis e processados pelos

algoritmos, e assim, ao final, fornecem informações relevantes que indicarão a escolha mais acertada na situação concreta.

Para que o processamento de dados aconteça, em um primeiro momento, deve ser fornecido um *input* ao algoritmo, ou seja, um ser humano deve fornecer uma base de dados que será utilizada pelo sistema para que, ao final, chegue às conclusões que levarão ao *output*, que representam a própria decisão automatizada.

A respeito da suposta neutralidade das decisões tomadas por algoritmos, Chiara de Teffe e Filipe Medon explicam:

E este input que forma o big data é, pelo menos no início, dado pelo ser humano. Assim, de nada adianta criar um algoritmo pretensamente neutro, se o banco de dados que o alimenta já nasce enviesado.^{15,16} Basta pensar no recurso do Google Fotos que identificou pessoas negras como sendo gorilas (HARADA, 2015). Ou mesmo no caso da IA da Microsoft, Tay, que em apenas algumas horas após estreiar no Twitter emitiu declarações racistas, antisemitas, sexistas, conspiratórias e revisionistas, as quais poderiam até mesmo ser qualificadas penalmente como injúrias raciais, crimes de incitação ao ódio e discriminação racial. (TEFFE e MEDON, 2020, p.10)

Neste sentido, a fragilidade do argumento da neutralidade das decisões tomadas por algoritmos fica latente diante da dependência do *output* de uma base de dados que será inserida por um ser humano e, por esta razão, estará suscetível ao enviesamento causado por um *input* dotado de sub-representação de determinados grupos sociais ou, ainda, com traços das ideologias e pensamentos que o humano que inseriu os dados traz consigo.

Sobre o viés algorítmico, Allan Pereira de Carvalho sustenta:

Nos últimos anos surgiram evidências de que, no caso dos algoritmos aplicados à inteligência artificial,

existe o risco (sobretudo não intencional) de ampliar condições discriminatórias a partir do funcionamento “técnico” do algoritmo. O viés em algoritmos pode estar relacionado à sua autoria (a respeito do qual é diversa a equipe que elaborou o código de programação envolvido), pois a homogeneidade de perfil socioeconômico entre os programadores tende a reverberar em seu trabalho, do qual se originam algoritmos menos aptos a lidar com a diversidade de pessoas e situações que existem na prática. Também é uma causa relevante a maneira pela qual o algoritmo foi programado, pois é preciso que se leve em consideração o teor de equidade que o trabalho deve preservar. O propósito por trás da criação do algoritmo é igualmente relevante, pois embora suas diversas aplicações possam render enormes resultados financeiros aos seus criadores, é preciso observar que a inovação científica deve se comprometer com impactos positivos na sociedade, sem ampliar condições antijurídicas nem fortalecer retrocessos sociais. (CARVALHO, 2020, p.41)

Os impactos que podem ser gerados pelos vieses algoritmos são múltiplos, sendo a discriminação algorítmica um dos que despertam maior preocupação.

Sobre o tema, o documentário *Coded Bias* (2020)²⁴ traz interessante análise do viés racista e sexista de algoritmos usados para reconhecimento facial feita a partir dos estudos de Joy Buolamwini, pesquisadora do Instituto de Tecnologia de Massachussets (MIT). A pesquisa de Buolamwini demonstrou a falha dos sistemas de identificação facial que não fazia o reconhecimento de faces de mulheres negras, tornando evidente a reprodução de racismo pelo algoritmo.

No Brasil, pesquisa feita pelo *The Intercept Brasil* constatou que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros,

²⁴ HOFFMAN, Sabine & KANTAYYA, Shalini. 2020. *Coded Bias*. EUA, Netflix.

revelando que a tecnologia de reconhecimento facial tem reproduzido padrões discriminatórios e vem agravando a situação carcerária de negros no País.²⁵

Sobre as falhas de julgamento inerentes à discriminação algorítmica, Ana Frazão sustenta:

De forma geral, temos visto um grande avanço na utilização de sistemas algorítmicos para os mais diversos fins, mas sem as devidas considerações éticas e jurídicas que deveriam orientar a sua adoção. O atual cenário mostra que, antes mesmo de falarmos de discriminação algorítmica – que normalmente nos remonta à discussão sobre falhas de julgamento –, temos que discutir sobre a própria validade de diversos julgamentos algorítmicos em si, independentemente do acerto ou não dos seus resultados.

Em outras palavras, a questão a ser respondida é: pode-se utilizar o big data para submeter seres humanos a qualquer tipo de julgamento? Quais são os critérios éticos e jurídicos para delimitarmos os julgamentos que são legítimos daqueles que não são? (FRAZÃO, 2021)

Desta forma, a constatação da ocorrência de vieses algorítmicos, a exemplo dos verificados nos casos de discriminação algorítmica, ainda que não intencionais, obstaculiza o argumento da neutralidade das decisões tomadas pela inteligência artificial e podem ter como consequência julgamentos equivocados que causarão danos irreparáveis à pessoa discriminada.

Com isso, ausente a pretensa neutralidade na tomada de decisões, insurge o questionamento sobre a possibilidade do uso da inteligência

25 Disponível em <https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil-negros/>. Acesso em 07 de maio de 2025.

artificial no processo decisório colocar em risco a autonomia privada e direitos fundamentais dos seres humanos.

2.3 TOMADA DE DECISÕES POR ALGORITMOS E AUTONOMIA PRIVADA

2.3.1. PROFILING

A tomada de decisões amparada no uso de inteligência artificial passou a fomentar um mercado multibilionário na última década, funcionando o argumento da máxima racionalidade aplicada em prol de uma escolha mais acertada – e principalmente, lucrativa – como principal ponto de defesa do uso dos algoritmos para monetização do processamento de dados.

Não há dúvidas que o uso de algoritmos elevou a celeridade na tomada de decisões a números impraticáveis por seres humanos. Exemplo claro disso é a velocidade – medida em milissegundos²⁶ – com que tecnologias avançadas processam dados e comunicam com os sistemas de mercados de capitais acerca da melhor escolha a ser tomada em termos de investimentos (COSTA, 2020, p.19).

Incontestemente também que o processamento de dados em larga escala possibilita a formação de perfis de consumo que guiam ofertas dos mais variados tipos de produtos, elevando, por consequência, de forma exponencial os lucros das sociedades empresárias.

A este tipo de técnica de tomada de decisões, em que usam-se algoritmos para criar perfis pautados no processamento de dados pessoais, deu-se o nome de *profiling*²⁷. A explicação de Luiz Costa auxilia a compreensão do termo:

²⁶ “HFT’s também são conhecidos pelo uso de tecnologias sofisticada de processamento de informação e rapidez na comunicação com os sistemas dos mercados em que atuam, em uma escala de tempo medida na ordem de milissegundos ou microssegundos (um piscar de olhos dura de 300 a 400 milissegundos).” Isac Silveira da. High frequency trading (HFT) em câmera lenta: compreender para regular. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020. P.19.

²⁷ “Definição de perfis, qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com o seu

No jargão tecnológico, “profiling” é a utilização de algoritmos complexos para criar modelos ou perfis - que tem caráter geral - a partir de dados específicos. Esses algoritmos processam enormes quantidades de informação e fazem correlações entre dados inicialmente desconexos (por exemplo, dados de conexão, biométricos, demográficos, entre outros), a partir do que um perfil é criado e aplicado, como nos exemplos acima. A mudança de preço de passagem, a convocação para controle mais rigoroso e o oferecimento de proposta de crédito pessoal só foram possíveis porque alguém foi enquadrado nos perfis de, vamos chamar, ‘consumidor disposto a pagar mais’, ‘terrorista potencial’ e ‘adolescente tomador de empréstimo pessoal’.²⁸

A nomenclatura estrangeira pode até soar inédita para muitos, mas a vivência de situações em que a técnica de *profiling* foi utilizada é bastante comum no cotidiano da maior parte da população.

Um exemplo clássico dá-se quando o consumidor busca determinado produto em alguma plataforma *e-commerce*, como um aparelho celular. Em um primeiro momento o aparelho é ofertado por um valor “X”, mas o consumidor não conclui a compra. Em uma segunda oportunidade, provavelmente, o pretendo comprador vivenciará duas situações: a primeira é uma “enxurrada” de ofertas de celulares do modelo que buscou anteriormente que aparecerão em todas as suas redes sociais e a segunda é a elevação do preço do aparelho em questão.

desempenho profissional, a sua situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações;” Definição trazida pelo artigo 4(4) do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados no (GDRP) âmbito da União Europeia. Disponível

em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/339300/ia-e-protecao-de-dados-definicao-de-perfil-e-desafios>. Acesso em 07 de maio de 2025

28 COSTA, Luiz. “Profiling” e direitos. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/deposito/210783/profiling--e-direitos>. Acesso em 07 de maio de 2025

À técnica que embasou tanto a oferta massiva nas redes sociais, quanto a elevação do produto almejado, dá-se o nome de *profiling*.

Verifica-se o amplo uso de *profiling* também em plataformas de *streaming*, como *Netflix* e *Spotify*, em que algoritmos formam um padrão de personalidade que ditará as recomendações de filmes, séries e músicas do usuário.

A construção destes perfis a partir do processamento de grandes quantidades de dados por algoritmos não se restringe, no entanto, ao mercado de consumo, mas é usada largamente também na formação de perfis criminais ou para a aprovação de crédito de clientes, dentre tantos outros segmentos que não serão explorados no presente artigo.

O uso crescente de *profiling* repercute na preocupação sobre os possíveis impactos, e eventuais danos, que podem ser causados aos seres humanos em decorrência deste. Isto porque, como já abordado anteriormente, a suposta neutralidade dos algoritmos mostrou-se como uma falácia, sendo os vieses algorítmicos causas de discriminação e perpetuação de comportamentos preconceituosos que afrontam os direitos fundamentais.

Não obstante, a formação de perfis através do processamento grandes quantidades de dados pessoais, e o uso destes perfis como verdadeiras “etiquetas humanas”, impactam diretamente a autonomia privada e a dignidade humana, como veremos no tópico seguinte.

Por certo, não se pretende aqui sustentar o impedimento do uso de *profiling* no mundo contemporâneo. Até porque esta seria uma pretensão utópica.

O que se busca, portanto, é a reflexão sobre quais os possíveis impactos do uso destes algoritmos na tomada de decisões sobre a autonomia privada e os direitos fundamentais, bem como fomentar a discussão sobre os caminhos adequados à regulação do uso de inteligência artificial, mormente no que tange à autonomia privada e aos direitos fundamentais.

2.4 AUTONOMIA PRIVADA E USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE DECISÕES

Sobre o conceito de autonomia privada, Bruno Torquato de Oliveira Naves sustenta:

A autonomia privada, conformada pelo ordenamento jurídico, confere ao sujeito a possibilidade de determinar conteúdo, forma e/ou efeitos do negócio jurídico. Podendo, numa situação concreta, o sujeito determinar somente conteúdo e efeitos, ficando a determinação da forma como função da lei. (NAVES, 2014, p.99)

Não se pode olvidar que, para além da perspectiva negocial, a autonomia privada possui uma faceta existencial, funcionando como vetor de regulamentação dos interesses. Assim, para que o sujeito goze de sua autodeterminação, existem os direitos da personalidade como garantias de que o ser humano não será reduzido a objeto e exercerá sua liberdade em consonância à sua dignidade.

Trazendo o referido conceito de autonomia privada para o contexto das decisões automatizadas, constata-se a patente repercussão do uso de algoritmos nos direitos da personalidade.

Neste sentido, importa destacar que, na sociedade contemporânea, os dados pessoais ganham especial relevância por funcionarem como contornos do perfil de cada indivíduo, perfil este que será usado para pautar a forma como a sociedade enxergará aquela pessoa, desde as ofertas que lhe serão feitas até constatações de suas possíveis tendências criminais.

A respeito dos possíveis reflexos das decisões algorítmicas sobre a autonomia e direitos à personalidade argumenta Doneda:

As decisões automatizadas, referentes a um indivíduo determinado, que se baseiam em um

método estatístico para análise de grande volume de dados e informações, podem ter grande impacto sobre os direitos individuais, especialmente no que se refere à autonomia, igualdade e personalidade. Afinal, na sociedade atual, caracterizada pelas relações remotas, os dados pessoais acabam por se constituir na única forma de representação das pessoas perante as mais diversas organizações estatais e privadas, sendo determinantes para “abrir ou fechar as portas de oportunidades e acessos. Dessa forma, uma eventual representação equivocada em determinados contextos sociais – por meio de um equívoco do algoritmo ou dos dados em que o algoritmo se baseou – afetaria tanto a forma como o indivíduo se percebe como também o modo como a sociedade o enxerga e o avalia, afetando a sua integridade moral e a sua personalidade (BRITZ, 2008, p. 179). Ademais, se essa representação, conforme alertado por Lyon (2003), acarretar a perda de chances e oportunidades do indivíduo na sociedade, dar-se-á uma restrição indevida à sua autonomia, limitando a sua liberdade de ação, suas escolhas econômicas e até mesmo existenciais. Por fim, destaca-se também a possibilidade de violação do princípio da igualdade, na hipótese de que a classificação e seleção operada por algoritmos produza resultados desiguais para pessoas em situações semelhantes, afetando negativamente as suas oportunidades de vida na sociedade (LYON, 2003, p. 27). (DONEDA, et al., 2018, p. 04)

Dessa forma, é possível ilustrar a restrição da autonomia privada quando o ser humano passa a exercer sua autodeterminação influenciado pelo cenário previsto pela inteligência artificial através do processamento de dados, moldando, portanto, seu comportamento em função da constatação trazida pelo algoritmo (DONEDA, 2018, p. 12).

O exercício de uma autonomia limitada às possibilidades conferidas pelo espaço amostral recortado por decisão algorítmica pode ser exemplificado pela situação supramencionada das recomendações de conteúdo feitas ao usuário em *streamings*. Neste caso, será que realmente há liberdade de escolha pelo indivíduo sobre o que assistir ou ouvir ou sua decisão foi conduzida sutilmente pelo algoritmo da plataforma com base em processamento de dados pessoais?

Além disso, a perpetuação de preconceitos através da inserção de bases de dados com baixa ou nenhuma representatividade de determinados grupos sociais ou por meio de *inputs* que carregam vieses discriminatórios²⁹ mostra-se como evidente – e preocupante – violação à dignidade humana.

Diante da possibilidade de afronta tanto à autonomia privada quanto a direitos da personalidade em decorrência da tomada de decisões automatizadas, a construção de uma regulação da inteligência artificial que equilibre os fatores inovação e direitos fundamentais é imperativa, sendo inolvidável o papel das diretrizes éticas para o êxito neste desafio.

3. CONCLUSÃO

O uso de inteligência artificial na tomada de decisões passou de uma hipótese excepcional a uma realidade que movimenta milhões de dólares nos últimos anos. Multinacionais bilionárias, órgãos públicos e até investidores do mercado de capitais passaram a injetar recursos e expectativas em algoritmos complexos que processam enormes volumes de dados em prol de uma escolha mais acertada.

Contudo, o alcance da “melhor decisão” tem se mostrado menos neutro do que sugeriam os defensores das decisões automatizadas. Os chamados vieses algorítmicos já deram sinais de sua existência

²⁹ *Chatbot da Microsoft torna-se racista em menos de um dia*. Disponível em <https://www.theverge.com/2016/3/24/11297050/tay-microsoft-chatbot-racist>. Acesso em 07 de maio de 2025

e ostentaram uma aparência tão concreta quando os preconceitos arraigados nas bases de dados inseridas nos algoritmos.

A chamada discriminação algorítmica já conta mais do que casos isolados de sua manifestação e tornou-se preocupação de cientistas e legisladores do mundo todo. A possibilidade de que o uso de inteligência artificial viole direitos fundamentais dita os termos da regulação que vem sendo esboçada.

Tão relevante quanto é a questão dos impactos das decisões guiadas por algoritmos sobre a autonomia privada. Neste sentido, destaca-se que a transparência em relação ao funcionamento da inteligência artificial continua sendo um óbice ao exercício concreto do consentimento pelo sujeito.

Afinal, a complexidade do funcionamento dos algoritmos é de difícil compreensão até mesmo por profissionais que atuam no setor tecnológico, quiçá para o homem médio. E sem compreender, de fato, sobre o que se consente, não há que se falar em efetivo exercício da autonomia.

Não obstante, as decisões automatizadas ainda podem representar uma restrição à autodeterminação ao oferecerem um cenário parcial de opções ao usuário, estas já filtradas pelo processamento de dados por algoritmos, como se fossem o espaço total de alternativas. Assim, ocorre uma modulação da autonomia do sujeito que acredita estar livre para escolher, mas nem mesmo tem acesso às possibilidades.

Por fim, constata-se que não há retrocesso possível em relação ao uso da inteligência artificial. Algoritmos continuarão pautando a tomada de decisões com base no processamento de dados pessoais. Com isso, caberá a sociedade avançar em relação ao conhecimento sobre a tecnologia e ao desafio regulatório, priorizando diretrizes éticas e pautadas na transparência, tão intensamente quanto a evolução da IA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Allan Pereira de. **Viés Algorítmico E Discriminação: Possíveis soluções regulatórias para o Brasil**. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. 2020.

COSTA, Isac Silveira da. **High frequency trading (HFT) em Câmera lenta: compreender para regular**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. **Teoria Procedimental Do Sujeito De Direito E Inteligência Artificial: a subjetividade jurídica entre ficção e facticidade**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2022.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; LIMA, Taisa Maria Macena de. **Autonomia privada e contratos eletrônicos no Direito Civil Contemporâneo: uma análise ponteana da manifestação de vontade e seus reflexos no tratamento de dados**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 21, n. 2, p. 295-326, maio/ago. 2019. Quadrimestral.

DONEDA et al. **Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, 2018. In: TEFFÉ, Chiara Spadaccini; MEDON, Filipe. A utilização de inteligência artificial em decisões empresariais: notas introdutórias acerca da responsabilidade civil dos administradores. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

FARIAS, Maria Clara Cunha; ANJOS, Rodrigo Faria Vieira dos. **O ser humano e a inteligência artificial: a proteção dos direitos fundamentais face ao uso da tecnologia**. Res Severa Verum Gaudium, v. 6, n. 1, Porto Alegre, p. 316-333, jun. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Discriminação algorítmica. Compreendendo o que são os julgamentos algorítmicos e o seu alcance na atualidade.** 2021. Disponível em <https://www.jota.info/opinia-o-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/discriminacao-algoritmica-16062021?amp>. Acesso em 07 de maio de 2025.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Estatuto Jurídico Da Inteligência Artificial: entre categorias e conceitos, a busca por marcos regulatórios.** Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2022.

MULHOLLAND, Caitlin. **Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de Inteligência Artificial (IA):** autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade.* Editora Revista dos Tribunais, 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito pela Perspectiva da Autonomia Privada.** 2ª ed Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia.** Tradução Rafael Abraham. 1.ed. Santo André - SP. Editora Rua do Sabão. 2020.

PINTO, Henrique Alves. **A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability.** Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 43-60, jan./mar. 2020. Disponível em http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43 Acesso em 07 de maio de 2025.

SILVA, Rodrigo Vianna. BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. **Decisões Exclusivamente Automatizadas E A Necessidade De Uma Supervisão Humana No Brasil.** Revista da Advocacia Pública Federal. P. 77 a 102. Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. – Vol. 5, n. 1 (2021) – Brasília: ANAFE, 2021.

SILVA, Tarcízio. **Racismo Algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais**. São Paulo: Edições Sesc, 2022.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; MEDON, Filipe. A utilização de inteligência artificial em decisões empresariais: notas introdutórias acerca da responsabilidade civil dos administradores. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BREVE ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA, PARA OS CASOS DE VIOLÊNCIA QUE NÃO A FÍSICA

*Jordana Natália Santos Matos*³⁰

*Guilherme del Giudice Torres Duarte*³¹

*Thays Murta dos Santos Cruz*³²

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, aborda tema sobre as medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha e tem, como objetivo, uma breve análise de sua eficácia social, nos casos de violências diversas a física. A Lei de nº 11.340 foi criada em 7 de agosto de 2006, e tem como, principal finalidade, abordar a violência doméstica no âmbito familiar. Como disposto nos artigos 1º ao 4º, e seus parágrafos:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às

30 Bacharel em Direito Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC (2023).

31 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC.

32 Mestra em Direito pela PUC Minas. Pós graduada em Direitos Humanos.

mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL,2006).

Esse tema é de extrema importância, possivelmente vindo a ser uma forma de orientação para aquelas que necessitam de ajuda, sendo possível observar, até mesmo nos pequenos sinais de violência, início de tudo.

Essa orientação e conhecimento fazem grande diferença, pois quando uma mulher vítima de violência, seja ela qual for, tem ciência do que é e o que pode ser feito, muitas vezes ela consegue mudar a

tempo o seu “destino”. Por isso, quanto mais informações sobre o tema forem abordadas, maior será a chance de uma possível vítima sobreviver ou até mesmo não ter que se submeter a eventuais situações de violência doméstica.

É de grande relevância destacar a importância dessas medidas protetivas na vida de cada vítima, o quanto ela impacta e muda o “destino” de cada uma. Tendo como objetivo a prevenção e proteção, no caso de haver efetiva violência doméstica, a lei prevê punição para o agressor.

O alvo dessa pesquisa é analisar a eficácia das medidas protetivas corriqueiramente deferidas no âmbito da Lei Maria da Penha, para os casos de violência diversos da física, como violência psicológica, sexual, patrimonial e moral. Avaliando sua aplicabilidade na prática e verificando se, efetivamente, cumpre com o seu objetivo, protegendo as vítimas e inibindo o parceiro agressor.

Através dessa análise, é possível verificar se há falhas na proteção disponibilizada pela lei, e se é necessário a implantação de algo além do que já utilizado, para garantir sua eficácia e maior segurança aquelas vítimas de violência doméstica que necessitam de tutela específica.

Para que se alcançasse todos esses objetivos, foi necessário desenvolver uma metodologia, através de pesquisas bibliográficas, jurisprudências, análises de dados e depoimentos que foram publicados de algumas vítimas. Ressalta-se que os resultados dessa pesquisa são qualitativos e quantitativos.

Nesta breve análise, foi demonstrado de, forma breve, a história de Maria da Penha, sua vivência com seu ex-companheiro agressor e a criação da lei; o propósito da lei, qual a sua importância na prevenção e até mesmo na punição da violência doméstica; descritos os tipos de violência existentes e ao final foram dados exemplos; medidas protetivas existentes e como cada uma funciona; casas de abrigo que amparam as mulheres em situação de violência; as penalidades cabíveis na prática da violência; análise estatística onde demonstra o aumento da violência nos últimos anos; casos reais de violências sofrida por diversas formas, como física, psicológica, moral e

patrimonial; obstáculos/desafios que existem para as autoridades e para as vítimas. Ao final, foram sugeridas propostas de melhorias para aplicação e efetiva proteção as vítimas; algumas, das várias mudanças que houve na lei e por fim, a conclusão.

2. HISTÓRIA DA LEI MARIA DA PENHA

Maria da Penha, farmacêutica de formação, foi uma mulher que sofreu nas mãos do seu esposo, Marco Antônio, onde o mesmo por diversas vezes violentou-a física e psicologicamente. Porém, Maria tinha muito medo de enfrentá-lo e colocar um ponto final nessa história. Acreditando em uma possível mudança, seguiu sua vida ao lado dele, até que, em um determinado dia, Marco tentou matá-la, dando um tiro em suas costas, enquanto dormia. Ele alegou a polícia ter sido vítima de uma invasão a qual tentaram enforcá-lo, tendo que lutar com os possíveis invasores. Maria foi socorrida a tempo, mas infelizmente ficou paraplégica. Feito a perícia foi constatado que a história que Marco contou era inverídica.

Após 4 meses Maria voltou para casa e foi mantida em cárcere privado, onde novamente Marco tentou matá-la, eletrocutando-a durante o banho. E como se não bastasse, ele continuou violentando Maria, insistiu que a investigação sobre o primeiro atentado se encerrasse e a obrigou a assinar uma procuração para que ele pudesse tomar decisões em seu nome.

Após muita luta, se deu o julgamento de Marco, 8 anos depois. Houve duas audiências, e o agressor não foi preso, nessa época não existia Lei específica para violência doméstica. Existia somente a Lei nº. 9.099/1995, onde toda violência doméstica e familiar contra a mulher, era considerada um crime de menor potencial ofensivo. Por ser uma lei abrangente, que se trata de diversos assuntos, era menos rigorosa no quesito punição, em relação a violência doméstica. Pode-se dizer que as punições eram mais brandas, portanto, a criação da LMP, que é uma lei específica é de suma importância.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, retrata sobre os juizados cíveis e criminais, como disposto abaixo:

Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. (BRASIL, 1995).

Depois de 19 anos de luta por justiça, Marco Antônio foi preso. O caso foi reconhecido e denunciado como grave violação aos direitos humanos, criando a partir daí a Lei Maria da Penha, sendo a terceira melhor lei do mundo, segundo a ONU. (Organização das Nações Unidas - ONU, 1945).

Deste modo, pode-se dizer que a LMP anda lado a lado com a Constituição de 1988, artigo 226, parágrafo 8º, pois, dispõe em seu texto:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” (BRASIL, 1988).

Trata-se de legislação que assegura a proteção e, conseqüentemente, a diminuição dos casos de violências.

2.1 PROPÓSITO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340, foi criada em 7 de agosto de 2006, trazendo uma maior segurança para aquelas que necessitam. Mulheres que se encontram em situação de vulnerabilidade, em relação ao homem agressor, sendo ele cônjuge ou outros homens de dentro ou de fora do seu convívio familiar, como por exemplo, um ex-cônjuge, namorado, amigo, etc. A lei apenas exige que exista uma ligação emocional entre o agressor e a vítima. Como se pode ver no Art. 5º, e seus incisos da Lei:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

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

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

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

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL,2006).

Essa lei é extremamente importante para a prevenção de violências e tentativas de homicídio. Onde existem mecanismos de controles, prevenções e punições para os casos de consumação parcial ou total.

A maior parte da população, tem conhecimento sobre essa lei, principalmente por ser uma situação que está presente na vida de muitas pessoas. Mas, a orientação sobre o caso em análise é de suma importância, pois, quanto mais informada as mulheres estiverem, maiores serão as chances de se evitar que esses tipos de situação aconteçam. Conscientes de como poderão agir em determinadas situações e, de preferência, ao primeiro e menor sinal que lhe for apresentado, para que possa sair da situação de violência, antes que o agressor tenha “controle” sobre “sua vida”, algo que acontece em praticamente todos os casos de violência doméstica, não se esquecendo que é feita pelo agressor uma lavagem cerebral na vítima, que após manipulação psíquica e emocional, passa a acreditar que depende dele, seja para “viver”, comer, se vestir, se manter ou uma simples dependência emocional. Em outros casos a vítima não o abandona, por acreditar sempre na possível melhoria do agressor, se mantendo ao lado dele. Ou até mesmo por medo, temendo a própria vida e de seus familiares, pelas ameaças que sempre recebe, durante a convivência.

Essa orientação é extremamente importante, pois, se a vítima entende e tem consciência da violência, fica mais fácil de tomar a decisão correta, podendo assim, utilizar os mecanismos previstos na lei.

No ano de 2011, foi feita uma pesquisa pelo DataSenado, para se verificar quantas mulheres já ouviram falar sobre a Lei Maria da Penha, e o resultado foi de 98%. (DATASENADO, 2011). E em 2008, foi feita uma outra, pela IBOPE/Themis, para se saber qual o grau de

conhecimento. E através dessa pesquisa foi concluído um percentual de 68%. (Pesquisa IBOPE/THEMIS, 2008).

Contudo, considera-se uma porcentagem bem pequena, diante da quantidade de agressões que acontecem anualmente. Por isso, é essencial a orientação e conhecimento mais aprofundado sobre o tema.

Os mecanismos criados, servem para coibir o agressor da prática do crime, através das penalidades e sanções. Com o intuito de que as violências diminuam mais a cada dia.

A lei foi criada, com o propósito de levar até as mulheres uma vida digna, livre de violência e onde haja mais igualdade. Dessa forma, ela poderá viver com mais tranquilidade, sem conturbações, e sem que tudo isso lhe cause transtornos psicológicos, que podem afetá-la de uma maneira geral e causar grandes prejuízos ao longo da vida, principalmente nos casos em que não há acompanhamento de psicólogos.

2.2 TIPOS DE VIOLÊNCIAS

Existem vários tipos de violência. São elas, violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, entre outras. Mas cinco delas, estão elencadas no artigo 7º da Lei 11.340/06:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante,

perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

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

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.” (BRASIL, 2006).

Todos os tipos de violência podem ser exemplificados. A violência física, pode ser qualquer tipo de comportamento como bater; socar; chutar; empurrar; jogar objetos sobre a vítima; apertá-la; sacudi-la; causar ferimentos por meio de objetos perfurantes ou quentes; utilizar armas; etc.

A violência psicológica é quando o agressor ameaça a vítima; confunde; humilha; manipula; isola; persegue; debocha; insulta; faz chantagem; omite fatos que podem fazer a mulher duvidar de sua própria memória e sanidade mental; etc.

Considera-se violência sexual quando o sexo é praticado sem o consentimento da vítima; exigir práticas sexuais que causam desconforto; etc.

Violência patrimonial é controlar o dinheiro da vítima; confiscar os cartões de crédito; impedir que ela trabalhe; de uma forma geral e abrangente, é manter o controle sobre a vida financeira dela; etc.

E por fim, a violência moral que é quando se expõe a vida íntima da vítima, que na maioria dos casos é a sua própria companheira; critica; utiliza palavras de baixo calão, que faz com que a vítima sinta que não tem valor algum; ofende, afetando seu caráter; acusa de ter feito algo que não fez, prejudicando sua honra e reputação, com a finalidade de fazer com que as pessoas ao redor, tenha uma visão ruim da vítima; etc.

2.3 MEDIDAS PROTETIVAS

A Lei Maria da Penha prevê diversas medidas protetivas para garantir a segurança das vítimas de violência doméstica, que são chamadas de medidas protetivas de urgência, e estão dispostas na Lei nº 11.340/2006, artigo 22 e seus incisos:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.
- VI - comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)
- VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020) (BRASIL, 2006).

Estes são alguns dos recursos disponíveis, podendo o juiz determinar o que julgar mais adequado ao caso específico, procurando sempre proteger eficazmente a vítima.

Após a violência consumada, a vítima pode fazer um boletim de ocorrências e relatar o que houve. As denúncias podem ser feitas presencialmente; nas delegacias, o que não exige ser em uma delegacia especializada em atendimento as mulheres; por telefone e/ou boletim de ocorrências presencial ou eletrônico. Em alguns casos, pode ser que o policiamento chegue no momento da agressão e leve o agressor em flagrante. Vale ressaltar, que isso vale para qualquer um dos tipos de agressões.

Após o registro do boletim, é instaurado um inquérito policial, onde as partes e testemunhas são ouvidas. É o momento de se apresentar provas, seja documental ou pericial, onde o juiz solicita um trabalho dos peritos, para se compreender a situação, como determina o art. 464, e seus parágrafos, do CPC:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I. a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II. for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III. a verificação for impraticável.

§2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.” (BRASIL, 2015).

Deste modo, o Juiz tem 48 horas para analisar todas as provas e exames (incluindo corpo de delito), que houver e determinar medidas protetivas a vítima. Após, pode ser solicitado a prisão preventiva do agressor, de acordo com o art. 313 do CPP:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).” (BRASIL, 1941).

A primeira medida a ser tomada em qualquer tipo de violência doméstica é o afastamento do agressor, sendo ele proibido de entrar em contato com a vítima e com seus familiares de primeiro grau, pessoalmente, por carta, telefone ou e-mail. Posteriormente, cada caso deve ser analisado conforme o tipo de violência cometida, para que o agressor possa ser apenado adequadamente, e se necessário ser inserido em um centro de recuperação e reeducação, como dispõe a lei.

Da mesma forma, se a vítima necessitar de ajuda especializada, deve haver intervenção e acompanhamento psicológico a ela. Este é um suporte essencial para o seu progresso, pois a violência traz consigo muitos danos, vindo a ser irreversíveis com o passar do tempo.

Na prática, quando uma mulher pede a medida protetiva, e a ela é concedida, ela recebe orientações de como se deve proceder. Porém, se ela descumprir o que foi determinado pela justiça, perderá automaticamente a medida protetiva. Ficando totalmente desprotegida, o que leva ao grande risco de sofrer posteriormente novas agressões. Por óbvio pode-se dizer, que, quanto mais próximo a vítima fica do agressor, maior a chance de ocorrer novas agressões, ou até mesmo de haver um feminicídio.

É necessário haver um conjunto de ações desde o acionamento da polícia, até a decisão judicial. Essa engrenagem tem que funcionar em perfeita harmonia, passando pela polícia militar, polícia civil, Ministério Público e Poder Judiciário, além, de assistência psicológica e proteção as vítimas.

A polícia militar tem um portfólio chamado “polícia família”, que é uma equipe comandada por mulheres policiais militares, que fazem o acompanhamento da vítima em sua casa, durante e depois das medidas tomadas pela justiça. O que para a vítima pode ser algo mais “confortante”, de uma forma que se sentirá mais segura.

O descumprimento das medidas protetivas é crime, e leva o agressor a sofrer penalidades, como ser condenado de três meses a dois anos de prisão. Conforme disposto no art. 24-A e seus parágrafos, da Lei nº 13.641, de 3 de Abril de 2018, que foi criada com a finalidade

de alterar a LMP, para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis (BRASIL, 2018).

2.4 CASAS DE ABRIGO PARA VÍTIMAS

Em 1971, foi criada a primeira casa de abrigo na Inglaterra, que anterior a essa data, era apenas um local onde as mulheres vítimas de violência reuniram-se ali, para encontrar soluções para os problemas do dia a dia. Mas, devido a demanda e necessidade que elas traziam consigo, foi transformado em casa de abrigo, acolhendo a mulher e seus filhos, vítimas de violência. (ROCHA, 2007).

Para que as vítimas, possam usufruir do “benefício” de ir para uma casa de abrigo, pode ser solicitado por um assistente social que faça parte da administração do abrigo; no próprio abrigo, caso seja de conhecimento e esteja ao alcance da vítima; ou através do boletim de ocorrências que foi feito, que posteriormente é encaminhado as autoridades competentes. Todos os casos são avaliados de uma maneira particular, que analisa quais são as necessidades da vítima e por quanto tempo é necessária sua permanência no abrigo. (BRASIL, 2011).

As casas de abrigo servem como uma forma de amparo, para que a vítima possa durante sua estadia recompor-se, se sentir protegida enquanto ali permanecer.

Geralmente as mulheres que vão para os abrigos, são as que mais sofreram agressão, e suas vidas correm perigo, por isso é importante manter o sigilo da localização, para que o agressor não consiga obter informações e se aproximar de alguma forma. Pois, quanto mais distante do agressor ela se encontra, menor será a chance de ocorrer uma reincidência.

No abrigo é fornecido tudo que se é considerado como itens necessários para que a vítima e seus filhos possam se manter. Bem como apoio de psicólogos; orientações jurídicas; atividades destinadas a recuperação de sua autoestima e confiança, tanto em si, quanto nas outras pessoas. O abrigo ajuda a mulher a se inserir novamente na sociedade, com trabalho, nova moradia, entre outros suportes que se fizerem necessários. (BRASIL, 2011).

2.5 PENALIDADES

As penalidades previstas na Lei 11.340/2006, estão interligadas ao Código Penal e a Lei de Execução Penal, como dispõe a seguir:

Art. 44. O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 129.

.....
§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.”
(BRASIL, 2006).

e

“Art. 45. O art. 152 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 152.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (NR) (BRASIL, 2006).

O Código Penal tem como finalidade definir quais sanções são cabíveis para cada tipo de crime. E já a Lei de Execução Penal concentra-se na pós condenação, quando as sanções cabíveis já foram aplicadas, regulando e assegurando direitos e deveres, durante todo o processo de cumprimento.

Destaca-se que para que sejam aplicadas as sanções, deve ser observado cada caso específico, sendo considerado o grau da violência.

Em 2015 foi sancionada a lei do Femicídio, Lei de nº 13.104, que foi aprovada em 9 de Março. Foi criada para fortalecer a LMP, e alterar a regulamentação. O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal, dispõe sobre o feminicídio como aspecto jurídico do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, acrescenta o feminicídio ao rol dos crimes hediondos. (BRASIL, 2015).

A Lei do Femicídio prevê que se houver homicídio como resultado, em conexão com a violência doméstica e familiar, ou como resultado de menosprezo ou discriminação com base na condição de mulher, o agressor poderá ser acusado com pena agravada. (BRASIL, 2015).

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

Femicídio

VI- contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

.....
.....
§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

.....
.....
Aumento de pena

.....
.....
§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR).” (BRASIL, 2015).

Além disso, em julho de 2021, a Lei 14.188/21 acrescentou ao Código Penal o crime de violência psicológica contra a mulher, punível com pena de seis meses a dois anos de prisão e multa. A norma também assegura a retirada imediata do agressor de casa, caso a integridade emocional da mulher esteja em risco. (BRASIL, 2021).

“Art. 4º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.129.....

.....
§ 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro anos).” (NR)

“Violência psicológica contra a mulher

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.”

Art. 5º O caput do art. 12-C da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

.....” (NR)”

(BRASIL, 2021).

2.6. CASOS DE VIOLÊNCIAS

Será abordado a seguir, alguns casos reais de violência doméstica que as vítimas se depararam com situações e violências diferentes.

Um caso bem recente é a história de Ana Rickmann, que foi agredida por seu marido Alexandre Correa.

Em uma entrevista concedida ao Domingo Espetacular, Ana Rickmann conta que durante alguns dias começou a se surpreender negativamente com seu companheiro, se deparando com situações que não era de seu conhecimento. (RICKMANN, Ana, 2023).

Ela não deu muitos detalhes para não atrapalhar as investigações que são sigilosas, mas deixou a entender que nos documentos encontrados haviam dívidas, saídas de dinheiros, assinatura que se

passava pela dela, dentre outras coisas que preferiu não mencionar. (RICKMANN, Ana, 2023).

Ana relata que em um determinado dia após o almoço, resolveu sentar com seu filho Alezinho, para alertá-lo que possivelmente, daquele dia em diante as coisas iriam se modificar. (RICKMANN, Ana, 2023).

Alexandre ao ouvir, começou uma discussão com Ana, que foi agredida verbalmente. O agressor, disse ao filho que a mãe estava ficando louca, que era tudo mentira. Mas Ana insistiu e as coisas pioraram, fazendo com que Alexandre fosse para cima dela, a coagindo. Ela ameaçou ligar para a polícia e foi então que Alexandre ficou mais agressivo, mas ela conseguiu correr em direção a um outro cômodo e tentou fechar a porta, porém ele forçou, até que bateu propositalmente no braço dela, mas Ana conseguiu fechar após o cachorro avançar em Alexandre, pegou o telefone e acionou a polícia. (RICKMANN, Ana, 2023).

Logo após, foi registrado um boletim de ocorrências por lesão corporal e violência doméstica. Feito o corpo de delito, foi constatado uma leve fratura no braço de Ana Rickmann, que não quis solicitar a medida protetiva, mas entrou com pedido de separação através da Lei Maria da Penha. (RICKMANN, Ana, 2023).

Nesse caso, Ana Rickmann ao não solicitar a medida protetiva corre um grande risco, vindo futuramente o agressor tentar algo contra sua vida e de seu dependente. Pode-se dizer que esta é uma atitude irresponsável e arriscada, uma vez que as brigas verbais já vinham ocorrendo a algum tempo, como relatado por ela.

Além da violência física, Ana Rickmann também sofreu violência moral e psicológica, que diante da violência moral foi acusada por Alexandre, perante seu filho, de mentir e traumatizar a criança. O agressor fez isso com o intuito de que Alezinho tivesse essa percepção sobre sua mãe e violência psicológica por mentir e omitir fatos sobre a vida financeira dos dois, utilizando o dinheiro para ações desconhecidas por ela e principalmente por existir assinaturas falsificadas em seu nome.

A agressão, seja ela qual for, traz grandes consequências às vítimas e aos filhos e muitas vezes uma dessas consequências é fazer com que eles vivam o tempo todo em estado de alerta e isso se perdura, tirando o sono e a paz. Por isso, é muito importante o apoio da justiça e suas medidas.

Vale ressaltar que, a Justiça tem suas falhas, mas as vítimas precisam fazer a sua parte em denunciar e solicitar mais as MPUs, para assim, tentar diminuir o risco de vida.

3. OBSTÁCULOS E DESAFIOS

Em alguns casos, o ciclo da violência doméstica caminha mais rápido do que a justiça, ou seja, o agressor consegue convencer a vítima que ele mudou, que a ama, que dali para frente será tudo diferente. Após a vítima se convencer de que houve melhorias, eles passam por uma “nova lua de mel” e a vítima desiste ou dificulta o trabalho da justiça, se aproximando novamente do acusado, e até mesmo, tentando solicitar a retirada da medida protetiva, mesmo que não seja algo tão simples, sendo necessário uma audiência específica para isso. Como disposto no art. 16 da Lei 11.340/06:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. (Vide ADI 7267).” (BRASIL, 2006).

Deste modo, é necessário que o advogado da vítima faça um peticionamento, solicitando uma audiência de instrução e julgamento.

É necessário que a solicitação em audiência, seja extremamente clara e que haja uma justificativa plausível, para que assim a retratação

seja provida e principalmente que esteja em consonância com o art. 16 da LMP. O que não ocorreu no julgado do STJ, a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. AUDIÊNCIA. ART. 16 DA LEI N. 11.340/2006. RECONCILIAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. SÚM. N. 83. FUNDAMENTO INATACADO. 1. Os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. Não são suficientes alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo ou do recurso especial ou a insistência do mérito da controvérsia, como ocorreu na hipótese. 2. E o entendimento do STJ é de que “não basta, para afastar o óbice da Súmula nº 83/STJ, a alegação genérica de que o acórdão recorrido não está em consonância com a jurisprudência desta Corte, devendo a parte recorrente demonstrar que outra é a positivação do direito na jurisprudência desta Corte, com a indicação de precedentes contemporâneos ou supervenientes aos referidos na decisão agravada” (AgRg no AREsp n. 238.064/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe 18/8/2014). 3. No que tange ao crime de ameaça, conforme a dicção do art. 16 da Lei n. 11.340/2006, “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”, incorrente no caso dos autos. 4. No caso, consta dos autos que da análise das declarações prestadas pela vítima em audiência de instrução, não há qualquer manifestação da mesma acerca de eventual desinteresse quanto ao prosseguimento do presente feito. Irrelevante, pois, a posterior reconciliação do casal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 1502008/DF, Rel. Ministro REYNALDO

SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019) (BRASIL, 2019).

O precedente em tela, se refere a uma ameaça de violência doméstica, que foi negado provimento devido à falta de renúncia e justificativa, na audiência designada por parte da solicitante, se mantendo a decisão anterior.

Nos casos em que a vítima solicita a suspensão da medida protetiva, e a ela é concedida, a partir dali ela passa a se responsabilizar pelas consequências, podendo vir a acontecer algo que a justiça não consiga mais intervir.

Vale ressaltar, que a lei também pode se tornar “ineficaz” pela conveniência da vítima, como mencionado acima e pela demanda nos tribunais, que não são tão ágeis, sendo ela prejudicada.

O maior desafio, é fazer com que o agressor seja realmente punido e impedido de se aproximar da vítima novamente. Lembrando que a vítima precisa ser a maior interessada para que a lei seja cumprida. Pois o primeiro passo tem que partir dela, e é necessário que ela permaneça com a mesma decisão do início, para que o judiciário possa dar continuidade no seu trabalho e para que haja de fato a efetividade em sua aplicação. E conseqüentemente a proteção da vítima.

Sendo assim, para que a lei se torne bem mais efetiva é necessário um conjunto de ações por parte da justiça e também pela vítima e que sempre estejam em consonância umas com as outras.

Segundo Pasinato (2015, p. 2 e 3):

Após oito anos de aprovação da LMP, tem-se observado que esses e outros avanços convivem com múltiplas resistências para sua implementação e aplicação. Diagnósticos e estudos realizados nesse período revelam que a aplicação da Lei está restrita à esfera judicial criminal, onde ocorre, também, com dificuldades e limites. Paralelamente, as discussões a respeito das redes de serviços e suas interfaces com os temas da violência e gênero também vêm acumulando

avanços. Dia após dia se fortalece o entendimento de que o sucesso da Lei está ameaçado pelas muitas falhas que se identificam em sua aplicação. Seja porque existem poucos serviços para o atendimento das mulheres ou porque não se responsabilizam os culpados, ou porque há insuficiente compromisso de governos para a articulação das redes intersetoriais, ou, ainda, pelas contingências de recursos humanos e a baixa especialização dos profissionais que têm contribuído para a permanência de atendimentos discriminatórios e prejudiciais às mulheres. Circunstâncias que resultam, ao fim e ao cabo, na não universalização do acesso à justiça e em direitos para mulheres que terminam, muitas vezes, com um boletim de ocorrência em uma das mãos e uma medida de proteção na outra, sem que, para além desses papéis, existam políticas que deem mais efetividade à sua proteção e condições para que saiam da situação de violência. (Pasinato, 2015, p. 2 e 3).

Fica demonstrado que mesmo com os avanços da lei, ainda existem algumas deficiências em sua execução e algumas delas são a necessidade de mais recursos que atendam as mulheres vítimas de violências; a falta de punição para os agressores; a falta de diálogos e consenso entre os governos; e a falta de capacitação dos profissionais responsáveis por tal demanda, o que sem dúvidas, faz com que a justiça seja parcialmente ou totalmente ineficaz, variando de caso a caso. É necessário o investimento nesses aspectos, para melhor efetividade que faz com que a lei avance a cada dia.

Infelizmente, muitas vítimas permanecem em um relacionamento fracassado, por algum motivo particular e é exatamente aí que se encontram os desafios para denunciar o agressor. O medo e a insegurança tomam conta, fazendo a vítima se manter no mesmo lugar, estagnada.

Em alguns casos, a vítima percebe a violência no início, em outros casos, a “ficha” só começa a cair, quando ocorre a agressão

física, mas neste momento, a agressão psicológica, entre outras, já vinham acontecendo, por isso ela não consegue denunciar, temendo por sua vida e de seus familiares.

Outras vítimas ficam presas em um relacionamento abusivo, pois existe uma dependência financeira do seu agressor, que tem total controle sobre sua vida, principalmente financeira, não permitindo trabalhar e ser independente. Apenas para elevar seu ego, com prazer em ver, que a vítima depende dele para se manter. Sendo assim, fica mais fácil controlar a vida dela.

Outra questão, é por ter vergonha, porque muitas vezes, quando a mulher é vítima de violência, ela se sente culpada. Acredita sempre que fez algo para que sofresse aquela “consequência”. E em alguns casos, as pessoas não levam a sério a violência contra as mulheres, dizendo que estão criando coisas.

Infelizmente, esses são alguns dos desafios que as vítimas encontram para colocar um ponto final no ciclo da violência.

4. CONCLUSÃO

Através das pesquisas realizadas, conclui-se que a efetividade das medidas protetivas para os casos de violência psicológica, patrimonial, moral e sexual, é a mesma da violência física. Porém, o que difere a aplicação de uma medida para a outra é a sua necessidade, aplicando a mais viável, pois, em cada tipo existe uma penalidade, sendo ela maior ou menor.

No entanto, durante o desenvolvimento da pesquisa, foi demonstrado que a eficácia das medidas protetivas em um contexto geral, independentemente da natureza da violência, apresenta uma grande deficiência.

Percebe-se que a demora para a concessão de medida protetiva é um fator de risco para a vida da vítima, mas após a aprovação da lei que dispõe que a concessão da medida deve ser logo após a “denúncia”, pode vir a amenizar em partes as agressões. Porém isso irá depender

da análise realizada para a concessão imediata, podendo ou não ser concedida, devendo se atentar a isso, pois sempre existirá o risco.

Pode-se dizer, que para algumas pessoas, não se é dado tanta importância as violências, e em particular a vítima, que muitas vezes sofre diariamente diversos tipos de violência que não a física e a ignora, por acreditar ser algo temporário ou sem relevância, e que não há necessidade de se tomar providências.

A violência psicológica é um importante sinal de que algo pior está por vir. Sendo necessário extrema atenção aos seus menores sinais, o que pode ser considerado uma forma preventiva contra novos tipos de agressões, ou até mesmo a algum ataque fatal.

Ressalta-se que a importância que a vítima dá a violência é o ponto de partida. Como exemplo, pode-se dizer que nos casos de violência diversas a física, por não deixar “marcas” a vítima muitas vezes não leva tão a sério ou até mesmo não percebe os sinais; acredita ser uma forma do agressor demonstrar seu carinho e amor; acha que aquele ciúme doentio faz parte do relacionamento e que é a coisa mais normal do mundo, mas não é. O ciúme excessivo é uma das atitudes, que se deve suspeitar e que possivelmente levará futuramente a uma agressão. Mas infelizmente, muitas mulheres nessa situação ficam cegas, incapazes de perceber o relacionamento conturbado e frustrado que tem, acreditam que o agressor é tudo para elas, que são a sua família, e que não podem se desfazer disso.

Acredita fielmente, que se algo fora do comum está acontecendo com ela naquele momento, ela deve suportar, pois é necessário, ou até mesmo que tenha merecido.

Isso só demonstra o quando as agressões são perturbadoras e faz com que a vítima aceite menos do que merece. Infelizmente os agressores conseguem entrar em sua mente e a manipular.

Por isso, é muito importante que as mulheres procurem mais ajuda, e que não desistam, por mais difícil que seja, pois, como demonstrado na análise estatística, a maioria das vítimas fatais não tinha nenhuma medida protetiva vigente a época do óbito.

Com a medida a vítima já corre um grande risco, porque ainda não existe medida que afaste 100% o agressor, mas sem ela, a chance é mínima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Luciana, 2011. **Histórias Reais**. Blog Violência Contra a Mulher. 2011. Autora: Desconhecida. Disponível em: Violência Contra a Mulher: Histórias Reais (violenciacontraamulher2011.blogspot.com. Acesso em: 04 de abril de 2025.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006. Aspectos Assistenciais, Protetivos e Criminais da Violência de Gênero – SARAIVA** -4º Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: Coleção Saberes Monográficos - Lei Maria da Penha - Alice Bianchini - Google Livros. Acesso em: 04 de abril de 2025.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 de abril de 2025.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. *Vade mecum* Acadêmico de Direito, Editora Rideel / Angher, Anne Joyce, organização. - 28º ed. - São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099/1995. Lei dos Juizados Especiais**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acesso em: 04 de abril de 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006. Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 04 de abril de 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.104/2015. Lei do Feminicídio**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm Acesso em: 04 de abril de 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.984/2020. Alteração da Lei Maria da Penha.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm Acesso em: 04 de abril de 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.188/2021.** Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14188.htm Acesso em: 04 de abril de 2025.

BRASIL. **Secretaria de Políticas para as Mulheres – SPM. (2011).** Diretrizes Nacionais para o abrigo de mulheres em situação de risco e violência Brasília, DF. Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/arquivos-diversos/sobre/spm> Acesso em: 04 de abril de 2025.

BRASIL. **STJ, AgRg no AREsp 1502008/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 08/10/2019. DJe 14/10/2019.** Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271964293%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271964293%27\).suce.\)&O=JT](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271964293%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271964293%27).suce.)&O=JT) Acesso em: 04 de abril de 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). 2023. **Violência contra meninas e mulheres no 1º semestre de 2023.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/11/violencia-contra-meninas-mulheres-2023-1sem.pdf> Acesso em 04 de abril de 2025

GOULART, D. **Notas sobre uma leitura feminista da pandemia.** 2020. Disponível <https://diplomatie.org.br/notas-sobre-uma-leitura-feminista-da-pandemia/> Acesso em 04 de abril de 2025;

KRENKEL, Scheila; MOREÍ, Carmen Leontina Ojeda Ocampo. Violência contra a Mulher, Casas-Abrigo e Redes Sociais: Revisão Sistemática

da Literatura. *Psicologia: Ciência e Profissão* Jul/Set. 2017 v. 37 n°3, 770-783. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/z8qpqWpZgpx-TpP8Wsfh6ftd/abstract/?lang=pt> . Acesso em: 04 de abril de 2025.

MARIANI D., YUKARI D., AMÂNCIO T. **Assassinatos de mulheres em casa dobram em SP durante quarentena por coronavírus.** 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/assassinatos-de-mulheres-em-casa-dobram-em-sp-durante-quarentena-por-coronavirus.shtml> Acesso em: 04 de abril de 2025

MOHAN M. **Ele está cada vez mais violento: as mulheres sob quarentena do coronavírus com seus abusadores.** 2020. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52104216> Acesso em: 04 de abril de 2025.

ONU MULHERES. **Coloque mulheres e meninas no centro dos esforços para se recuperar do COVID-19** -Declaração do Secretário-Geral da ONU, António Guterres. 2020a. Disponível em: <https://www.onu-mulheres.org.br/noticias/mulheres-e-meninas-devem-estar-no-centro-da-recuperacao-da-covid-19-diz-chefe-da-onu/#:~:text=O%20alerta%20de%20Guterres%20foi,de%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20da%20COVID%2D19>. Acesso em: 04 de abril de 2025.

ONU MULHERES. **Acabar com a violência contra as mulheres no contexto do COVID-19.** 2020d. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/acabar-com-a-violencia-contras-mulheres-no-contexto-do-covid-19/#:~:text=Acabar%20com%20a%20viol%C3%Aancia%20contra%20as%20mulheres%20no%20contexto%20do%20COVID%2D19,-30.03.2020&text=%C3%80%20medida%20que%20a%20atual,do%20surto%20do%20COVID%2D19>. Acesso em 04 de abril de 2025

PASINATO, Wânia. **Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios.** p. 2 e 3. Estudos Feministas, Florianópolis, v.

23, n. 2, maio 2015. Disponível em: » <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/38874/29353>. Acesso em 04 de abril de 2025

RICKMANN, Ana., 2023. **Ana Hickmann vai quebrar silêncio e falar de denúncias contra o marido no Domingo Espetacular de hoje (26)**. RecordTV. Apresentadora/Entevistadora: Carolina Ferraz. Domingo Espetacular. R7 RECORDTV. 11/2023. Disponível em: Ana Hickmann vai quebrar silêncio e falar de denúncias contra o marido no Domingo Espetacular de hoje (26) - RecordTV - R7 Domingo Espetacular. Acesso em: 04 de abril de 2025.

ROCHA, L. M. L. N. **Casas-abrigo no enfrentamento da violência de gênero** São Paulo, SP: Veras. Acesso em: 04 de abril de 2025.

ROSENI, 2011. **Histórias Reais**. Blog Violência Contra a Mulher. 2011. Autora: Desconhecida. Disponível em: Violência Contra a Mulher: Histórias Reais (violenciacontraamulher2011.blogspot.com). Acesso em: 29 de dezembro de 2023

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PODERES EXECUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

*Geisy Stephanni Souza*³³

*Guilherme del Giudice Torres Duarte*³⁴

*Ricardo Oliveira de Souza*³⁵

1. INTRODUÇÃO

O tema a ser aqui abordado e discutido está incutido no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil em vigor. Conforme adiantado, trata-se de um tema contemporâneo e de grande importância por se tratar de novos poderes executórios que os magistrados têm para atingir a efetividade nas execuções judiciais. Pois bem. Dispõe art. 139, inc. IV, que:

Art.139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, incumbindo-lhe:

(...)

IV-determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniárias; (...).

33 Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC (2020).

34 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC.

35 Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG (2014). Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras (2008). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006).

Vê-se, do dispositivo legal em análise, que o juiz possui formas previstas em lei de fazer com que uma obrigação seja cumprida após sua decisão. Acontece que, diante de inúmeros casos concretos, em que a execução se torna frustrada por diversos motivos, o magistrado se via impotente, diante de uma limitação do seu poder de atuação, no que diz respeito às fraudes processuais, à falta de bens a ser indicados à penhora, dentre outra hipótese.

Desta forma, o Código de Processo Civil em vigor trouxe uma inovação, permitindo a adoção de medidas coercitivas nas ações que tenham por objeto a obtenção de prestação pecuniária. Esta novidade está prevista no art.139, inciso IV, do CPC, inserto no capítulo que regula os poderes, devedores e responsabilidade do Juiz (Capítulo I do Título IV). O que se sabia era que a lei anterior previa medidas específicas para garantir a obrigação de fazer e não fazer, porém não atingia a obrigação de pagar.

O que tem gerado controvérsias no âmbito dos tribunais é o fato de que foi conferido aos magistrados prerrogativas de se adotar meios para assegurar o cumprimento das suas próprias ordens judiciais, inclusive de ofício, sendo permitido a eles fixar os meios executivos sub-rogatórios mais adequados a proporcionar a satisfação integral do credor. Muitos processualistas, por sua vez, entendem estas prerrogativas com coação ilegal, por afetar direitos garantidos constitucionalmente. Isso porque já se tem aplicado, pelos magistrados de primeiro grau, medidas coercitivas como, suspensão da CNH, apreensão do passaporte do executado e o cancelamento de cartões de crédito até o pagamento da dívida.

As contrariedades são recorrentes também na jurisprudência, gerando entendimentos antagônicos sobre o tema. Isso porque alguns entendem os poderes executórios do juiz como uma nova sistemática executiva, e outros como uma medida arbitrária de restrição de direitos fundamentais.

Não resta dúvida de que o tema é de extrema relevância no âmbito do estudo do processo civil e, por isso, deve ser desenvolvido como forma de ajudar a entender como funciona uma execução judicial,

bem como cada espécie de execução. Buscar-se-ão, também, pesquisas jurisprudenciais que possibilite uma visão de casos concretos acerca do tema. Far-se-á importante também conhecer alguns diferentes pontos de vista de processualistas e magistrados, criando uma linha de raciocínio entre os entendimentos.

2. VISÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973, promulgado em plena ditadura militar, albergava ideias liberais e preocupava-se com o tratamento autônomo do direito processual civil a fim de desvinculá-lo do direito material, avultando o interesse em afirmá-lo como ciência.

Nesta fase (do processualismo), a técnica processual ocupava a centralidade da preocupação do legislador, que estudava a fundo a norma jurídica e sua configuração a fim de prever um iter a ser fiel e taxativamente observado pelo juiz para solução dos litígios que lhe eram submetidos, estando o juiz voltado a aplicar a letra fria da lei, o que fazia através de um caminho predeterminado de atos processuais a ser seguido, sem qualquer preocupação valorativa com a justiça ou a ética no que tange à técnica processual.

Contudo, esta visão estreita de processo foi alterada com a influência do novo constitucionalismo europeu, desenvolvido no período pós-guerra com a preocupação de efetivação dos direitos fundamentais (também através do processo).

A ideia de devido processo legal, assim, é remodelada para não mais significar a necessidade de obediência cega a uma ritualística predefinida pela lei, e sim para ser vista como a técnica destinada ao asseguramento do processo justo. Nesta fase de superação do formalismo excessivo para o surgimento de um formalismo valorativo.

Fixada esta premissa, não há como dissociá-la, especificamente, do processo de execução. Isso porque na execução desemboca toda a atividade jurisdicional. Aquele que procura o Poder Judiciário não busca, primariamente, uma folha de papel que declare seu direito;

busca, isso sim, a concretização do direito reconhecido no mundo dos fatos.

É através da execução que o provimento jurisdicional atinge e altera a situação fática, fazendo com que o primado do direito seja efetivamente restabelecido. Torna-se necessário, assim, repensar o processo de execução, adequando-o à ideia de prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada a quem dela necessita.

É nesta perspectiva – de que o processo de execução está permeado de valores, notadamente da tensão entre efetividade x segurança, e deve produzir um resultado no mundo dos fatos que concretize os direitos fundamentais pertinentes sem descuidar de que o caminho para a produção deste resultado (o processo) também deve, ele mesmo, concretizar direitos fundamentais dos envolvidos – que devem ser encaradas criticamente as reformas promovidas na execução, que desaguarão na adoção de um sistema atípico de medidas coercitivas como forma de (tentar) garantir a efetividade do processo.

Neste cenário, iniciaram-se os estudos voltados à confecção de um novo Código de Processo Civil que, conforme justificativa de seu anteprojeto orientou-se por cinco objetivos: o da harmonia com a Constituição Federal; o da fidelidade ao contexto social, com maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo; o da simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis; o do maior rendimento possível, para otimização dos resultados de cada processo em si mesmo considerado.

O novo Código, avançando em relação ao tratamento legislativo anterior da matéria, não trouxe a cláusula de atipicidade de meios coercitivos em capítulo referente a processos de execução ou ao cumprimento de obrigações, e sim em capítulo referente aos poderes, deveres e responsabilidade do juiz.

Como as medidas coercitivas típicas de que se tinha notícia no CPC/73 se relacionavam especificamente com processos de execução, o mesmo panorama se manteve após a reforma legislativa que previu a possibilidade de uso de meios coercitivos atípicos para cumprimento

das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa (diversa de dinheiro) através dos arts. 461 e 461-A, e a coerção ficou adstrita à atividade executiva, a fazer com que o direito tutelado no papel alcançasse finalmente o mundo dos fatos³⁶.

3. O QUE É A EXECUÇÃO?

Primeiramente se faz necessária uma dissertação conceitual sobre a Execução Judicial e de acordo com Alexandre Freitas Câmara (O Novo Processo Civil Brasileiro, 2ª Edição, 2016), que nos diz que “Execução é a atividade processual de transformação da realidade prática. Trata-se de uma atividade de natureza jurisdicional, destinada a fazer com que aquilo que deve ser, seja. Dito de outro modo: havendo algum ato certificador de um direito (como uma sentença, ou algum ato cuja eficácia lhe seja equiparada), a atividade processual destinada a transformar em realidade prática aquele direito, satisfazendo seu titular, chama-se execução. (Nunes, 2016).

Desmembrando a execução veremos que o Código De processo Civil estruturou os seguintes tipos de execução:

3.1. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER

São três os tipos de obrigações de fazer: a personalíssima, a infungível ou intuito personae que é aquela quando for convencionado que o devedor pague pessoalmente a obrigação. As obrigações de fazer são aquelas em que o devedor se compromete a realizar uma prestação, que consiste em atos ou serviços de natureza material ou imaterial. Em outras palavras, é uma obrigação que envolve o serviço humano com atos ou serviços que visem a satisfação do credor, estes

36 Lopes, R. K. (4 de Setembro de 2017). Acesso em 13 de Novembro de 2019, disponível em <http://www.rkladvocacia.com/inovacao-do-art-139-iv-do-novo-codigo-de-processo-civil-luz-da-jurisprudencia-estamos-no-caminho-adequado-para-desenvolver-o-processo-justo/>

atos ou serviços são medidos pelo gênero, tempo e qualidade. (Tucci, 2018)

3.2. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

É quando o devedor pratica o ato do qual, por força do título executivo, estava obrigado a abster-se, o que significa que somente o devedor pode cumprir com esta obrigação, isto porque esta obrigação será sempre personalíssima. A obrigação, que tem conteúdo negativo, acaba adquirindo caráter positivo, porque, se o devedor a descumprir, será obrigado a desfazer aquilo a que, por força do título, não deveria ter realizado. (Tucci, 2018)

3.3. EXECUÇÃO DE ENTREGA DA COISA CERTA

A execução para entrega de coisa corresponde às obrigações de dar em geral, sendo indiferente a natureza do direito a efetivar, que tanto pode ser real como pessoal. Compreende essa modalidade de execução forçada prestações que costumam ser classificadas em dar, prestar e restituir. A prestação e de dar quando incumbe ao devedor entregar o que não é seu, embora estivesse agindo como dono; de prestar quando a entrega é de coisa feita pelo devedor após a respectiva conclusão; e de restituir, quando o devedor tem a obrigação de devolver ao credor algo, que recebeu deste para posse ou detenção temporária. (Tucci, 2018)

3.4. EXECUÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

Existindo um inadimplemento da parte do devedor, o credor busca ao seu direito, requerendo o pagamento da quantia certa, e essa quantia certa, e essa quantia certa, juntando com juros, correções monetárias, indicações de bens se possível para a penhora, o juiz determina uma sentença para que seja feita a obrigação do devedor ao

credor, realizando então um pagamento sobre quantia certa e a quem ele deve no prazo de 15 dias. (Tucci, 2018)

3.5. EXECUÇÕES ESPECIAIS

A presente seção aborda as três espécies de execução especial sendo elas: a execução contra a fazenda pública, a execução de prestação alimentícia e a execução fiscal.

3.6. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A fazenda pública como um conjunto dos meios financeiros tendo à finalidade a proteção dos interesses da coletividade, o bem pertencente à União, Estado e Município, é legalmente impenhoráveis. Daí a impossibilidade de execução contra a fazenda nos moldes comuns, ou seja, mediante penhora e expropriação. Realiza-se por meio de simples requisição de pagamento, feita entre o Poder Judiciário e Poder Executivo.

A prestação de quantia certa por um procedimento complementar incidental denominado “cumprimento de sentença”. O processo de execução por quantia certa aplica-se as autarquias e demais pessoas jurídicas de direito público interno, como as fundações de direito público, sendo impenhoráveis não acontece com a sociedade de economia mista e as empresas públicas organizadas pelo Poder Público para prática de operações econômicas em concorrências com as empresas privadas.

A Fazenda Pública imune à execução provisória, quando se tratar de sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folhas de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, a execução somente será possível após o trânsito em julgado, ou seja, somente se admitirá, na espécie, a execução definitiva.

O problema que aflige partes e juizes e o da demora no cumprimento dos precatórios pela Administração Pública. É natural que, estando na administração sujeita a rígidos controles orçamentário no que diz à aplicação das Rendas Públicas, o pagamento das execuções só possa se fazer dentro de um prazo mais ou menos longo. Surge, então, diferença de acessórios (juros e correção monetária) em detrimento do credor.

O fato de o retardamento no cumprimento do precatório gerar, para o credor, o direito a um complemento não conduz à necessidade de instauração de uma nova execução contra a Fazenda Pública. Enquanto não ocorrer a total satisfação do crédito exequendo o processo executivo não se encerrará. Em se tratando de simples apuração de complemento (saldo) do débito aforado, não fica obrigado o credor promover nova citação executiva, nem tampouco se permite a devedora manejar novos embargos à execução.

Que as regras especiais de execução imprópria, via requisitório, só se referem à execução por quantia certa. Isto porque só esta modalidade de execução forçada importa, ordinariamente, expropriação de bens patrimoniais do devedor inadimplente, atingindo, assim, bens e receitas do Tesouro Público. A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, conforme já se registrou, pode fundar-se em título judicial ou extrajudicial. Um aspecto bem relevante em relação a essa execução especial é trazido pelo EC 62/2009, Lei 12.431/11, como “emenda do calote” que regulamentou a compensação do débito no âmbito federal. Ressalta-se que a referida lei não se aplica no Estado e Município. (Tucci, 2018)

3.7. EXECUÇÕES DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

A execução de prestação alimentícia se baseia em sentença ou acordo homologado em juízo para cumprimento de uma obrigação. A execução de sentença condenatória de prestação alimentícia é uma execução por quantia certa, subordinada, em princípio, ao mesmo

procedimento das demais dívidas de dinheiro a penhora em dinheiro, caso em que o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação, o que será feito independentemente de caução.

O desconto da pensão em folha de pagamento, o que, evidentemente, importa certas alterações no procedimento comum na execução por quantia certa. Se o devedor exercer o cargo público, militar ou civil, direção ou gerência de empresa, bem como emprego sujeito a legislação do trabalho, a execução de alimentos será feita mediante ordem judicial de desconto em folha de pagamento.

Nestes casos “a comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador, por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.” Quando não for possível o desconto em folha de pagamento, o devedor será citado para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que já fez, ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. A execução por quantia certa se aplica tanto a sentença condenatória definitiva como à decisão interlocutória que impõem alimentos provisionais.

Cabe ao credor, na abertura da execução de alimentos, optar entre requerer a citação com a cominação de prisão, ou apenas a penhora. Mas a escolha da primeira opção não lhe veda o direito de após a prisão ou a justificativa do devedor, pleitear o prosseguimento da execução por quantia certa, sob o rito comum das obrigações dessa natureza, caso ainda persista o adimplemento. (Tucci, 2018)

3.8. EXECUÇÕES FISCAIS

A execução fiscal está tipificada na lei 6.830/80 e tem por escopo dar o fisco um instrumento célere de cobrança de sua vida ativa (crédito), ou seja, a Fazenda ingressa em juízo para a cobrança forçada ao crédito tributário não adimplido. A Execução Fiscal é a existência da dívida regulamente inscrita como dívida ativa, pois do contrário não haverá o título executivo reclamado em toda espécie de Execução.

Neste prisma, a certidão de dívida ativa é extraída com base nos dados previamente inscritos pela própria Administração Pública, sendo arrolado pelo CPC como título executivo extrajudicial. Tem-se por Dívida Ativa aquela regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento. A Dívida Ativa regularmente inscrita pode mover a execução fiscal a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como as respectivas autarquias e entidades que detenham capacidade tributária. Por outro lado, não podem mover as empresas públicas e as sociedades de economia mista, haja vista estas se sujeitam ao regime privado.

A execução Fiscal pode ser promovida contra o devedor, o fiador, o espólio, a massa, os responsáveis nos termos da lei por dívidas tributárias de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito Privado e os sucessores a qualquer título. A alienação de qualquer bem penhorado será feita em leilão público, a ser realizado em lugar designado pelo magistrado.

A Fazenda Pública e o devedor executado podem requerer que tais bens sejam leiloados juntos ou em lotes separados. A comissão do leiloeiro e demais despesas previstas em edital ficam a cargo do arrematante dos bens levados à hasta pública. Feito o pagamento pelo devedor a execução extinta. Por outro lado, se garantida a execução, terá o prazo de 30 dias para apresentar embargos, a partir da intimação da penhora dos bens que ofereceu ou na data do depósito em dinheiro, ou da juntada da fiança bancária. A jurisprudência tem admitido penhora do faturamento da empresa desde que ultrapasse 30% das duplicatas a receber.

Tem-se admitido também a penhora dos bens do sócio, da sociedade devedora no caso de cessação das atividades sem dissolução regular. E sempre que se caracterizar responsabilidade tributária de sócio por transferência ou substituição, mesmo que seu nome não conste na Certidão da Dívida Ativa. Cumpre ressaltar que a falta de licitante não causa a extinção do processo de execução. Se não for

obtido êxito, o devedor é citado por edital e intimado também do arresto, no mesmo ato.

Findo o prazo do edital, terá o devedor 05 dias para o pagamento, convertendo-se o arresto em penhora em caso de inércia do mesmo. A conversão é automática, mas pode, porém, ser formalmente declarada por despacho do juiz. Após a conversão do arresto a penhora, deve o executado ser intimado do ato, por novo edital ou pessoalmente, se encontrado, para marcar o início do prazo de 30 dias, em que se lhe faculta a apresentação de embargos. (Tucci, 2018)

4. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO

Uma vez abordadas as espécies de execuções existentes no Novo Código de Processo Civil, se faz importante entrarmos no campo dos princípios que orientam as execuções, cumpre ressaltar que princípios são o raio norteador a iluminar as condutas dentro da ciência jurídica na busca pela solução de conflitos e pacificação social. Quanto aos princípios da execução, existem princípios específicos que só vigoram no processo executivo, compondo este quadro os seguintes princípios: *nulla executio sine titulo*, desfecho único, disponibilidade da execução, menor onerosidade, patrimonialidade, utilidade, lealdade e boa-fé processual, atipicidade dos meios executivos e contraditórios.

4.1. NULLA EXECUTIO SINE TITULO

Primeiramente, quanto ao princípio da *nulla executio sine titulo*, ensina “Luiz Fux” (2007), ministro de nosso Superior Tribunal de Justiça, que não há execução sem título que a embase, uma vez que na execução, além da permissão para a invasão do patrimônio do executado por meio de atos de constrição judicial, o executado é colocado numa situação processual desvantajosa em relação ao exequente.

Ensina ainda o ilustre “Araken de Assis” (2010) que a execução das prestações pecuniárias baseia-se em título judicial, isto é, não há como executar um sujeito de direito sem pretexto concreto e sedimentado – traduzido no título executivo – capaz de assegurar a existência de um crédito cediço a ser recebido pela pessoa do exequente.

Assim, esse princípio processual vem a conferir maior segurança jurídica ao executado, caso contrário, uma mera alegação fria e vazia de que o sujeito fosse devedor poderia levar a uma situação em que ele se tornasse réu em um processo de execução, situação desagradável que poderia culminar com a constrição judicial de seus bens. Dessa forma, exige-se que o título assegure ao menos uma probabilidade de existência de crédito.

Ao lado deste princípio encontra-se o *nulla titulus sine lege* que elenca, em *numerus clausus*, os títulos executivos previstos na legislação, sem que o acordo de vontades das partes possibilite a criação de um novo título executivo.

Interessante questão surge quanto à executoriedade das decisões interlocutórias que concedem a antecipação de tutela. Se a lei é taxativa e não prevê a decisão interlocutória como título executivo, não poderia esta ser executada. Parte da doutrina entende que há uma exceção baseada no princípio da “execução sem título permitida” pelo fato de que esta tutela de urgência é concedida somente quando há iminente probabilidade de o direito alegado pelo autor existir. Outra parcela da doutrina afirma que o termo “sentença proferida no processo civil” deve ser interpretado extensivamente, de modo a abranger as decisões interlocutórias. Portanto, executável é a decisão interlocutória que concede a antecipação de tutela. (Tucci, 2018)

4.2. DESFECHO ÚNICO

Quanto a este princípio, cumpre destacar que pelo fato de o processo de execução ter um único escopo, qual seja, satisfazer o direito do exequente, ele acaba por ter desfecho único, podendo este ser

normal: sentença declaratória ou com final anômalo: consubstanciado na extinção sem a resolução do mérito ou acolhimento integral dos embargos à execução com fundamento na inexistência do direito material do autor.

Sendo assim, o executado nunca terá uma decisão de mérito ao seu favor, vez que não há discussão meritória, e, sim, uma busca da satisfação do direito do autor, ou seja, é impossível a improcedência, possuindo, pois, o processo desfecho único.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no que tange o reconhecimento da prescrição no próprio processo executivo. Segundo o tribunal, neste caso específico, será gerada decisão que resolve o mérito, apesar disso, o princípio em comento continua a valer como regra. (Tucci, 2018)

4.3 DISPONIBILIDADE DA EXECUÇÃO

Quanto à disponibilidade da execução, leciona o art. 775, NCPC: é permitido ao exequente desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva a qualquer momento, ainda que pendentes de julgamento os embargos à execução, não sendo necessária a concordância do executado, presumindo a lei sua aceitação, vez que não há possibilidade de tutela em seu favor. Isto é, diversamente do que sucede no processo de conhecimento, em que ao réu assiste idêntico direito a um juízo de mérito, visando à eliminação da incerteza a seu favor, a execução só almeja o benefício do credor. Por isso, dela pode desistir sem o consentimento do adversário.

A desistência, instituto de direito processual, não se confunde com a renúncia, instituto de direito material. Desde que comprovada a quitação das custas judiciais, pode, posteriormente, o executor ingressar com demanda idêntica.

São legitimados a desistir do processo de execução todos os legitimados a ingressarem com a ação, salvo o Ministério Público, vez que tutela interesse alheio.

Condicionada está a admissibilidade da desistência a não realização de atos que não possam sofrer anulação sem o prejuízo do devedor ou de terceiro. Ao lado disso, já quanto à pendência de julgamento de embargos de execução, esta não impede a desistência por parte do legitimado.

Se no caso os embargos versem apenas sobre a matéria processual, perderão seu objeto e logo serão extintos sem a resolução de mérito, e, caso versem sobre direito material a extinção dos embargos está condicionada à concordância do embargante.

Já quanto às defesas incidentais, por terem natureza incidental, é impossível a extinção da execução e a continuidade destas defesas. Então, se a defesa tiver conteúdo meramente processual, será extinta por perda superveniente de interesse, mas, se versar sobre direito material, a extinção dependerá da anuência do executado, que, se permanecer com o interesse no julgamento da defesa, impedirá a extinção da execução. (Tucci, 2018)

4.4. MENOR ONEROSIDADE

Este princípio processual vem como garantia de que o executado não sofra mais gravames do que o necessário para a satisfação do direito do exequente. Sempre que for possível a satisfação do direito do exequente por outros meios que sejam menos dolorosos ao executado estes devem ser adotados. A menor onerosidade vem como uma barragem a onda daqueles sujeitos que creem ser a execução um instrumento de vingança.

O art. 805 do Código de Processo Civil prevê que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”, positivando, assim, o princípio da menor onerosidade no código processualista.

Ao lado disso, outras duas previsões são feitas no código processualista que remetem a ideia da menor onerosidade no cumprimento da dívida ao credor, a ver: arts. 891 e 899, CPC.

Este princípio veda a aplicação de medidas executivas incapazes de gerar satisfação ao direito do exequente, como entendimento pacificado do STJ de que são inaplicáveis as *astreintes* quando o cumprimento específico da obrigação se mostra impossível.

Por fim, quanto ao princípio da menor onerosidade deve restar cristalino que este princípio não sacrifica o princípio da efetividade da tutela executiva, sendo que o juiz, pautado pela razoabilidade e proporcionalidade, deverá encontrar um meio a evitar situações de sacrifício descomunal tanto ao exequente como ao executado. (Tucci, 2018)

4.5. PATRIMONIALIDADE

O princípio da patrimonialidade traduz a proibição da execução pessoal, isto é, a execução nunca poderá recair sobre o corpo do devedor como se costumava fazer com a Lei das XII Tábuas, na qual dividir o corpo do devedor em números que correspondessem o número de credores que ele tivesse à espera da satisfação de seu crédito era a regra.

Segundo o mestre Pontes de Miranda (2001) o executar é ir extra, é seguir até onde se quer. Compreende-se que se fale de execução, de ação executiva, quando se tira algo de um patrimônio e se leva para diante, para outro.

Portanto, a partir dos ensinamentos, resta cristalino que com o princípio da patrimonialidade no processo executório a execução passou a ser real, recaindo esta sobre os bens do executado. Interessante questionamento surge quanto à prisão civil do devedor de alimentos, não seria esta um tipo de execução pessoal?

Respondem os doutrinadores que a prisão civil não passa de uma mera medida de execução indireta por meio de pressão psicológica a fazer com que o devedor satisfaça o direito do exequente. O princípio da patrimonialidade vem como um importante marco na caminhada

pelo abandono da execução como forma de vingança privada. (Tucci, 2018)

4.6. UTILIDADE

O princípio da utilidade vem como uma razão de ser do processo de execução, isto quer dizer, o processo de execução deve ter uma utilidade que traga benefícios ao exequente, fulminando com a satisfação do seu direito. Destarte, o processo de execução não tem seu escopo como um ato que vá prejudicar o devedor, mas sim na satisfação do direito do credor. Baseado neste princípio, o magistrado não deve submeter o exequendo às *astreintes* quando a obrigação é materialmente impossível.

Sendo assim, quando se entender que não há meios de satisfazer o direito do credor, não haverá razão na admissão da execução e na aplicação de meios executivos. Prevê o art. 836 do Novo Código de Processo Civil que “não se levará a efeito a penhora quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”. (Tucci, 2018)

4.7. LEALDADE E BOA-FÉ PROCESSUAL

Quanto aos princípios da lealdade e boa-fé processual, reforçam eles a ideia de que o sujeito processual deve sempre agir pautado pela conduta leal e de boa-fé no transcorrer do processo. Leciona Alexandre Freitas Câmara (2015) que na execução se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive e especialmente do executado, que atuem de forma cooperativa e de boa-fé. Portanto, existem sanções previstas no art. 774, NCPC para caso o sujeito processual aja de maneira desleal ou imbuído de má-fé, praticando os chamados atos atentatórios à dignidade da justiça.

Existem cinco espécies de atos atentatórios à dignidade da justiça, são eles: fraude à execução, oposição maliciosa à execução,

com o emprego de ardis e meios artificiosos, resistência injustificada às ordens judiciais, dificultar ou embaraçar a realização da penhora e quando intimado não indicar ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. (Tucci, 2018)

4.8. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Previstos em rol meramente exemplificativo, os meios executivos são os instrumentos pelos quais o direito do exequente será satisfeito. Este princípio, consagrado pelo art. 536, §1º do NCPC, ao se valer da expressão “entre outras medidas” permite ao juiz, no exercício de sua função, adotar outros meios executivos que não estejam expressamente previstos na legislação. São previstas na legislação medidas como multa, penhora, expropriação, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, entre outros.

Por fim, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça reconhece expressamente a existência deste princípio, que em oportunidade entendeu admissível o bloqueio ou sequestro de verbas públicas como medida coercitiva para o fornecimento de medicamentos pelo Estado, na hipótese em que a demora no cumprimento da obrigação acarrete risco à saúde e à vida do demandante. (Tucci, 2018)

4.9. CONTRADITÓRIO

Ensina Fredie Didier Jr. (2014) que a função jurisdicional realiza-se processualmente, isso significa dizer que o método de exercício do poder jurisdicional pressupõe a participação efetiva e adequada dos sujeitos interessados ao longo do procedimento. Este direito à participação efetiva é o direito ao contraditório.

No processo de execução, em razão de o magistrado partir de uma presunção de existência de direito do credor, sustenta-se que não

há a presença da discussão meritória, fazendo com que o processo de execução fosse apelidado de “processo do credor”. Inclusive, uma doutrina hoje já superada, sustentava ser dispensável o contraditório no processo de execução.

No entanto, apesar dessas sustentações, sabe-se que o processo de execução possui natureza jurisdicional, sendo que, por isso, ficará sob o crivo do princípio constitucional do contraditório. Além disso, inegável a existência de cognição acerca das questões incidentais no processo nas quais haverá nulidade se não observado o princípio constitucional supramencionado. Exemplos de questões incidentais que devem se desenrolar sob o crivo do contraditório são: o preço vil na arrematação, a avaliação do bem, a alienação antecipada de bens, a modificação ou reforço da penhora, decisão acerca da natureza do bem penhorado, entre outros.

Também se faz necessária menção à dois princípios de extrema importância neste cenário, são eles, o Princípio do Exato Adimplemento e o Princípio da Efetividade, isto porque o objetivo de uma execução é satisfação do credor, porém esta satisfação terá limitação no seu exato adimplemento, ou seja se deve chegar ao exato valor da obrigação, não ultrapassando esse valor, e isso também contempla o segundo princípio aqui mencionado, pois quando a execução é exatamente cumprida significa que houve efetividade. (Tucci, 2018)

4.10. PRINCÍPIO DO EXATO ADIMPLEMENTO

Pois bem, de forma objetiva e clara podemos conceituar o princípio do exato adimplemento como sendo um princípio com objetivo de medir o alcance da execução. Isto é, não pode a execução estender-se para além do necessário para que seja cumprida a obrigação, não pode se tornar num fenômeno de empobrecimento do devedor, com isso atingir única e exclusivamente o necessário para o adimplemento da obrigação. (Tucci, 2018)

4.11. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Já o Princípio da Efetividade não só no âmbito civil, mas abrangendo todos os ramos do Direito visa forçar o cumprimento das decisões judiciais, através de ferramentas hábeis pelo devedor, sem descuidar da necessária repressão a manobras de prestígio à inadimplência e à fraude. A efetividade atualmente significa uma das características do acesso à justiça, pois não se pode pensar em acesso ao judiciário se não existir uma decisão justa e, além disso, efetiva, que torne fato aquele direito material que havia sido discutido no decorrer do processo.

Nesse contexto, vê-se que a efetividade deve ser entendida como característica de grande importância, fundamental para a promoção da pacificação social. Além disso, há que se levar em consideração o seu alto grau de normatividade, já que é considerado um princípio processual, denominada por alguns de direito fundamental constitucionalmente previsto. (Tucci, 2018)

5. VISÃO DOUTRINÁRIA

Para Fernando da “Fonseca Gajardoni”, o artigo 139, IV, revela um verdadeiro dever de efetivação, e “diante do risco de violação do correlato dever de efetivação, o juiz, sendo possível, deverá advertir a parte ou o terceiro de que seu comportamento poderá ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Após, sendo constatada a violação, deverá o juiz: (a) aplicar sanções criminais e civis ao litigante ímprobo; (ii) aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta; e (c) tomar as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenha por objeto prestação pecuniária (*astreintes*, bloqueio de bens móveis, imóveis, de direitos e de ativos financeiros, restrição de direitos, prolação de decisões substitutivas da declaração de vontade,

etc.)”. GAJARDONI, F. d. (2015). *O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC*. São Paulo: Atlas.

Na mesma linha segue a doutrina de “Cássio Scarpinella Bueno³”, no sentido de que o artigo 139 revela: “regra que convida à reflexão sobre o CPC de 2015 ter passado a admitir, de maneira expressa, verdadeira regra de flexibilização das técnicas executivas, permitindo ao magistrado, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, modificar o modelo preestabelecido pelo código, determinando a adoção, sempre de forma fundamentada, dos mecanismos que mostrem mais adequados para a satisfação do direito, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. Um verdadeiro dever-poder geral executivo, portanto. Aceita esta proposta, que, em última análise, propõe a adoção de um modelo atípico de atos executivos, ao lado da tipificação feita pelos arts. 513 a 538, que disciplinam o cumprimento de sentença, e ao longo de todo o livro II da parte especial, voltado ao processo de execução, será correto ao magistrado flexibilizar as regras previstas naqueles dispositivos codificados consoante se verificarem insuficientes para a efetivação da tutela jurisdicional”. Scarpinella, C. (2016). *Manual de Direito Processual Civil*. Bueno.

Teresa Arruda Alvim, por outro lado, enfatiza a necessidade de o inciso IV do artigo 139 do novo CPC ser interpretado: “*com grande cuidado, sob pena de, se entender que em todos os tipos de obrigações, inclusive na de pagar quantia em dinheiro, pode o juiz lançar mão de medidas típicas das ações executivas lato sensu, ocorrendo completa desconfiguração do sistema engendrado pelo próprio legislador para as ações de natureza condenatória*”.

Flávio Luiz Yarshell, por sua vez, doutrina que, quanto ao artigo 139, IV, será preciso cuidado na interpretação desta norma, porque tais medidas precisam ser proporcionais e razoáveis, lembrando-se que pelas obrigações pecuniárias responde o patrimônio do devedor, não sua pessoa. A prisão civil só cabe no caso de dívida alimentar e mesmo eventual outra forma indireta de coerção precisa ser vista com cautela, descartando-se aquelas que possam afetar a liberdade de ir e

vir e outros direitos que não estejam diretamente relacionados com o patrimônio do demandado.

Interpretação do art.139 do Novo Código de Processo Civil sob ponto de vista do Jurista e Professor Lenio Luiz Streck (artigo publicado em 25 de Agosto de 2016).

Divulgada notícia em que respeitáveis processualistas interpretavam o artigo 139, IV, do CPC-2015, dispositivo que trata da cláusula geral de efetivação ou de atipicidade de medidas executivas, que permite ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniárias”, e sugeriram a possibilidade de que, esgotados outros meios, fossem determinadas “sanções executivas” hábeis à efetivação de obrigações mediante suspensão da autorização de dirigir do devedor, proibição de viajar, retenção de passaporte, proibição de participar em concursos públicos e licitações a ser provocada pela criatividade de advogados.

Todos sabem que este dispositivo aumenta o espectro de aplicação do §5º do artigo 461, do CPC/1973 (atual artigo 536, §1º) permitindo uma cláusula geral de efetivação para todas as obrigações, inclusive as pecuniárias de pagar quantia, mas que obviamente precisará se limitar às possibilidades de implementação de direitos (cumprimento) que não sejam discricionárias (ou verdadeiramente autoritárias) e que não ultrapassem os limites constitucionais, por objetivos meramente pragmáticos, de restrição de direitos individuais em detrimento do devido processo constitucional. Parece-nos óbvio isso. Sob pena de pensarmos que o CPC simplesmente disse: se alguém está devendo, o juiz pode tomar qualquer medida para que este pague. Ou, como no Mercador de Veneza, de Shakespeare, retirar do devedor uma libra de carne do lado esquerdo do peito, como queria “Shylock”.

Sabemos que é muito comum o emprego de *astreintes* (medida coercitiva patrimonial) para o cumprimento obrigacional, mas se sabe que a simples imposição de multas, com recorrência, é medida absolutamente ineficiente. Em face do novo CPC, parece-nos evidente

que esta cláusula geral de efetivação implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz ao fundamentar e se valer da medida, especialmente pela determinação do artigo 489, §1º, II, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, mitigando a possibilidade de arbitrariedades.

Ocorre que a nova cláusula legal impõe novos desafios interpretativos que podem conduzir a uma análise superficial e utilitarista de busca de resultados que desprezem a necessária leitura constitucional. Ademais, põe em debate a base teórica por nós há muito discutida sobre a liberdade de julgar e da busca de accountability. Temos a convicção que não há essa liberdade. Para nós (com Dworkin), fazer Teoria do Direito é levar isso tudo a sério, engajando-nos ativamente nesse empreendimento coletivo de dar sentido às práticas jurídicas, de rearticulá-las de modo íntegro e coerente, sob a melhor luz. As decisões públicas precisam prestar contas em relação aos princípios fundamentais da comunidade em que vivemos.

Não há dúvidas de que nossa execução sempre foi o “calcanhar de Aquiles” do sistema processual, pela praxe do “ganhou (no processo de conhecimento) mas não levou” (na fase de cumprimento ou execução). Todavia, isso não permite uma interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais. Ou seja: partimos da tese – obedecendo a coerência e a integridade do artigo 926 – de que o CPC jamais daria “carta branca” para o juiz determinar quaisquer medidas aptas para que a obrigação fosse cumprida. E nem poderia dar!

Os diferentes processos têm suas particularidades. Embora remetam a um paradigma constitucional comum, não podemos confundir os âmbitos penais e civis. E, para agravar, essa confusão está ameaçando chegar até na dimensão eminentemente patrimonial do direito civil ([...]“inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, diz a parte final do artigo 139, IV)!

A propósito, sobre algumas das medidas de restrição de direitos que têm sido perigosamente cogitadas, vale lembrar aqui do dramático HC 45.232, julgado em 21/2/1968, rel. min. Themístocles

Cavalcanti, quando o Supremo Tribunal Federal teve que dizer inconstitucional, em plena ditadura, o artigo 48 da Lei de Segurança Nacional, pelo qual o simples recebimento da denúncia ou a prisão em flagrante importava a suspensão do exercício de profissão do emprego público ou privado. Basta ler o acórdão para ver a perigosa similitude com algumas medidas que estão sendo cogitadas para implementar o artigo 139, IV do CPC. Afinal, ao que lemos, o devedor, ao não pagar, poderá inclusive perder a CNH ou seu passaporte. Ou ser proibido de prestar concurso público. Ou, ainda, outras restrições inconstitucionais.

Ao que nos parece, a melhor interpretação do preceito normativo não é a de buscar um juízo criativo ilimitado e despreocupado com as restrições normativo-constitucionais com fins utilitaristas, mas, sim, aquela que percebe a conexão com a teoria das injunções já amplamente desenvolvida no direito estrangeiro especialmente para os processos de implementação de direitos fundamentais mediante a chamada litigância de interesse público, mas que poderá ser usada para outros fins (...) (Nunes, 2016)

6. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS E SEUS REQUISITOS

Há de certo que as medidas atípicas causam diversos apontamentos entre os doutrinadores e processualistas, contudo é importante entender que já se tem entendimentos concretos de que tais medidas são importantes e eficazes no que diz respeito ao principal objetivo de sua aplicação que é basicamente se chegar na total efetivação de uma execução judicial, ou seja fazer com que o devedor pague sua dívida.

Segundo recente entendimento do STJ a respeito das medidas atípicas se chegou em consenso de que essas medidas eram necessárias, contudo foram apontados alguns requisitos para a limitação da aplicação dessas medidas, preservando e promovendo princípios de suma importância como o contraditório e proporcionalidade, além

destes a imprescindível valoração da dignidade humana diante do caso concreto.

O STJ entendeu que se faz necessária a devida efetivação da execução com devida observação aos seguintes requisitos:

Primeiramente se deve esgotar todas as medidas típicas, devendo o juiz intimar o executado para pagar o débito ou apresentar bens a penhora para saldar a dívida, uma vez que perante estes meios não seja possível efetivar a execução o STJ entende que é cabível medidas atípicas desde que analisado caso a caso se possa aplicar a medida.

Outro fator muito importante neste contexto é a fundamentação diante das circunstâncias específicas de cada caso, além disso, a decisão deve atender aos fins sociais do ordenamento jurídico, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana como bem exige o art.8º do CPC. Essa fundamentação se dá com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, da publicidade e da eficiência.

Respeitando este contexto, o juiz está autorizado a adotar medidas que entenda adequadas, necessárias e razoáveis para efetivar a tutela do direito do credor em face do devedor. (Tucci, 2018)

7. ENTENDIMENTO DO STJ

Conforme “José Rogério Tuci” em decorrência de novas exigências e do conseqüente aperfeiçoamento que permeia a ciência processual, os especialistas concluíram que o tradicional modelo da execução por meio de sub-rogação enseja, em muitas situações, enorme frustração ao credor vitorioso.

Seja como for, a atuação judicial nesse sentido sempre deverá se desenvolver à luz das normas do devido processo legal, proporcionando ao obrigado, de forma incisiva, clara e expressa, as garantias da ampla defesa.

Questão interessante, que continua gerando acentuada polêmica em nosso meio jurídico, decorre de atos decisórios impositivos,

como medida indutiva atípica, da suspensão da carteira nacional de habilitação, da restrição ao passaporte e, outrossim, do cancelamento dos cartões de crédito do executado e da proibição de prestar concurso público, até a comprovação do pagamento do débito em aberto.

E tudo, independentemente da natureza do dever, não apenas na esfera de dívida alimentar, mas igualmente de outras espécies de obrigação de pagar quantia certa.

Assim, como ocorre, por exemplo, nas situações nas quais se viabiliza a desconsideração da personalidade jurídica, tenho sustentado, após a devida reflexão, que tais medidas excepcionais procedem, desde que se possibilite ao obrigado o contraditório, facultando-lhe justificar as razões do descumprimento da sentença. Tal perspectiva decorre, como é cediço, não apenas em homenagem ao *due process of law*, como também em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da regra da menor onerosidade, agora repetida no artigo 805 do Código de Processo Civil.

Observo que, numa recente hipótese concreta, no âmbito de execução de título extrajudicial, diante do inadimplemento do executado, restou deferido o pedido de suspensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação.

Contra tal provimento, o executado, alegando injusta violação ao seu *status libertatis*, impetrou Habeas Corpus, à vista da ausência de razoabilidade da medida judicial que lhe foi imposta, impedindo-lhe de exercer o seu direito fundamental de se locomover livremente.

A despeito de parecer favorável da Procuradoria-Geral de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou extinto o processo, firme no fundamento de inadequação da via processual eleita, uma vez que a decisão atacada desafiava agravo de instrumento, não podendo o Habeas Corpus ser empregado como sucedâneo de recurso.

Irresignado, o executado-paciente interpôs recurso ordinário, com arrimo no artigo 105, inciso II, letra “a”, da Constituição Federal.

Tendo, assim, oportunidade de examinar esta importante questão, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no recente julgamento unânime (5/6/2018) do Recurso em Habeas Corpus

97.876-SP, da relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, proveu parcialmente a referida impugnação, “a fim de desconstituir a medida executiva consistente na apreensão do passaporte do recorrente, determinando sua devolução, mantido o não conhecimento do writ em relação à apreensão da CNH”, porque, contra esta, cabível o agravo de instrumento (v., a respeito, Newton Pereira Ramos Neto, Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas: entre a efetividade e o processo como garantia democrática, Empório do Direito, Coluna ABDPro, n. 38, 20/6/2018).

Colhe-se do longo e substancioso voto condutor, da lavra do ministro Salomão, ponderada fundamentação, textual:

(...) Por fim, anoto que o reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecendo o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

Com efeito, o que consubstancia coação à liberdade de locomoção, ilegal e abusiva, é a decisão judicial de apreensão de passaporte como forma de coerção para adimplemento de dívida civil representada em título executivo extrajudicial, tendo em vista a evidente falta de proporcionalidade e razoabilidade entre o direito submetido (liberdade de locomoção) e aquele que se pretende favorecer (adimplemento de dívida civil), diante das circunstâncias fáticas do caso em julgamento.

Cumpra mencionar, ainda, por dever de lealdade, que no âmbito da Segunda Seção a questão enfrentada fora decidida, monocraticamente, em três oportunidades, não tendo sido concedida a ordem em nenhuma delas. São elas: HC n. 428.553-SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; RHC n. 88.490-DF, relatora

Ministra Maria Isabel Gallotti; HC n. 439.214-RJ, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti.

No entanto, é preciso ressaltar que, naqueles recursos, a despeito da decisão que suspendeu o passaporte do executado também ter sido seu objeto, os eminentes relatores valeram, para a fundamentação das decisões, da jurisprudência firmada por esta Corte, e aqui mencionada, acerca da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, não havendo debate sobre os pontos colocados aqui em relevo.

Norteando-se, portanto, pela legalidade estrita, apenas depois de terem sido esgotados todos os meios executivos possíveis e de dar oportunidade à manifestação do executado é que o juiz, com inarredável fundamentação, poderá então deferir aquelas providências atípicas, especialmente no campo das relações do Direito de Família. E tudo, no exame do caso concreto, sem olvidar a proporcionalidade entre o meio processual de coerção imposto e o valor jurídico que se busca proteger.

Informando que esta questão foi recentemente submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941, que argui parcial inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, recentemente distribuída à relatoria do ministro Luiz Fux e em regular tramitação sob o rito abreviado, Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu (Das medidas atípicas nas execuções por quantia certa – a questão agora chegou no STF, Empório do Direito, Coluna ABDPro, n. 36, 6/6/2018) vaticinam igualmente que, acerca desta matéria, espera-se, na interpretação a ser sedimentada nos tribunais superiores, que “o devido processo legal seja observado e que o artigo 139, inciso IV, não seja transformado em um instrumento para legitimar medidas arbitrárias e autoritárias de restrições de direitos fundamentais, tudo sob a alegação de se ter uma execução efetiva” (Tucci, 2018).

8. JURISPRUDÊNCIA

Diversas decisões versam sobre as aplicações das sanções atípicas do art.139 do Novo Código de Processo Civil como podemos ver na seguinte jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - APREENSÃO DE PASSAPORTE E SUSPENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DO DEVEDOR - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA.

I - Não obstante o art. 139, IV, do CPC autorize o juiz a determinar todas as medidas coercitivas, inclusive atípicas, necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, a medida a ser aplicada deve guardar relação com a obrigação que se pretende fazer cumprir. II - A apreensão de passaporte e a suspensão de carteira de habilitação não apresentam qualquer utilidade no sentido de assegurar o pagamento da obrigação, servindo tão somente para constranger pessoalmente e punir o devedor, sem atingir seu patrimônio e sem proporcionar qualquer benefício ao credor. III - A medida coercitiva a ser aplicada deve ser razoável, proporcional e adequada ao cumprimento da obrigação, bem como deve respeitar os direitos fundamentais do devedor e observar o princípio da menor onerosidade. V.V. A determinação de suspensão da carteira nacional de habilitação e apreensão do passaporte constituem medidas coercitivas hábeis a assegurar o cumprimento da obrigação assumida pelo executado, há quase dez anos e seguem os ditames do art. 139 do CPC/15. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0720.04.015214-5/001, Relator(a): Des. (a) João Cancio , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/11/2018, publicação da súmula em 03/12/2018)

Com base no caso concreto supracitado analisa-se que ao ampliar as possibilidades no processo executivo contemplando o art.139, inc IV com o princípio da atipicidade, foi dado ao magistrado a possibilidade de estender suas medidas coercitivas na pretensão de se fazer cumprir ordem judicial. Contudo no presente caso, apesar de terem se esgotados todos os meios típicos de se fazer cumprir a ordem judicial,

o recurso não foi deferido com fundamentação de que a suspensão da carteira de habilitação e apreensão do passaporte do devedor não iria trazer benefício algum ao credor, causando apenas punição ao credor e constrangimento, pois bem, o que se analisa é que deve existir uma limitação com base nos princípios do contraditório, da boa-fé, da isonomia, proporcionalidade, dentre outros que certamente são de grande importância. O que se quer evitar com a devida observação destes princípios é que haja uma atuação do magistrado em busca de efetividade na execução e não a punição por si só do credor.

9. CONCLUSÃO

Diante deste estudo foi possível fazer uma análise de que não se pode olvidar, a dificuldade que o credor possui em ter seu crédito satisfeito, seja porque o devedor se utiliza de subterfúgios para evitar as constrições de seus bens, seja porque não possui condições reais de pagamento.

Contudo, o legislador consagrou no NCPC, diversos princípios que deverão ser respeitados no momento da aplicação da norma, bem como a forma que o juiz deve proceder ao verificar que determinadas normas se colidirão na aplicação do caso concreto.

A aplicação do artigo 139, IV deve ser feita em consonância com o artigo 8º e em caso de colisão com outro direito, deverá ser atendida a disposição do artigo 489, §2º, sempre sob uma ótica constitucional.

O legislador não consegue prever todas as circunstâncias fáticas ou os desdobramentos de determinado processo judicial, por isso há necessidade do magistrado em fazer uma análise profunda e minuciosa do caso concreto para aplicar o artigo 139, IV, sem infringir a Constituição Federal, haja vista que ao mesmo tempo em que o devedor não pode ser tolido de suas garantias e direitos fundamentais, o credor possui o direito de receber o seu crédito e não pode ser tolido deste.

Desta forma vimos que as medidas atípicas são aceitáveis e legítimas, desde que haja devida observação de que todas as medidas típicas previstas no CPC foram esgotadas, bem como aos princípios consagrados pelo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 2015. São paulo: Atlas.

SCARPINELLA, C. **Manual de Direito Processual Civil**. 2016. Bueno.

NATIVIDADEJURIDICA. Acesso 05 de abril de 2025, disponível em **Natividade jurídica**: <https://natividadejuridica.com/juizo-competente-para-execucao-no-novo-cpc/>.

STJ. Acesso em 05 de abril de 2025, disponível em **stj.jus**: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Nao-e-possivel-adotar-meios-executivos-atipicos-contradevedor-sem-sinais-de-ocultacao-patrimonial.aspx>.

_____. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0720.04.015214-5/0010840235-1**. Relator: Des.(a) João Cancio.DJ:27/11/2018. Acesso em 13 de Novembro de 2019, disponível em **tjmg.jus**: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=131&totalLinhas=218&paginaNumero=131&linhasPorPagina=1&palavras=139,%20IV&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, I. L. **Conjur.com.br**. Acesso em 05 de abril de 2025, disponível em **conjur.com.br**: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>.

TUCCI, J. R. Acesso em 05 de abril de 2025. **-hc-imposicao-medidas-coercitivas-atipicas**.

CULPA? OS AVANÇOS DA NEUROCIÊNCIA E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NA FILOSOFIA DO DIREITO

*Ricardo Oliveira de Souza*³⁷

*Thays Murta dos Santos Cruz*³⁸

*Guilherme del Giudice Torres Duarte*³⁹

1. INTRODUÇÃO

Avanços recentes das ciências têm colocado à prova verdades até então “absolutas” ou elevadas a tal patamar em determinado momento histórico. Em várias áreas do conhecimento humano, como na física, na biologia, na sociologia e da medicina, dentre outras, temos testemunhado progressos fabulosos que põem a prova antigos postulados. A título de exemplo, vale lembrar dos prodígios da das tecnologias digitais; os avanços no conhecimento astrológico e na exploração do espaço sideral; a sistematização da sociedade globalizada, o mapeamento genético, a clonagem de mamíferos, etc.

Grosso modo, sem a pretensão de adentrar ao vasto universo das correntes e teorias do conhecimento, mas tangenciando a visão empirista, pode-se concluir que o caminho natural para a construção do conhecimento passa pela desconstrução de conceitos pré-estabelecidos confrontados com a nova realidade que se mostra válida por meio da experimentação da tese a que sequer provar válida. Outra possibilidade é a retificação do conceito anterior, demandada pelos novos contornos expostos pela nova realidade que mostra validada

37 Mestre em Direito pela UFMG, Especialista (pós-graduação *latu sensu*) pela Faculdade Pitágoras. Professor Universitário.

38 Mestra em Direito Privado pela PUC Minas. Pós-graduada em Direitos Humanos. Professora Universitária.

39 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC.

pela experiência. Miguel Reale, ao tratar do conhecimento científico, utiliza-se das palavras de Bertrand Russel para definir o empirismo: “O empirismo pode ser definido como a asserção de que todo conhecimento sintético é baseado na experiência.”⁴⁰

Um ramo científico em especial tem atraído holofotes em razão das grandes questões que o seu progresso tem desafiado no último século e meio. Temas como a natureza humana, liberdade versus determinismo e livre arbítrio estão diretamente ligados aos intrincados processos que envolvem o funcionamento do cérebro humano. Estes temas estão, da mesma forma, encravados nas mais sólidas correntes jusfilosóficas que fundamentam e legitima o “direito moderno”. Todavia, o que se percebe é uma distanciamento abismal entre as premissas quem vêm sendo cunhadas na neurociência e as que se mantêm pretensamente inatingíveis na filosofia do direito.

A Filosofia não ficou incólume diante da Ciência. Alguns constructos filosóficos foram desafiados perante descobertas da Física, da Genética ou da Química. A noção relativística de espaço-tempo desafiou as noções correspondentes e a priori de Kant. A genética evolutiva e a pesquisa paleontológica são outras fontes de atrito; em consequência disso, algumas concepções filosóficas e religiosas passaram a ser fortemente criticadas ou abandonadas. É assim que nasceu um ramo da atividade filosófica, que surgiu a partir da necessidade de resolver questões metafísicas, epistemológicas e logico-linguísticas nas disciplinas científicas constituídas. A Filosofia da(s) Ciência(s), a partir da década de 1920, se revestiu de uma influência e importância decisiva, mas seus praticantes oscilam entre uma atitude de deferência

40 REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19^a Ed. São Paulo, Saraiva. 1999, p. 88. *op cit.* BERTRAND RUSSEL, *Human knowledge, its scope and limits*, Londres, 1948, p. 516.

extrema (cientificismo) e uma atitude de iconoclasta (cinismo).⁴¹

O presente estudo se propõe a investigar, no contexto acima, possíveis caminhos de confluência entre o Direito e a Neurociência, confrontando os postulados do livre arbítrio e da Liberdade em face dos recentes avanços acerca do conhecimento do funcionamento do cérebro e, especificamente, da formação dos conceitos morais.

2. A LIBERDADE COMO POSTULADO DO DIREITO

É certo que a Filosofia do Direito, por seu caráter questionador e investigativo, não pode quedar-se inerte diante dos avanços científicos. A filosofia e a ciência de seu tempo devem caminhar juntas. Há, no entanto, nos círculos acadêmicos, uma postura hesitante diante da possibilidade de se estabelecer pontes entre o Direito e outros ramos do pensamento.

Esta hesitação é perceptível no caso da tentativa de uma aproximação (se é que se pode dizer que há realmente uma cisão ou espaço intermediário) entre a filosofia e a neurociência. Raros são os exemplos de uma tentativa de superação desta realidade e estes merecem as mais elevadas honras e preservam as mais nobres qualidades do verdadeiro espírito acadêmico.

Uma possível causa para esta hesitação no campo da Filosofia do Direito pode ser atribuível ao fato de que os últimos avanços da neurociência apontam para, ao menos, um enfraquecimento dos grandes postulados jusfilosóficos, a razão e a liberdade. É bem verdade que um certo ímpeto reducionista e mesmo seccionador próprio da visão científica tem sua parcela de responsabilidade neste ambiente de animosidade.

41 LECLERC, André e CAVALCANTE, Francisco Helio. Revista Ideação, N. 45, Jan/Jun 2022.

Especificamente, no que se refere ao postulado da Liberdade, o Prof. Marcelo Galuppo nos remete à máxima de Kant, segundo a qual, “a liberdade seria agir conforme o direito e a lei, que se exprimem no dever ser”⁴²

Schopenhauer, por sua vez, já advertia que o conceito em questão apresentava um erro prático, do ponto de vista empírico:

O conceito empírico de liberdade autoriza-nos a dizer: - Eu sou livre, desde que possa fazer “aquilo que quero” pressupõe já a existência da liberdade moral. Ora é precisamente a liberdade de querer que agora está em questão, devendo, pois, o problema apresentar-se da seguinte forma: - “E podes também querer o que queres?” – o que faria presumir que todo ato de volição dependesse ainda de um ato de volição precedente.⁴³

Atahualpa Fernandez utiliza-se de uma definição tríplice para conceituar a liberdade:

Ao se falar da liberdade humana, podemos distinguir três tipos básicos:

1. Liberdade sociológica: é o sentido originário de liberdade; se refere, na antigüidade grega e romana, a que o indivíduo não se achava na condição de escravo, enquanto, na atualidade, alude à autonomia de que goza o indivíduo frente à sociedade, e se refere à liberdade política ou civil, garantida pelos direitos e liberdades que amparam o cidadão nas sociedades democráticas.

2. Liberdade psicológica: é a capacidade que possui o indivíduo, “dono de si mesmo”, de não se sentir

42 GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença : Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.80.

43 SCHOPENHAUER, Artur. *O livre arbítrio*. Coleção grandes mestres do pensamento, São Paulo: Formas LTDA. p. 20.

obrigado a atuar por instância de uma motivação mais forte.

3. Liberdade mor ah é a capacidade do homem de decidir-se a atuar de acordo com a razão, sem deixar-se dominar pelos impulsos e as inclinações espontâneas da sensibilidade.

Afirmar que o homem é livre significa, em primeiro lugar, que há nele um princípio ou capacidade fundamental de tomar em suas mãos seu próprio agir, de forma que este possa chamar-se verdadeiramente “seu”, “meu”. Este princípio de liberdade inerente a todo homem era o que os antigos chamavam “*liberum arbitrium*” que significa a liberdade de eleição. (...) ⁴⁴

E a questão se estende, porque para que a verificação empírica da existência da Liberdade, necessário se faz que se tenha, *a priori*, que considerar a Razão como o vetor primeiro de toda a ação humana, posto que, sem ele, a volição não seria possível. Nestes termos, não é possível querer algo em detrimento de outra coisa, sem se valer da razão. Caberia ao homem, então, apenas orientar-se pelas opções que a razão lhe fornece a cada instante de sua existência consciente.

Ao contrário, caso não fossem consideradas verdadeiras as premissas acima, poderia se constatar a ruína de uma construção filosófica que havia encontrado no Idealismo Alemão seu ápice. Seria o fim do “imperativo categórico”, da “lei moral”, do “livre arbítrio” da legitimação Direito como concebido até então e até mesmo da noção de inteligência.

Com base neste problema, necessário se faz adentrar nas questões levantadas pela neurociência, de forma a verificar a real influência delas na Filosofia do Direito.

⁴⁴ FERNANDEZ, Atahualpa e FERNANDEZ, Marly. F363 Neuroética, Direito e Neurociência. Curitiba: Juruá, 2008. pag. 77/78.

3. A NEUROCIÊNCIA E A DERROCADA DOS PARADIGMAS

Dentre os ramos de estudo contemporâneos, sem sombra de dúvidas, a Neurociência é um dos que mais tem nos trazido avanços e surpresas posto que tem como objeto, dentre outras coisas, os processos fisiológicos que produzem aquilo a que chamamos consciência. Por consequência lógica, postulados como moral, ética e culpa passam a ser criticamente abalados na medida que os labirintos da mente humana são desvendados. Vale citar o conceito de Fernandez:

A neurociência - e particularmente a neurociência cognitiva (que trata de relacionar os processos mentais com os processos neuronais; a atividade cerebral com o pensamento e o comportamento humano, criando um modelo de trabalho do cérebro e mente) buscando estabelecer uma ponte entre a mente e a matéria, é o estudo do cérebro, da mente e da consciência humanas, isto é, das bases neuronais do pensamento, da percepção, do comportamento e da emoção; é o estudo dos mecanismos da relação cérebro/mente ou, o que é o mesmo, dos mecanismos cerebrais que nos ajudam a entender a função dos genes na configuração do cérebro, o papel dos sistemas neuronais na percepção do entorno e a relevância da experiência como princípio de orientação nas ações futuras.⁴⁵

Para que nos entendamos, o livre-arbítrio, no sentido aqui discutido, significa que os seres humanos controlam o que eles fazem. E a neurociência não mudará esse fato, visto que é uma característica essencialmente humana a circunstância de que, deliberadamente, escolhemos meios apropriados para alcançar os fins desejados. Essa capacidade nos torna agentes morais, alvos de elogios e críticas (p. e.,

45 (Fernandez, Atahualpa e Fernandez, Marly. Neuroética, Direito e Neurociência./ Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez./ Curitiba: Juruá, 2008. P. 31).

um ato não é reprovável, a menos que haja uma mente culpada - *Reuni non facit nisi mens rea*).(*idem*. p. 99)

Benjamim Libet, um dos mais notáveis estudiosos da neurociência, buscou provar, por meio de suas pesquisas acerca da atividade elétrica no córtex cerebral, que o cérebro é estimulado antes de nossa consciência iniciar os seus trabalhos cognitivos relativos ao agir.

Outros estudos contemporâneos ao de Libet concluíram que entre a intenção e o ato humano existe um espaço de cerca de 1 segundo. Na seqüência, a grande conclusão de Libet se deu em sua mais celebre experiência, ocorrida em 1979 e que demonstrou que aquele segundo havido entre volição e a ação é imperceptível. E mais, antes mesmo da consciência da intenção de agir (0,5 segundos antes do agir), o cérebro inicia atividades pré-cognitivas referentes à ação.

Ao final da experiência, constatou-se que o cérebro do paciente acusou atividade elétrica por meio do eletrodo meio segundo antes do momento que ela apontou como sendo o de sua decisão, e esta, por sua vez, se deu 0,2 segundos antes do movimento da mão.

Os resultados desta experiência certamente não poderiam ser aplicados a impulsos de vontade mais complexos como a criatividade, o raciocínio matemático ou mesmo aqueles mais simples como fome, sede, impulso sexual etc.. No entanto, é inegável que tal experiência consiste em um indício mais que contundente de que existe uma correspondência lógica entre o empirismo e as proposições de Schopenhauer.

Neste ponto, salientemos um aspecto fundamental da filosofia originária que era a tentativa de construção de sistemas de pensamento que pudessem explicar o mundo físico e a cosmologia a partir de conceitos qualitativos. Essa tentativa foi uma característica dos filósofos chamados de pré-socráticos que foram responsáveis pelas primeiras noções da Física, da Química, da Matemática, da Lógica, da Biologia e da Geografia, da ciência propriamente dita. Não havia distanciamento entre o pensamento filosófico e o científico e cabia

ao “sábio” um pensamento reflexivo e propositivo acerca da realidade que o cercava.

Mesmo as decisões motivadas pela razão – não intuitivas - são resultado da atuação constante e interminável da Vontade, uma vez que a própria razão depende das “representações” pré-estabelecidas. É o que pontua o Prof. Renato Cesar Cardoso:

(...) não se deseja algo em função de racionalmente o reconhecermos como bom ou desejável, mas ao contrário, consideramos esse algo bom apenas porque já o queremos. Mais uma vez, antes da razão somos movidos pela vontade.⁴⁶

Um casal de neurocientistas, Hanna e Antonio Damásio, estudou exaustivamente o caso Gage e, segundo suas conclusões, o acidente destruiu regiões cerebrais (ventromedial do lobo frontal) responsáveis por aspectos humanos peculiares como a noção de futuro e a sociabilidade.

As lesões no lobo pré-frontal se tornaram objeto de diversos estudos por parte de psicologia e medicina, chegando quase sempre a conclusões semelhantes às do Dr. Damasio. Dentre os vários estudos acerca do tema, cabe destaque recente trabalho do Laboratório de Neuropsicologia do Desenvolvimento da UFMG, bem como a transcrição do trecho abaixo:

As conseqüências neuropsicológicas das lesões de áreas prefrontais podem ser dramáticas e complexas. Muitas vezes, a integridade dos mecanismos sensorio-motores elementares, bem como da estrutura sintático-fonológica da linguagem, contrasta com os graves déficits observados no comportamento e na cognição. Em diversos graus, os pacientes podem

46 CARDOSO, Renato Cesar. *A idéia de justiça em Schopenhauer*. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 88.

apresentar misturas de falta de motivação, falta de iniciativa, uma espécie de inércia comportamental, déficits na capacidade de juízo e insight, pensamento concreto e déficits na capacidade de planejamento estratégico com impulsividade, desinibição comportamental e sexual, comportamento pueril e jocoso, grandiloquência etc.

Alguns pacientes exibem um elevado grau de controle do seu comportamento pelas contingências imediatas, o que constitui a chamada síndrome de dependência ambiental. O indivíduo transforma-se em uma espécie de autômato ou “ser behaviorista radical”, perdendo a capacidade de auto-controle. Um exemplo disto é o chamado comportamento de utilização, em que a pessoa utiliza automaticamente objetos colocados a sua frente pelo examinador.

Trabalhando com feridos na Primeira Guerra Mundial, o neuropsiquiatra alemão Karl Kleist definiu duas síndromes prototípicas, posteriormente denominadas por Blumer e Benson na década de setenta de síndromes pseudopsicopática e pseudodepressiva. A síndrome pseudodepressiva decorre, geralmente, de lesões da convexidade látero-superior do córtex prefrontal e se caracteriza pelos déficits na capacidade de iniciativa e do pensamento abstrato mais complexo. A síndrome pseudopsicopática, por sua vez, caracteriza-se por impulsividade e desinibição, sendo mais freqüentemente associada com lesões orbitofrontais ou ventromediais. Obviamente, estas duas síndromes são protótipos ou casos ideais, na maioria dos pacientes ocorre uma mistura em graus variados dos diversos componentes de uma e de outra.⁴⁷

..“e parece que, em um nível cognitivo, a capacidade de comportamento volitivo livre depende da integridade funcional dos lobos frontais, proclamados como

47 Extraído do site do Laboratório de Neuropsicologia do Desenvolvimento da UFMG em set/2011: <http://lndufmg.blogspot.com/2005/10/o-crtex-prefrontal-e-tomada-de-decises.html> -

a sede definitiva da moralidade: a capacidade de contenção, já vimos, depende em particular do córtex orbitofronta. (GOLDBERG, E. El cerebro ejecutivo. Barcelona: Crítica, 2002.)

Outras descobertas no campo da pesquisa cerebral demonstram a importância da região do lobo pré-frontal na ação humana. Precht cita, como exemplo⁴⁸, o fato de que ao ver uma pessoa sofrendo ou muito feliz, tendemos a sentir, ao menos uma parcela do que é observado. Compreendemos aquela sensação que não é nossa e chegamos até mesmo a sentir, também, ao menos uma parcela daquela experiência. Ao assistir um filme ou uma peça de teatro, nos arrepiamos nas cenas de terror, sentimos frio na barriga nas de suspense e até choramos nos grandes dramas.

Várias descobertas no campo da neurociência se sucederam a esta, como por exemplo a de que ruídos podem desencadear a ação dos “neurônios espelho” e a de que crianças autistas têm distúrbios no funcionamento destas células. Poderia estar aí a explicação do altruísmo ou mesmo do comportamento moral. Precht nos deixa algumas perguntas:

“Humanidade” é a herança cristã-ocidental que leva a crer a moralidade como a decisiva característica da nossa espécie. Parece que, por natureza, o ser humano não é brutal o tempo todo nem foi nobre desde o começo. Ele é os dois. O buraco no crânio de Phineas Gage indica hoje algumas coisas sobre as centrais de controle da moral no cérebro. E os neurônios espelho mostram como nossa empatia parece funcionar no nível das células nervosas. No entanto, nenhum processo químico organiza de acordo com si mesmo, dedicação, amor e responsabilidade. Essa é uma tarefa nossa, e não apenas porque ela nos trás vantagens. A única grande

48 PRECHT, 2009, p. 139/143.

questão que temos que esclarecer é: Sabemos que vale a pena ser bom por experiências da vida? Ou esse saber é inato? Chegamos ao mundo realmente com um tipo de “lei moral” como imaginava Kant? A maioria de nós pode dizer, sem antes pensar muito, se uma ação é boa ou má. Parece que sentimos isso de modo totalmente intuitivo. Mas o que é essa “intuição moral”?⁴⁹

Decerto, as conclusões obtidas nas pesquisas sobre o funcionamento cerebral não têm o condão de, por si só, responder a questões filosóficas, como a existência do livre arbítrio frente à atuação da vontade. Mas, inevitavelmente, fornece dados de extrema importância no desenvolvimento e na verificação de antigos e novos esquemas.

Schopenhauer escreveu um texto denominado “*O livre arbítrio*”, o qual foi apresentado à Academia de Ciências da Noruega e por ela premiado. Para ele a consciência ou o intelecto se situa numa condição subordinada a uma força inevitável que a condiciona. Nesta perspectiva, não há que se falar em livre arbítrio. Trata-se o livre arbítrio ou a prescrição ética e moral de mera ilusão.

Com efeito, assim que um animal age unicamente pela vontade própria, diz-se que ele é livre, atribuindo tal significação à palavra sem levar em conta outras influências que podem ser exercidas sobre sua própria vontade.⁵⁰

O que se pode verificar no campo empírico é que nosso cérebro possui atividades “pré-conscientes”, as quais não estão subordinadas ao princípio de razão. Tais atividades são de ordem fisiológica e, como outras capacidades humanas, como as motoras e sensitivas, dependem

49 *Idem*, p. 143.

50 SCHOPENHAUER, Artur. *O livre arbítrio*. Coleção grandes mestres do pensamento, São Paulo: Formas LTDA. P. 20.

diretamente de parâmetros biológicos. Estas conclusões, alcançadas cerca de 100 anos após o falecimento de Schopenhauer, dão à sua obra um ar profético.

Mas Marc Hauser foi além destes raciocínios e propôs que, talvez, há um conjunto de regras morais universais, as quais já nascemos com elas. Segundo ele, apoiando-se também em outros estudiosos como Noam Chomsky⁵¹, da mesma forma que desenvolvemos a linguagem, quando na primeira infância, utilizando-nos de uma certa lógica instintiva, também a intuição moral nos seria uma característica nata, indiferente ao ambiente cultural, credo, religião ou ideologia.

(...) Não aprendemos nossa primeira língua; antes, a desenvolvemos, assim, como cresce nosso braço. Segundo Hauser, o caso da moral é semelhante. Também nele há um tipo de gramática profunda, que nos ajuda a assumir de maneira estruturada a moral de nosso ambiente. Assim, todas as pessoas nascem com um sentido pra o bem e o mal, com um “instinto de moral. (...)”⁵²

A possibilidade de se alcançar a chave para uma certa “moral intuitiva”, superando assim, a abstração da filosofia e as constatações da neurociência é, sem dúvida, uma tentação para a Psicologia. E mesmo em Schopenhauer poderia ser fundamentada essa defesa da “gramática moral universal” de base totalmente intuitiva:

(...) Intuição que não é como um fantasma, extraído pó // repetição da experiência, mas tão independente desta que, ao contrária experiência tem antes de ser pensada como dependente dela, visto que as propriedades do espaço e do tempo, conhecidas a priori pela intuição, valem para toda experiência

51 Notável lingüista, filósofo e ativista político estadunidense contemporâneo.

52 PRECHT, 2003. p 146

possível como leis com as quais, na experiência, tudo tem de concordar. (...) ⁵³

4. CONCLUSÃO

Com os avanços das ciências, sobretudo da recentíssima área da Neurociência, antigas “verdades” fundantes de toda uma estrutura social e jurídica são postos a prova, notadamente, a ideia de liberdade, ou, mais precisamente do livre arbítrio. Se a própria consciência e, por consequência, boa parte de nossas decisões, pensamentos e até vontades, são resultado de intrincadas reações químico-biológicas, de sinapses e mesmo de predisposições genéticas, a ideia de liberdade, senão é colocada a prova, ao menos merece revisão.

Por consequência, todas as construções subjetivas relacionadas à valoração, moral, ética e mesmo jurídica dos atos, merecem nova lente. Não se cogita aqui do fim da reprovabilidade e/ou punibilidade dos atos dos indivíduos em sociedade. Afinal, a cada ato, um resultado. A cada resultado, uma análise, um peso e, eventualmente, uma pena. O que se pontua sim são os indícios gritantes de que já é mais do que hora de uma nova perspectiva, mas atual, mais equilibrada e atenta aos avanços de seu tempo.

Liberdade e culpa não podem ser encarados como postulado pelo Bispo de Hipona a 1.700 anos atrás. A Filosofia, como mãe das outras ciências já se acomoda a tempos para bem receber os avanços da Neurociência, rediscutindo moral e ética frente aos novos conhecimentos que se apresentam. Simplesmente não há motivo lógico ou mesmo prático para que a Filosofia do Direito não siga a regra de que o acessório acompanha o principal.

53 SCHOPENHAUER, 2005, p. 370.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª Ed. São Paulo, Saraiva. 1999, p. 88. *op cit.* BERTRAND RUSSEL, *Human knowledge, its scope and limits*, Londres, 1948, p. 516.

LECLERC, André e CAVALCANTE, Francisco Helio. **Revista Ideação**, N. 45, Jan/Jun 2022.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença : Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.80.

SCHOPENHAUER, Artur. *O livre arbítrio*. Coleção grandes mestres do pensamento, São Paulo: Formas LTDA. p. 20.

FERNANDEZ, Atahualpa e FERNANDEZ, Marly. F363 **Neuroética, Direito e Neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008. pag. 77/78.

CARDOSO, Renato Cesar. **A idéia de justiça em Schopenhauer**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 88.

Extraído do site do Laboratório de Neuropsicologia do Desenvolvimento da UFMG em set/2011: <http://lndufmg.blogspot.com/2005/10/o-crtex-prefrontal-e-tomada-de-decises.html> -

PRECHT, 2009, p. 139/143.

Idem, p. 143.

SCHOPENHAUER, Artur. **O livre arbítrio. Coleção grandes mestres do pensamento**, São Paulo: Formas LTDA. P. 20. Notável lingüista, filósofo e ativista político estadunidense contemporâneo.

PRECHT, 2003. p 146

SCHOPENHAUER, 2005, p. 370.

DESIGUALDADE, VIOLÊNCIA E MECANISMOS LEGAIS DE PROTEÇÃO À MULHER NO BRASIL

Luciana Calado Pena⁵⁴

Mariana Campos de Sousa Pinto⁵⁵

Thays Murta dos Santos Cruz⁵⁶

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca pesquisar como a desigualdade entre homens e mulheres se construiu na sociedade brasileira. Também vamos analisar os avanços sociais e as leis que tentam diminuir essa desigualdade.

É importante fazer essa análise porque ela mostra a situação da mulher no Brasil e como é necessário que a lei a proteja.

Para facilitar a compreensão, o trabalho será dividido em capítulos. Depois desta introdução, o Capítulo 2 vai falar sobre a história das desigualdades desde o começo da sociedade brasileira. Terá também uma parte sobre o movimento feminista e o que significa “gênero”.

O Capítulo 3 vai explicar o que é violência em geral, mostrando a diferença entre poder, vigor, força e autoridade, segundo a ideia de Hannah Arendt no seu livro “Sobre a violência”. Depois, terá uma parte específica sobre a violência contra a mulher e como os meios de apoio às vítimas têm aumentado.

O capítulo seguinte, o Capítulo 4, vai apresentar a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Vamos falar sobre o caso de Maria da Penha Maia Fernandes e como o Brasil foi julgado

54 Mestre em Direito. Advogada. Professora. Coordenadora do Curso de Direito da FUPAC – Unidade Nova Lima. Contato: lucianacalado@unipac.br

55 Historiadora, Arquivista e estudante de Direito. Contato: marianacsp@gmail.com

56 Mestre em Direito pela PUC Minas. Pós graduada em Direitos Humanos. Contato: thays@cesarfiuza.com.br

pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Também veremos por que a lei foi criada, o que ela entende por violência, por que ela é considerada constitucional e como ela funciona na Justiça (tanto na parte de processos quanto na parte criminal), incluindo as medidas protetivas de urgência e o que mudou nelas.

No final, o Capítulo 5 vai apresentar a ADPF 779, que acabou com a justificativa de “legítima defesa da honra” em crimes de feminicídio.

Assim, esperamos que este trabalho, ao analisar a desigualdade e a violência contra a mulher na sociedade, mostre as leis importantes que ajudaram e ajudam a diminuir a desigualdade de gênero e a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

HISTÓRICO

Os povos indígenas que habitavam o Brasil por volta de 1500 possuíam culturas diversas, o que resultava em papéis femininos distintos em cada sociedade tribal. Em algumas comunidades, as mulheres eram submetidas à condição de escravas por seus maridos, enquanto em outras, havia uma maior igualdade de tratamento entre os gêneros. Havia, inclusive, tribos onde as mulheres exerciam a liderança (Teles, 2017).

No início da colonização, no século XVI, com a chegada dos jesuítas, houve uma tentativa de “educar” os indígenas e convertê-los ao cristianismo, muitas vezes utilizando a força (Teles, 2017).

A autora Teles (2017) descreve que os colonizadores portugueses viam os indígenas de uma forma específica: os homens eram destinados ao trabalho escravo, e as mulheres eram consideradas esposas, amantes ou empregadas domésticas. A população da colônia era explorada para beneficiar o capitalismo europeu nascente. A mulher daquela época, assim como acontece em muitos casos hoje, sofreu uma exploração ainda maior: primeiramente, como parte da população brasileira dominada por Portugal, sem poder de decisão; e em segundo lugar, porque a sociedade que se formou aqui se organizou

sob um sistema patriarcal, onde o poder, as decisões e os privilégios estavam quase sempre nas mãos dos homens.

Percebe-se, portanto, que desde a colonização portuguesa na história do Brasil, os princípios patriarcais se estabeleceram como uma referência para a organização familiar e, de certa forma, ainda influenciam a sociedade (Scott, 2013).

Na ordem patriarcal, a mulher era esperada a obedecer ao pai e, posteriormente, ao marido, passando da autoridade de um para o outro através do casamento monogâmico e indissolúvel. O domínio masculino era considerado absoluto. As vontades e os desejos individuais tinham pouco espaço, pois o que importava era o bem do grupo familiar, e dentro dele, a vontade do chefe da família, o patriarca, era soberana (Scott, 2013).

Essa estrutura patriarcal permaneceu muito forte ao longo dos anos. No entanto, avançando na história, em meados do século XIX, com o surgimento da República, o Brasil iniciou um processo de urbanização e modernização. Nesse momento, a ideia do indivíduo com suas próprias escolhas e vontades começou a ganhar mais importância (Scott, 2013).

A autora Scott (2013) argumenta que o autoritarismo extremo do “senhor” sobre bens e pessoas, que era possível e se fortalecia em uma sociedade escravista e com base nas propriedades rurais, já não encontrava o mesmo espaço no país que buscava a modernização.

Com esses novos ideais, surgiu também uma nova visão de família, que valorizava o amor romântico, a intimidade e a privacidade entre seus membros (Scott, 2013).

Essa “nova família” também demandava uma “nova mulher”: uma mãe dedicada que desse atenção especial ao cuidado e à educação dos filhos (deixando de recorrer tanto às amas de leite, por exemplo), responsabilizando-se também pela “formação moral” das crianças. Essa “nova mulher” seria também a esposa afetuosa, ainda submissa ao marido, mas com um pouco mais de voz. Liberada de trabalhos considerados “produtivos” fora de casa, a mulher se dedicaria

integralmente aos afazeres do lar – o espaço feminino por excelência –, enquanto o espaço público seria o domínio dos homens (Scott, 2013).

Apesar de ainda serem submissas aos maridos, por volta de 1850 surgiram diversos jornais editados por mulheres, e o Brasil era o país latino-americano com o maior número de jornalistas do sexo feminino (Teles, 2013).

Na Primeira República, nas classes sociais mais pobres, muitas mulheres trabalhavam como operárias, enfrentando a dupla jornada nas fábricas e em casa, com salários sempre menores e cargas de trabalho maiores que os dos homens (Teles, 2013).

A autora Scott (2013) aponta que, em 1872 (ano do primeiro recenseamento geral do Brasil), as mulheres representavam 76% da força de trabalho nas fábricas; já em 1950, esse número havia caído para pouco mais de 20%.

Os movimentos em busca da igualdade feminina, que começaram a surgir desde então, serão analisados com mais detalhes nos próximos tópicos. No entanto, é importante destacar as mudanças nas leis que permitiram às mulheres, pelo menos formalmente, deixar a submissão aos seus maridos.

Em 1942, o Código Civil estabeleceu a separação judicial, mas manteve o vínculo do casamento. As mulheres que se separavam eram frequentemente vistas como fracassadas pela sociedade. Além disso, mulheres de classes média e baixa tinham poucas condições financeiras para se sustentar ou sustentar seus filhos, o que, na prática, muitas vezes as levava a permanecer casadas. Em 1943, a legislação permitiu que as mulheres trabalhassem fora de casa sem a necessidade da permissão do marido, que era exigida até então. O Código Civil de 1916 colocava a mulher em uma situação de incapacidade civil semelhante à das crianças. Em 1962, entrou em vigor o Estatuto da Mulher Casada, que passou a reconhecer a mulher como companheira e colaboradora na direção moral da família. No mesmo ano, as mulheres também passaram a ter acesso a outros métodos contraceptivos com a circulação de pílulas anticoncepcionais no país. Em 1961, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira

permitiu o acesso à educação equivalente entre homens e mulheres nos níveis médio e superior (Scott, 2013).

Apesar de ainda existirem diferenças sociais e econômicas entre homens e mulheres, as famílias atualmente são vistas de maneira mais democrática, com uma participação e divisão de responsabilidades mais igualitária entre os gêneros. Contudo, essa harmonia e participação não são uma realidade para todas, principalmente nas famílias de classes sociais mais pobres, onde a dependência financeira contribui significativamente para que as mulheres, além de se sujeitarem a maus tratos, engrossem as estatísticas de vítimas de agressões e, conseqüentemente, de feminicídio, tema que será explorado no decorrer deste trabalho.

MOVIMENTO FEMINISTA

O feminismo pode ser entendido como um movimento que abrange aspectos sociais, ideológicos e políticos (Garcia, 2011; Sarti, 2001).

Conforme Garcia (2011), o feminismo representa a consciência das mulheres enquanto um grupo humano que historicamente sofreu e ainda sofre opressão, dominação e exploração por parte dos homens dentro do sistema patriarcal em suas diversas formas ao longo da história. Essa consciência as impulsiona a buscar a liberdade para seu sexo e a lutar por todas as transformações necessárias na sociedade para alcançar esse objetivo.

Em 1975, a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou aquele ano como o Ano Internacional da Mulher, marcando o início do feminismo no Brasil (Sarti, 2001).

Nesse sentido, pode-se dizer que o feminismo brasileiro começou como uma reação das mulheres à ditadura militar, após a derrota da luta armada, e com o intuito de reelaborar tanto as questões políticas quanto as pessoais relacionadas a essa derrota (Sarti, 2001).

Em um período de ditadura militar, mas com o apoio da ONU, as mulheres brasileiras passaram a ser as protagonistas de sua própria história. A luta por seus direitos específicos se uniu a questões mais amplas, respondendo fortemente aos desejos da época: de se expressar, de falar, de confrontar e de agir (Teles, 1999).

O feminismo no Brasil se conectou a outros movimentos sociais que abrangiam desde a luta por moradia até a reivindicação por creches em fábricas e universidades, além de movimentos políticos e do movimento homossexual (Côrrea, 2001).

Nos anos setenta, o movimento feminista se desenvolveu em duas vertentes principais.

A primeira vertente focava mais na atuação pública das mulheres, investindo em sua organização política e concentrando-se principalmente em questões relacionadas ao trabalho, ao direito e à redistribuição de poder entre os sexos (Sarti, 2001).

A segunda vertente, por sua vez, direcionava a atenção para o campo mais fluido da subjetividade e das relações interpessoais, considerando o mundo privado como seu espaço principal de atuação (Sarti, 2001).

Nos anos oitenta, o feminismo brasileiro já era uma força política e social estabelecida, com as relações de gênero como tema central de debate (Sarti, 2001).

O movimento feminista desenvolveu a teoria do gênero (Garcia, 2011). O termo “gênero” foi construído pelas ciências sociais para analisar como as identidades masculina e feminina são formadas social e historicamente (Garcia, 2011).

Garcia (2011) acrescenta que, dentro do sistema de gênero, existem discursos de legitimação sexual ou ideologia sexual. Esses discursos justificam a ordem estabelecida, a hierarquização dos homens e do masculino sobre as mulheres e o feminino em cada sociedade específica.

O gênero pode ser entendido como o conjunto de normas, obrigações, comportamentos, pensamentos, capacidades e até mesmo traços de caráter que foram exigidos das mulheres por serem

biologicamente mulheres (Garcia, 2011). Isso ocorre porque o termo “gênero” não tem o mesmo significado que o termo “sexo”.

O objetivo principal do estudo de gênero, ou da teoria feminista, é desconstruir o preconceito de que a biologia determina o feminino, enquanto o cultural ou humano seria uma criação masculina (Garcia, 2011).

A igualdade também era um pilar fundamental do movimento feminista. Miguel (2014) explica que, desde as primeiras manifestações de discordância com a dominação masculina, as mulheres reivindicam acesso às mesmas liberdades que os homens desfrutam.

As autoras feministas ou pré-feministas enfatizavam, principalmente, que as mulheres são iguais aos homens em termos de capacidade intelectual, potencial de contribuição para a sociedade e virtude. Elas se opunham às visões que, desde Aristóteles até Rousseau, justificavam a inferioridade feminina com base em uma suposta menor capacidade natural, bem como à mitologia judaico-cristã que, desde Eva, apresenta as mulheres como perversas e não confiáveis. Quanto à diferença na força física, essa era atribuída à educação, ou se lembrava que o progresso da civilização diminuiu a importância da força (Miguel, 2014).

As feministas lutavam por igualdade no acesso às universidades e à cidadania, que, naquela época, eram atividades exclusivas dos homens (Miguel, 2014).

Portanto, o movimento feminista no Brasil teve seu início nos anos setenta, após a ONU declarar 1975 como o Ano Internacional da Mulher. Nos anos oitenta, com as relações de gênero em debate, a teoria do gênero foi estabelecida com o objetivo básico de desconstruir o preconceito de que o sexo biológico determina o feminino.

VIOLÊNCIA E PODER

A estrutura patriarcal, que organiza as relações familiares no Brasil desde o período colonial, conferia aos homens um poder

significativo sobre as mulheres, o que era utilizado para justificar atos de violência (Lage; Nader, 2012). Essa dinâmica de poder, onde o homem exercia domínio, ecoa a discussão de Slavoj Žižek em “Violência” sobre como certas estruturas sociais invisíveis sustentam a violência direta. Para Žižek, a violência não se limita aos atos visíveis, mas também reside nas próprias normas e ideologias que moldam nossas relações.

A forte crença na dominação masculina dentro das famílias fez com que essa visão de superioridade do homem se espalhasse para outras áreas da sociedade (Lage; Nader, 2012). Isso influenciou a maneira como se pensava sobre a “posse” do homem em relação à mulher, seja ela esposa, filha, irmã ou mesmo em contextos fora do âmbito familiar, como na política e na administração pública. Essa ideia de posse, como aponta Žižek, pode ser vista como uma forma de violência simbólica, uma vez que desumaniza a mulher e a reduz a um objeto de controle.

Até recentemente, a ciência política não fazia distinções claras entre conceitos como violência, vigor, autoridade, poder e força, e a violência era frequentemente compreendida como sinônimo dos demais termos (Paviani, 2016). Essa falta de clareza conceitual pode obscurecer as diferentes formas pelas quais a dominação se manifesta, algo que Žižek busca desmistificar ao analisar as diversas facetas da violência.

Para Arendt (2016), a violência se assemelha ao vigor, pois os instrumentos da violência são criados e utilizados para intensificar a capacidade natural até que, em seu desenvolvimento máximo, possam substituí-la. Essa perspectiva de Arendt sobre a instrumentalidade da violência se alinha com a análise de Žižek sobre como a violência é frequentemente racionalizada e utilizada para manter certos ordens sociais.

A autoridade, por outro lado, se refere a posições hierárquicas, onde alguns comandam e outros obedecem (Paviani, 2016). Essa hierarquia, como argumenta Žižek, é um terreno fértil para a manifestação da violência, especialmente quando a autoridade não é

legitimada por consentimento, mas imposta por meio da força ou da ideologia.

O poder, no entanto, segundo Paviani (2016), pertence ao grupo e só existe enquanto o grupo estiver unido. Já o vigor é individual, uma característica de um objeto ou pessoa, intrínseca à sua natureza e que se manifesta na interação com os outros. Essa distinção entre poder coletivo e vigor individual é crucial para entender como a violência, embora praticada individualmente, muitas vezes se enraíza em dinâmicas de poder social mais amplas, como explorado por Žižek.

Em termos políticos, poder e violência, embora sejam fenômenos distintos, frequentemente coexistem. Quando se combinam, o poder é o elemento fundamental e predominante (Paviani, 2016). Žižek também explora essa relação complexa, mostrando como o poder estabelecido muitas vezes recorre à violência, seja ela física ou simbólica, para se manter e se reproduzir.

Já a força, que comumente associamos à violência, especialmente quando empregada como meio de coerção, deveria ser reservada para descrever as “forças da natureza” ou a “força das circunstâncias”. Em outras palavras, deveria indicar a energia liberada por movimentos físicos ou sociais (Arendt, 2016). Essa distinção ajuda a refinar nossa compreensão da violência, separando-a de fenômenos naturais ou pressões contextuais, focando na intencionalidade e na agência humana, um ponto central na análise de Žižek sobre a responsabilidade pela violência.

Outro conceito relevante é o da agressividade humana, que Arendt (2016) considera um instinto natural da espécie. Portanto, a violência não é um comportamento puramente animal ou irracional (Paviani, 2016). Essa perspectiva de que a violência tem raízes na natureza humana, mas se manifesta de formas socialmente mediadas, também é abordada por Žižek ao discutir as diferentes camadas da violência.

Ao diferenciar esses termos que são frequentemente utilizados como sinônimos, torna-se evidente que a violência é um instrumento empregado com o propósito de disseminar o vigor, que é uma

característica individual. Nas relações sociais, familiares ou não, eventos fundamentados na ideologia patriarcal podem gerar violência, e esta pode ser utilizada para afirmar a superioridade de um indivíduo sobre outro. Essa dinâmica de superioridade e subordinação, como argumenta Žižek, é uma das formas mais insidiosas da violência simbólica, pois naturaliza a desigualdade e a torna invisível, preparando o terreno para a violência direta.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Os movimentos em busca da igualdade deram destaque à violência praticada contra as mulheres (Teles, 2017). No cenário internacional, essa violência é reconhecida como um problema social que demanda políticas públicas para seu enfrentamento. Por volta de 1970, diversos tratados e convenções internacionais foram elaborados com o objetivo de incentivar a participação de sociedades e governos nessa luta (Lage; Nader, 2012).

No Brasil, por volta da década de 1980, alguns casos graves e importantes de violência contra a mulher influenciaram a criação de instituições especializadas no atendimento às vítimas (Teles, 2017).

Conforme relatado por Teles (1993), foram criados o SOS-Mulher em São Paulo, seguido por unidades no Rio de Janeiro e em Pernambuco. Em Minas Gerais, surgiu o Centro de Defesa da Mulher. Todas essas entidades eram independentes e tinham como objetivo acolher mulheres vítimas de violência, oferecendo um serviço voluntário de psicólogas e advogadas. Além do atendimento direto, promoviam grupos de discussão sobre a questão da violência e buscavam os meios de comunicação para levar o debate à opinião pública.

Um dos casos de grande relevância que impulsionou a criação dessas entidades de apoio nos anos 1980, descrito por Teles (1993), ocorreu em São Paulo. Uma mulher de classe média alta, casada com um professor universitário reconhecido intelectualmente, foi agredida

por ele. Em uma época em que a violência doméstica era um tema pouco discutido publicamente, reforçado pelo ditado popular “Em briga de marido e mulher não se mete a colher”, essa mulher decidiu lutar. Em uma carta emocionada, ela denunciou o crime sofrido, que era ainda mais doloroso por ter sido cometido pelo homem que amava. A denúncia dessa mulher da classe média foi um marco histórico na luta contra a violência.

Esse primeiro caso serviu de estímulo para que outras mulheres denunciassem a violência doméstica que vivenciavam e contribuiu para o fortalecimento dos movimentos feministas, que passaram a apresentar casos concretos. Antes disso, o jornalismo brasileiro frequentemente rejeitava as ideias feministas e sua luta, alegando que esse tipo de violência não existia no país (Teles, 1993).

A denúncia foi extremamente importante também para demonstrar que a violência contra a mulher não estava restrita a uma classe social específica e que também ocorria com mulheres de classe média. Teles (1993) destaca que essa denúncia foi um fato histórico na luta contra a violência no Brasil, pois havia uma crença de que apenas homens negros e pobres agrediam suas esposas, devido ao alcoolismo ou à extrema pobreza.

A ideologia patriarcal, que estabelecia a dominação do homem sobre a mulher, estava profundamente enraizada na estrutura da sociedade e era legitimada pelo próprio direito.

Lage e Nader (2012) apontam que os crimes sexuais, por exemplo, referiam-se a ofensas cometidas contra “mulheres honestas”, termo que constou do Código Penal de 1940 (artigos 215 e 216), em vigor até 2003. Outro exemplo significativo era a criminalização do adultério. Nos códigos de 1830 e 1890, assim como na Consolidação das Leis Penais de 1932, a mulher casada que cometesse adultério era punida com prisão de um a três anos. No entanto, o marido só incorreria nessa pena se tivesse uma concubina “teúda e manteúda”, o que, na prática, permitia aos homens ter amantes, desde que não as sustentassem. Essa distinção só desapareceu no Código Penal de 1940, que também reduziu a pena para detenção de 15 dias a 6 meses. Até 2005, quando o

adultério deixou de ser crime no Brasil, a condenação legal da mulher adúltera legitimava, no senso comum, a violência conjugal – incluindo o assassinato em “defesa da honra” – como uma forma de punição privada praticada por maridos supostamente ou de fato traídos.

Percebe-se, portanto, que a ideologia patriarcal justificava qualquer forma de diminuição da mulher enquanto indivíduo com direitos e permitia e banalizava a violência de tal maneira que a sociedade a considerava aceitável e comum, o que impedia a punição dos agressores.

E o cenário não mudou.

Dados recentes indicam que a violência contra a mulher no Brasil permanece em níveis alarmantes. Uma pesquisa do DataSenado, divulgada em novembro de 2023, apontou que 3 em cada 10 brasileiras já sofreram violência doméstica em algum momento de suas vidas.

O “Atlas da Violência 2023”, elaborado pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) com dados de 2021, revelou que 3.858 mulheres foram mortas de forma violenta no Brasil, o que representa mais de 10 mortes por dia. O mesmo estudo apontou que mulheres negras foram as principais vítimas de homicídio, representando 67,4% do total de mulheres assassinadas.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023, com dados de 2022, registrou 1.437 feminicídios no país, um aumento de 6,1% em relação ao ano anterior. Em relação a outras formas de violência, o anuário também apontou um crescimento nos registros de agressão doméstica e estupro.

Um levantamento da Rede de Observatórios da Segurança, referente a 2023 em oito estados brasileiros, indicou que ao menos oito mulheres foram vítimas de violência doméstica a cada 24 horas.

Outra pesquisa, “Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil”, divulgada em março de 2025, revelou que 21,4 milhões de brasileiras sofreram algum tipo de violência nos últimos 12 meses. As formas mais comuns de violência relatadas foram insultos, humilhações ou xingamentos (31,4%), agressão física (16,9%) e ameaça com faca ou arma de fogo (6,4%).

Esses dados atualizados, embora de diferentes fontes e períodos de coleta, convergem para a constatação de que a violência contra a mulher é um problema persistente e grave no Brasil, com números elevados em diversas formas de agressão, incluindo o feminicídio.

MECANISMOS LEGAIS DE APOIO E DEFESA DAS MULHERES

Mesmo com os avanços conquistados pelas mulheres em relação aos direitos políticos e sociais, a ideologia patriarcal, que estabelece a superioridade masculina, mostrou-se resistente e persistiu apesar das transformações políticas e econômicas ocorridas no século XX (Lage; Nader, 2012).

No entanto, foi na segunda metade do século XX que a história começou a mudar de forma mais significativa. Liderado por vozes feministas, o questionamento da situação de subordinação e vulnerabilidade a que as mulheres eram submetidas enfraqueceu a legitimidade das formas específicas de violência direcionadas a elas (Lage; Nader, 2012).

Como um exemplo dos progressos alcançados com o apoio fundamental dos movimentos feministas, pode-se citar a criação da Delegacia de Defesa da Mulher (DDM). A primeira DDM foi estabelecida em 6 de agosto de 1985, por meio de um decreto estadual em São Paulo, sendo inicialmente denominada Delegacia Policial de Defesa da Mulher (Teles, 1993). Essa iniciativa pioneira no Brasil e no mundo visava oferecer um atendimento especializado e diferenciado para mulheres em situação de violência.

Além dessa importante conquista, outros avanços nas políticas públicas de combate à violência contra a mulher foram registrados, conforme apontam Lage e Nader (2012):

- A criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher em 1985, que promoveu a Campanha Nacional contra a Violência contra a Mulher.

- A Campanha Nacional “Denuncie a violência contra a mulher”, resultado do Primeiro Encontro Nacional de Delegadas em 1986.
- A eleição, também em 1986, de deputadas constituintes que atuaram no combate à violência contra as mulheres.
- A conquista legal, na Constituição de 1988, da inclusão do parágrafo 8º do artigo 226, que estabelece a responsabilidade do Estado em prestar assistência a cada membro da família no que diz respeito à prevenção e coibição da violência no âmbito das relações familiares.
- A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), em 1995.
- A criação da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, em 2003.

Esses avanços contribuíram para que a violência doméstica começasse a ser percebida pela sociedade como um problema real, que antes era escondido e banalizado. Teles (1993) observa que a atuação das Delegacias da Mulher revelou o ambiente doméstico como um espaço perigoso, onde ocorria um confronto subjetivo e cotidiano entre a imposição de disciplina e a resistência das mulheres.

Apesar da criação das entidades de apoio e das delegacias especializadas, somente em 2006 foi promulgada a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que representa um marco legal fundamental no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa lei, que será detalhada posteriormente neste estudo, define o conceito e as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher e estabelece mecanismos para sua prevenção e punição.

LEI MARIA DA PENHA: AVANÇOS EM BUSCA DE MAIOR EFETIVIDADE

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, representa um marco fundamental no ordenamento jurídico brasileiro para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Sancionada em 7 de agosto de 2006, a lei surgiu como resposta à crescente demanda por mecanismos legais eficazes para coibir e punir agressores, além de proteger as vítimas. Seu nome é uma homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica por anos pelo seu então marido, cujo caso emblemático de impunidade perante a justiça brasileira chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil por omissão e negligência.

Referida Lei tem como principal objetivo criar mecanismos para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, em conformidade com a Constituição Federal, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Seus princípios fundamentais incluem:

- Reconhecimento da desigualdade de gênero: A lei reconhece que a violência contra a mulher ocorre em um contexto de relações desiguais de poder entre homens e mulheres, historicamente construídas.
- Proteção integral e prioritária: Garante à mulher em situação de violência doméstica e familiar proteção integral e prioritária por parte do Estado.
- Responsabilização do agressor: Estabelece medidas penais e processuais específicas para responsabilizar o agressor.
- Atendimento multidisciplinar: Prevê a necessidade de um atendimento integrado e multidisciplinar às vítimas, envolvendo áreas como saúde, assistência social, segurança pública e justiça.

- Educação e prevenção: Incentiva a implementação de medidas educativas e preventivas para desconstruir estereótipos de gênero e promover a igualdade.

Avanço importante trazido pela Lei, foi a definição da violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (Art. 5º). Além disso, especifica as formas como essa violência pode se manifestar (Art. 7º):

- Violência física: Qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.
- Violência psicológica: Qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.
- Violência sexual: Qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou qualquer outra forma de violência; que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.
- Violência patrimonial: Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

- Violência moral: Qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Um dos pilares da Lei Maria da Penha é a criação de mecanismos de proteção à mulher em situação de violência. Dentre eles, destacam-se as medidas protetivas de urgência (MPUs), que podem ser concedidas judicialmente em até 48 horas após o pedido da vítima (Art. 18, II). Essas medidas visam garantir a segurança e a integridade física e psicológica da mulher, bem como de seus dependentes, e podem ser direcionadas tanto ao agressor quanto à vítima (Art. 22 a 24).

Medidas Protetivas de Urgência direcionadas ao agressor:

- Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.
- Proibição de se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas,¹⁴ fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor.
- Proibição¹⁵ de manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação.
- Restrição ou suspensão do direito de visita aos dependentes menores, ouvida a equipe multidisciplinar ou o serviço social competente.
- Prestação de alimentos provisionais ou provisionais.
- Comparecimento obrigatório a programas de recuperação e reeducação.
- Proibição de portar armas.
- Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente.
- Afastamento do agressor de local de trabalho de convivência com a ofendida.
- Outras medidas que o juiz entender necessárias para a proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio.

Medidas Protetivas de Urgência direcionadas à ofendida:

- Encaminhamento da ofendida e de seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento.
- Determinação da recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor.
- Determinação do afastamento da ofendida do¹⁶ domicílio, sem prejuízo dos seus direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos.
- Matrícula e transferência dos dependentes da ofendida para instituição de ensino mais próxima do seu domicílio ou local de trabalho, omitindo dados que possam comprometer a segurança da ofendida e de seus dependentes.
- Auxílio para obtenção de trabalho.
- Concessão de alimentos provisionais ou provisionais, a serem pagos pelo agressor.
- Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida.
- Depósito em juízo de valores correspondentes aos danos materiais decorrentes da violência doméstica e familiar.
- Encaminhamento da ofendida para atendimento médico e psicossocial, com acompanhamento de equipe multidisciplinar.
- Atendimento prioritário no Sistema Único de Saúde (SUS).

Ao longo de sua vigência, a Lei Maria da Penha passou por diversas alterações legislativas que visam conferir maior efetividade na proteção das mulheres e na responsabilização dos agressores. Algumas das mudanças mais recentes e significativas incluem:

- Lei nº 13.505/2017: Garantiu que o atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar seja realizado, preferencialmente, por servidoras do sexo feminino e por profissionais especializados.

- Lei nº 13.772/2018: Criminalizou o registro não autorizado da intimidade sexual da mulher, a chamada “vingança pornográfica”.
- Lei nº 13.827/2019: Permitiu que o delegado de polícia conceda medidas protetivas de urgência nos municípios onde não houver Vara especializada em violência doméstica e familiar contra a mulher, desde que haja risco iminente à vida ou à integridade física da vítima. Essa medida visa agilizar a proteção em locais com menor estrutura judicial.
- Lei nº 13.984/2020: Tornou obrigatória a informação à vítima sobre a possibilidade de registro da ocorrência por meio eletrônico ou por telefone, bem como sobre os serviços de atendimento disponíveis.
- Lei nº 14.188/2021: Instituiu o “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica”, permitindo que mulheres em situação de violência doméstica sinalizem seu pedido de socorro em farmácias e outros estabelecimentos participantes, facilitando o acionamento da polícia.
- Lei nº 14.310/2022: Priorizou a realização do exame de corpo de delito em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.
- Lei nº 14.541/2023: Estabeleceu o funcionamento ininterrupto (24 horas por dia, 7 dias por semana) das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs). Nos municípios onde não houver DEAM, o atendimento deverá ser realizado em sala reservada e com prioridade por agentes do sexo feminino, sempre que possível.
- Lei nº 14.786/2023 (Lei Mariana Ferrer): Alterou o Código de Processo Penal para vedar a utilização de provas obtidas por meio de violência contra a mulher em processos judiciais e para garantir um julgamento com perspectiva de gênero, evitando a revitimização da vítima.
- Lei nº 14.857/2024: Assegurou o sigilo do nome da vítima em processos judiciais que apuram crimes de violência

doméstica e familiar, visando proteger sua privacidade e evitar a exposição.

- Lei nº 14.887/2024: Estabeleceu a prioridade no atendimento social, psicológico e médico à vítima de violência doméstica e familiar, além de garantir atendimento prioritário em cirurgias plásticas reparadoras de sequelas de lesões causadas por atos de violência doméstica.
- Lei nº 14.994/2024: Promulgada em outubro de 2024, trouxe alterações significativas no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e na própria Lei Maria da Penha, com o objetivo de aumentar a proteção às mulheres e a punição aos agressores. As principais mudanças incluem:
 - Femicídio como crime autônomo: O feminicídio passa a ser tipificado em um artigo específico do Código Penal, com pena de reclusão de 20 a 40 anos (anteriormente era qualificador do homicídio, com pena de 12 a 30 anos).
 - ✓ Agravantes para o feminicídio: A pena para o feminicídio será aumentada de um terço até a metade em diversas situações, como durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, contra menor de 14 anos, maior de 60 anos, pessoa com deficiência ou doença degenerativa, na presença de pais ou filhos da vítima, em descumprimento de medidas protetivas e com emprego de tortura ou outro meio cruel.
 - ✓ Aumento da pena para descumprimento de medida protetiva: A pena para o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência passa a ser de reclusão de 2 a 5 anos e multa (anteriormente era de detenção de 3 meses a 2 anos).
 - ✓ Aumento da pena para outros crimes contra a mulher: As penas para crimes como lesão corporal contra a mulher, ameaça (quando cometida por razões da condição do sexo feminino), injúria, calúnia e difamação (quando praticados por razões da condição do sexo feminino) e vias de fato (quando praticada contra a mulher por razões da condição do sexo feminino) foram aumentadas.

- ✓ Perda do poder familiar: Após a condenação por feminicídio, o agressor perde o poder familiar, a tutela ou a curatela dos filhos.
- ✓ Incompatibilidade para função pública: O condenado por feminicídio fica impedido de ser nomeado, designado ou diplomado em qualquer cargo, função pública ou mandato eletivo entre o trânsito em julgado da condenação e o efetivo cumprimento da pena.¹⁷
- ✓ Tramitação prioritária: Processos que apuram crimes contra a mulher terão tramitação prioritária e isenção de custas, taxas ou despesas.
- ✓ Transferência de preso: Determina a transferência do preso por crimes contra a mulher para presídio distante da residência da vítima, caso ele a ameace ou pratique novas violências.
- ✓ Uso obrigatório de tornozeleira eletrônica: Torna-se obrigatório o uso de tornozeleira eletrônica em caso de saída temporária de condenados por feminicídio.
- ✓ Vedação de visita íntima: O condenado por feminicídio não poderá receber visita íntima ou conjugal.
- ✓ Progressão de regime mais rigorosa: O feminicida deverá cumprir 55% da pena para ter direito à progressão de regime.

Apesar dos avanços legais e das políticas públicas implementadas, a efetividade da Lei Maria da Penha ainda enfrenta desafios significativos. Estudos do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), como o de 2015, indicaram que a lei contribuiu para uma diminuição de cerca de 10% na taxa de homicídios de mulheres dentro de suas residências. No entanto, a violência contra a mulher persiste em níveis elevados no Brasil, como demonstram dados recentes.

O “Atlas da Violência 2023” (IPEA/FBSP) registrou 3.858 homicídios de mulheres em 2021, e o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023 apontou 1.437 feminicídios em 2022, com um aumento de 6,1% em relação ao ano anterior. Esses dados revelam que, embora

a Lei Maria da Penha represente um importante instrumento legal, sua aplicação efetiva ainda esbarra em questões como a falta de estrutura adequada para o atendimento das vítimas, a persistência da cultura patriarcal e a necessidade de maior investimento em prevenção e educação.

Apesar dos desafios, a Lei Maria da Penha é amplamente reconhecida como um avanço crucial na proteção dos direitos das mulheres no Brasil e tem inspirado legislações em outros países. As constantes atualizações da lei demonstram o esforço contínuo para aprimorar seus mecanismos e torná-la mais eficaz no combate à violência de gênero. A efetividade plena da lei depende de um esforço conjunto da sociedade, do poder público e do sistema de justiça para garantir sua aplicação integral e promover uma mudança cultural em direção à igualdade e ao respeito.

ADPF N° 779

Em 15 de março de 2024, o Supremo Tribunal Federal (STF) tomou uma decisão importante ao votar, em sessão virtual, que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional. Essa decisão foi proferida no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 779.

A ADPF foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com um pedido de urgência (requerimento cautelar) para que o STF interpretasse alguns artigos do Código Penal (CP) e do Código de Processo Penal (CPP) de acordo com a Constituição Federal. O objetivo era afastar de vez a tese jurídica da legítima defesa da honra e estabelecer um entendimento claro sobre a soberania das decisões do Tribunal do Júri. O PDT também solicitou que, caso o STF considerasse necessário, interpretasse de forma conforme a Constituição o artigo 483, inciso III, § 2º, do CPP.

Os artigos do Código Penal e do Código de Processo Penal mencionados no pedido do PDT são:

Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940):

- Artigo 23: Determina que não há crime quando a pessoa pratica o ato em legítima defesa.
- Artigo 25: Define legítima defesa como o ato de usar os meios necessários de forma moderada para repelir uma agressão injusta, atual ou que está prestes a acontecer, a um direito seu ou de outra pessoa. O parágrafo único desse artigo também considera legítima defesa a ação de um agente de segurança pública que repele uma agressão ou risco de agressão contra uma vítima mantida refém durante um crime.

Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941):

- Artigo 483: Estabelece a ordem em que as perguntas (quesitos) devem ser feitas aos jurados, incluindo questões sobre a existência do crime, quem o cometeu, se o acusado deve ser absolvido, se há alguma razão para diminuir a pena alegada pela defesa e se existem circunstâncias que qualificam o crime ou aumentam a pena. O parágrafo 2º desse artigo estabelece que, se mais de três jurados responderem sim às perguntas sobre a existência do crime e quem o cometeu, deve ser feita a seguinte pergunta: “O jurado absolve o acusado?”.

O PDT argumentou que existia uma grande controvérsia constitucional, evidenciada por decisões de Tribunais de Justiça que, em alguns casos, aceitavam e, em outros, rejeitavam decisões do Tribunal do Júri que absolviam réus acusados de feminicídio com base na tese da legítima defesa da honra. O partido também apontou divergências entre o próprio STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre esse tema.

O PDT alegou que a interpretação que permitia a legítima defesa da honra violava princípios fundamentais da Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo (artigo 3º,

inciso IV), e o direito à vida e o devido processo legal (artigo 5º, caput e inciso LIV).

Em resumo, o PDT defendia que a soberania das decisões do Tribunal do Júri deveria ser compatibilizada com os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, com a proibição de preconceitos e discriminações, e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O partido também argumentou que a garantia constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, em algumas ocasiões, acabava legitimando julgamentos contrários às provas apresentadas de acordo com a lei, transmitindo a mensagem de que seria aceitável absolver réus que comprovadamente cometeram feminicídio se o crime tivesse ocorrido em defesa da “honra” do agressor. Nesse sentido, o PDT acrescentou que a absolvição, quando comprovadas a autoria e a existência do crime, só poderia ocorrer em situações previstas pela lei, e não por preconceitos ou decisões arbitrárias dos jurados.

A ADPF foi considerada um instrumento adequado para essa discussão, conforme previsto na Lei nº 9.882/99, que permite o uso da ADPF quando houver uma relevante controvérsia constitucional sobre leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais, inclusive anteriores à Constituição Federal. No caso em questão, o PDT pedia uma interpretação da Constituição Federal sobre artigos do Código Penal e do Código de Processo Penal, que são leis anteriores à Constituição de 1988.

O pedido de urgência (medida cautelar) foi analisado individualmente pelo Ministro Dias Tóffoli, que era o relator do caso. Inicialmente, o ministro observou que o PDT demonstrou que a tese da legítima defesa da honra tem sido utilizada para justificar a absolvição em casos de feminicídio ou violência contra a mulher.

O relator afirmou que a tese da legítima defesa da honra não se enquadra na excludente de ilicitude da legítima defesa, pois os requisitos desta estão claramente definidos no artigo 25 do Código Penal, que exige uma agressão injusta, atual ou iminente, a um direito

próprio ou de outra pessoa, e uma reação moderada com os meios necessários para repelir essa agressão.

O ministro destacou que a legítima defesa é uma situação atípica que afasta a punição quando seus requisitos estão presentes, sendo um direito subjetivo. Sobre a “legítima defesa da honra”, o relator afirmou que ela, na verdade, não configura legítima defesa, pois a traição ocorre no contexto das relações amorosas e tanto homens quanto mulheres podem praticá-la ou sofrê-la. Segundo ele, a traição tem um desvalor ético e moral, mas não justifica uma reação violenta, não havendo um direito subjetivo de agir com violência contra ela.

O argumento da legítima defesa da honra, dentro de uma cultura de superioridade masculina sobre a feminina, tem sido usado para absolver autores de feminicídio. O relator resumiu que “aquele que pratica feminicídio ou usa de violência, com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, de forma covarde e criminoso”.

O ministro relator enfatizou que a tese da legítima defesa da honra é um “recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel” utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para culpar as vítimas por suas próprias mortes ou lesões, contribuindo para a normalização e perpetuação da violência contra as mulheres no Brasil. Ele apontou que a ideia por trás dessa tese – o perdão do autor de feminicídio ou agressão contra a esposa ou companheira adúltera – tem raízes antigas no direito brasileiro.

Como já discutido, desde o período colonial no Brasil, estabeleceu-se uma cultura patriarcal com a família como base, e essa ideologia influenciou a ideia de supremacia e posse do homem sobre a mulher, extrapolando o âmbito familiar.

Essa ideologia, embora presente em leis antigas como o Código Penal, ainda é utilizada por alguns profissionais do direito em suas teses de defesa em crimes contra a mulher, especialmente no feminicídio, o que demonstra que a desigualdade de gênero e o patriarcado continuam enraizados na cultura brasileira.

Nesse ponto, é importante lembrar o caso emblemático do feminicídio da socialite mineira Ângela Diniz, assassinada em 30 de dezembro de 1976, em Armação dos Búzios, Rio de Janeiro, pelo seu namorado, o empresário Raul Fernandes do Amaral Street, conhecido como Doca Street. Esse caso marcou um ponto de inflexão na reação da sociedade aos crimes passionais contra mulheres, gerando manifestações públicas e questionamentos liderados por feministas, com importantes consequências para a vida das mulheres no Brasil (Lage; Nader, 2012).

Ângela Diniz, que não seguia os padrões femininos da época por ser uma mulher separada que se relacionou com Street, sendo sua amante, foi morta com quatro tiros, três no rosto e um na nuca (Lage; Nader, 2012). A defesa de Doca Street construiu sua argumentação com base na tese da legítima defesa da honra.

No tribunal, Ângela foi descrita como promíscua e bissexual, uma “Vênus lasciva”, termo usado pela defesa, que a acusava de ter casos com outros homens e mulheres. Na imprensa, era chamada de “Pantera de Minas” e descrita como “uma mulher do mundo”, avessa a “ligações definitivas”, que tinha “compulsão em provocar os homens à sua volta” e cujo comportamento “inquietava as mulheres bem casadas” e “intranquilizava maridos bem-comportados...” (Lage; Nader, 2012).

Doca Street foi inicialmente condenado a dois anos de prisão por homicídio culposo (sem intenção de matar) e imediatamente recebeu o benefício do *sursis* (suspensão condicional da pena), conforme o Código de Processo Penal da época (Lage; Nader, 2012).

Apesar do contexto político da ditadura, a ONU já havia iniciado a Década das Nações Unidas para as Mulheres, Igualdade, Desenvolvimento e Paz, apoiando debates sobre a melhoria da condição de vida das mulheres (Lage; Nader, 2012). Internamente, os movimentos feministas estavam ganhando força com a resistência das mulheres ao regime militar.

Diante da pressão dos grupos feministas e de um pedido de revisão do caso pelo Ministério Público, Doca Street foi submetido a um novo julgamento.

Da frase “Matei por amor”, proferida dramaticamente pelo assassino após sua absolvição no primeiro julgamento, nasceu o slogan “Quem ama não mata”, amplamente divulgado pelas feministas em uma campanha que teve grande adesão popular, em um período de abertura política no início dos anos 1980 (Lage; Nader, 2012).

Em novembro de 1981, Doca Street foi condenado a quinze anos de prisão em regime fechado, cumprindo apenas três anos por ter recebido liberdade condicional (Lage; Nader, 2012).

No julgamento da medida cautelar na ADPF 779, o Ministro Dias Tóffoli concedeu parcialmente o pedido, concluindo por:

(i) Firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (artigo 5º, caput, da CF).

(ii) Conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao artigo 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa.

(iii) Impedir que a defesa utilize, direta ou indiretamente, a tese da legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza a essa tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Em seguida, o relator submeteu a decisão à sessão plenária para votação. No dia 15 de março de 2024, a Ministra Rosa Weber acompanhou integralmente a liminar concedida pelo relator.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator, discordando apenas em relação à aplicação da decisão a todas as partes processuais (Calegari, 2021). O Ministro Luiz Edson Fachin acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes. Os Ministros Marco Aurélio de Melo e Alexandre de Moraes concordaram com a divergência apontada pelo

Ministro Gilmar Mendes, e o Ministro Alexandre de Moraes defendeu que o uso desse argumento para convencer jurados e magistrados da existência de um suposto direito de legítima defesa da honra levaria à nulidade do ato e do julgamento, exigindo a realização de um novo julgamento (Calegari, 2021).

Após a sessão, o relator acolheu a proposta do Ministro Gilmar Mendes e votou no sentido de que nenhum dos participantes do processo – defesa, acusação, autoridade policial ou o juízo – poderia utilizar a tese da legítima defesa da honra em nenhuma fase processual ou pré-processual, nem durante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade (Pinto, 2021).

Dessa forma, a decisão proferida por unanimidade na ADPF 779 pelo Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento liminar de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero. Em 1º de agosto de 2024, o STF confirmou por unanimidade a decisão que torna inconstitucional a tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio, tanto na fase processual quanto pré-processual, bem como perante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. Essa decisão final reforça o entendimento de que a violência contra a mulher, incluindo o feminicídio, não pode ser justificada por alegações de defesa da honra, alinhando o direito brasileiro aos princípios constitucionais de dignidade humana e igualdade de gênero.

CONCLUSÃO

A trajetória das relações humanas no Brasil pós-descobrimto revela uma evolução inegável, mas a condição feminina ainda clama por avanços significativos em direitos, segurança e o fim da violência. As conquistas apresentadas nesse artigo são significativas e colocam o Brasil como protagonista na criação das leis e políticas públicas desenvolvidas, mas ainda precisamos investir em mudanças

substanciais para garantir as mulheres sua plena cidadania. Sabemos que as mudanças de pensamento e comportamento se modificam lentamente, mas não podemos permitir que mais tempo passe até que mulheres possam exercer plenamente sua liberdade e igualdade salarial. As políticas públicas existentes, embora importantes, mostram-se insuficientes para sanar a profunda assimetria entre gêneros em nosso país. A herança histórica, de uma sociedade patriarcal, continua enraizada em nossa cultura e desfazê-la é um trabalho de luta diária das mulheres. As mudanças precisam acontecer no cotidiano familiar e de trabalho e se estender para a sociedade.

É imperiosa a criação de legislação mais eficaz e uma mobilização social que desconstrua a ideia de que gênero define potencial. As questões raciais, sexuais, a homofobia e o tratamento desigual de pessoas transgênero e com deficiência clamam por uma profunda transformação na mentalidade da sociedade. É imprescindível romper com o histórico patriarcal e edificar uma nova cultura de igualdade, começando pela base. Investir em educação e incorporar a perspectiva de gênero desde a primeira infância, quando a noção de igualdade é intrínseca, é um passo fundamental.

Portanto, embora tenhamos testemunhado progressos, o caminho para a igualdade é longo e exige um diálogo social contínuo e a coragem de expor e enfrentar as desigualdades existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. **Aspectos penais e processuais - lei maria da penha**. In: Cadernos Jurídicos. São Paulo, 2014, ano 15, nº 38. p. 105-111. Disponível:<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/38vd%2008.pdf?d=636688301325046003#:~:text=A%20Lei%20Maria%20da%20Penha%20traz%20matriz%20diferenciada%20para%20a,no%20seu%20mais%20invis%C3%ADvel%20espectro>. Acesso em: 07 de abril de 2025.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

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

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Rio de Janeiro, DF, 1940.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, DF, 1941.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, 1999.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo

Penal, o Código Penal e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF, 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o atendimento policial e pericial especializado para mulheres vítimas de violência. Brasília, DF, 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018.** Criminaliza o registro não autorizado da intimidade sexual; altera a Lei nº 12.737, de 2 de dezembro de 2012; e revoga o art. 241-B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF, 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.827, de 16 de maio de 2019.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar o delegado de polícia a conceder medidas protetivas de urgência, nos casos em que houver risco iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar. Brasília, DF, 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.984, de 3 de abril de 2020.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da vítima de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial imediato e especializado, ininterrupto e prestado por servidores previamente capacitados. Brasília, DF, 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para criar o Programa de Cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica e instituir o Dia Nacional de Combate ao Femicídio. Brasília, DF, 2021.

CALEGARI, André. **STF proíbe uso da tese de legítima defesa da honra em crimes contra mulheres.** Consultor Jurídico, 16 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-16/stf-proibe-tese-legitima-defesa-honra-crimes-mulheres>. Acesso em: 07 de abril de 2025.

CALEGARI, Luiza. **Com voto de Rosa Weber, STF tem maioria contra tese da legítima defesa da honra.** *In:* Revista Consultor Jurídico, 11 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-11/rosa-stf-maioria-tese-legitima-defesa-honra>. Acesso em: 07 de abril de 2025.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. **Delegacia de Defesa da Mulher: 35 anos no atendimento a vítimas de violência doméstica e outros crimes contra mulheres.** 17 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/delegacia-de-defesa-da-mulher-35-anos-no-atendimento-a-vitimas-de-violencia-domestica-e-ou-tros-crimes-contra-mulheres/> - Acesso em 07 de abril de 2025

CNN Brasil. **Pesquisa aponta que a cada 24h, 13 mulheres sofreram violência em 2024.** 13 de março de 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/pesquisa-aponta-que-a-cada-24h-13-mulheres-sofreram-violencia-em-2024/> - Acesso em 07 de abril de 2025

CÔRREA, Mariza. **Do feminismo aos estudos de gênero no Brasil: um exemplo pessoal.** *In:* Cadernos Pagu. n.º 16. 2001. p. 13-30. ISSN 0104-8333. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a02.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2025

DATASENADO. **Pesquisa Nacional de Violência Contra a Mulher.** Brasília, novembro de 2023. (Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/relatorio_online/pesquisa_violencia_domestica/2024/interativo.html - Acesso em 07 de abril de 2025)

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023.** São Paulo, 2023. (Dados referentes a 2022)

GARCIA, Carla Cristina. Breve história do feminismo. São Paulo: Claridade, 2011.

HABITZREUTER, Emillie Jaime. **Feminicídio e a violência de gênero**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade Federal da Grande Dourados, Mato Grosso do Sul, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/1642/1/Emillie-JaimeHabitzreuter.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2025

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Atlas da Violência 2023**. Brasília/Rio de Janeiro, novembro de 2023. (Dados referentes a 2021)

LAGE, Carmen; NADER, Maria Beatriz. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

LAGE, Carmen; NADER, Maria Beatriz. **Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social**. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Nova História das mulheres no Brasil. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 139-152.

MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

MIGUEL, Luis Felipe. **A igualdade e a diferença**. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. ed. São Paulo: Boitempo, 2014. Recurso digital. p. 60-73.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”)**. Belém do Pará, 1994. (Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.973/1996).

PAVIANI, Jayme. **Conceitos e formas de violência**. In: MODENA, Maurá Regina. *Conceitos e formas de violência*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2016. p.8-20.

PINTO, Ana Carolina Martins Monteiro. **Decisão do STF sobre legítima defesa da honra mostra evolução do Judiciário.** In: Revista Consultor Jurídico, 31 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/opiniao=-decisao-stf-legitima-defesa-honra#:~:text=A%20ADPF%20779%2C%20ajuizada%20pelo,par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico%2C%20do%20C%C3%B3digo%20Penal%20>. Acesso em: 07 de abril de 2025.

PINTO, Tiago. **STF veda tese de legítima defesa da honra em julgamentos de feminicídio.** Agência Brasil, 16 de março de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-03/stf-veda-tese-de-legitima-defesa-da-honra-em-julgamentos-de>. Acesso em: 07 de abril de 2025.

SARTI, Cynthia Andersen. **Feminismo no Brasil contemporâneo.** In: ALVAREZ, Sonia E.; HOLLANDER, Gail; CHATTERJEE, Paolina (Org.). O que é política? Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

SARTI, Cynthia A. **Feminismo e contexto: lições do caso brasileiro.** In: Cadernos Pagu. n.º 16. 2001. p. 31-48. ISSN 0104-8333. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a03.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2025.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Ligue 180: Central de Atendimento à Mulher.** Disponível em: https://www.gov.br/mulheres/pt-br/canais_atendimento/ligue-180 - Acesso em 07 de abril de 2025.

SENADO FEDERAL. Instituto Legislativo Brasileiro. **Dialogando sobre a lei maria da penha: curso a distância.** Cadernos Ead. Disponível em: <http://saberes.senado.leg.br> . Acesso em: 07 de abril de 2025.

SCOTT, Ana Sílvia. **O caleidoscópio dos arranjos familiares.** In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Nova História das mulheres no Brasil. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2013. p. 9-22.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Femicídio: uma qualificadora de natureza dúplice?**. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro*. Brasília: CNMP, 2018. p. 132-140.

SCOTT, Joan Wallach. **A cidadã paradoxal: as feministas francesas e os direitos do homem**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **A mulher na história do Brasil: de 1500 aos nossos dias**. São Paulo: Contexto, 1999.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Que gênero é esse?: um debate sobre a violência contra a mulher e a lei Maria da Penha**. São Paulo: Cortez, 2017.

PAVIANI, Jayme. **Hannah Arendt: violência, poder e autoridade**. São Paulo: Cortez, 2016.

EFICIÊNCIA E JUSTIÇA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO: UM ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*Gustavo de Carvalho Pinheiro Lago*⁵⁷

INTRODUÇÃO

A economia dedica-se ao estudo da alocação eficiente de recursos escassos, propondo mecanismos racionais para a sua distribuição em contextos diversos. A partir da análise de estratégias econômicas concretas, é possível identificar quais ações produzem os melhores resultados, ou seja, quais práticas promovem maior eficiência na aquisição, utilização e redistribuição de recursos dentro de um sistema. Essa racionalidade instrumental, orientada por resultados, busca sempre maximizar os ganhos e minimizar os desperdícios.

De forma análoga, os sistemas normativos também têm por objetivo a promoção de uma convivência social mais ordenada e eficiente. As normas jurídicas, em tese, são construídas para garantir que os indivíduos possam exercer seus papéis sociais sem que haja conflitos irreconciliáveis entre interesses diversos. Trata-se, portanto, de um mecanismo de organização da vida coletiva, estruturado de modo a minimizar tensões sociais e a maximizar os benefícios da convivência harmônica.

O Direito, como ciência normativa, atua na sistematização, criação, interpretação e aplicação dessas regras que regem a vida em sociedade. Sua missão não se limita a refletir os interesses sociais de forma descritiva; exige-se, ainda, que o Direito atue de modo proativo na promoção de um funcionamento social eficaz. As normas, nesse contexto, devem expressar não apenas a vontade social, mas também a busca por soluções que assegurem a eficiência institucional e a realização concreta dos direitos fundamentais. O “melhor”

⁵⁷ Graduado em Direito, graduado em Psicologia, Mestre em Processos Psicossociais, advogado

funcionamento da sociedade deve ser compreendido não apenas em termos morais ou formais, mas também à luz de critérios pragmáticos e econômicos, orientados ao resultado e à efetividade.

No entanto, observa-se que, com frequência, as normas jurídicas são produzidas sob forte influência de pressões conjunturais, muitas vezes motivadas por clamor social ou por interesses setoriais, sem que haja uma análise rigorosa de seus impactos. Essa ausência de avaliação das consequências pode acarretar disfunções severas, gerando efeitos colaterais não antecipados e comprometendo a eficiência do próprio sistema jurídico.

É nesse cenário que a Análise Econômica do Direito (AED) se insere como uma proposta metodológica de racionalização das decisões jurídicas. Fundamentada na lógica consequencialista da economia, a AED propõe critérios objetivos para avaliar a criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, priorizando os efeitos concretos das decisões jurídicas na alocação de recursos e no comportamento social. Como observa Christian Rosa (2008, p. 21):

O Direito teria, em face dessa sua capacidade de moldar incentivos e guiar as condutas humanas, a possibilidade de maximizar a riqueza da sociedade ao intervir nas relações sociais de modo a promover a mais eficiente alocação dos recursos disponíveis. É importante sempre lembrar que o debate sobre recursos não trata exclusivamente do dinheiro ou de bens e serviços explicitamente ofertados em mercados, mas de recursos em amplo sentido, de maneira a incluir aqueles bens e serviços cujas ofertas e demandas se veem obscurecidos por relações de natureza aparentemente não econômica.

Essa perspectiva amplia a compreensão dos efeitos jurídicos para além da dogmática tradicional, oferecendo uma lente de análise que permite visualizar os impactos reais das normas sobre os agentes econômicos, a eficiência institucional e a justiça distributiva.

Neste contexto, o Direito Tributário emerge como uma das áreas mais sensíveis e estratégicas para a aplicação da Análise Econômica do Direito. Trata-se do ramo jurídico que regula a principal fonte de financiamento do Estado: os tributos. A forma como esses tributos são instituídos, cobrados e utilizados tem consequências diretas não apenas sobre a arrecadação estatal, mas sobre toda a dinâmica econômica da sociedade. Como destaca Valter Lobato (2012, p. 490):

Sob o prisma econômico, vivemos em um Estado financiado pelos tributos. Essencialmente, o Estado com ele sobrevive e dele retira a parte da riqueza de alguns para redistribuir e gerar a concretização do valor maior: dignidade da pessoa humana. Ainda sob o prisma econômico, em que pese a necessidade de ser redistributivo, a política fiscal interfere no fluxo financeiro, na produção e no consumo, por isso, tão difícil estabelecer a metodologia correta para equilibrar tais forças, seja na tributação (fiscalidade), seja na desoneração (extrafiscalidade).

A complexidade envolvida na política tributária revela a dificuldade de conciliar objetivos muitas vezes contraditórios: arrecadar recursos suficientes para financiar políticas públicas, sem comprometer a eficiência econômica, a competitividade produtiva ou a justiça social. Neste ponto, a AED oferece ferramentas analíticas relevantes para avaliar os impactos das escolhas tributárias sobre a economia e a sociedade, propondo critérios racionais de eficiência que podem orientar tanto a formulação de políticas quanto a atuação jurisdicional.

O presente trabalho, portanto, propõe-se a investigar os potenciais benefícios da Análise Econômica do Direito quando aplicada ao campo tributário. A partir dessa abordagem interdisciplinar, busca-se compreender em que medida a eficiência — no sentido técnico do termo — pode funcionar como critério de racionalidade na construção e interpretação das normas tributárias, contribuindo para a elaboração

de um sistema mais justo, equilibrado e funcional. Ao lançar mão da AED, pretende-se superar visões meramente formalistas do Direito Tributário, integrando a análise jurídica à realidade econômica que a fundamenta.

1 BREVE ESTUDO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como dito na seção introdutória, tem-se, no presente trabalho, o objetivo de desenvolver um estudo acerca da importância do movimento da Análise Econômica do Direito no que diz respeito às questões tributárias. Contudo, antes de promover este recorte no objeto de estudo, faz-se necessário esclarecer sobre o que é este movimento que, certamente, não está adstrito a essas questões.

Em definição sucinta, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito corresponde à aplicação de métodos econômicos — da microeconomia em especial — a questões legais. Entretanto, faz-se necessário ressaltar que Direito e Economia são áreas distintas do conhecimento, tendo em vista que seus objetos de estudo são demasiadamente diferentes. Enquanto o Direito tem como principal objeto o conjunto de normas que regulamentam as relações sociais, ou seja, que disciplinam as relações entre os indivíduos de uma dada sociedade, a Economia, por outro lado, estuda a forma pela qual os recursos — notadamente escassos — são combinados para produzir bens capazes de satisfazer as diversas necessidades existentes.

Em que pese o reconhecimento desta distinção, entende-se ser inegável a afinidade entre ambas as áreas do conhecimento, relação essa tão antiga quanto a existência da própria Economia. Observa-se que o diálogo entre a ciência econômica e a ciência jurídica é fundamental para a solução de diversos problemas contemporâneos, e tornou-se um ramo de estudo que vem ganhando cada vez mais destaque nos debates jurídicos. A Análise Econômica do Direito, “devido a sua significativa influência no direito norte-americano, vem recentemente ganhando adeptos na academia jurídica nacional” (CARDOSO, 2015, p. 310).

Especialmente na tradição romano-germânica, também denominada *Civil Law*, revela-se inquestionável a relação aventada.

Conforme mencionado, a economia tem como preocupação cardinal as escolhas em condições de escassez⁵⁸. Todavia, é inconteste o fato de que, para se promover uma análise adequada da atividade econômica, deve-se, em regra, levar em conta os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos, ou seja, deve-se considerar o ambiente normativo no qual esses agentes atuam.

Isso porque, o Direito influencia, de forma drástica, os comportamentos analisados pela economia, seja por estabelecer regras de política econômica, seja por determinar direitos de propriedade, dentre outros. Semelhantemente à economia, constata-se que “o direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica” (NASCIMENTO, 2016, s.p.). Em todo o processo de formação do Direito, incluindo a criação das normas, sua interpretação e aplicação, há interferências do meio social em seus mais diversos contextos.

É sabido que, principalmente nos países da tradição romano-germânica, preponderou um pensamento jurídico positivista que reclamou veementemente a separação da racionalidade jurídica de qualquer interferência externa, alheia à sua natureza. Contudo, em que pese esse enorme esforço, é predominante, nos dias atuais, a compreensão de que seria melhor adequar o Direito à realidade, permitindo que cumpra suas funções perante a sociedade, do que manter uma estrutura normativa rígida, imutável e conseqüentemente ineficaz. Destarte, entende-se que, para assegurar tal adequação, é de suma importância a interdisciplinaridade entre a ciência jurídica e a ciência econômica.

58 Escassez compreendida como descompasso entre os desejos humanos e os recursos necessários para satisfazê-los. (FARACO; SANTOS, 2015, p. 30)

1.1 BREVE HISTÓRICO DA *LAW AND ECONOMICS*

Desde meados século XVII, é possível constatar a existência de vários diálogos entre as ciências jurídica e econômica, sendo ressaltados por muitos autores, dentre os quais se destacam Adam Smith e Jeremy Bentham, que estudaram “os efeitos econômicos das normas jurídicas” e “a relação entre utilitarismo⁵⁹ e legislação”, respectivamente, destacando a importância de se promover uma análise interdisciplinar dos acontecimentos sociais.

A corrente filosófica instaurada por Adam Smith, focou nas normas jurídicas que regulam o Mercado, regrando a atividade econômica.

Esta se desenvolveu junto à maturação da Economia como ciência e com a expansão das preocupações a respeito da regulação do mercado pelo Estado, primeiramente, para a garantia do adequado funcionamento de seus mecanismos inerentes, supostamente suficientes para a boa condução das relações de troca de bens e serviços. Posteriormente, essa corrente se desenvolveu no sentido de estudar também a intervenção estatal no domínio econômico com a finalidade de implementar políticas públicas, desenvolvimento comercial e industrial ou então simplesmente para inibir as consequências pouco salutares decorrentes das falhas que se revelaram nesses mecanismos. (ROSA, 2008, p. 6)

A escola instituída por Jeremy Bentham, no século XVIII, cuidou, em especial, das normas que regulavam comportamentos alheios ao mercado, ocupando-se de interpretar relações jurídicas não

59 O utilitarismo é uma doutrina ética defendida principalmente pelo filósofo Jeremy Bentham que afirma que as ações são boas quando tendem a promover a felicidade e más quando tendem a promover o oposto.

econômicas sobre a perspectiva da Economia ou, ao menos, a partir de sua racionalidade própria, em especial um certo individualismo metodológico em que ao membro da sociedade é imputada a característica da busca do auto interesse. O referido filósofo foi

o primeiro a alegar que, mesmo em campos em que o interesse pessoal não é evidente ou então os reais anseios são dissimulados, os indivíduos agem na sociedade em função de seu interesse próprio, buscando maximizar racionalmente suas vantagens em quaisquer relações, segundo parâmetros utilitários. Defendeu que a busca pela felicidade e o desejo de afastar a dor é o único mecanismo que efetivamente determina o sentido das ações humanas e, em seu aglomerado, de toda a sociedade. (ROSA, 2008, p. 7)

Como se pode observar, nos trabalhos dos autores supracitados, já é presente a inter-relação das disciplinas econômicas e jurídicas. Contudo, até 1960, a utilização do método econômico pelos operadores do Direito restringia-se apenas a determinados campos específicos (legislação antitruste, propriedade intelectual, entre outros), ou seja, sua abrangência ainda era limitada. Entretanto, com o movimento da *Law and Economics*⁶⁰ norte-americano a produção científica se intensificou nesta esfera do conhecimento. Richard Posner, Ronald Coase e Guido Calabresi são os principais nomes do movimento conhecido como Análise Econômica do Direito que consiste, sobretudo, na aplicação de alguns princípios da teoria microeconômica neoclássica, na análise das normas jurídicas.

Carvalho (2009) pontua que, para Posner, as origens da Análise Econômica do Direito estão ligadas ao *Common Law*, cuja prevalência é pelo Direito jurisprudencial, ou seja, baseado em precedentes

⁶⁰ Denominação, em inglês, do movimento que promove a Análise Econômica do Direito.

judiciais, sendo apontado por ele como o campo por excelência da maximização da riqueza de uma sociedade. A título de ilustração, a autora ainda conta que, em sua atuação como juiz do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito, Posner revelou que, ao julgar um caso, utilizava como parâmetro não os precedentes, mas a sensatez da repercussão de suas decisões.

Tal fato retrata a veemente crítica, proposta pela Análise Econômica do Direito, à norma positivada, interpretando-a a partir de um método baseado na consequência efetiva ocasionada pela devida aplicação do Direito, ou seja, na busca por eficiência econômica. A esse respeito, Aguillar (2006, p.38) pontua que

o *Law and Economics* procura demonstrar como o Direito pode ser mais eficiente na sua regulação social e econômica. Para tanto, estabelece um ferramental conceitual, baseado no individualismo metodológico e no utilitarismo, que impõe o estudo da própria política econômica mais do que das normas jurídicas que a veiculam.

Como se pode observar, a Análise Econômica do Direito parece propor uma certa ruptura com o formalismo jurídico norte-americano, que reafirma as clássicas teorias positivistas do Direito. Seus autores parecem entender que a questão formal a respeito do Direito deve ser deixada em segundo plano, o que faz parecer que a teoria foi construída de forma a ser uma alternativa às abordagens mais tradicionais e formalistas do Direito.

Para se ter ideia do tamanho dessa suposta ruptura, Rosa (2008), afirma, em seu trabalho intitulado **Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito**, que o problema da definição do Direito – tema mais discutido pelas teorias estruturalistas – é pouco tratado nos textos de *Law and Economics* e apenas incidentalmente é que ele aparece nos trabalhos dos autores da Análise Econômica do Direito. Alguns desses incidentes podem ser encontrados em determinados textos em que

Richard Posner estabelece um debate mais teórico a respeito do Direito ou de outras teorias jurídicas. No entanto, mesmo quando o autor se propõe a abordar tal temática acerca da distinção do Direito, bem como identificar o que lhe é essencial, conclui por adotar uma postura que pode ser definida como relativista, já que crê na possibilidade de se compreender o que é o Direito apenas circunstancialmente, tendo em vista a mutabilidade de seu conteúdo e a incerteza a respeito de sua aplicabilidade no tempo e no espaço.

A ausência de textos mais aprofundados a respeito do problema da essência configuradora do Direito indica que outra deve ser a faceta jurídica em que se debruçam seus autores. O foco das atenções da Teoria Econômica do Direito parece ser composto por duas outras variáveis do debate jurídico, quais sejam a finalidade e função do Direito, que nestes argumentos economicistas se veem intimamente vinculadas. (ROSA, 2008, p. 34)

Como se pode observar, em detrimento dos debates sobre “O que é o Direito?”, estudar a sua função e finalidade são as grandes preocupações dos autores da *Law and Economics* e, conforme Friedman (1992, p. 31), dentre as suas principais propostas estão:

Prever os efeitos das normas jurídicas a partir do ponto de vista econômico (teoria dos preços); determinar sob a ótica econômica quais normas jurídicas são eficientes (economia do bem-estar); e utilizar a ciência econômica para definir que normas jurídicas serão editadas (escolha pública).

Em linhas gerais, tais propostas amoldam-se em duas abordagens que compõem os diferentes objetivos teóricos presentes quando se utiliza o ferramental economicista na abordagem de temas

jurídicos, sejam eles meramente descritivos ou caracterizados pela normatividade. Segundo tal critério, pode-se diferenciar a Análise Econômica Positiva e a Análise Econômica Normativa do Direito. Sobre este aspecto, Caliendo (2009) aponta que a Análise Econômica do Direito não é propriamente uma escola, mas sim um movimento que abrange diversas escolas, algumas delas com verdadeiras distinções entre si, de onde podem ser destacadas duas perspectivas primordiais: a perspectiva descritiva e a perspectiva normativa.

Vê-se, então, que a análise econômica pode ser utilizada para explicar o que foi o Direito, mas também para explicar o que ele deve ser, ou seja, explicar como a sociedade pode controlar de forma ótima o nível das mediações sociais, adotando normas institucionais baseadas em critérios econômicos. A este respeito afirma Posner que “a distinção entre positivo e normativo, entre explicar o mundo como é e tratar de transformá-lo para torná-lo melhor, é básica para entender a AED”. (POSNER citado por ALVAREZ, 2006, p. 57).

1.2 ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA DO DIREITO

O enfoque meramente descritivo, que corresponde ao aspecto positivo da Análise Econômica do Direito, é corrente majoritária da escola de Chicago. Trata-se de uma abordagem que se limita a exercer um papel explicativo das normas jurídicas e procura determinar, a partir de dados empíricos relativos à aplicação destas, suas consequências (efeitos e eficácia social).

Este enfoque é de extrema relevância porque permite indicar quais são as normas que trazem efeitos positivos, ou seja, que cumprem os fins a que se propõem, e quais são as que podem gerar desequilíbrios. Desta forma pode orientar, além da dogmática jurídica, a fixação de objetivos de política legislativa.

Ao avaliar se são desejáveis as consequências de uma determinada norma, analisa-se não apenas seu resultado no caso concreto, mas, também, seus efeitos sobre o comportamento daqueles

que, conhecendo essa norma, modificam suas ações para levá-la em consideração. Desta forma, a análise econômica altera radicalmente os fundamentos que várias vezes são equivocadamente utilizados para sustentar a defesa de uma determinada regulamentação ou, diversamente, o ataque contra ela, eliminando motivações superficiais e levianas, de forma a substituí-las por um conjunto diferente e muito mais complexo de questões. Ou, nas palavras de Caliendo (2009, p.15), “trata da aplicação de conceitos e métodos não jurídicos no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas”.

Como se pode observar, a análise econômica positiva provoca uma abertura do ordenamento jurídico a outros ramos do conhecimento. Desse modo, ela acaba se tornando apenas mais uma dentre as várias análises possíveis tais como a filosófica, a psicológica, ou, ainda, a análise sociológica do Direito.

O problema é que, por se tratar de uma abertura sistêmica, sua aplicabilidade deve ser vista com ressalvas. No Estado brasileiro, onde as competências originalmente são repartidas a partir da Constituição Federal, tamanha abertura somente é possível em hipóteses bastante específicas e a partir de mecanismos de integração do Direito, tais como o Princípio da Razoabilidade, nos casos em que o jurista deve

ponderar acerca da aplicação de dois ou mais princípios em um dado caso concreto, ou no caso de omissão da lei, quando, conforme permite o artigo 4a, do Decreto-lei na 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil – o juiz poderá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. (FORTES; BASSOLI, 2010, p. 238)

Não obstante, faz-se necessário ressaltar que, mesmo nos casos supracitados, não se trata propriamente da abertura do sistema jurídico aos demais ramos do conhecimento, mas, sim, da incidência do próprio direito ao caso concreto, permitindo-se a incorporação de preceitos extrajurídicos.

1.3 ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DO DIREITO

A abordagem normativa, formulada por Richard Posner, corresponde à tese segundo a qual os juízes e legisladores devem estabelecer normas jurídicas que induzam um comportamento eficiente (economicamente ou não). É da ampla preocupação que os economistas têm com a eficiência, portanto, que decorre o aspecto normativo da Análise Econômica do Direito. A análise do grau de eficiência, em termos econômicos, pode ser utilizada como critério norteador para construção de raciocínios jurídicos, buscando uma função específica para o Direito. Tal abordagem identifica, de acordo com critérios de eficiência, as normas que geram efeitos negativos e as que geram efeitos positivos e a partir daí determina quais normas deverão ser editadas.

Essa tese, ao pretender orientar a produção normativa, acaba interferindo no âmbito da regulação estatal das relações privadas. Os economistas da *Law and Economics* afirmam, a princípio, que essa regulação seria tarefa própria dos mercados, e não do governo. Tende-se, portanto, a afastar a intervenção do Estado nas relações sociais, especialmente nas que envolvem interesses econômicos, confiando na capacidade de negociação das partes envolvidas. Isto porque

as intervenções estatais limitariam as ações, controlando apenas seus elementos exteriores. Desta forma, o Estado, por meio do Direito, só deveria intervir diretamente nas relações econômicas quando a atuação do mercado não fosse mais eficiente, ou seja, quando houvesse falhas de mercado. (SILVA, 2008, p. 7)

Contudo, faz-se necessário ressaltar que não se trata de defesa ao não intervencionismo estatal. Os teóricos da *Law and Economics* apenas entendem que, uma vez que o governo, através do sistema legal, invariavelmente intervirá na economia, a contribuição de elementos

econômicos pode ser fundamental para que tal intervenção se dê de forma adequada.

Portanto, nas situações em que a intervenção estatal é apropriada, a análise econômica do Direito aponta diretrizes para determinar como deve ser feita para que seja eficiente. Pelo raciocínio econômico, por exemplo, incentivos capazes de gerar a auto regulação, como a responsabilização ou mesmo incremento nos custos, proporcionam amplas vantagens.

A tese normativa considera que um sistema fundado em princípios econômicos seria congruente com as intuições morais da sociedade e que os indivíduos, tendo em vista que agem a partir desses mesmo princípios, consentiriam com esta opção. Diante disto, entende-se que a escolha pelo critério da eficiência seria legítima.

Segundo Kornhauser (1992), a tese descritiva, voltada para a *Common Law*, afirma que este sistema seria eficiente, já que os juízes, na tomada de decisões, usualmente seguem o raciocínio econômico, ainda que implicitamente. Defende que o Direito criado pelos juízes induz um comportamento eficiente, independentemente das motivações ou práticas que o influenciaram. Contudo, por atestarem as limitações dessa tese, surgiram interpretações diversas que modificaram consideravelmente seus fundamentos. A tese evolucionista, por exemplo, defende que a própria sociedade seria responsável por garantir a eficiência, questionando judicialmente as normas ineficientes. Neste caso, seriam as pressões sociais que determinariam a seleção feita pelo juiz a favor da eficiência. Esta compreensão abarcaria melhor a complexidade do sistema que produz as normas jurídicas, tendo em vista que “afasta o caráter instrumental da tese normativa e admite que outros atores sociais, baseados em critérios não meramente econômicos, atuam na produção do direito”. (SILVA, 2008, p. 8).

Em síntese, o objetivo comum das diferentes teses que integram o aspecto normativo é a obtenção da eficiência no sentido de utilidade social da norma (maximização da riqueza), que pode ser alcançada com ou sem intervenção estatal, dependendo do caso concreto.

Portanto, introduz-se no processo de tomada de decisões um enfoque consequencialista e, além disso, dá-se uma fundamentação econômica à teoria do Direito sendo que, neste sentido, mais que se centrar nos efeitos das normas, centra-se na eficiência e, portanto, no princípio da maximização. Diante disto, a fim de esclarecer sobre o que vem a ser a maximização da riqueza, faz-se necessário uma breve abordagem do teorema de Ronald Coase que será exposto a seguir.

1.4. O TEOREMA DE RONALD COASE E A MAXIMIZAÇÃO

Um dos problemas do ramo econômico de mais difícil diagnóstico é o dos efeitos colaterais da produção de bens ou serviços sobre outras pessoas que não estão diretamente envolvidas com a atividade em questão, ou seja, as externalidades. Tratam-se de fatores positivos e negativos que influenciam na tomada de decisões, principalmente com foco no âmbito econômico. São uma espécie de falha do mercado, ao lado da concorrência imperfeita, das informações assimétricas, entre outros, e que, assim sendo, correspondem a situações nas quais, supostamente, a mão invisível⁶¹ de Adam Smith demonstra-se insuficiente para corrigir os desvios do sistema econômico.

Ronald Coase, na pretensão de propor uma solução para este problema, direcionou a abordagem para os chamados custos de transação. Embora este seja um conceito que comporta versões variadas, pode-se afirmar que, em regra, diz respeito às atividades e aos custos necessários para a concretização de uma determinada negociação, a saber:

a busca pela informação por partes dos agentes econômicos das circunstâncias em que operam; a atividade de negociação, as quais determinarão as

61 Termo introduzido por Adam Smith em sua obra **A Riqueza das Nações** para descrever como, numa economia de mercado, apesar da inexistência de uma entidade coordenadora do interesse comunal, a interação dos indivíduos parece resultar numa determinada ordem.

verdadeiras intenções dos compradores e vendedores; a realização e a formalização dos contratos de acordo com o Direito vigente, a verificação do cumprimento e, por fim, a correta aplicação desses contratos, de forma a garantir a cobrança de indenização por prejuízos às partes que não seguirem as obrigações pactuadas. (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 62)

Assim como, em regra, fazem os demais economistas, Ronald Coase partiu de modelos ideais para explicar um determinado fenômeno. Conforme seu teorema, se os custos de transação forem nulos e as partes puderem transacionar no sentido de atingir compensações mútuas, as externalidades geradas poderão ser solucionadas por meio das escolhas de ambas as partes. A teoria dos custos de transação trabalha com o conceito de racionalidade limitada ou imperfeita, segundo a qual as pessoas tentam maximizar as suas utilidades, pontuadas pelos limites impostos, ao lado da capacidade de absorver e processar informações. A principal meta da Teoria dos Custos de Transação é entender como as leis e o Poder Judiciário vão ser balizadores para uma melhor alocação dos recursos, pois a capacidade de economizar os custos de transação dentro de uma determinada empresa é decisiva para aferir quais operações serão feitas dentro desta ou fora, via mercado.

O Teorema de Coase parte do princípio que nas relações de mercado, além dos custos de produção e de transporte, existem custos de transação. Segundo ele, em uma situação ideal em que os custos de transação fossem iguais a zero, seria mais adequada a livre negociação das partes do que a intervenção estatal. Nos casos em que a intervenção estatal fosse necessária deveria ser feita baseada em critérios de eficiência e utilidade, que aumentariam a segurança e previsibilidade jurídicas, e não com base em critérios jurídicos abstratos, como culpa ou justiça. (MARTINS, 1992, p. 29)

A determinação do que seria a escolha eficiente para a sociedade parte dos objetivos e preferências individuais, já que os indivíduos usualmente tomariam suas decisões de modo a maximizar seus interesses próprios. Baseando-se neste “individualismo metodológico”, pelo qual o comportamento econômico global consiste na agregação das decisões dos indivíduos, a Análise Econômica do Direito legitima a opção pela eficiência porque esta seria considerada em função da somatória das preferências individuais, sendo, por isso, democraticamente justificável.

Destarte, as regras de maximização da riqueza seriam justas por serem reflexo do consentimento social. Rigorosamente, as escolhas devem corresponder à alternativa menos custosa para a sociedade como um todo, sendo estas, geralmente, as que distribuem os riscos entre as partes. Neste ponto, verifica-se uma ruptura com os tradicionais critérios de justiça do Direito convencional, tendo em vista que a justiça passa a ser vista como distribuição dos custos associados ao risco. Para Posner, a justiça é frequentemente uma versão da eficiência e esta sempre foi um valor social indispensável.

A tarefa da *Law and Economics* seria menos penosa se a eficiência pudesse ser tomada como o único e principal objetivo, assim como diversos teóricos da Análise Econômica do Direito defendem. Neste sentido, David Friedman (1992, p. 33) chegou a afirmar que, ainda que a eficiência econômica não seja a única finalidade do Direito, “seria mais vantajoso para toda a sociedade se os tribunais, ao invés de tentar promover a redistribuição de riquezas, o que geralmente não é alcançado, garantissem a eficiência”.

Entretanto, com um pensamento notadamente diverso do mencionado por Friedman, Guido Calabresi defende que a eficiência econômica não seria o único valor a ser considerado. Deveriam ser consideradas também questões de justiça distributiva. O autor propõe uma combinação entre a riqueza total e sua distribuição de modo a conciliar critérios de justiça. Para ele, a justiça teria poder dominante e, por isso, seria melhor assegurar uma distribuição mais igualitária em detrimento de uma utilidade total.

Neste sentido, Silva (2008, p. 12) pontua que “ainda que critérios de distribuição sejam incluídos no discurso retórico de algumas escolas de análise econômica do direito, na prática frequentemente são deixados de lado”.

Observa-se, portanto, que, em regra, a tese normativa desconsidera preocupações de natureza distributiva, havendo tão somente a suposição de que sociedades que geram maximização de riqueza, por esta razão, chegariam mais perto dos ideais de justiça distributiva.

Como se verá, é este aspecto normativo que, para a maioria dos autores, é tido como a abordagem mais indicada para a aplicação da Análise Econômica do Direito nas questões tributárias. Considerando ser este o principal objeto de estudo do presente trabalho, no próximo capítulo, promover-se-ão considerações a este respeito.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO E O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CERRADA

Observa-se cotidianamente que a realidade burocrática brasileira representa um elevado custo de transação, implicando efeitos negativos na relação Estado e contribuinte. Em reportagem publicada pelo Portal Estadão, constata-se que “a carga tributária brasileira, apesar de elevada, não é o único vilão do sistema fiscal do País. A deficiência, para especialistas, é potencializada pela burocracia da estrutura brasileira frente aos modelos de outros países”. (PAPP, 2014, s.p.)

Informa a reportagem que, no Brasil, uma empresa gasta em média 2.600 (duas mil e seiscentas) horas por ano para administrar impostos, ou seja, quase dez vezes a média dos 189 (cento e oitenta e nove) países pesquisados no estudo *Paying Taxes 2014*, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A título de ilustração, destaca-se ainda que o segundo lugar, Bolívia, gasta menos da metade do tempo: 1.025 (mil e vinte e cinco) horas.

Nota-se, por exemplo, que elevados custos de transação são materializados por sanções políticas impostas pelo Estado, obstando o sistema de mercado. Apesar disso, o sistema tributário brasileiro, pelo princípio da tipicidade cerrada⁶², deixa pouca margem para inovações do juiz, mas é importante ressaltar que tal fato não necessariamente quer dizer que obste, de forma definitiva, o Poder Judiciário. Estuda-se, pois, conjuntamente, o Direito, a Economia, as instituições e as organizações. Como é sabido, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, refletindo nas organizações e instituições. Nessa linha de raciocínio, Sztajn (2005, p. 3) afirma que

a análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados.

Por sua vez, Caliendo (2009) considera indispensável que se faça menção à concepção de eficiência fiscal, na medida em que, no Estado Democrático de Direito, a carga fiscal representa o equilíbrio entre os interesses de diversos grupos sociais, principalmente no que se relaciona com as tarefas do Estado e o seu financiamento. O termo eficiência pode ser compreendido como a utilização de determinados

62 Por este princípio, entende-se que o tributo só pode ser criado e alterado por lei, isto é, por ato legislativo. Mas, um ato do Poder Legislativo esgotante, exaustivo, que diga tudo que é necessário para que se repute criado um tributo. Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho, “a tipicidade é cerrada para evitar que o Administrador ou o juiz, mais aquele do que este, interfiram na sua modelação, pela via interpretativa ou integrativa”. (COELHO, 2001, p. 200)

processos para a maximização de resultados pela menor utilização dos meios. Depreende-se que a estrutura fiscal interfere diretamente nas escolhas econômicas e políticas. Destarte, faz-se necessário ressaltar a importância da interdisciplinaridade:

Não se trata de negar a autonomia semântica e sintática da linguagem jurídica, mas de reconhecer que a rede de significados adotados no direito decorre de uma conexão entre eficiência e justiça. Não há como negar qualquer relação ou determinar uma ordem de prioridade de uma sobre a outra. A compreensão do relacionamento entre justiça e eficiência é fundamental para a determinação de um sistema tributário justo e a afirmação de uma sociedade de direitos do contribuinte. (CALIENDO, 2009, p. 94)

Contudo o autor demonstra posteriormente que, do ponto de vista econômico, a tributação gera a ineficiência. Certifique-se que, por óbvio, não deve ser eliminada – assim seria condenar o Estado à impossibilidade de subsistir – mas “praticada de modo a não inibir ou intimidar a atividade privada, principal geradora de riquezas”. (CALIENDO, 2009, p. 211). O autor considera que, pela ótica da Análise Econômica do Direito Tributário, a tributação é um mal necessário.

Contudo, faz-se necessário ressaltar que Enno Becker, teórico responsável por introduzir a interpretação econômica do Direito tributário na Alemanha, compreende a tributação de forma diversa da supramencionada.

2.1. BREVE HISTÓRICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO RAMO TRIBUTÁRIO.

Como dito, foi com o jurista Enno Becker que, na Alemanha do início do século XX, se introduziu a interpretação econômica

do Direito tributário. Reis Junior (2008) dispõe, em seu artigo **A imunidade subjetiva do contribuinte de fato: uma análise da chamada interpretação econômica do direito tributário**, que o renomado jurista, atormentado pelo exagerado formalismo predominante na matéria e buscando combater o entendimento de que o Direito tributário era um mal necessário e que por isso deveria ser interpretado restritivamente, propôs a “doutrina lastreada na preponderância do conteúdo econômico sobre a forma jurídica”. Tendo em vista o princípio da capacidade contributiva, a doutrina afirmava a necessidade de se considerar na compreensão da lei tributária, o objetivo do preceito, seu alcance econômico e as suas relações com o desenvolvimento das situações da vida prática.

No Código Tributário de 1919 o dispositivo abaixo transcrito, revolucionando o direito tributário dentro e fora da Alemanha, dispôs:

§ 4º Na interpretação das leis tributárias devem ser considerados a sua finalidade, o seu significado econômico e o desenvolvimento das circunstâncias. À teoria do critério econômico conjugou-se a regra do abuso de formas, traduzida no preceito do art. 5o do Código Tributário Alemão de 1919:

Art. 5º A obrigação tributária não pode ser elidida ou reduzida mediante o emprego abusivo de formas e formulações do direito civil. Haverá abuso...

1. quando, nos casos em que a lei submete a um imposto fenômenos, fatos e relações econômicos em sua forma jurídica correspondente, as partes contratantes escolhem firmas ou negócios jurídicos inusitados para eludir o imposto e

2. quando, segundo as circunstâncias e a forma como é ou deve ser processado, obtêm as partes contratantes, em substância, o mesmo resultado econômico que seria obtido, se escolhida fosse a forma jurídica correspondente aos fenômenos, fatos e relações econômicos. (REIS JUNIOR, 2008, p. 14)

Como se pode observar, trata-se de um critério de interpretação das normas tributárias no qual haveria de prevalecer o significado econômico em detrimento das formas jurídicas já disciplinadas. Destarte, por ter um conteúdo essencialmente econômico, a lei tributária deveria ser interpretada segundo um critério próprio, no qual precisaria se levar em conta a realidade econômica subjacente ao fato gerador do tributo.

Já na década de 50, a interpretação econômica passou por duras objeções promovidas por opositores temerosos com a insegurança que esta teoria poderia trazer. Contudo, a tese encontrou novas forças e ressurgiu, recentemente, renovada, situando-se no campo de tensão entre “igualdade e justiça na tributação” e “o imperativo da segurança jurídica”.

Hoje, a doutrina alemã vem reconhecendo que a “interpretação econômica” nada mais é do que uma expressão da interpretação teleológica do Direito tributário, que leva em conta os fins econômicos de tal ramo do Direito.

Nos moldes germânicos, superando a contraposição que se colocava entre a interpretação econômica e a interpretação jurídica, nesses termos, a interpretação de lastro teleológico com consideração aos critérios econômicos passou a ser também jurídica. (REIS JUNIOR, 2008, p. 15)

Neste sentido, faz-se necessário frisar que, para falar de Direito e de seus operadores, o trabalho de interpretação deve ser jurídico. A interpretação econômica de uma fonte jurídica pode se dar nas aplicações de diversas outras ciências, mas não nos domínios do Direito em si.

Em apelo à precisão terminológica, afirmamos que a interpretação econômica é um equívoco, pois a interpretação no campo jurídico, é sempre jurídica,

embora pretenda realçar os fins do direito tributário, que repousa sobre um emaranhado de relações econômicas. (REIS JUNIOR, 2008, p. 15)

Em que pese o reconhecimento de que a realidade econômica é uma variável fundamental para a lógica tributária, há que se afirmar que, em respeito ao princípio da legalidade, só se pode lançar mão desta realidade se sua expressão for incorporada ao mundo do Direito positivo. Ainda que a economia comporte uma disciplina rica de informações, trata-se de uma ciência desprovida de critérios decisivos para a solução de problemas jurídico-tributários, exceto quando o próprio Direito incorpora em seu sistema os dados ou conceitos daquela ciência, conferindo-lhe juridicidade.

A conclusão a que chegamos é que a substituição do critério jurídico, que é objetivo e seguro, pelo critério econômico do fato gerador, implica trocar o princípio da legalidade por cânones de insegurança e de arbítrio, incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro, pois ao se levar em consideração e sem restrições o critério econômico, sem se atender à forma jurídica, atingir-se-ia consequências que são totalmente insusceptíveis de controle jurídico. (REIS JUNIOR, 2008, p.15)

Como se pode observar, entende Reis Junior que a interpretação econômica e o sistema jurídico brasileiro são inconciliáveis. O princípio da legalidade – ou, como anteriormente mencionado, o princípio da tipicidade cerrada – é preceito constitucional que notadamente garante a segurança jurídica.

Misabel Derzi (2005, p. 799) discorre sobre as limitações das possibilidades interpretativas no âmbito jurídico:

A sentença cria, descobre ou revela a norma. Mas apenas a norma do caso. Em razão dessa realidade constitucional, classicamente fundada na separação e harmonização entre os Poderes, não cabe a um Tribunal substituir a aplicação da norma individual, nem tampouco do princípio da justiça individual e da capacidade econômica subjetiva por uma presunção *iuris et de iure*.

É sabido que o CTN (Código Tributário Nacional), no seu artigo 97, consagra este princípio e, portanto, restringe-se em absoluto qualquer possibilidade interpretativa da norma por meio de métodos interdisciplinares. Neste sentido, Ives Gandra da Silva Martins (1983, p. 185) aponta que “é fechada a tipicidade de tributo e pena. É absoluta a reserva da lei. Sua veiculação normal deve conter todas as informações necessárias para aplicação da norma”. Ou ainda, para Ruy Barbosa Nogueira (1995, p. 139), “o princípio da Legalidade Tributária é o fundamento de toda a tributação (...)”.

Entende-se, portanto, que caso não haja um dos elementos presentes no artigo supracitado, está-se diante de uma insegurança jurídica e de um problema de ilegalidade tributária, visto que se estaria ferindo o princípio da tipicidade cerrada.

Contudo, como ver-se-á no próximo capítulo, alguns juristas parecem ver na mencionada distinção entre as abordagens descritiva e normativa uma possível aplicação da Análise Econômica do Direito ao campo tributário.

3 A APLICAÇÃO FACTUAL DA ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA NO CAMPO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Conforme explicado no primeiro capítulo, a Análise Econômica do Direito comporta duas abordagens: a positiva e a normativa. A primeira, descritiva, examina o direito tomando por base mecanismos próprios da economia, não jurídicos, ou, nas já mencionadas

palavras de Caliendo (2009, p. 15), “trata da aplicação de conceitos e métodos não jurídicos no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas”. Com isso, busca entender o Direito e as suas instituições analisando muitas vezes os efeitos econômicos que o ordenamento jurídico produz, como, por exemplo, qual será o impacto de determinada decisão judicial nos agentes econômicos a ela submetidos, ou se os efeitos pretendidos efetivamente serão alcançados ou, ainda, se alcançar os objetivos seria a melhor solução para o caso concreto ou para a sociedade como um todo. Como dito anteriormente, é possível observar, neste sentido, que esta abordagem provoca abertura do ordenamento jurídico aos outros ramos do conhecimento.

Contudo, como já mencionado no capítulo anterior, estas possibilidades interpretativas são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Grande parte da doutrina entende ser demasiadamente limitada a Análise Econômica do Direito no campo tributário. Alex Raskolnikov (citado por OLIVEIRA, 2014, s.p.) defende o argumento de que no sistema tributário o *trade-off*⁶³ apenas se daria entre os grandes benefícios do uso dos impostos e o seu grande custo, não sendo possível falar em eficiência nesses casos, pois o sistema sempre seria ineficiente. Outro argumento defendido pelo autor é o de que haveria uma fronteira clara para os estudos tributários, pois não haveria um sistema ótimo tributário, o que nos tiraria o guia para resolver questões básicas com a mesma convicção que conseguimos resolver em outras áreas do Direito.

Observa-se, portanto, que as críticas à aplicação da *Law and Economics* ao Direito Tributário não se restringem apenas à questão da estrita legalidade. Contudo, o que se percebe, em todas elas, é um equívoco comum ao não se diferenciar os dois aspectos descritivo e normativo da Análise Econômica do Direito, sendo o último aquele que trata de como deveria ser a tributação, o que difere da abordagem

63 *Trade-off* é um termo da língua inglesa que define uma situação em que há conflito de escolha. Ele se caracteriza em uma ação econômica que visa à resolução de um problema, mas acarreta outro.

positiva meramente interpretativa. Tal equívoco faz com que se ofusque na maioria das vezes o verdadeiro objetivo da aplicação dos fundamentos analíticos da Economia na tributação e se perca algo que poderia ser valioso na formulação de políticas públicas ou mesmo no planejamento tributário dos contribuintes. Cristiano Carvalho (2012) chama a atenção para que não se confunda o Direito e Economia aplicado à tributação com formas de interpretação que acabam beneficiando os interesses financeiros do Estado, tais como o estudo da modulação dos efeitos nas decisões em ações diretas de inconstitucionalidade.

Neste mesmo sentido, Castro (2011, p. 3) aponta que:

nos processos judiciais que tratam de matérias de direito tributário, embora não exclusivamente neles, existem sempre, e de maneira muito proeminente, ao lado dos aspectos passíveis de serem representados por meio de categorias analíticas mais convencionais do direito, também outros aspectos que necessitam ser evidenciados, compreendidos e avaliados em suas consequências práticas, por meio de uma perspectiva econômica.

Segundo Oliveira (2014), são apenas alguns dos diversos pontos de estudos possíveis na Análise Econômica do Direito Tributário, como por exemplo, a teoria dos jogos, para decisões estratégicas dos Estados e para questões como elisão fiscal; a ideia da eficiência para os tributos que interferem diretamente no âmbito econômico; o estudo do “peso morto” na tributação e a econometria para análise de dados empíricos; custos de conformidade e custos sociais dos tributos; dentre outros.

Nesse sentido, a fim de retratar as possibilidades factuais de utilização da abordagem econômica, utilizar-se-á o relato de uma lide fiscal entre uma empresa tabagista e o Estado na pretensão de demonstrar como a análise econômica normativa do Direito

aplica-se ao campo tributário, em detrimento da insistência dos teóricos mais conservadores em relatar a impossibilidade de se utilizar conhecimentos econômicos neste âmbito.

3.1. ESTUDO DE CASO: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A LIDE FISCAL ENTRE A “AMERICAN VIRGINIA” E A UNIÃO FEDERAL.

Inicialmente, propõe-se a seguinte reflexão:

Os mecanismos tributários não podem impor óbices que dificultem ou impossibilitem o ingresso e a permanência do agente econômico no mercado, salvo se estes forem essenciais à fiscalização e à arrecadação e atingirem indiscriminadamente todas as empresas que exercerem a atividade econômica a que se referem. (FORTES; BASSOLI, 2010, p. 248)

Com esse apontamento, os autores Fellipe Fortes e Marlene Bassoli, em seu artigo intitulado **Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal**, iniciam o estudo do caso em questão, na pretensão de ressaltar a importância de se utilizar as contribuições da análise econômica normativa do Direito, diante das barreiras tributárias impostas às empresas tabagistas.

Semelhantemente, a autora Nathalie Carvalho (2009) lança mão do mesmo caso, tanto em sua dissertação de mestrado denominada **Uma análise econômica dos direitos fundamentais dos contribuintes em face da necessidade de comprovação de regularidade fiscal**, quanto em seu artigo científico intitulado **A análise econômica do direito tributário**. Ademais, destaca-se, da mesma forma, que os autores Cristiano Carvalho e Ely José de Matos (2008) dissertaram sobre este caso em seu artigo **Análise econômica do direito tributário e colisão de princípios jurídicos: um caso concreto**. Ainda, ressalta-se que o mesmo estudo de caso também foi analisado por Fernanda

Gomes (2010) em um artigo intitulado **O Supremo Tribunal Federal e o caso American Virginia**, o que, certamente, demonstra a importância e a relevância das questões por ele abarcadas.

O caso envolve a American Virginia Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Tabacos Ltda., uma fabricante de cigarros que teve o seu registro especial cancelado pelo não recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), tal como previsto no Decreto-lei no 1.593/77, tendo em vista que, de fato, conforme disposto em seu art. 1º, § 2º, inciso II, o não pagamento dos tributos administrados pela Receita Federal constitui hipótese de cancelamento deste registro que é uma condição necessária para a produção de cigarros. Veja-se:

§ 2º A concessão do registro especial dar-se-á por estabelecimento industrial e estará, também, na hipótese de produção, condicionada à instalação de contadores automáticos da quantidade produzida e, nos termos e condições a serem estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, à comprovação da regularidade fiscal por parte:

(...)

II – de seus sócios, pessoas físicas, diretores, gerentes, administradores e procuradores; (*grifo nosso*)

Diante do não recolhimento do imposto, a Receita Federal concedeu à Empresa, durante o processo fiscal, o prazo de dez dias para regularização de sua situação tributária, ou seja, o pagamento de todos os débitos existentes.

A autuada, então, na pretensão assegurar o direito ao livre exercício da sua atividade econômica, ingressou com uma medida cautelar em primeiro grau (Processo no 2007.51.10.002658-1 – 1ª Vara de Execuções Fiscais da Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro), sob a alegação de que o Estado estaria aplicando uma “sanção política” como forma de coagi-la a pagar o tributo, sendo que tal ato é

vedado pela Constituição Federal e por entendimentos já sumulados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Questionou-se também, na oportunidade, a constitucionalidade do Decreto-Lei no 1.593/77, sob o argumento de que não teria sido recepcionado pela magna carta (arts. 5º, XIII e LIV e 170), por implicar em uma manifesta sanção política.

A medida cautelar foi concedida e, depois de ajuizada a ação principal, foi prolatada sentença favorável à empresa. A União apelou, obtendo provimento do recurso no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo no 2007.02.01.009971-8).

Novamente, a empresa ingressou com ação cautelar, agora perante o Supremo Tribunal Federal (AC no 1.657/RJ) para obter efeito suspensivo ao seu Recurso Extraordinário n.º 550.769⁶⁴, de modo a impedir a paralisação de suas atividades, mas não obteve o êxito esperado, tendo em vista que em que pese parte da suprema corte (quatro ministros, incluindo o relator Min. Joaquim Barbosa) ter votado pelo deferimento da medida cautelar, a maioria dos votos (sete ministros) apoiou seu indeferimento.

Tal como narrado por Carvalho (2009, p. 177), observa-se que o embate se deu pela colisão entre os princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre-concorrência:

O argumento em prol da livre-iniciativa foi no sentido de evitar a utilização de sanções políticas para coagir o particular a pagar seus débitos tributários, ao alvedrio das vedações já expostas, destacando-se para este caso a sumula n.º 70 do STF. Por outro lado, o argumento em prol da livre concorrência foi no sentido de evitar conferir vantagem injusta à empresa que não paga tributos, responsáveis por grande parte do preço do cigarro.

64 Na forma do art. 542, § 2º do CPC, o Recurso Extraordinário e o Especial, via de regra, não possuem eficácia suspensiva, mas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris* é plausível o deferimento do referido efeito por meio de uma ação cautelar.

Este argumento acabou por invocar o princípio da isonomia, que se relaciona, de certo modo, com a livre-concorrência. Segue abaixo, a título de ilustração, a ementa da Ação Cautelar n.º 1.657 (STF), cuja relatoria ficou sob a responsabilidade do Ministro Joaquim Barbosa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. INADMISSIBILIDADE. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. INTERDIÇÃO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. FABRICAÇÃO DE CIGARROS. CANCELAMENTO DO REGISTRO ESPECIAL PARA PRODUÇÃO. LEGALIDADE APARENTE. INADIMPLEMENTO SISTEMÁTICO E ISOLADO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. COMPORTAMENTO OFENSIVO À LIVRE CONCORRÊNCIA. SINGULARIDADE DO MERCADO E DO CASO. LIMINAR INDEFERIDA EM AÇÃO CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE RAZOABILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO. VOTOS VENCIDOS. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos. (BRASIL, STF AC – Ação Cautelar no 1.657 – Relator Min. Joaquim Barbosa – DJU 27/06/2007)

Sobre o caso “American Virgínia”, Carvalho e Matos (2008) concluem que três elementos básicos foram levados em consideração: a relação entre cigarro e saúde; a importância econômica da indústria do cigarro; e o papel do Estado na regulamentação da atividade, que se manifesta por meio de elevação da carga tributária – cerca

de 70% do seu preço – com a finalidade de desestimular o consumo (extrafiscalidade) por meio de campanhas publicitárias.

Apesar de dados extremamente negativos em termos de saúde pública, a indústria do tabaco é sólida. Em termos de emprego, segundo relatos de Roberto Iglesias (citado por CARVALHO, 2009), a Associação dos Fumicultores do Brasil (AFUBRA) estima que em 2001/2002 a cadeia produtiva do fumo envolveu cerca de 2,2 milhões de pessoas, divididas entre a lavoura, a indústria e as atividades indiretas.

A indústria teve seu registro para fabricação de cigarros suspenso dadas as suas dívidas tributárias. O principal argumento da empresa foi de que a CR/88 não permite que o Estado adote medidas que impliquem o embaraço ou a vedação do exercício profissional como instrumentos para coagir o sujeito passivo à observância das obrigações tributárias.

Noutro sentido, a União Federal rebateu a alegação da autuada afirmando que a arrecadação tributária decorrente da fabricação do tabaco é imprescindível para que possa arcar com os custos das doenças relacionadas ao consumo de cigarros. Pode-se sintetizar o impasse da decisão assim:

Uma decisão que preservasse a livre-iniciativa pode afetar os incentivos que as demais indústrias de cigarro têm para continuarem pagando rigorosamente os seus impostos. Além disso, traz um benefício extraordinário à indústria envolvida, prejudicando ainda mais sua relação com as outras e afetando o equilíbrio de mercado. Esse desequilíbrio pode, pelo menos local ou regionalmente, afetar preços e lesar os consumidores. Por outro lado, uma decisão favorável à livre concorrência irá encerrar as atividades da indústria envolvida no caso. Assim, um princípio constitucional estaria sendo, *prima facie*, violado. A concorrência de mercado, entretanto, seria mantida equilibrada. Os consumidores não seriam lesados, a não ser que, local ou regionalmente, a indústria em questão fosse uma forte produtora que tivesse parcela

considerável na determinação do preço. Se ela ajudar a determinar o preço, sua extinção atribuirá seu peso decisório à(s) outra(s) indústria(s) que pode derivar vantagens de tal situação. (CARVALHO; MATOS, 2008, *online*)

Observa-se que, talvez, o movimento da Análise Econômica do Direito possa implementar postulados econômicos na aplicação das normas, de forma a aumentar o grau de previsibilidade e de eficiência das relações submetidas ao Direito. Carvalho (2009), esclarece que, principalmente depois da primeira fase da reforma do Poder Judiciário, iniciada com a Emenda Constitucional n.º 45/04, a qual elevou o princípio da eficiência ao status fundamental, a Análise Econômica do Direito vem de encontro aos anseios dos estudiosos e dos aplicadores do Direito, haja vista que a livre iniciativa, mesmo antes da adição do complemento à Constituição, já estava inserida no art. 1º e no art. 170 da CR/88, como norteadora das atividades relacionadas com o Direito Econômico.

Os maiores fundamentos da Análise Econômica do Direito são trazer segurança e previsibilidade para o ordenamento jurídico, embora não lhes sejam exclusivos. Da mesma maneira que os mercados necessitam desses postulados para serem dotados de um funcionamento adequado, a AED tenta agregar maximização, equilíbrio e eficiência às relações jurídicas. (CARVALHO, 2008, p. 179)

Como se pode observar, Análise Econômica do Direito tenta agregar maximização, equilíbrio e eficiência às relações jurídicas. Contudo, diversos autores questionam-se acerca da validade e utilidade da aplicação de princípios econômicos ao Direito. Alguns destes se utilizam de argumentos sociológicos, filosóficos e psicológicos para tentar fundamentar os seus posicionamentos a favor

de sua não- aplicação. Por outro lado, a quem entenda que a Análise Econômica do Direito auxilia e conduz a uma melhor compreensão da realidade para aqueles operadores do Direito que são incumbidos de solucionar e evitar problemas.

A ação cautelar, via de regra, não tem por objeto investigar e solucionar o mérito da lide, o qual será discutido apenas em sede de ação principal que, no caso, é o Recurso Extraordinário n.º 550.769. Caberia aos julgadores apenas analisar os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni juris*.

Observa-se, ao longo dos votos dos ministros que denegaram o pedido, o uso de inadequados argumentos em prol da saúde pública, atribuição esta já desempenhada satisfatoriamente pelo Ministério da Saúde.

Entende-se que a livre iniciativa não se relaciona com a nocividade da atividade empresarial desenvolvida. A extrafiscalidade que incide nas mercadorias de origem tabagista já é um instrumento eficaz de intervenção estatal, mas não é – e nem necessariamente deve ser – suficiente para impedir que os indivíduos, que são livres para escolher o que consomem, adquiram o produto que, no caso, é o tabaco.

A questão posta em debate não deveria versar sobre a saúde pública, os malefícios causados pelo cigarro, mas sim sobre a continuação de uma empresa que está inserida no sistema de mercado e atua em conformidade com os seus comandos.

A liberdade de exercício de uma atividade econômica, salvaguardada pelo art. 170 da CF/88, se manifesta pela disponibilidade ao titular de uma empresa para exercer com liberdade a sua criação, o acesso ao mercado, dentre outras implicações de ordem jurídica. Assim, não cabe falar na imposição de obstáculos ilegítimos, sem fundamentação plausível. São deveres negativos estatais, que implicam necessariamente em uma abstenção. (ORTIZ citado por CARVALHO, 2010, p. 88).

Entende-se que a principal reflexão que deveria ter norteado o Plenário do Supremo Tribunal Federal, naquele momento, era acerca da morosidade processual destacada pelo Ministro Joaquim Barbosa, relator da Ação Cautelar n.º 1.657/RJ, pois não há possibilidade de se fazer uma previsão temporal para os julgamentos de Recurso Extraordinários (RE), o que ensejaria no fato de a empresa permanecer fechada por tempo indeterminado, com todos os prejuízos inerentes a este ato, que notadamente resulta em efeitos para além dos financeiros.

Observa-se que os ministros que denegaram o pedido acabaram por invadir o mérito propriamente dito do Recurso Extraordinário em oportunidade inadequada, sem qualquer efeito prático, ignorando a importância da medida cautelar em pauta para a continuidade da empresa, concentrando as suas fundamentações sobre a constitucionalidade do art. 2º, inciso II, do Decreto-lei n.º 1.593/77, desconsiderando a alegação de que a autuação representava uma clara manifestação de sanção política, sob o teratológico argumento de que se tratava uma condição para o exercício de uma atividade considerada nociva à saúde pública: o tabagismo.

Certamente, a decisão do STF, se tivesse sido pautada pela Análise Econômica do Direito, teria se sensibilizado ao fato de que, se assim a empresa permanecesse, restaria condenada à extinção, devido ao sumário encerramento de suas atividades. Entende-se que, naquele momento, talvez fosse mais importante a preservação da atividade empresarial. A apreciação da ação cautelar não teria adentrar-se no mérito, mas, sim, preservar o direito da empresa em continuar as suas atividades, gerando empregos, rendas que são, inclusive, receitas para o Estado, assegurar a permanência no sistema de mercado, entre outros. Neste sentido, Carvalho (2010) ressalta a existência da Súmula 70⁶⁵ do STF que, em pleno vigor, não foi sequer lembrada pelos ministros que negaram o efeito suspensivo.

65 A Súmula 70 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributos”. Invocando esta mesma súmula, os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio Mello, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário no 413.782/SC, em 17/03/2005 que declarou a inconstitucionalidade da imposição de comprovação de regularidade fiscal para a

A autora aponta que estava nas mãos do STF a garantia da continuidade do funcionamento da empresa, a manutenção dos quase 800 (oitocentos) empregados e do forte mercado consumidor que as empresas tabagistas conquistaram. Por este exemplo, entende-se que restou demonstrado que a Análise Econômica do Direito pode ser uma importante ferramenta para o Direito tributário alcançar decisões mais eficientes, na medida em que fornece instrumentos aos julgadores que os auxiliam na escolha de qual seria a melhor orientação das suas decisões, coadunando a letra da lei com a realidade econômica aplicada nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou contribuir para os estudos ainda incipientes acerca da aplicação da Análise Econômica do Direito no campo do Direito Tributário. Viu-se que, nas últimas décadas, este ramo do conhecimento denominado Análise Econômica do Direito, ganhou relevância nos debates jurídicos. Trata-se de um movimento que busca analisar o fenômeno jurídico por meio de instrumentos econômicos. Ainda que se reconheça que Direito e Economia são áreas distintas do conhecimento, tendo em vista que seus objetos de estudo são demasiadamente diferentes, entende-se ser inegável a afinidade entre ambas, especialmente na ciência jurídica de tradição romano-germânica.

Constatou-se que desde meados século XVII, autores como Adam Smith e Jeremy Bentham estudam os efeitos econômicos das normas jurídicas, destacando a importância de se promover uma análise interdisciplinar dos acontecimentos sociais. Contudo, o movimento da Análise Econômica do Direito não se desenvolveu de maneira unissonante, mas sim como um movimento que abrange

emissão de notas fiscais avulsas, prevista em lei estadual de Santa Catarina, afirmando que o exercício da atividade econômica desenvolvida resta inviabilizado se existe a necessidade de sempre se recorrer ao Fisco estadual todas as vezes em que surge a necessidade de emissão de uma nota fiscal avulsa.

diversas escolas, algumas delas com verdadeiras distinções entre si, tais como a Análise Econômica Positiva e a Análise Econômica Normativa do Direito. Esclareceu-se que a primeira, com o enfoque meramente descritivo, limita-se a exercer um papel explicativo das normas jurídicas, enquanto a segunda, de acordo com critérios de eficiência, busca identificar as normas que geram efeitos negativos e positivos para, a partir daí, determinar quais deverão ser editadas.

No que diz respeito ao campo do Direito Tributário, contudo, grande parte da doutrina entende ser demasiadamente limitada a aplicação da Análise Econômica do Direito. Em que pese o reconhecimento de que a realidade econômica é uma variável fundamental para a lógica tributária, há que se afirmar que, em respeito ao princípio da legalidade, só se pode lançar mão desta realidade se sua expressão for incorporada ao mundo do Direito positivo.

Contudo, o presente trabalho pretendeu promover o esclarecimento de que ao se diferenciar os aspectos descritivo e normativo da Análise Econômica do Direito, pode se chegar à conclusão de que o último se demonstra útil ao campo do Direito Tributário visto que trata acerca de como deveria ser a tributação, diferenciando-se da abordagem positiva meramente interpretativa.

Nesse sentido, a fim de avaliar as possibilidades factuais de utilização da abordagem econômica no Direito Tributário, o presente estudo lançou mão do estudo do caso “American Virginia” como forma de retratar os benefícios que se pode extrair dessa abordagem interdisciplinar.

Conclui-se, portanto, que, por mais que seja temerária a utilização indiscriminada do viés econômico no campo do Direito Tributário, tendo em vista sua absoluta obediência ao princípio da tipicidade cerrada, o movimento da Análise Econômica do Direito é um ramo a ser largamente explorado, uma vez que são inegáveis as suas contribuições na promoção de uma justiça social mais eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Decreto-lei no 1.593, de 21 de dezembro de 1977. Altera a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados, em relação aos casos que especifica, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 22 dez. 1977.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARVALHO, Nathalie de Paula. A análise econômica do direito tributário. In: **Revista Jurídica Tributária**. Porto Alegre, Ano 2, no 6, jul/set 2009.

CARVALHO, Nathalie de Paula. **Uma análise econômica dos direitos fundamentais dos contribuintes em face da necessidade de comprovação de regularidade fiscal**. 2010. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza.

CARVALHO, Cristiano. Análise Econômica da Tributação. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CARVALHO, Cristiano. A Análise econômica do direito tributário. In: SHOUERI, Luiz Eduardo (Org.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: QuartierLatin, 2008, p. 183-205.

CARVALHO, Cristiano; MATOS, Ely José de. Análise econômica do direito tributário e colisão de princípios jurídicos: um caso concreto. In: **UC Berkeley: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. Publicado em: Maio, 2008. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/5sb875z8>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

CASTRO, Marcos Faoro de. Direito, Tributação e Economia no Brasil: aportes da análise jurídica da política econômica. In: **Revista da PGFN**, Brasília, vol. 5, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Segurança jurídica como fator de concorrência tributária. In: VELLOSO, C.M.S.; ROSAS, R.; AMARAL, A.C.R. (Org.). **Princípios constitucionais fundamentais**. São Paulo: Lex, 2005, v. 1.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Ano 3, no 9, jan/mar 2005

FORTES, Fellipe Cianca Fortes; BASSOLI, Marlene Kempfer. Análise econômica do Direito Tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 14, p. 235-253, nov. 2010.

FRIEDMAN, David. Direito e Ciência Econômica. **Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias**. Portugal, no 2, jan/abr 1992.

GOMES, Fernanda Cunha. O Supremo Tribunal Federal e o caso American Virginia: afinal, houve imposição de sanção política? In: **Portal Jus.com.br**. Publicado em: Dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17926/o-supremo-tribunal-federal-e-o-caso-american-virginia>> Acesso em: 14 nov. 2017.

KORNHAUSER, Lewis A. A análise econômica do direito. **Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias**. Portugal, no 2, jan/abr 1992.

LOBATO, Valter de Souza. Estado democrático de direito. Segurança jurídica. A correta forma de interpretação dos benefícios fiscais e a concretização dos direitos sociais. In: **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Nova Lima, no 25, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da imposição tributária**. São Paulo: Saraiva, 1983.

MARTINS, Manuel Victor. Ronald Coase: na fronteira da Economia e do Direito. **Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias**. Portugal, no 2, jan/abr 1992.

NASCIMENTO, Vinícius de Souza. Análise econômica do Direito do Estado. A intervenção estatal e seus custos. In: **Portal Jus.com.br**. Publicado em: Fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46654/analise-economica-do-direito-do-estado>> Acesso em: 14 nov. 2017.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito tributário: estudo de casos e problemas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Paulo Fernando de Lima. Direito Tributário e análise econômica do Direito: entre a legalidade e a eficiência. In: **Portal Jus.com.br**. Publicado em: Maio, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28740/direito-tributario-e-analise-economica-do-direito>> Acesso em: 14 nov. 2017.

PAPP, Anna Carolina. Burocracia fiscal do país é a maior do mundo, diz OCDE. **O Estado de São Paulo**. In: Portal Economia & Negócios do Estadão. Publicado em: Maio, 2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,burocracia-fiscal-do-pais-e-a-maior-do-mundo-diz-ocde-imp-,1170530>> Acesso em: 14 nov. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 5.ed. New York: Aspen, 1998.

REIS JUNIOR, Ari Timóteo dos. A imunidade subjetiva do contribuinte de fato: uma análise da chamada interpretação econômica do direito tributário. **Revista Tributária e de finanças públicas**. São Paulo, Ano 16, no 80, mai/jun 2008.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da teoria econômica do direito**. 2008. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

SILVA, Fabiane Tessari Lima da. **Análise econômica do direito e a atuação do judiciário brasileiro**. Trabalho de monografia apresentado como requisito parcial à conclusão do curso de bacharelado em Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2008.

O TRANSEXUAL NA EXECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE DOS DESAFIOS À DIVERSIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

*Carolina Cristina dos Santos Dutra*⁶⁶

*Thays Murta dos Santos Cruz*⁶⁷

*Guilherme del Giudice Torres Duarte*⁶⁸

1. INTRODUÇÃO

A pluralidade social, mormente em razão do fluxo global de informações na sociedade contemporânea, se mostra como fator de relevância também em relação à identidade de gênero. Nesse sentido, ensina a doutrina que: “Em termos de gênero, os seres humanos podem ser enquadrados (com todas as limitações comuns a qualquer classificação) como transgênero ou cisgênero.” (Prado, Machado, & Macedo, 2022).

Segundo a Universidade Federal de Minas Gerais (2024), pessoas cisgênero são aquelas que se identificam com o gênero atribuído ao nascimento, enquanto as pessoas transgênero não se identificam com o gênero que lhes foi atribuído ao nascer. Dentro da definição transgênero, temos o transexual, em que pode-se definir como um termo mais específico, historicamente usado para descrever pessoas que desejam ou realizam intervenções médicas, como terapia hormonal e cirurgias, para alinhar seu corpo à sua identidade de gênero.

66 Graduanda em Direito na Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC).

67 Mestre em Direito pela PUC Minas. Pós graduada em Direitos Humanos.

68 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC.

Transgênero é um termo mais inclusivo, englobando todas as identidades que desafiam o gênero atribuído no nascimento. E o transexual refere-se de maneira mais específica a pessoas transgênero que buscam ou passam por intervenções físicas para adequar seu corpo à sua identidade de gênero.” (Escola, 2024).

Vasconcellos (2014) explica que:

O sexo de uma pessoa é definido pelos órgãos sexuais com os quais nasce, categorizado como masculino ou feminino. Já o gênero refere-se à forma como o indivíduo se identifica e deseja ser percebido pela sociedade.(VASCONCELLOS, 2014).

Costa, Rodrigues e Souza (2016) ampliam essa ideia ao definir que “identidade de gênero é como uma experiência interna e pessoal, moldada pelas construções sociais sobre o que é ser masculino ou feminino”.

Neste interim, surgem duas classificações principais: cisgênero e transgênero. Castino (2017) descreve “uma pessoa transgênero como aquela cuja identidade de gênero não coincide com o sexo atribuído ao nascimento. Em contraste, uma pessoa cisgênero tem uma identidade de gênero que corresponde ao sexo biológico com o qual nasceu”.

No que se refere à distinção entre travestis e transexuais, há uma diferença culturalmente sensível. Considera-se que a principal distinção está na vontade ou não de realizar a cirurgia de redesignação sexual. Segundo Barbosa (2013), em estudos conduzidos pelo médico Henry Benjamin no século XX, travestis geralmente não buscam essa cirurgia e se sentem satisfeitas com seus órgãos genitais, enquanto transexuais experimentam desconforto e insatisfação com o sexo biológico, identificando-se como transgênero desde cedo.

No entanto, linha doutrinária diversa sustenta que essas definições podem variar e que a palavra travesti é uma criação cultural específica do Brasil. Em outros países, o termo transexual é mais amplamente usado para referir-se a pessoas transgêneros em geral.

A população transgênero enfrenta desafios significativos em várias esferas sociais, e no contexto da execução penal não é diferente. No Brasil, as pessoas transexuais privadas de liberdade estão sujeitas a uma série de violações de direitos que colocam em questão a efetividade das normas jurídicas voltadas à sua proteção. A alocação em estabelecimentos prisionais que desconsideram a identidade de gênero, a falta de políticas públicas adequadas e o desrespeito à dignidade humana são problemas recorrentes no sistema carcerário.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a situação das pessoas transexuais no sistema prisional brasileiro, com foco nas violações de direitos e nas políticas públicas existentes. Busca-se responder à questão: os direitos fundamentais dessas pessoas são devidamente assegurados ou violados durante a execução penal? Portanto, este estudo analisará as normas vigentes, bem como a aplicação prática dessas legislações, observando as barreiras estruturais e culturais que dificultam a efetiva garantia de direitos.

A relevância do tema se justifica pela crescente visibilidade das questões de diversidade de gênero e pela necessidade de maior discussão sobre a inclusão e respeito aos direitos de pessoas transexuais, especialmente no ambiente prisional, onde o respeito à dignidade humana deveria ser prioritário. A metodologia adotada será de natureza qualitativa, com base em revisão bibliográfica e análise de jurisprudências.

Com isso, espera-se contribuir para o debate sobre a necessidade de políticas mais inclusivas no âmbito da execução penal, bem como para a promoção de ações que garantam o respeito à diversidade de gênero e aos direitos humanos no sistema prisional.

2. CONTEXTO DO SISTEMA PRISIONAL E A POPULAÇÃO TRANSGÊNERO

No Brasil, a partir do século XIX, se deu o surgimento de prisões com celas individuais e oficinas de trabalho, bem como arquitetura própria para a pena de prisão.

O Código Penal de 1890 possibilitou o estabelecimento de novas modalidades de prisão, considerando que não mais haveria penas perpétuas ou coletivas, limitando-se às penas privativas de liberdade individual, com penalidade máxima de trinta anos.

Verifica-se, em relação à execução das penas privativas de liberdade, três sistemas penitenciários: “o sistema Filadélfia (ou celular), o de Auburn (silent system) e, por fim, o sistema Progressivo (inglês ou irlandês)”. (FECOMPAR, 2023. p.3)

Conforme destacado por Machado (2023), um dos maiores problemas do sistema prisional brasileiro é a superlotação. O Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, com um número de presos muito superior à capacidade das unidades prisionais. Isso cria condições insalubres, aumenta o risco de violência entre detentos e dificulta o acesso a direitos básicos, como alimentação, saúde e educação.

A população carcerária brasileira em celas físicas chega a 663 mil pessoas, sendo a grande maioria composta por homens. De acordo com dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais, do Ministério da Justiça, mais de 634 mil são homens, representando aproximadamente 96% dos presos, enquanto as mulheres constituem os outros 4%, totalizando mais de 28 mil detentas.

As condições de vida nos presídios são outro ponto crítico. A falta de infraestrutura adequada resulta em celas superlotadas, insalubres e sem ventilação. Problemas como a falta de acesso regular à saúde e a assistência jurídica, a violência interna, e o domínio de facções criminosas dentro dos presídios são realidades comuns.

Para além das dificuldades estabelecidas no sistema prisional brasileiro, diferentes grupos sociais enfrentam desafios específicos

relacionados à sua condição, identidade ou *status* social. Esses desafios variam de acordo com fatores como raça, classe social, identidade de gênero, orientação sexual e condições de saúde.

Segundo o Brasil de Fato (2024), a população carcerária brasileira é composta majoritariamente por pessoas negras, que enfrentam discriminação racial diariamente.

Há uma alta incidência de racismo, tanto por parte de outros presos quanto de agentes penitenciários. Isso agrava o tratamento desigual dentro do sistema. Observa-se também a desigualdade no acesso à justiça. Pessoas negras, em sua maioria, vêm de contextos socioeconômicos desfavorecidos, o que dificulta o acesso a advogados de qualidade e uma defesa eficiente, além de estarem mais propensas a prisões arbitrárias.

As mulheres presas, especialmente as que são mães, enfrentam desafios particulares como a falta de infraestrutura adequada, ou seja, as unidades prisionais femininas muitas vezes carecem de condições mínimas para atender às necessidades básicas de mulheres, incluindo a falta de produtos de higiene menstrual e cuidados de saúde específicos. As mulheres grávidas ou que dão à luz na prisão enfrentam dificuldades no acesso a atendimento médico adequado, e a separação de seus filhos, muitas vezes em um curto período após o parto, pode ter impactos profundos. Além da violência, onde mulheres presas são vulneráveis a abusos e violência sexual, muitas vezes perpetrados por agentes penitenciários.

Já a população LGBTQIA+ enfrenta discriminação severa e abusos no sistema prisional como a violência e discriminação onde a homofobia e a transfobia são comuns, sendo essas pessoas frequentemente o alvo de violência física e psicológica, tanto por parte de outros presos quanto de agentes prisionais.

São comuns os relatos de discriminação à identificação de presos transgênero, em especial pelos próprios policiais penais. Nesse sentido: “Se aqui fora a gente já tem problemas com desrespeito, você imagina as pessoas que estão privadas de liberdade – sofrem muito mais violações do que a gente”, afirma a advogada Maria Eduarda

Aguiar – que também integra um conselho estadual LGBT+ ligado à Secretaria de Segurança Pública do Rio – A advogada conta que chegam ao conhecimento do conselho situações como a de presas trans que são colocadas no corredor pelos agentes, para que “desfilem”; ou que são chamadas de “viados” e, se reclamarem, apanham. Na maioria das vezes, aponta a defensora, essas pessoas preferem não formalizar denúncias porque sabem que estão em situação de vulnerabilidade em relação aos agentes estatais e temem sofrer represálias.

Deveria haver o treinamento geral dos agentes penitenciários sobre direitos humanos e população LGBTQIA+. Não é porque as pessoas estão presas que elas podem ser desrespeitadas e maltratadas: a pena pelo erro que elas cometeram já é suficiente, diz Maria Eduarda.

Segundo relatório realizado pelo Centro para o Progresso Americano, uma pessoa transexual ou travesti tem 15 vezes mais chances de sofrer violência sexual dentro do cárcere do que uma pessoa heterossexual e/ou cisgênera (ITTC, 2017).

Isso decorre pelo fato da visão marginalizada que a sociedade tem em relação aos trans, já que de fato devido ao preconceito, 90% destes recorrem a prostituição como meio de subsistência, segundo pesquisa realizada pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA, 2018)

A alocação inadequada de pessoas trans em especial, o fazem enfrentar problemas ao serem colocadas em presídios que não correspondem à sua identidade de gênero, o que as expõe a abusos sexuais e à falta de respeito à sua identidade. Junto a alocação inadequada, acrescenta-se a falta de políticas específicas, atualmente existem poucas políticas voltadas para a proteção da população LGBTQIA+ nas prisões, o que agrava a situação de vulnerabilidade.

O histórico de exclusão e marginalização de pessoas trans na execução penal no Brasil reflete uma longa trajetória de discriminação

estrutural e violência, tanto na sociedade quanto no sistema prisional. Essa marginalização se manifesta de diversas formas, desde a falta de reconhecimento legal até o tratamento desumano e a negação de direitos básicos, tornando as prisões um dos ambientes mais hostis para pessoas trans. O transexual é uma vítima da marginalização da sociedade e do instituto carcerário, tratando-se de uma vitimização secundária e terciária, a primeira trata-se da revitimização e sobrevivitização no qual a vítima revive o que passou ao recorrer ao sistema penal, sendo rotulada pelas instâncias de controle social, e a vitimização terciária, que são os custos sofridos por aqueles que praticam o crime, no qual a comunidade exalta o criminoso e ridiculariza a vítima (Viana, 2018, p.167).

O sistema prisional brasileiro tem dificuldade em reconhecer a identidade de gênero de pessoas trans. Na prática, muitas são encarceradas de acordo com o sexo biológico e não com o gênero com o qual se identificam. Isso frequentemente leva à violação de direitos fundamentais, como a dignidade, a segurança e a integridade física e psicológica.

O transexual na esfera prisional merece notoriedade quando é tratada a questão da vulnerabilidade, sendo um alvo extremamente fácil, uma vez que sofrem constantes violências, abusos, agressões físicas e psicológicas, sendo vítima frequente de submissão e desprezo, o que mostra que a prisão vai além da privação da liberdade, tendo um caráter de crueldade, sem nenhuma essência ressocializadora. Mostra-se que o sistema carcerário brasileiro privilegia o modelo binário, importando-se mais com o órgão genital, que divide homens e mulheres, mitigando os direitos dos transexuais e violando a dignidade dessa classe” (Bezerra, 2017, p.40).

A maioria das pessoas trans já vive à margem da sociedade antes de serem encarceradas. Elas enfrentam exclusão social, falta

de oportunidades de emprego formal, acesso limitado à educação e saúde, e discriminação constante. Essa situação de vulnerabilidade leva muitas a se envolverem em atividades informais ou ilegais, como a prostituição, o que aumenta o risco de prisão. Quando entram no sistema prisional, essa exclusão é agravada, e o ambiente carcerário se torna um ciclo de marginalização.

Ao menos 131 pessoas trans e travestis foram assassinadas no Brasil em 2022. É o que aponta o “Dossiê Assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras”, da Antra. Segundo o relatório, o Brasil é o país com mais mortes de pessoas trans e travestis no mundo pelo 14º ano consecutivo.

Das 131 mortes em 2022, 130 referem-se a mulheres trans e travestis e uma a homem trans. A pessoa mais jovem assassinada tinha apenas 15 anos. Quase 90% das vítimas tinham de 15 a 40 anos.

O “Dossiê: Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais Brasileiras”, publicado em 2020, aponta que as travestis e transexuais femininas constituem um grupo de alta vulnerabilidade à morte violenta e prematura no Brasil, com uma expectativa de vida de 35 anos, enquanto a da população em geral é de 74,9 anos.

Somado aos números de violência, as pessoas trans ainda ocupam, majoritariamente, espaços marginalizados na sociedade, sobretudo no mercado de trabalho.

Uma pesquisa da Fapesp, de 2020, feita com 528 transexuais de sete cidades do estado de São Paulo indicou que apenas 13,9% das mulheres trans e travestis tinham emprego formal. Entre homens trans, a porcentagem foi de 59,4%.

Segundo Anderson Pirota, as pessoas trans tendem a se manter vulneráveis em profissões sem regulamentação e sem segurança, devido à pouca opção de oferta no mercado de trabalho.

O respeito profissional frequentemente está atrelado à cisgeneridade, e muitas empresas consideram o fato de uma pessoa ser trans um impedimento para sua admissão e permanência. Além disso, vários ambientes profissionais aceitam funcionários transgêneros sob a condição de que não se expressem como trans, o

que significa que podem manter seus cargos desde que utilizem seus nomes antigos e continuem frequentando os banheiros atribuídos ao sexo designado no nascimento (CASTINO, 2017).

Estima-se que 90% da população trans no Brasil depende da prostituição como principal fonte de renda, em grande parte devido à dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho, agravada pela exclusão social, familiar e escolar que afeta a qualificação profissional dessa população (Edição do Brasil, 2021).

Os dados são da Antra e mostram ainda que, em média, pessoas desse grupo são expulsas de casa pelos pais aos 13 anos. Informações do Projeto Além do Arco-Íris/ AfroReggae apontam que apenas 0,02% estão na universidade, 72% não possuem o ensino médio e 56% o ensino fundamental.

3. DIREITOS HUMANOS E NORMAS JURÍDICAS RELACIONADAS À POPULAÇÃO TRANSGÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL

A Constituição Brasileira é o principal instrumento jurídico do país e garante direitos fundamentais a todos os cidadãos, incluindo pessoas trans. Assegurando os direitos civis dos seus cidadãos, a lei é clara e descreve o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), onde a dignidade humana é um dos pilares da República Federativa do Brasil, o que significa que o Estado tem o dever de assegurar que todas as pessoas, independentemente de identidade de gênero, sejam tratadas com respeito e dignidade, incluindo no sistema prisional.

O direito a igualdade e não discriminação (art. 5º, caput) garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Isso inclui a proteção de pessoas trans contra discriminação baseada em identidade de gênero, devendo o Estado zelar para que esse princípio seja aplicado nas prisões.

O direito à liberdade e segurança (art. 5º, XLIX) garante aos presos a integridade física e moral. Para pessoas trans, isso significa que o Estado deve garantir que sua identidade de gênero seja respeitada, evitando qualquer tratamento degradante ou desumano.

A proibição de tortura e tratamento cruel (art. 5º, III) impede que qualquer pessoa, incluindo pessoas trans, seja submetida a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, o que é uma proteção essencial em um contexto carcerário.

A Lei de Execução Penal (Brasil, Lei nº 7.210/1984) estabelece as normas para a execução das penas no Brasil, assegurando os direitos dos presos e definindo as responsabilidades do Estado na administração do sistema penitenciário.

A palavra “pena” vem do latim “poena”, que significa “castigo” ou “punição”. Antes disso, já tinha origem no grego antigo “poiné” (ποινή), que também queria dizer “compensação”, “castigo” ou “reparação”. Naquela época, a pena estava ligada à ideia de compensar um erro cometido, seja de forma legal ou até em questões morais e religiosas.

Com o tempo, o termo foi adotado em várias línguas, sempre mantendo o sentido de punição ou sofrimento causado como consequência de uma transgressão. No contexto da justiça criminal, “pena” passou a ser usada para se referir à punição que uma pessoa condenada recebe.

Embora a Lei de Execução Penal não contenha dispositivos específicos sobre a população trans, possui artigos que podem ser aplicados para garantir seus direitos, tais como a assistência à saúde (art. 14): A LEP assegura que todos os presos têm direito à assistência de saúde, sem discriminação. Isso inclui o direito das pessoas trans a tratamentos hormonais, cuidados de saúde mental e outros procedimentos médicos necessários para garantir seu bem-estar.

Respeito à integridade física e moral do preso (art. 40): esse artigo estabelece que o Estado tem a responsabilidade de garantir que todos os presos sejam tratados com respeito à sua integridade física e moral, o que deve incluir a consideração da identidade de gênero das pessoas trans.

Separação por gênero (art. 84): determina que os presos sejam divididos de acordo com critérios como idade, gênero e antecedentes criminais. No entanto, para as pessoas trans, essa disposição pode resultar em situações de vulnerabilidade se forem colocadas em unidades incompatíveis com sua identidade de gênero, gerando debates sobre a necessidade de tratamento mais inclusivo.

Nos últimos anos, o Brasil tem avançado com normativas mais específicas para a população trans no sistema prisional, criando a Resolução CNJ nº 348/2020. A resolução tem como objetivo principal garantir que as pessoas travestis e transexuais sejam tratadas de acordo com sua identidade de gênero dentro do sistema prisional, promovendo a dignidade humana, a segurança e a inclusão social. Isso inclui diretrizes sobre a alocação dos presos, o uso do nome social e a promoção de políticas de inclusão para evitar práticas discriminatórias e violadoras de direitos.

Alguns pontos importantes da Resolução serão objeto de análise aprofundada nas subseções a seguir.

3.1. AUTODETERMINAÇÃO DE GÊNERO

Estabelece que a identidade de gênero declarada pela pessoa privada de liberdade deve ser respeitada, tanto na sua identificação, quanto em sua convivência dentro do sistema penitenciário. Isso significa que pessoas travestis e transexuais podem ser alocadas em unidades prisionais compatíveis com sua identidade de gênero, se assim o desejarem e a opção pela alocação deve ser voluntária, ou seja, depende da manifestação expressa da pessoa trans.

O princípio da autodeterminação é um avanço importante, uma vez que serve de embasamento para decisões no julgamento de pessoas trans. Como aconteceu no julgamento do Habeas Corpus nº 861817, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) assegurou o direito de prisão domiciliar a uma mulher transexual que inicialmente cumpriria pena privativa de liberdade no Presídio Regional de

Criciúma, destinado a homens. O caso envolvia impugnação de acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), que havia mantido a decisão de primeiro grau revogando a prisão domiciliar, determinando o recolhimento da paciente em penitenciária masculina, apesar de sua identidade de gênero feminina e de sua opção por um presídio feminino.

Ao apreciar a ação, a Sexta Turma considerou os artigos 7º e 8º da Resolução CNJ nº 348/2020, que orientam o Poder Judiciário a observar diretrizes específicas no tratamento da população LGBTI+ no sistema penal. A Turma destacou que a escolha do local de cumprimento de pena de pessoas transexuais não pode ser tratada como um ato de discricionariedade livre por parte do julgador, mas sim como uma análise criteriosa que tem como objetivo primordial a proteção da liberdade sexual, da identidade de gênero, da integridade física e da vida das pessoas transexuais encarceradas.

Além disso, foi levada em consideração a medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527, de 2019, que assegurou a pessoas transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de escolha entre o cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos.

Esse julgamento reitera a importância de garantir a segurança e a dignidade de pessoas transexuais no sistema penitenciário, em consonância com os avanços normativos nacionais e internacionais na proteção dos direitos dessa população, reforçando a aplicação dos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e não discriminação.

3.2.DIREITO AO NOME SOCIAL

A resolução também determina que as pessoas transexuais e travestis em privação de liberdade têm o direito de serem chamadas pelo nome social, isto é, o nome pelo qual se identificam,

independentemente do registro civil. O nome social deve ser utilizado nos registros internos do sistema prisional e em comunicações formais e cotidianas dentro das instituições penitenciárias.

O uso do nome social é um componente importante para garantir o respeito à dignidade e à identidade dessas pessoas, além de ser uma medida de proteção contra constrangimentos e humilhações que podem ocorrer quando seus nomes de registro são utilizados sem consentimento.

Segundo Daniella Dias, chamar alguém pelo seu nome social não traduz mera futilidade, mas sim o reconhecimento de dignidade para as pessoas presas. Segundo a promotora, ao entrar no presídio, esse público sofre uma dupla privação: a primeira, de liberdade; a segunda, de reconhecimento de sua própria personalidade (CONJUR, 2022).

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que pessoas trans podem alterar o nome e o gênero diretamente no registro civil, sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual ou decisão judicial. Esse entendimento é válido também para pessoas que estão no sistema prisional, uma vez que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, e o processo de retificação pode seguir o mesmo trâmite administrativo ou judicial comum, dependendo da exigência da unidade prisional ou da Secretaria de Segurança Pública do estado.

Na visão de Bruna Benevides, secretária de articulação política Antra – uma das entidades responsáveis por auxiliar o CNJ na edição da Resolução 348/2020 –, o reconhecimento civil é um dos principais desafios no tratamento da população LGBTQ+, mesmo porque alguns documentos dos detentos são retidos.

De acordo com a representante da Antra, também há dificuldades no próprio esclarecimento do público prisional trans sobre o direito ao nome social e à alteração de registro civil.

A maioria dessas pessoas está em situação de vulnerabilidade social antes de entrar no cárcere e também fica invisível em um grupo como a população trans. Por conta disso, vemos a consequência do

desconhecimento sobre o direito ao uso do nome social ou mesmo à retificação de nome e gênero, diz Bruna Benevides. (BENEVIDES, 2022).

3.3. POLÍTICAS DE PROTEÇÃO E INCLUSÃO

A Resolução incentiva a adoção de políticas públicas de proteção e programas que visem à inclusão social, tanto durante o cumprimento da pena quanto após a reintegração dessas pessoas à sociedade. São propostas medidas como: (I) Capacitação e sensibilização dos agentes penitenciários e outros profissionais do sistema de justiça criminal para garantir que esses trabalhadores estejam preparados para lidar com as especificidades da população trans e travesti, sem preconceitos ou práticas discriminatórias e (ii) Prevenção à violência de gênero dentro das unidades prisionais, com mecanismos específicos para proteger as pessoas trans de abusos, inclusive através de denúncias confidenciais.

3.4. SAÚDE E TRATAMENTO HORMONAL

Um dos direitos fundamentais garantidos pela Resolução é o acesso à saúde integral. Para as pessoas trans que realizam tratamento hormonal, a Resolução prevê que se têm direito a continuar o tratamento hormonal no sistema prisional, assegurando o acesso a medicamentos e acompanhamento médico adequado.

O direito à saúde inclui atendimento especializado e humanizado para todas as pessoas LGBTQIA+, considerando as especificidades dessa população.

Essa medida garante que as pessoas trans não sejam privadas de tratamento de saúde essencial durante o período de encarceramento, respeitando seus direitos à saúde e à dignidade.

Com a aplicação da Resolução CNJ nº 348/2020, as instituições penitenciárias brasileiras são obrigadas a criar ambientes mais

seguros e inclusivos para as pessoas trans, respeitando sua dignidade e identidade. No entanto, a efetiva implementação ainda depende de monitoramento, fiscalização e treinamentos adequados dos profissionais do sistema prisional, e como qualquer outra implementação, apresenta desafios a serem sanados. Apesar do avanço representado pela Resolução CNJ nº 348/2020, a implementação prática enfrenta desafios, como a falta de capacitação dos agentes penitenciários onde muitos profissionais ainda não estão preparados para aplicar corretamente a resolução, o que pode resultar em falhas no respeito ao nome social e na alocação das pessoas trans em unidades adequadas.

Nota-se também a infraestrutura inadequada na qual muitas prisões brasileiras não possuem infraestrutura específica para atender às necessidades da população trans e travesti, como alas separadas ou seguras.

Além da resistência cultural por parte de setores da sociedade e dentro do sistema penitenciário em reconhecer e respeitar plenamente os direitos das pessoas trans.

4. DESAFIOS NA EXECUÇÃO PENAL PARA PESSOAS TRANSEXUAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO “CASO VERÔNICA BOLINA”

O caso de Verônica Bolina, ocorrido em 2015, tornou-se um marco no debate sobre a violência institucional contra pessoas trans no sistema prisional brasileiro. Verônica, uma mulher trans, foi presa em São Paulo por agredir um idoso em abril daquele ano e, durante sua detenção, teria reagido violentamente, mordendo um agente penitenciário. Como consequência, foi duramente espancada pela polícia e mantida seminua, o que foi registrado em fotos que circularam amplamente nas redes sociais e na mídia.

Após o incidente, Verônica foi transferida para um presídio masculino, onde sofreu agressões e humilhações. As imagens divulgadas mostravam o estado de violência em que ela se encontrava,

com o rosto visivelmente deformado, seus cabelos raspados e indicavam uma clara situação de abuso por parte das autoridades. O caso levantou discussões sobre a falta de preparo do sistema prisional para lidar com pessoas trans e a violação de direitos humanos.

O caso expôs diversas questões jurídicas e de direitos humanos. Primeiramente, o direito à dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, foi claramente violado, considerando o tratamento degradante ao qual Verônica foi submetida. Além disso, a LEP estabelece que as pessoas privadas de liberdade têm o direito à integridade física e moral (art. 40), o que não foi observado no tratamento dispensado a Verônica.

Outro ponto crucial é o tratamento dado a pessoas trans no sistema prisional, especialmente no que tange à sua alocação em prisões condizentes com sua identidade de gênero. O caso de Verônica Bolina revelou a ausência de políticas públicas e protocolos adequados para garantir a segurança e a dignidade de pessoas trans nas unidades prisionais brasileiras, algo que vai contra princípios de direitos humanos internacionalmente reconhecidos, como os Princípios de Yogyakarta, que orientam a proteção dos direitos de pessoas LGBTQIA+.

O caso gerou grande repercussão nacional e internacional, levando a debates sobre a transfobia institucional e a necessidade de mudanças urgentes no sistema prisional brasileiro. Também evidenciou a violência policial e o abuso de autoridade enfrentado por pessoas trans em contextos de vulnerabilidade.

Esse episódio demonstrou a necessidade de uma reavaliação das políticas carcerárias no Brasil, incluindo a criação de espaços específicos e seguros para pessoas trans, além de treinamentos para agentes penitenciários sobre questões de gênero, direitos humanos e combate à discriminação.

O caso Verônica Bolina pode ser analisado à luz da responsabilidade do Estado por danos causados a pessoas sob sua custódia, além da inobservância de direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Ele também destaca a importância de mecanismos

de controle social e de atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública para garantir o respeito aos direitos de populações vulneráveis, como a população trans.

Verônica carrega em seu corpo muitas lutas. Mulher transexual, negra, interiorana, foi diagnosticada com psicose esquizoafetiva, mas, desde o início, sua história foi tratada como caso de polícia, e não de saúde mental” (PONTE JORNALISMO, 2022).

5. PERSPECTIVAS DE INCLUSÃO E MELHORIAS NO SISTEMA PRISIONAL

Para promover a inclusão e o respeito à diversidade no sistema prisional brasileiro, algumas perspectivas de inclusão e propostas de melhoria são essenciais para proteger os direitos humanos, em especial da população trans no contexto carcerário, conforme se aprofundará nas subseções seguintes.

5.1. TREINAMENTO E SENSIBILIZAÇÃO DE AGENTES PENITENCIÁRIOS

Para que o treinamento e a sensibilização de agentes penitenciários sejam eficazes, se faz necessário que as diretrizes contemplem tanto os aspectos técnicos quanto os comportamentais para lidar com a diversidade no ambiente prisional. A legislação brasileira e normas internacionais já apontam para essa necessidade, e a Resolução CNJ nº 348/2020 e a LEP são fundamentais nesse contexto.

A formação e capacitação dos profissionais que atuam no sistema prisional são cruciais para criar um ambiente mais inclusivo e seguro para todos os indivíduos. A falta de treinamento adequado para lidar com a diversidade de gênero e orientação sexual pode resultar em discriminação, abuso e violência, comprometendo a dignidade humana e a integridade física e psicológica dos encarcerados.

Destarte, as diretrizes de treinamento devem incluir a sensibilização e educação sobre diversidade de gênero e Direitos Humanos.

Com o objetivo de capacitar agentes a entender as diferentes identidades de gênero e a respeitar a dignidade humana dos encarcerados transexuais, tendo como conteúdo as explicações sobre identidade de gênero, expressão de gênero, orientação sexual, e as particularidades e desafios enfrentados pela população trans, sustenta-se o uso de metodologias como oficinas, palestras e módulos práticos com especialistas, psicólogos e membros de movimentos sociais.

5.2. PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS

Fortalecimento do conhecimento sobre os direitos fundamentais garantidos pela Constituição e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como os trazidos a seguir.

5.2.1. REGRAS DE MANDELA (REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO) – 2015

São diretrizes internacionais para assegurar os direitos humanos dos prisioneiros. Elas foram adotadas pela ONU em 1955 e revisadas em 2015, ganhando o nome de “Regras de Mandela” em homenagem a Nelson Mandela, que passou 27 anos preso na África do Sul e é um símbolo da luta pela dignidade e pelos direitos humanos. Embora anteriores, as Regras de Mandela foram atualizadas em 2015 para incluir diretrizes de tratamento que considerem a individualidade e dignidade dos presos, incluindo a proteção de grupos vulneráveis como a população trans. Essas regras incentivam a proteção contra a discriminação, respeito pela identidade de gênero e atenção à saúde mental e física.

No Brasil, essas regras têm inspirado políticas e normativas como a Resolução Conjunta nº 1/2014, que determina o direito de travestis e transexuais de serem tratadas de acordo com sua identidade de gênero em locais de privação de liberdade, incluindo o uso de roupas adequadas e o direito de permanecerem em alas compatíveis com sua identidade.

5.2.2. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINAÇÃO E INTOLERÂNCIA – 2013

A Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância foi adotada em 2013 pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e representa um compromisso entre os países membros, incluindo o Brasil, para combater e eliminar todas as formas de discriminação e intolerância.

O objetivo central da convenção é garantir a proteção dos direitos humanos de todas as pessoas, independentemente de características como raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, idade, religião, opinião política, entre outras, promovendo a igualdade e a não discriminação em diversos contextos.

Para a população trans, a Convenção é um instrumento essencial de defesa de direitos, pois o Brasil se compromete a criar condições para prevenir e punir ações discriminatórias. A convenção fortalece a luta contra a discriminação de pessoas trans e determina que a identidade de gênero seja respeitada, especialmente em contextos vulneráveis como o sistema carcerário e os serviços de saúde.

Embora o Brasil tenha assinado a Convenção, ela ainda não foi ratificada. Entretanto, ela já influencia discussões nacionais sobre políticas de igualdade e práticas de combate à discriminação, incluindo legislações e resoluções para assegurar os direitos da população trans. Além disso, a convenção pode ser utilizada como base para argumentos jurídicos e sociais em defesa dos direitos de grupos vulneráveis no país.

5.2.3. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA – 2006

Os Princípios de Yogyakarta (CLAM, 2006, p. 8,9) trata-se de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. Os especialistas concordam que os Princípios de Yogyakarta refletem o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero.

Também reconhecem que os Estados podem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver. Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos.

Embora não seja um tratado vinculante, o Brasil reconhece os Princípios de Yogyakarta, que são diretrizes para a aplicação da legislação internacional de direitos humanos no contexto da orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios exigem que as pessoas trans sejam tratadas com dignidade e sejam protegidas contra discriminação em locais de detenção, prevendo o respeito à identidade de gênero em todos os âmbitos, inclusive no uso de roupas e em espaços segregados por gênero.

O sistema prisional brasileiro está implementando ações de capacitação para os policiais penais, a fim de promover um tratamento digno e igualitário à população LGBT- QIA+ encarcerada. O Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas Penais (Senappen) e a Força de Cooperação Penitenciária (Focopen), tem oferecido cursos voltados

para os direitos humanos, igualdade e não discriminação, visando à conscientização dos profissionais. A formação inclui noções jurídicas e treinamentos para respeito à orientação sexual e identidade de gênero dos internos, sendo uma iniciativa contínua e realizada em academias de polícia, como a de Itaquitinga (PE).

Essas capacitações visam difundir boas práticas e garantir o respeito aos direitos das pessoas LGBTQIA+ no sistema penitenciário. Noções de sobrevivência policial em contexto jurídico-administrativo, uso de câmeras corporais para transparência e registro correto de ações também fazem parte da grade do curso. A primeira edição contou com a presença de policiais de diversos estados, servindo como um modelo de aprendizado que deve ser replicado nacionalmente. (Agência Brasil, 2023)

Relatórios recentes, como o “Relatório de Presos LGBTI” (2022), mostram que o Brasil tem mais de 12 mil presos autodeclarados LGBTQIA+, representando uma parte vulnerável da população carcerária.

“O Brasil lidera o ranking dos países que mais matam LGBTQIA+. A privação de liberdade não pressupõe a privação de dignidade”, destaca o secretário Nacional de Políticas Penais do MJSP, Rafael Velasco.

O Relatório LGBT nas Prisões do Brasil (2020) revelou que menos de um quinto das unidades prisionais possui alas específicas para essa população, o que os deixa expostos à violência. Diante dessa situação, tramita no Senado o Projeto de Lei Complementar (PLP) 150/2021, proposto pelo senador Fabiano Contarato, que busca criar espaços específicos para a população LGBTQIA+ e realizar censos sobre identidade de gênero e orientação sexual para desenvolver políticas públicas mais eficazes. Projeto que foi aprovado pelo Plenário e destinado à Câmara dos Deputados.

Em 2023 a SENAPPEN, lançou, por meio da atuação da Coordenação de Atenção às Mulheres e Grupos Vulneráveis (COAMV), uma cartilha com orientações para garantir o atendimento adequado às mulheres e aos homens trans presos.

A cartilha “Mulheres e Homens Trans no Sistema Prisional” tem como objetivo abordar as particularidades, vulnerabilidades e direitos das pessoas trans e travestis no sistema prisional brasileiro, oferecendo diretrizes para assegurar um tratamento digno e respeitoso a esses indivíduos.

Dividido em seções, o documento descreve a situação enfrentada pela população trans privada de liberdade, enfatizando como fatores como identidade de gênero e orientação sexual aumentam a vulnerabilidade a abusos e discriminações. Destaca-se a importância de respeitar o nome social e o uso de roupas adequadas à identidade de gênero, considerando que essa medida contribui para preservar a dignidade e minimizar a violência institucional.

Outro aspecto abordado é a alocação em unidades prisionais que garantam maior segurança física e psicológica a pessoas trans. A cartilha recomenda que essas pessoas não sejam obrigatoriamente mantidas em presídios masculinos ou femininos com base no sexo atribuído ao nascimento, mas sim em locais que considerem a identidade de gênero e que evitem situações de violência e assédio.

Além disso, o documento discute a importância do acesso aos cuidados de saúde integral, incluindo tratamento hormonal, acompanhamento psicológico e assistência médica especializada. Esse suporte é fundamental para o bem-estar e a saúde mental, aspectos frequentemente negligenciados no ambiente prisional.

A cartilha também enfatiza a necessidade de capacitação contínua de profissionais que trabalham no sistema penitenciário, como agentes e gestores, para que estejam preparados para lidar com as especificidades da população trans. Esse treinamento visa fomentar o respeito aos direitos humanos e a inclusão, alinhando as práticas de tratamento à legislação nacional e internacional de direitos humanos.

Por fim, a publicação reforça a urgência de políticas públicas que assegurem condições de vida dignas e a promoção de igualdade de direitos para a população trans no cárcere, um passo essencial para a criação de ambientes prisionais mais seguros e humanizados.

Ao fornecer esse material, a Senappen busca sensibilizar agentes penitenciários e gestores de políticas prisionais para a criação de ambientes mais humanizados e inclusivos, contribuindo para reduzir a vulnerabilidade e o preconceito estrutural sofrido pela população trans encarcerada.

5.3 POLÍTICAS DE SAÚDE E BEM-ESTAR NO SISTEMA PRISIONAL PARA A POPULAÇÃO TRANS

No contexto prisional, o acesso à saúde e ao bem-estar deve ser garantido a todos, conforme estabelecido na Constituição Federal, na LEP e na Resolução CNJ nº 348/2020. Para a população trans, são necessárias políticas específicas, que considerem suas particularidades e promovam o respeito à dignidade e aos direitos humanos. Essas políticas precisam incluir:

5.3.1 ACESSO A TRATAMENTOS MÉDICOS E HORMONAIIS

As pessoas trans que fazem uso de terapia hormonal devem ter garantida a continuidade do tratamento durante o período de encarceramento. Isso está em consonância com a Resolução CNJ nº 348/2020, que orienta que as necessidades específicas de saúde da população trans sejam respeitadas.

A Portaria nº 2.803 de 2013 regulamenta o Processo Transsexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS), que garante tratamentos hormonais e cirurgias de redesignação sexual para pessoas trans. Embora a portaria seja voltada para pessoas em liberdade, as pessoas trans encarceradas, como cidadãs com direito ao SUS, podem demandar esses serviços.

Devem ser oferecidos profissionais capacitados em saúde trans e que compreendam as necessidades particulares dessa população. Além do tratamento hormonal, essa assistência pode incluir serviços de saúde mental e atenção básica.

Apesar do respaldo legal, a implementação da continuidade de tratamento hormonal enfrenta desafios, como a falta de profissionais de saúde treinados e de protocolos específicos no sistema penitenciário. A inclusão de agentes de saúde com formação para atender as necessidades de saúde da população trans e a garantia do fornecimento de medicamentos são fundamentais para que esse direito seja efetivo.

5.4. SAÚDE MENTAL E APOIO PSICOLÓGICO

O ambiente prisional pode agravar questões de saúde mental, principalmente para pessoas trans, que estão mais vulneráveis ao estresse e à discriminação. O atendimento psicológico deve levar em conta a identidade de gênero e a orientação sexual, promovendo um ambiente de acolhimento e respeito.

O Art. 10 da LEP reforça que o objetivo das penas é a reinserção social, o que implica em oferecer recursos de saúde mental que favoreçam o desenvolvimento pessoal e social das pessoas encarceradas: “Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

A Resolução CNJ nº 348/2020 do CNJ, inclui o direito a atendimento psicológico especializado para pessoas trans. Essa resolução determina que o atendimento deve considerar a identidade de gênero e as necessidades específicas da pessoa, promovendo um ambiente de acolhimento e respeito, além de recomendar que os profissionais que atendem a população trans sejam capacitados em temas relacionados à diversidade de gênero, incluindo a necessidade de evitar práticas discriminatórias que possam comprometer o bem-estar mental dos indivíduos.

Programas de Prevenção ao Suicídio e Autolesão: É importante implementar programas de apoio e monitoramento, com atenção especial às vulnerabilidades dessa população. O acesso a psicólogos

e terapeutas treinados em diversidade de gênero e orientação sexual é essencial para oferecer o suporte necessário.

5.5. ASSISTÊNCIA MÉDICA GERAL E INCLUSIVA

5.5.1. ATENÇÃO INTEGRAL À SAÚDE

O atendimento médico dentro do sistema prisional deve ser integral, garantindo o acesso a cuidados conforme necessário. As pessoas trans, muitas vezes, enfrentam barreiras para acessar cuidados de saúde adequados, o que pode ser agravado no sistema prisional.

Instituída em 2014 pelo Ministério da Saúde, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) busca integrar o atendimento médico nas prisões com o SUS, assegurando que os detentos recebam cuidados semelhantes aos disponíveis para a população em geral.

A PNAISP exige a presença de equipes de saúde multiprofissionais nos presídios, com foco em atendimento médico, odontológico, psicológico e assistencial, assegurando uma abordagem integral. Para pessoas trans, isso pode incluir o acompanhamento de terapias hormonais e atenção às necessidades de saúde mental relacionadas à identidade de gênero.

5.5.2. CUIDADOS ESPECÍFICOS DE SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA

É importante que haja acesso a serviços de saúde que promovam a prevenção de infecções sexualmente transmissíveis (ISTs), como o HIV, além de disponibilizar métodos contraceptivos e acesso a tratamentos especializados.

A PNAISP também destaca a prevenção de DSTs e do HIV, com programas de conscientização, distribuição de preservativos e realização de testes rápidos para HIV, sífilis e hepatites.

5.6. PROMOÇÃO DO BEM-ESTAR E DA QUALIDADE DE VIDA

O sistema prisional deve garantir que todas as pessoas encarceradas tenham acesso a condições de vida dignas, incluindo alimentação adequada, água potável, ventilação, iluminação e espaços para higiene pessoal, conforme as Regras de Mandela (Normas Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos).

5.7. PROGRAMAS DE REABILITAÇÃO E REINserÇÃO SOCIAL

Para promover a reintegração social de pessoas trans e LGBTQIA+ após o cumprimento da pena, é importante que o sistema prisional ofereça programas educativos e de capacitação profissional inclusivos, respeitando a identidade de gênero.

A Lei de Execução Penal, em seu Art. 41, determina que os presos têm direito a assistência educacional. Isso implica que, independentemente de seu gênero os apenados devem ser incluídos em programas de educação formal e profissionalizante, com o objetivo de promover a reintegração social.

O Plano Nacional de Educação (PNE), instituído pela Lei nº 13.005/2014, é um marco estratégico no desenvolvimento da educação no Brasil, e uma de suas metas mais relevantes está relacionada à ampliação do acesso à educação para pessoas privadas de liberdade. Essa iniciativa visa promover a inclusão educacional de apenados e egressos do sistema penitenciário, garantindo que a educação seja uma ferramenta eficaz para a ressocialização, redução da reincidência criminal e qualificação profissional dos indivíduos no sistema penal.

O PNE delinea uma série de metas e estratégias específicas para assegurar que a educação no contexto prisional seja tratada com a mesma importância e qualidade que a educação fora dos estabelecimentos prisionais. Um dos aspectos centrais do plano é garantir condições adequadas de infraestrutura, o que envolve a construção e a reforma de salas de aula, espaços de ensino, bibliotecas,

além da disponibilização de materiais didáticos apropriados que atendam às necessidades dos estudantes privados de liberdade.

Além da infraestrutura física, o PNE também enfatiza a formação de educadores que atuam dentro do sistema prisional. Isso implica na necessidade de oferecer capacitação e especialização aos profissionais de ensino para que estejam preparados para lidar com as especificidades do público prisional, levando em conta questões como dificuldades de aprendizagem, o contexto social e psicológico dos apenados, além de sensibilização para a diversidade de gênero e identidades de gênero, incluindo a população trans.

As Diretrizes Nacionais para a Educação no Sistema Penitenciário, publicadas pelo Ministério da Educação (MEC), orientam a implementação de programas educacionais nos presídios com foco na inclusão social e redução da reincidência criminal.

Essas diretrizes preveem, entre outras medidas, a oferta de cursos de alfabetização e educação de jovens e adultos (EJA), além de formação técnica e profissionalizante.

6. CONCLUSÃO

A conclusão deste trabalho reforça que, embora a criação de resoluções como a Resolução CNJ nº 348/2020 e outros avanços normativos visem à proteção dos direitos da população transgênero no sistema prisional brasileiro, a realidade prática ainda demonstra uma ampla negligência quanto à implementação efetiva desses direitos.

Essa resolução, que prevê o direito ao uso do nome social, a escolha do local de cumprimento da pena conforme a identidade de gênero e a promoção de um tratamento digno e inclusivo, apresenta um passo importante para a proteção da dignidade humana. No entanto, conforme a análise realizada ao longo da pesquisa, observa-se que esses direitos, muitas vezes, ficam restritos ao papel, com dificuldades estruturais e culturais que impedem sua aplicação plena no cotidiano carcerário.

Os desafios enfrentados pela população transgênero encarcerada vão além das limitações impostas pela privação de liberdade e incluem uma série de vulnerabilidades específicas. As pessoas trans estão expostas a riscos aumentados de violência física e psicológica, seja por parte de outros detentos ou até de agentes penitenciários, fruto de preconceitos e discriminação institucionalizada.

Além disso, a alocação em unidades prisionais que não correspondem à identidade de gênero dos indivíduos intensifica essa vulnerabilidade. Muitas vezes, pessoas trans são colocadas em alas ou presídios que não respeitam sua identidade de gênero, expondo-as a agressões e ao desrespeito à sua integridade.

Outro aspecto crítico identificado é a dificuldade de acesso a cuidados de saúde adequados, o que inclui tanto a continuidade de tratamentos hormonais essenciais para o bem-estar e a saúde mental dessas pessoas, quanto o apoio psicológico que, diante das condições precárias e discriminatórias, se torna ainda mais necessário. O sistema prisional brasileiro, no entanto, ainda carece de infraestrutura e profissionais capacitados para oferecer esse suporte especializado, resultando em uma constante negligência em relação às necessidades de saúde da população trans.

Diante disso, a conclusão reforça a urgência da implementação prática e eficaz das políticas de proteção já existentes, bem como a necessidade de novas estratégias que enfrentem as limitações estruturais do sistema prisional. Isso inclui a criação de programas de capacitação para agentes penitenciários e profissionais de saúde que atuam nas unidades, com ênfase na educação em direitos humanos, diversidade de gênero e respeito à identidade de gênero das pessoas sob custódia do Estado.

Para além das políticas, é essencial uma mudança cultural e estrutural que inclua um compromisso mais profundo com a inclusão e o respeito aos direitos humanos no sistema prisional. A garantia de direitos como o uso do nome social, a correta alocação em unidades compatíveis com a identidade de gênero e o acesso a tratamentos de

saúde são fundamentais para assegurar que o princípio constitucional da dignidade humana seja, de fato, respeitado e aplicado.

Este trabalho conclui que, sem essas mudanças, o sistema prisional brasileiro continuará a ser um ambiente de exclusão e violação de direitos para a população transgênero. A criação de mecanismos de monitoramento e fiscalização, juntamente com o fortalecimento da sensibilização dos agentes estatais para as necessidades da população trans, são passos essenciais para que o sistema penal cumpra seu papel não apenas de aplicar a justiça, mas de fazê-lo de forma justa e humanizada, garantindo que as pessoas transgênero tenham seus direitos fundamentais plenamente respeitados durante o cumprimento de suas penas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA).

Dossiê: assassinatos e violência contra pessoas trans em 2018. Brasília: ANTRA, 2019. Disponível em: <https://aliancalgbti.org.br/wp-content/uploads/2019/12/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 26 out. 2024

BARBOSA, Bruno Cesar. **Doidas e putas: usos das categorias travesti e transexual.** Sex., Salud Soc. (Rio J.) [online]. 2013, n. 14, pp. 352-379. ISSN 1984- 6487. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL DE FATOS. Quase 70% da população carcerária do Brasil é negra. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2024/07/18/quase-70-da-populacao-carceraria-do-brasil-e-negra/>. Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL ESCOLA. **Cisgênero e transgênero. 2024.** Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/sexualidade/cisgenero-transgenero.htm>. Acesso em:

BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 de abril de 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências.** Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 01 de abril de 2025.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Relatório de Presos LGBTI - 2022.** Brasília: SENAPPEN, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/>

servicos/sisdepen/relatorios/populacao-carce- raria/presos-lgbti/presos-lgbti-2022.pdf/view. Acesso em: 01 de abril de 2025

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Mulheres e homens trans no sistema prisional: particularidades e diretrizes de atenção.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-tecnicas/coletanea-vulnerabilidade-em-pauta/cartilha-mulheres-e-homens-trans-no-sistema-prisional.pdf>. Acesso em: 01 de abril de 2025

BRASIL. **Ministério da Saúde. Programa Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP).** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saps/pnaisp>. Acesso em: 01 de abril de 2025

BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos. Tratamento Penal de Pessoas LGBT.** Brasília: MDH, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/Tratamentopenalde-pessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 01 de abril de 2025

BRASIL. **Resolução nº 3, de 11 de março de 2009. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).** Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2009/resolucao-no-3-de-11-de-marco-de-2009.pdf>. Acesso em: 01 de abril de 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 150, de 2021. Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para instituir mecanismos de proteção à população LGBT+ encarcerada.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150077>. Acesso em: 01 de abril de 2025

CASTINO, Rafael. **Inserção de transgêneros no mercado de trabalho ainda é precária.** Em: Jornal da USP, 2017. Disponível em: <https://>

jornal.usp.br/ciencias/cien- cias-humanas/insercao-de-transgeneros- no-mercado-de-trabalho-ainda-e-precaria/. Acesso em: 01 de abril de 2025

CLAM - Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Disponível em: https://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogya- karta.pdf. Acesso em: 01 de abril de 2025.

CONJUR. Encarceramento de pessoas trans: necessidade de respeitar identidade de gênero e nome social. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-11/encarceramento-transgenero-respeitar-iden- tidade-social>. Acesso em: 01 de abril de 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (2022). **Relatório: Pesquisa sobre discrimi- nação e violência contra a população LGBTQIA+ no sistema de justiça brasileiro.** Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/re- latorio-pesquisa-discrimi- nacao-e-violencia-contralgbtqia.pdf>. Acesso em: 01 de abril de 2025

COSTA, Barbara L. Sena; RODRIGUES, Eduardo Magaldi; SOUZA, David E. Da Silva. **A inserção de pessoas transexuais e travestis no mercado de trabalho.** Em: XII Congresso Nacional de Excelência em Gestão. Rio de Janeiro, 2016.

EDIÇÃO DO BRASIL. (2021). **90% da população trans no Brasil tem prostituição como fonte de renda.** Disponível em: <https://edicaoodo-brasil.com.br/2021/05/28/90- da-populacao-trans-no-brasil-tem-prostituicao-como-fonte-de-renda/>. Acesso em: 01 de abril de 2025

FECOMPAR. **O sistema penitenciário brasileiro.** 1. ed. Paraná: FE- COMPAR, 2023. Disponível em: <https://feccompar.com.br/wp-content/>

uploads/2023/07/sistemapeni- tenciariobrasileiro.pdf. Acesso em: 01 de abril de 2025

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC). **20 anos de luta: população LGBT e cárcere.** Disponível em: <https://ittc.org.br/20-anos-de-luta-populacao-lgbt-e-carcere/>. Acesso em: 01 de abril de 2025

MACHADO, P. R. (2023). **O sistema prisional brasileiro e a superlotação das unidades prisionais.** Revista Jurídica da FACIT, 10(2), 45-58. Disponível em: <https://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/3007>. Acesso em: 01 de abril de 2025

PONTE JORNALISMO. **Verônica Bolina: como um caso de saúde mental virou caso de polícia.** Ponte, 2022. Disponível em: <https://ponte.org/veronica-bolina-como-um-caso-de-saude-mental-virou-caso-de-policia/>. Acesso em: 01 de abril de 2025.

PRADO, Lorynha Baldoino de; MACHADO, Kézia Larissa Lima; MACÊDO, Kallyne Thifany Nascimento. **Identidade de gênero e a compreensão das diferenças: análise das práticas dos profissionais de saúde.** Revista Brasileira de Enfermagem, Brasília, v. 75, n. 1, p. e20201394, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/TpH8W4hr8M-GxVRzkW3TbkKq/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 08 out. 2024.

SILVA, R. (2019). **O transexual na execução penal: uma análise sobre os direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.** JusBrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-transexual-na-execucao-penal-uma-analise-sobre-os-direitos-fundamentais-no-sistema-carcerario-brasileiro/676101156>. Acesso em: 11 out. 2024.

SINDICATO DOS BANCÁRIOS E FINANCIÁRIOS DE SÃO PAULO, OSASCO E REGIÃO. (2023). **População trans é marginalizada na sociedade e no mercado de trabalho.** Disponível em: <https://spbancarios.com.br/01/2023/populacao-trans-marginalizada-sociedade-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 12 out. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (2022). **Transformando a prisão: diferentes olhares sobre direitos, dilemas e esperanças de presos e presas transgênero**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/11122022-Transformando-a-prisao-diferentes-olhares-sobre-direitos--dilemas-e-esperancas-de-presos-e-presas-transgenero.aspx>. Acesso em: 17 out. 2024.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Identidades de gênero**. 2024. Disponível em: <https://www.ufmg.br/prae/diretoria-de-acoes-afirmativas/identidades-de-genero/>. Acesso em: 08 out. 2024.

REFLEXO DA MEDIDA PROTETIVA DA MÃE FRENTE À GUARDA COMPARTILHADA COM O PAI AGRESSOR

*Larissa Lopes Liberato*⁶⁹

*Guilherme del Giudice Torres Duarte*⁷⁰

*Thays Murta dos Santos Cruz*⁷¹

1 INTRODUÇÃO

Medidas Protetivas e Guarda Compartilhada são institutos que buscam salvaguardar alguém, seja a vítima de uma agressão ou um filho menor.

As medidas protetivas surgiram a partir da publicação da Lei Maria da Penha, com o objetivo de oferecer proteção a uma pessoa, geralmente a uma vítima de algum tipo de violência, seja ela física ou psicológica.

A guarda compartilhada é aquela exercida por ambos os pais, onde os mesmos devem zelar pelo bem estar de seus filhos.

Diante do contexto atual, é necessária a discussão quanto à medida protetiva e a guarda compartilhada, uma vez que se veem diversos casos na mídia quanto a este assunto.

O objetivo do presente trabalho é verificar se o fato da mãe possuir medida protetiva, se influencia ou impede a guarda compartilhada com o pai agressor.

69 Bacharel em Direito Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC (2020).

70 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Nova Lima – FUPAC.

71 Mestra em Direito Privado pela PUC MINAS. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Pós-graduada em Direitos Humanos.

2 LEI MARIA DA PENHA

É importante, ao abordar um tema relacionado à Lei Maria da Penha, explicar um pouco a respeito do que se trata tal Lei e o contexto histórico que originou sua criação.

A Lei nº 11.340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, entrou em vigor em 2006, dando ao país salto significativo no combate à violência contra a mulher. Uma das formas de coibir a violência e proteger a vítima assegurada pela norma é a garantia das chamadas medidas protetivas. (CARDOSO, 2017).

2.1 ORIGEM HISTÓRICA

Como dito anteriormente, a Lei Maria da Penha foi uma grande evolução no que tange à proteção da mulher e combate à violência sofrida pela mesma.

Conforme Lamas (2018), a Lei nº 11.340/2006, batizada de Lei Maria da Penha, leva o nome de uma mulher chamada Maria da Penha, do Ceará, farmacêutica, que foi vítima de violência doméstica de seu ex-marido Marco Antônio Heredia Viveros, incluindo várias tentativas de homicídio, que lhe trouxeram consequências irreversíveis.

Em 1983, Maria da Penha sofreu duas tentativas de homicídio do marido, tornando-se paraplégica. Naquela época, por não haver lei específica contra a violência doméstica, foi aplicada a legislação penal vigente, que tratava da violência geral e a classificava como crime potencial. O processo contempla apenas as questões criminais, especificamente a violência propriamente dita, pelo que é necessário recorrer aos tribunais comuns para tratar das questões cíveis (divórcio, guarda, etc.). (GUASSU e LEITE, 2014).

Oliveira (2011) relata que após Maria da Penha deixar o hospital, quando ainda se recuperava do trauma, sofreu novos abusos. Enquanto ela tomava banho, seu ex-marido tentou eletrocutá-la no banheiro. Em 1984, a mesma iniciou uma guerra no Judiciário brasileiro. Apenas

sete anos depois, seu agressor foi julgado e condenado a 15 anos de prisão. Em resposta a um apelo da defesa, o veredicto foi anulado em 1992 e só foi julgado novamente em 1996. Desta vez, porque o advogado do agressor interpôs recurso, ele foi condenado a 10 anos de prisão e saiu do tribunal livremente. Em 1994, a vítima escreveu o livro “*I Can Be Considered Survival*” com o objetivo de revelar a história de sua agressão.

Guassu e Leite (2014) acrescentam que o fato da vítima continuar convivendo com o agressor dificulta muito a decisão da mulher em fazer a denúncia:

(...) muitas vezes ela tinha que continuar convivendo com o agressor denunciado dentro de casa (não havia previsão de prisão preventiva, flagrante ou qualquer outra medida protetiva), criando uma situação de risco ainda maior e que muitas vezes a levava a retirar a denúncia ou até desistir da ação já em curso. (GUASSU e LEITE, 2014)

Maria da Penha encarou todos os riscos advindos da precariedade da Lei. Mas, frustrada com a morosidade (a sentença levou 15 anos para ser prolatada) e a impunidade do agressor (que se utilizou de todos os recursos possíveis para manter a sua liberdade), acabou buscando o amparo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A comissão, reiteradamente, solicitou ao Brasil esclarecimentos sobre o caso, porém não obteve resposta.

Ante a inércia do país, e após várias tentativas de solucionar o impasse, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tornou público o teor do seu relatório. (GUASSU e LEITE, 2014).

Oliveira (2011) dispõe que devido à pressão internacional, o procedimento foi encerrado em 2002. O ex-marido de Maria da Penha Maia Fernandes foi finalmente preso em regime fechado. Portanto, de acordo com as recomendações da CIDH, o então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva assinou um projeto de lei de

iniciativa do Presidente da Câmara dos Deputados, de nº 37 de 2006, que entrou em vigor em 22/09/2006, nos termos do § 8º, do art. 226 da Constituição Federal do Brasil, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, designada Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

Portanto, buscou-se demonstrar um pouco da história de Maria da Penha Maia Fernandes, história esta que trouxe uma importante discussão sobre a legislação de proteção à mulher e que deu origem à Lei Maria da Penha.

2.2 IMPORTÂNCIA DA LEI N.º 11.340, DE 2006

Conforme demonstrado anteriormente, a Lei Maria da Penha é um marco de extrema importância para a proteção da mulher, tendo em vista que o passado onde ocorreram os tristes e revoltantes episódios de violência doméstica em que Maria da Penha figurou como vítima acarretou na criação de uma Lei inovadora onde se busca a proteção da mulher, o combate à violência doméstica e a tomada de medidas protetivas cabíveis em cada caso.

Conforme Guassu e Leite (2014), a Lei nº 11.340/06 veio introduzir no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de prevenção, proteção e assistência às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, com o objetivo de efetivamente garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A partir daí, a violência contra mulher passou a ser conceituada como toda aquela decorrente de ação ou omissão no ambiente de convívio permanente, com ou sem vínculo familiar, inclusive por partes consideradas familiares por afinidade ou vontade expressa, bem como aquela decorrente de relação íntima de afeto, ainda que o agressor não tenha residido com a vítima. Além disso, outro ponto

importante da lei foi o reconhecimento não só da violência física, mas também da violência psíquica, sexual, patrimonial e moral como violência doméstica e familiar. Destaca-se também a mudança que possibilita a qualquer pessoa denunciar os casos de violência contra a mulher, seja junto à autoridade policial, ao MP ou ao Centro de Atendimento à Mulher, esse último por meio do telefone 180. A Lei Maria da Penha transformou em obrigação legal o dever do Poder Público de implementar medidas conjuntas para garantir a proteção integral da mulher, bem como de que a União, Estados e Municípios, desenvolvam políticas públicas efetivas e integradas de proteção, especialmente com enfoque na prevenção, determinando, ainda, a criação de centros multidisciplinares de atendimento às vítimas e seus dependentes, bem como de casas-abrigos para acolherem mulheres em situação de risco. (GUASSU e LEITE, 2014).

Desta forma, percebe-se a grande importância da criação da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

3 MEDIDAS PROTETIVAS

3.1 CONCEITO

As medidas protetivas são importantes instrumentos trazidos pela Lei Maria da Penha para a proteção da mulher.

Conforme Oliveira (2019) as medidas protetivas são os mecanismos legais que objetivam a proteção de um indivíduo em situação de risco.

Pereira (2020) complementa que “são medidas assecuratórias que ajudam a garantir os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, buscando preservar a saúde física e mental das vítimas”.

Carvalho (2017) conclui que as medidas protetivas são mecanismos de proteção à mulher em situação de violência, constituindo violação dos direitos humanos a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desta forma, percebe-se que as medidas protetivas são de suma importância e sua previsão na Lei Maria da Penha é um importante marco para a defesa e proteção da mulher.

3.2 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Ao se falar em medidas protetivas, é importante destacar a medida protetiva de urgência: o que é; quais tipos de medida protetiva de urgência; e como funcionam.

Para Cardoso (2017), a medida protetiva de urgência é um dos mecanismos instituídos pela Lei para coibir e prevenir a violência doméstica, de forma a garantir que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, escolaridade, idade e religião, tenha direitos básicos inerentes.

Segundo Lamas (2018) tais medidas protetivas têm por objetivo dar proteção jurídica às vítimas de agressão contra consequências mais graves que possam comprometer sua integridade, por isso apresentam duas características: punição e prevenção.

“A Lei Maria da Penha prevê dois tipos de medidas protetivas de urgência: as que obrigam o agressor a não praticar determinadas condutas e as medidas que são direcionadas à mulher e seus filhos, visando protegê-los.” (CARDOSO, 2017).

3.2.1 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR

As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor estão dispostas no artigo 22 da Lei Maria da Penha n° 11.340/2006, *in verbis*:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos

crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil); (arts. 536,§1º e art. 537,§ 1º, do NCPC). (Lei nº 11340/2006).

3.2.2 DAS MEDIDAS PARA AUXÍLIO E AMPARO DA OFENDIDA

Além das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, existem também aquelas que são direcionadas à mulher e ao filho, visando protegê-los.

Os arts. 23 e 24, da Lei Maria da Penha elencam as medidas para auxílio e amparo da ofendida:

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

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

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

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

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (Lei nº 11.340/2006)

Cardoso (2017) destaca que, assim como as medidas que obrigam o agressor, as medidas direcionadas para a proteção da mulher e de seus filhos podem ser cumuladas.

Complementa ainda que as medidas protetivas podem ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e da manifestação do Ministério Público, ainda que o Ministério Público deva ser prontamente comunicado. (CARDOSO, 2017)

Portanto, é importante que a mulher saiba que tem o amparo legal de medidas protetivas que visam não só a sua proteção, como a proteção de seus filhos.

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Não há como se falar na Lei Maria da Penha sem abordar o tema violência doméstica, pois a referida lei busca justamente a proteção da mulher contra esse tipo de violência.

A Lei nº 11.340/2006 traz a definição de violência doméstica em seu artigo 5º, *in verbis*:

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

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

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

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

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (Lei nº 11.340/2006)

Lamas (2018) acrescenta que, infelizmente, a destruição afetiva e familiar são consequências da violência doméstica:

(...) e produz ares de crueldade nas vítimas, pois na maioria das vezes se surpreendem quando a agressão decorre de quem deveria protegê-las. O agressor na maioria das vezes relaciona-se de maneira afetiva e sexual com a vítima e, por isso usa bem a sua fragilidade, sente-se dominador da mulher e sabe como intimidá-la, através disso comete o espancamento, tornando-se esse tipo de violência complexo e contraditório de tal maneira que ocasiona danos irreversíveis à ofendida, que podem ser de cunho: físico, psicológico, sexual, patrimonial e moral. (LAMAS, 2018)

O art. 7º da Lei 11.340/2006 cita as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

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

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

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.
(Lei nº 11.340/2006)

Infelizmente, vê-se o crescente aumento de casos de mulheres vítimas de violência doméstica, principalmente durante o período de isolamento social decorrente da pandemia por conta do Coronavírus.

O site Politize (2020)⁷² traz dados alarmantes sobre o aumento de casos de violência doméstica no Brasil durante a pandemia:

Alguns Estados brasileiros têm divulgado dados alarmantes decorrentes do isolamento social. No Rio Grande do Norte, no período entre 12 de março a 18 de março, os casos de violência doméstica umentaram 258% (duzentos e cinquenta e oito por cento) com relação ao mesmo período do ano anterior, de acordo com o Observatório da Violência do Rio Grande do Norte.

No Rio de Janeiro, segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado, desde o início da quarentena no mês de março, as denúncias por violência doméstica e familiar saltaram mais de 50% (cinquenta por cento). Em São Paulo, epicentro da pandemia no Brasil, o Núcleo de Gênero em parceria com o Centro de Ajuda Operacional Criminal do Ministério Público Paulista divulgaram uma nota técnica que mostra que de fevereiro a março de 2020 houve um aumento de quase 30% (trinta por cento) das medidas protetivas de urgência e de 51,4% (cinquenta e um vírgula quatro por cento) de prisões em flagrante comparado ao mesmo período do ano anterior. (SITE POLITIZE, 2020).

Diante disso, percebe-se que está cada vez mais alarmante o aumento no número de casos de violência doméstica no Brasil. E cada vez mais mulheres se veem como vítimas da referida violência, que não é apenas violência física, mas engloba também as violências psicológica, patrimonial, sexual e moral. Depreende-se então que,

72 <https://www.politize.com.br/violencia-domestica-no-brasil/>

a Lei Maria da Penha se torna cada vez mais importante na proteção da mulher.

O foco do presente trabalho é nessas mulheres que são vítimas de violência doméstica e precisam compartilhar a guarda de seus filhos com o ex-companheiro agressor.

5 GUARDA COMPARTILHADA

No Direito Brasileiro há vários tipos de guarda, dentre elas: a unilateral, a alternada e a compartilhada. Entretanto, o foco do presente trabalho é a guarda compartilhada.

Lima (2019) dispõe que a guarda compartilhada tornou-se a regra no direito brasileiro por meio da Lei nº. 13.058/2014.

5.1 CONCEITO

A Guarda compartilhada é um direito atinente aos pais de manter o relacionamento com seus filhos, independentemente do término do relacionamento do casal.

Conforme Strazzi (2013), a guarda é o direito que os pais (ou outras pessoas, dependendo do caso) têm de manter consigo a criança.

A guarda compartilhada é “aquela exercida por ambos os pais, que conjuntamente se responsabilizam por todas as decisões relevantes relacionadas ao bem-estar dos filhos”. (LIMA, 2019)

Baroni, Cabral e Carvalho (2015) acrescentam que a guarda compartilhada, nada mais é do que ambos os pais exercerem a guarda em conjunto, decidindo sobre a vida do filho de forma igualitária, independente de quanto tempo o filho permaneça com cada genitor.

Eles terão a mesma responsabilidade, seja para os momentos de lazer ou para as decisões mais relevantes para a vida da criança ou adolescente. [...] A guarda compartilhada é um modelo novo, cuja proposta é a tomada conjunta de decisões mais

importantes em relação à vida do filho, mesmo após o término da sociedade conjugal. (BARONI; CABRAL e CARVALHO, 2015).

Conforme Viana (2016), a Lei 13.058/2014 entrou em vigência, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil a fim de estabelecer o significado de guarda compartilhada e dispor sobre a sua aplicação: “Alteração do art. 1583, § 2º do CC: Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos; e Alteração do § 3º do mesmo artigo: Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.” (Código Civil).

Diante disso, percebe-se que o objetivo de se conceder uma guarda compartilhada é proporcionar ao filho a convivência com ambos os pais, além de buscar a preservação de seu bem estar. Nada mais é do que a busca pela preservação do convívio de ambos os pais com a criança frente a um término de relacionamento entre esses pais.

5.2 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE AÇÃO DE GUARDA

Quando se ajuíza qualquer ação judicial, é importante que a parte saiba onde se deve ajuizar a referida ação: o local de competência e o juízo competente para processar e julgar a ação que será proposta.

Nos termos da Súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro de domicílio do detentor da guarda.

Baruffi (2019) relata que a competência para conhecer e julgar a ação de guarda pode ser tanto do juízo da família quanto do juízo da infância e juventude:

É a condição da criança envolvida que irá determiná-la. Em casos de lesão ou violação aos direitos da criança por falta, ação, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, a competência será do juizado da infância e juventude. Nos demais casos, será do juízo da família. [...] O procedimento é o comum, isto porque para a guarda não há previsão de procedimento específico. Destacando-se que, a quem for deferida a guarda, ainda que terceiro na relação familiar (Art. 1584 do CC), é preciso que participe do processo. É obrigatória a intervenção do Ministério Público. O não atendimento gera nulidade absoluta. [...] Os recursos cabíveis são agravo ou apelação, a depender da natureza do ato decisório. (BARUFFI, 2019).

Desta forma, é importante que o advogado da pessoa (parte) que irá ajuizar a ação de guarda se atente ao critério de competência e o juízo competente para conhecer e julgar a respectiva ação.

5.3 PERDA DA GUARDA COMPARTILHADA

Da mesma forma em que a Lei confere o direito de guarda compartilhada, ela também elenca as hipóteses de perda da respectiva guarda.

Pagno (2020) explica que para o STJ a guarda compartilhada não deve ser aplicada apenas em dois casos: quando é constatada a inaptidão por um dos pais a cuidar do filho ou no caso de algum deles manifestar o desejo de não exercer a guarda.

Conforme Reis (2017) para inviabilizar a guarda compartilhada há várias hipóteses, sendo uma delas a do genitor não querer exercer a guarda e as demais “são todas as que, na análise individual do processo, se verificar que a vida, saúde, integridade física ou psicológica da criança esteja(m) em perigo”, cabendo ao juiz determinar outro tipo de guarda.

Custódio (2017) cita ainda outra situação que permite a perda da guarda dos filhos: a alienação parental:

(...) a famosa alienação parental, tratada na Lei nº 12.318/10, resumidamente se refere à interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este e sua família. Alguns exemplos de alienação parental são:

I- Atos constatados pelo juiz ou por perícia realizada na criança;

II- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

III- dificultar o exercício da autoridade parental;

IV- dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

V- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

VI- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VII- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VIII- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (CUSTODIO, 2017)

Diante do exposto, percebe-se que há algumas formas de perda da guarda compartilhada: a constatação da inaptidão por um dos pais

a cuidar do filho; algum dos pais manifestar o desejo de não exercer a guarda; se for verificado que a vida, saúde, integridade física ou psicológica da criança esteja(m) em perigo; e em caso de alienação parental.

5.4 DESCUMPRIMENTO DA GUARDA

Quando é deferida a guarda compartilhada é importante que os pais tenham em mente que, tudo aquilo constante na decisão judicial deve ser cumprido, sob pena de descumprimento de decisão judicial.

Nos termos do art. 1584, § 4º, do CC: “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor”.

Baruffi (2019) destaca que, uma vez determinada em sentença a guarda compartilhada e as suas regras, o seu descumprimento, além de gerar insegurança à relação, a conduta pode ser tipificada como alienação parental, desobediência prevista no artigo 98 do ECA além de descumprimento de ordem judicial (cabível indenização e passível de prisão pela aplicação do art. 330 do Código Penal).

Mestriner (2015) relata que o descumprimento judicial da guarda compartilhada pode ser desmembrado em três tipos de situações: a proibição ou imposição de dificuldade por parte de um dos genitores para que o outro genitor veja ou mantenha contato com os filhos; o caso de pouco interesse do genitor em manter contato com o menor; e o caso de abandono afetivo do filho pelo genitor.

O mesmo autor destaca ainda que a sanção imposta pelo Judiciário dependerá do tipo de situação ocorrida:

A sanção varia de acordo com a gravidade do ato praticado pelo genitor. Podemos elencar, em rol exemplificativo:

- 1) declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

- 2) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
 - 3) estipular multa ao alienador;
 - 4) determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
 - 5) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
 - 6) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
 - 7) declarar a suspensão da autoridade parental.
- (MESTRINER, 2015)

Desta forma, frisa-se que a sanção imposta ao descumprimento de guarda compartilhada irá variar de acordo com cada caso concreto, sendo feita uma análise do caso pelo Poder Judiciário.

6 PODER FAMILIAR

6.1 CONCEITO

O poder familiar, nada mais é do que os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Para Gonçalves (2011) o Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.

Conforme Strazzi (2013) seria o “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais para cuidarem da pessoa e dos bens dos filhos menores, incluindo o dever de assistência, amparo, sustento e direção no processo de formação da personalidade dos filhos”.

Frigato (2011) destaca que o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais, em especial, em atenção ao princípio constitucional da paternidade responsável, estabelecido no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

6.2 DIREITOS E DEVERES DOS PAIS

Ao se falar em poder familiar é importante destacar e elencar os direitos e deveres dos pais para com seus filhos.

Os Direitos e deveres dos pais estão elencados no Código Civil Brasileiro.

O art. 1.632 do Código Civil diz que: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Já o art. 1.634 também do C.C., dispõe sobre o direito do exercício do poder familiar dos pais quanto a seus filhos:

O art. 1.634 Compete a ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- a) dirigir-lhes a criação e a educação;
- b) exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- c) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- d) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

- e) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- f) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; g) representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- h) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- i) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (CÓDIGO CIVIL DE 2002)

Dessa forma, é importante que os pais tenham pleno conhecimento dos direitos e deveres para com seus filhos, salvaguardando sua vida, saúde, auxiliar em sua criação e educação, dentre outros.

6.3 PERDA OU SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

Da mesma forma em que lhes é legalmente conferido o poder familiar, os pais também podem sofrer a perda ou suspensão do mesmo. Conforme Strazzi (2013), a perda ou a suspensão do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. O Código Civil indica em seus artigos 1.637 e 1.638 as hipóteses em que perderá o poder familiar o pai ou a mãe, ou ambos, se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos. Dessa forma, o pai (ou a mãe) pode vir a perder o poder familiar caso coloque em risco o menor (por exemplo, em casos de violência ou ameaças físicas e verbais contra o filho). Mas, para isso, é necessário um processo judicial, no qual o juiz sempre vai levar em conta o melhor interesse da criança.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I - praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II - praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (CÓDIGO CIVIL/2002)

6.4 DIREITO DE VISITAS

Além de regular sobre a guarda, o Código Civil Brasileiro regula também o direito de visitas.

O art. 1.589 do Código Civil dispõe que “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

Foureaux (2019) complementa que o direito de visitas não é somente um direito dos pais, mas um direito dos filhos de conviver com os seus pais, razão pela qual a visita aos filhos é para os pais um misto de direito e de obrigação. Trata-se de um direito-dever.

Portanto, o direito de visitas é também uma obrigação dos pais de manter o convívio e relacionamento afetivo com seus filhos. É regulado pelo Código Civil e segue o que for acordado entre os pais ou fixado pelo juiz.

7 MEDIDA PROTETIVA X GUARDA COMPARTILHADA

Conforme já abordado anteriormente, existem diversos tipos de medida protetiva que visam à proteção da mulher vítima da violência doméstica. Já a guarda compartilhada é o instituto que busca o melhor interesse do menor, conferindo a ambos os pais o direito de conviver com a criança e tomarem decisões conjuntamente com questões relativas à mesma. Entretanto, entende-se que deve ser bem complicada a situação vivenciada pela mulher que possui medida protetiva contra o ex-companheiro agressor e deve compartilhar a guarda de seus filhos com o mesmo.

Saliente-se que, somente a medida protetiva de urgência de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, possui a capacidade de temporariamente suspender ou adiar a visitação paterna nos termos do Inciso IV do artigo 22 da Lei 11.340/2006. Nestes casos, como na maioria das vezes os filhos permanecem na guarda da mãe, deferida a Medida Protetiva em favor da genitora enquanto perdurar a restrição de aproximação, é necessário que seja nomeada uma pessoa da família para realizar a intermediação de retirada e devolução dos filhos da residência materna. (ZAMBON, 2017).

Freitas (2019) relata que, diante do cenário atual, é necessário se discutir a compatibilidade da medida protetiva deferida na Lei Maria da Penha com a guarda compartilhada. Isto porque, nos termos do art. 1.583 do Código Civil, a guarda compartilhada é a responsabilização e o exercício de direito e deveres dos pais que não vivem sob o mesmo teto em relação ao poder familiar dos filhos comuns. Cabe-se ressaltar que nessas relações é possível encontrar um ambiente de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido, havendo uma situação de risco da vítima, serão deferidas pelo Juiz as medidas protetivas elencadas na Lei Maria da Penha, que podem inviabilizar ou dificultar o exercício do papel de pai do investigado.

Quando há violência doméstica e essa violência é denunciada e chega até o Judiciário, normalmente, são aplicadas aquelas medidas protetivas, de proibição de contato entre o agressor e a mulher. Isso, evidentemente, não impossibilita, mas torna mais dificultosa a aplicação da guarda compartilhada. Inclusive torna muito difícil até a questão das visitas, porque o sujeito não pode se aproximar da mulher que ele vai visitar. Então, quando há violência

doméstica, isso dificulta não só a aplicação de guarda compartilhada, como as próprias visitas do pai aos filhos. (VIANA, 2016).

Lima (2019) apresenta uma opinião divergente, relatando que a existência de medida protetiva em relação ao outro genitor não importa necessariamente na inaplicabilidade da guarda compartilhada, pois o fato de haver conflitos entre os genitores não significa que a relação destes com os filhos ficaria prejudicada. Sendo assim, a restrição ao compartilhamento ou à convivência familiar deve estar condicionada a um efetivo risco para os filhos e não mera insegurança por parte de um dos pais.

Reis (2017) complementa ainda que este tema polêmico bate de frente ao interesse do menor, uma vez que o maior interesse do compartilhamento da guarda é o seu bem-estar, “que deve encontrar na figura dos pais um ponto de apoio e equilíbrio para seu desenvolvimento intelectual, moral e espiritual”. Assim, com amparo no entendimento pacífico do STJ, pode-se afirmar sem sombra de dúvidas que, independente da relação existente entre os genitores, e por mais graves que sejam as animosidades, se o melhor para o(s) filho(s) for o compartilhamento da guarda, assim o será.

Se a violência foi episódica, não era uma coisa reiterada, e se a violência não foi contra a criança é possível aplicar a guarda compartilhada. Em alguns casos foi um episódio único de violência contra a mulher, um caso isolado, e às vezes o sujeito não é violento com as crianças, a própria mulher diz que ele não é violento com as crianças. Ai nesses casos é possível. Agora se há algum risco para a criança, aí não. Às vezes o sujeito é alcoólatra, por exemplo, quando o sujeito tem problemas com álcool ou com drogas eu não defiro guarda compartilhada nesses casos. Ai a guarda fica unilateralmente para a mulher ou para o pai, dependendo de quem tenha o problema.

[...] Quando há alguma medida protetiva que impede o agressor de se aproximar da agredida e eles têm um filho em comum e ele não representa nenhum risco à criança, a ele vai acabar sendo garantido o direito de visitas. E esse direito tem que ser garantido. O direito de visitas só não vai ser garantido se esse agressor, no caso de violência doméstica contra a mulher, representar algum risco para os filhos, se ele não representar a ele vai ser garantido o direito de visitas. O que acontece é que muitas vezes ele tem uma medida lá que impede ele de se aproximar da mulher, nesses casos, o que é feito é realmente colocar uma pessoa, a avó ou o avô pega a criança, leva até a casa de um dos pais e vice-versa. (VIANA, 2016).

A Juíza Raquel Chrispino apud Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2015) menciona as medidas protetivas elencadas na Lei Maria Penha, tais como: o afastamento do agressor do lar e a proibição de aproximação e contato com a vítima. Para a mesma, esta última é a que causa mais preocupação no momento da guarda compartilhada: “O que acontece é que muitos dos episódios de violência ocorrem no momento da visitação”. A magistrada lembrou que também existe a medida protetiva de urgência de suspensão ou restrição da visitação dos pais que pode ser deferida pelo juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. “Nós, juízes de Violência Doméstica, temos que ver não só o interesse da mulher na Lei Maria da Penha, que é uma lei protetiva da mulher, mas não podemos esquecer de atender ao interesse primordial da criança que está naquela situação.”

O sistema da guarda compartilhada não funciona quando não há entendimento dos pais. Tal instituto pressupõe a existência de o mínimo de diálogo e consenso entre os genitores, eis que todas as decisões relacionadas ao filho serão tomadas em conjunto. Ainda, para efetivação da guarda compartilhada

é necessário que os pais tenham a disposição e compromisso de respeitar as medidas acordadas em relação ao filho. [...] É incompatível a medida protetiva com a guarda compartilhada na dimensão em que inviabiliza o pai de exercer seu papel. Pois, a medida deferida para a proteção da mulher, por vezes, impede que o investigado se aproxime dela, bem como, entre em contato telefônico ou por quaisquer outros meios de comunicação disponíveis. Portanto, é difícil (se não impossível) do pai conviver com o filho, pois, em regra, o filho comum vive com a mãe/vítima e não poderá buscar o filho dentro do contexto em que está proibido de manter qualquer tipo de contato com essa. [...] Temos de um lado a decisão da Vara de Família, que determina a vigência da guarda compartilhada, atendendo ao princípio do melhor interesse da criança. De outro lado, há a decisão proferida pela Vara Criminal, que visa resguardar a mulher vítima de violência doméstica, que proíbe o agressor de se aproximar ou manter qualquer tipo de comunicação com a ex-Cônjuge. (FREITAS, 2019).

Para Baruffi (2019), por exemplo, em alguns casos, as crianças são vítimas porque os ex-companheiros não aceitam o fim da relação, o que é triste e inadmissível, uma vez que a adoção da guarda compartilhada com indícios de violência doméstica ou mesmo existência de medida cautelar colocam em risco o interesse da criança e, por isso, deve ser sopesado a opção pela guarda compartilhada, optando-se pela guarda unilateral.

Aquelas que procuram a Justiça para dar fim ao relacionamento abusivo têm se queixado do quão desprotegidas se sentem diante da necessidade de repartir o tempo dos filhos. O esquema, por diversas vezes, as colocam cara a cara com o agressor. Segundo elas, essa decisão judicial tem servido, em algumas situações, para estender a violência que já vinham

sofrendo. [...]“O problema é que existem gradações de conflitos. Por isso, por mais que o legislador tenha a liberdade de decidir sobre o caso, ele precisa agir com cautela para não condenar a criança a uma condição de risco, nem a mãe que já está em uma situação de vítima.” [...]“Infelizmente, cada juiz interpreta de uma maneira. E embora a mulher não permaneça na relação, ela continua sendo vítima do ex e do próprio sistema.” (CARASCO, 2017).

Portanto, percebe-se que a questão é extremamente complicada, uma vez que de um lado encontra-se a mãe vítima de violência cometida pelo pai agressor e de outro os filhos e sua guarda, onde se deve levar em conta o melhor interesse para o menor. Nestes casos, o melhor é que o Judiciário analise os pormenores específicos de cada caso e tome a melhor decisão levando em conta não só o interesse do menor, mas também a preservação da integridade da mãe vítima de violência pelo ex-companheiro.

8 CASOS ELUCIDATIVOS

Para melhor ilustrar o que ocorre na prática em decisões proferidas pelo Poder Judiciário, é necessário trazer alguns casos verídicos para verificar se realmente a medida protetiva da mãe tem influenciado na guarda compartilhada com o pai agressor.

Carasco (2017) cita o caso de Camila de 30 anos que foi agredida e ameaçada pelo seu ex companheiro, o qual era muito violento e bebia bastante. Ela pediu o divórcio e ele, a guarda compartilhada do filho de poucos meses. A juíza do caso determinou a guarda compartilhada e passeios em domingos alternados e esta dizia que ambos tinham que ter convivência com o filho. Camila exigiu que as visitas feitas pelo pai fossem em locais públicos e determinados com antecedência, uma vez que ela tinha medo que algo acontecesse por ter sido ameaçada diversas vezes.

A princípio, tudo aconteceu como foi determinado pela Justiça. Até que no último dia 8 de outubro, o ex se recusou a revelar o destino. “Ele sempre dizia que ia sumir com nosso filho. Neste dia, ele nos levou à força para a casa dos pais dele. Assim que cheguei no condomínio, comecei a gritar para chamar atenção dos vizinhos. Ele me empurrou para dentro da casa. Com meu filho no colo, cai sobre as cadeiras e a mesa de vidro que se quebrou sob mim. Se o pai dele não estivesse lá para contê-lo, o pior poderia ter acontecido”, conta. Camila entrou na Justiça pela guarda unilateral, mas o processo ainda não tem prazo para terminar. “Tenho medida protetiva, o que o impede de se aproximar da gente. Eu sei que é direito do meu filho ter contato com o pai, mas seria muito pior para ele viver em meio a esse conflito. Eu lutei muito pela nossa família.” (CARASCO, 2017).

Outro caso trazido por Carasco (2017) trata-se de Marcela, 34 anos, casada por 13 anos e durante nove anos, sofreu graves agressões físicas e psicológicas por conta das crises de ciúme de seu ex. “A violência diminuiu um pouco quando nosso filho nasceu. Só aí perdi o medo de morrer nas mãos dele e consegui denunciá-lo”, conta.

“Demorei a tomar a decisão porque eu me sentia culpada e responsável pelas reações violentas dele.” O processo de violência doméstica, iniciado em 2014, está parado. Mesmo com boletins de ocorrência em mãos, o juiz deferiu ao pedido de guarda compartilhada do rapaz. “Ouvi do promotor de Justiça que eu tinha rancor do passado, que estava causando transtorno ao meu filho, que as ameaças do meu ex eram atitudes normais de um pai desesperado, que no futuro a gente poderia até reatar o relacionamento. Isso me abalou emocionalmente. Para ela, a decisão judicial contribuiu para estender a violência psicológica que já sofria no casamento.

“Quando ele descobriu que eu estava namorando, fez escândalo na frente da escola do nosso filho. E durante o período em que o menino estava com ele, o trocou de colégio sem eu saber. Já cheguei a ficar três meses sem vê-lo, sem notícia alguma, bloqueada de todos os meios de comunicação. Fui ameaçada inúmeras vezes.” Ela deseja recorrer ao processo em outro Estado. (CARASCO, 2017).

Outro caso demonstrado pela mídia foi da Lucilha, 26 anos, mãe de uma criança de 2 anos e 8 meses, da cidade de Santa Maria. Esta tem guarda compartilhada junto com o seu ex-marido. Ela alega que tem medida protetiva uma vez que sofreu agressões durante todo o relacionamento, no entanto deixou um dia seu filho com o pai e este não retornou mais. Ela relata que: “Conseguí falar com meu filho porque a mãe dele [do ex-marido] me ligou por chamada de vídeo. Só. Ter contato com meu filho mesmo, não estou tendo.” Desta forma, ela vem sofrendo também ameaças por parte do ex-marido mesmo tendo a medida protetiva e, além disso, está ser vem seu filho há dias já que seu ex-marido a impede de ver mesmo ela tendo a guarda compartilhada. (DOYLE, 2019).

Conforme Carasco (2017) histórias como estas relatadas acima são “comuns diante do desamparo legal e da morosidade do judiciário”. Relata ainda que:

O ideal seria que tanto a denúncia de violência doméstica, quanto a questão da guarda fossem julgadas por um único juiz, e não cada uma na sua vara. Ou que ao menos acontecesse um julgamento em conjunto. Toda a máquina judiciária deveria ter um olhar cuidadoso sobre a violência doméstica, que continua sendo frequente e afeta todo o núcleo familiar.” (CARASCO, 2017).

Diante dos casos apresentados, percebe-se que o Poder Judiciário tem conferido a guarda compartilhada ao pai agressor, mesmo que a mãe do menor possua medida protetiva contra o ex-companheiro, sob o argumento de que o fato do pai ter agredido a mãe do menor não o configura como um “mau pai”, a menos que tem havido agressões também ao filho.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho é verificar se o fato da mãe possuir medida protetiva, se influencia ou impede a guarda compartilhada com o pai agressor.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), criada no ano de 2006, é um marco de extrema importância para a proteção da mulher, tendo em vista que o passado onde ocorreram os tristes e revoltantes episódios de violência doméstica em que Maria da Penha figurou como vítima acarretou na criação de uma Lei inovadora onde se busca a proteção da mulher, o combate à violência doméstica e a tomada de medidas protetivas cabíveis em cada caso.

As medidas protetivas são importantes instrumentos trazidos pela Lei Maria da Penha para a proteção da mulher.

A medida protetiva de urgência tem por objetivo coibir e prevenir a violência doméstica, garantido a toda mulher, seus direitos básicos inerentes. Existem dois tipos de medidas protetivas de urgência: as que obrigam o agressor a não praticar determinadas condutas e as medidas que são direcionadas à mulher e seus filhos, visando protegê-los.

A violência doméstica à qual a Lei visa proteger a mulher, nada mais é do que qualquer ação ou omissão sofrida pela mesma baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral patrimonial.

Infelizmente, está cada vez mais alarmante o aumento no número de casos de violência doméstica no Brasil. O número de casos aumentou

bastante, principalmente na época da pandemia, uma vez que com o isolamento social, as pessoas passaram a conviver muito mais tempo juntas dentro de suas residências. E cada vez mais mulheres se veem como vítimas da referida violência, que não é apenas violência física, mas engloba também as violências psicológica, patrimonial, sexual e moral. Depreende-se então que, a Lei Maria da Penha se torna cada vez mais importante na proteção da mulher.

O foco do presente trabalho é nessas mulheres que são vítimas de violência doméstica e precisam compartilhar a guarda de seus filhos com o ex-companheiro agressor.

No Direito Brasileiro há vários tipos de guarda, dentre elas: a unilateral, a alternada e a compartilhada. Entretanto, o enfoque do presente trabalho é a guarda compartilhada.

A Guarda Compartilhada é um direito atinente aos pais de manter o relacionamento com seus filhos, independentemente do término do relacionamento do casal. Seu objetivo é proporcionar ao menor a convivência com ambos os pais, além de buscar a preservação de seu bem estar. Nada mais é do que a busca pela preservação do convívio de ambos os pais com a criança frente a um término de relacionamento entre esses pais.

Da mesma forma em que a Lei confere o direito de guarda compartilhada, ela também elenca as hipóteses de perda da respectiva guarda. Há algumas formas de se perder a guarda compartilhada: a constatação da inaptidão por um dos pais a cuidar do filho; algum dos pais manifestar o desejo de não exercer a guarda; se for verificado que a vida, saúde, integridade física ou psicológica da criança esteja(m) em perigo; e em caso de alienação parental.

Quando é deferida a guarda compartilhada é importante que os pais tenham em mente que, tudo aquilo constante na decisão judicial deve ser cumprido, sob pena de descumprimento de decisão judicial. Frisa-se que a sanção imposta ao descumprimento de guarda compartilhada irá variar de acordo com cada caso concreto, sendo feita uma análise do caso pelo Poder Judiciário.

Os direitos e deveres atribuídos aos pais quanto a seus filhos chama-se Poder Familiar. É importante que os pais tenham

pleno conhecimento dos direitos e deveres para com seus filhos, salvaguardando sua vida, saúde, auxiliar em sua criação e educação, dentre outros. Porém, destaca-se que há hipóteses de perda ou suspensão do poder familiar, como: comprovação de falta, omissão ou abuso em relação aos filhos, etc.

Além da concessão de guarda, a Legislação também regula o direito de visitas, que além de um direito é também uma obrigação dos pais de manterem o convívio e relacionamento afetivo com seus filhos. O direito de visitas é regulado pelo Código Civil e segue o que for acordado entre os pais ou fixado pelo Juiz.

Entende-se que deve ser bem complicada a situação vivenciada pela mulher que possui medida protetiva contra o ex-companheiro agressor e deve compartilhar a guarda de seus filhos com o mesmo.

A questão é extremamente complicada, uma vez que de um lado encontra-se a mãe vítima de violência cometida pelo pai agressor e de outro os filhos e sua guarda, onde se deve levar em conta o melhor interesse para o menor. Nestes casos, o melhor é que o Judiciário analise os pormenores específicos de cada caso e tome a melhor decisão levando em conta não só o interesse do menor, mas também a preservação da integridade da mãe vítima de violência pelo ex-companheiro.

Através dos casos apresentados no presente trabalho, percebe-se que o Poder Judiciário tem conferido a guarda compartilhada ao pai agressor, mesmo que a mãe do menor possua medida protetiva contra o ex-companheiro, sob o argumento de que o fato do pai ter agredido a mãe do menor não o configura como um “mau pai”, a menos que tem havido agressões também ao filho.

Por todo exposto, entende-se que as decisões judiciais têm concedido o direito à guarda ao pai que agrediu a genitora dos menores, ainda que a mesma possua medida protetiva contra o ex-companheiro agressor, tendo em vista que o filho não foi objeto de agressões e, portanto, não caracteriza um impedimento para a obtenção de guarda, ainda que seja uma situação extremamente desconfortável à mulher agredida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Renan. **Homem que agrediu ex-mulher consegue guarda compartilhada das filhas**. 2017. Disponível em: <<https://www.gazeta-dopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/jurisprudencia/homem-que-agrediu-ex-mulher-consegue-guarda-compartilhada-das-filhas-0dmb5n4ziqtdt34x86k8sk2v/>> Acesso: 01 de abril de 2025

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. O que é guarda compartilhada? 2015. Disponível em:<<https://direitofamiliar.com.br/o-que-e-guarda-compartilhada/>>Acesso: 01 de abril de 2025

BARUFFI, Ana Cristina. Tudo o que advogados precisam saber sobre guarda compartilhada. 2019. Disponível em:< <https://www.aurum.com.br/blog/guarda-compartilhada/#5>>Acesso: 01 de abril de 2025

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso: 01 de abril de 2025

BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 01 de abril de 2025

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei nº 11.340/2006, de 07/08/2006. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>Acesso: 01 de abril de 2025

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 383**. Disponível em: < <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1281.html#:~:text=%E2%80%9CA%20compet%C3%A-Ancia%20para%20processar%20e,do%20detentor%20de%20sua%20guarda.%E2%80%9D&text=O%20entendimento%20hoje%20assentado%20%C3%A9,de%20quem%20exerce%20a%20guarda.>>>. Acesso: 01 de abril de 2025

CARASCO, Daniela. **Quando a guarda compartilhada deixa a mulher nas mãos do “ex” violento.** 2017. Disponível em: <://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2017-/12/12/como-a-guarda-compartilhada-tem-estendido-a-violencia-contra-a-mulher.htm?cmpid=copiaecola> Acesso: 01 de abril de 2025

CARDOSO, Bruno. **Violência contra a mulher: o que são as medidas protetivas de urgência?** 2017. Disponível em: <https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/544108267/violencia-contra-a-mulher-o-que-sao-as-medidas-protetivas-de-urgencia> Acesso: 01 de abril de 2025

CARVALHO, Stefani de. **Lei Maria da Penha: entenda quais são as medidas protetivas que obrigam o agressor.** 2017. Disponível em: <https://canal-cienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/557941734/lei-maria-da-penha-entenda-quais-sao-as-medidas-protetivas-que-obrigam-o-agressor> Acesso: 01 de abril de 2025

CUSTODIO, Lana Alberta da Silva. **Quais são as situações que possibilitam a perda da guarda dos filhos?** 2017. Disponível em: <https://custodiogoes.jusbrasil.com.br/artigos-/571887570/quais-sao-as-situacoes-que-possibilitam-a-perda-da-guarda-dos-filhos> Acesso: 01 de abril de 2025

DOYLE, Luisa. **Homem afastado de ex-mulher por medida protetiva impede mãe de ver bebê de 2 anos,** no DF. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/10/18/homem-afastado-de-ex-mulher-por-medida-protetiva-no-df-pega-filho-e-impede-mae-de-ve-lo.ghtml.> Acesso: 01 de abril de 2025

FOUREAUX, Rodrigo. **A guarda de filhos e as consequências do descumprimento do acordo ou decisão judicial que regula a visita.** 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/07-/29/guarda-de-filhos-e-consequencias-descumprimento-acordo-ou-decisao-judicial-que-regula-visita/> Acesso: 01 de abril de 2025

FREITAS, Bruna Oliveira. **Medida Protetiva na Lei Maria da Penha: Incompatibilidade com a guarda compartilhada.** 2019. Disponível em: <<https://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19292>> Acesso: 01 de abril de 2025

FRIGATO, Elisa. Poder Familiar - Conceito, característica, conteúdo, causas de extinção e suspensão. 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>> Acesso: 01 de abril de 2025

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: **Direito de Família.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GUASSU, Rivadavio Anadão de Oliveira e LEITE, Karina Balduino. Lei Maria da Penha: **uma evolução histórica.** 2014. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/198444-/lei-maria-da-penha--uma-evolucao-historica>> Acesso: 01 de abril de 2025

LAMAS, Thais. A Lei Maria da Penha, seu contexto social, jurídico e a (in) eficácia das medidas protetivas de urgência (Lei 11.340/2006). 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70812/a-lei-maria-da-penha-seu-contexto-social-juridico-e-a-in-eficacia-das-medidas-protetivas-de-urgencia-lei-11-340-2006>> Acesso: 01 de abril de 2025

LIMA, Ricardo. **Guarda Compartilhada:** tudo o que você precisa saber. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73581/guarda-compartilhada-tudo-o-que-voce-precisa-saber>> Acesso: 01 de abril de 2025

MESTRINER, Ângelo. **Quais as consequências do descumprimento do regime de visitas estabelecido entre o genitor e o filho?** 2015. Disponível em: <http://www.angelo-mestriner.adv.br/blog/blog_1040_consequencias_descumprimento_acordo_visita_e_convivencia.html> Acesso: 01 de abril de 2025

OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. **Histórico, Produção e Aplicabilidade da Lei Maria da Penha** – Lei nº 11.340/2006. 2011. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/8429/histori-co_producao_oliveira.pdf?sequence=3&i-sAllowed=y> Acesso: 01 de abril de 2025

OLIVEIRA, Yasmine Beatriz Lemos. **Art. 24-a Lei 11.340/2006: uma análise jurídica sobre sua aplicabilidade na comarca de Palmas-TO**. 2019. Disponível em: <<http://www.conteudo-juridico.com.br/consulta/artigo/53847/art-24-a-lei-11-340-2006-uma-anlise-jurdica-sobre-sua-aplicabilidade-na-comarca-de-palmas-to>>Acesso: 01 de abril de 2025

PAGNO, Marina. **Guarda Compartilhada: lei que completa cinco anos traz mais flexibilidade para pais e filhos, mas ainda gera confusão**. 2020. Disponível em: <<https://gauchazh.cli-crbs.com.-br/com-portamento/noticia/2020/01/guarda-compartilhada-lei-que-completa-cinco-anos-traz-mais-flexibilidade-para-pais-e-filhos-mas-ainda-gera-confusao-ck5iitmgr00ub01-pl6tu5p4mf.html>>Acesso: 01 de abril de 2025

PEREIRA, Aline Ribeiro. As medidas protetivas no ordenamento jurídico brasileiro – Lei Maria da Penha e ECA. 2020. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/medidas-protetivas/#1>> Acesso: 01 de abril de 2025

REIS, Paula. **Guarda Compartilhada: possibilidade mesmo quando há grave desavença entre os genitores**. 2017. Disponível em: <<https://paulareisadvogada.jusbrasil.com.br/artigos/472014242/guarda-compartilhada-possibilidade-mesmo-quando-ha-grave-desavenca-entre-os-genitores>>Acesso: 01 de abril de 2025

SITE CONSULTOR JURÍDICO. **Agredir a mulher sem ameaçar filhos não tira direito à guarda compartilhada**. 2017. Disponível em: <conjur.com.br/2017-mar-24/agredir-mulher-nao-tira-direito-guarda-compartilhada-filhos>Acesso: 01 de abril de 2025

SITE POLITIZE. **Violência doméstica no Brasil:** desafios do isolamento. 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/violencia-domestica-no-brasil/>>Acesso: 01 de abril de 2025

STRAZZI, Alessandra. **Guarda, poder familiar e alienação parental.** 2013. Disponível em: <<https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/112348733/guarda-poder-familiar-e-alienacao-parental>>Acesso: 01 de abril de 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Emerj debate guarda compartilhada e medidas protetivas de urgência.** 2015. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/211-867591/emerg-debate-guarda-compartilhada-e-medidas-protetivas-de-urgencia>> Acesso: 01 de abril de 2025

VIANA, Natasha Maria soares. **Aplicabilidade da lei de guarda compartilhada em casos de violência doméstica, segundo a lei maria da penha.**2016. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14781/1/2016_natashamariasoesviana_tcc.pdf> Acesso: 01 de abril de 2025

ZAMBON, Mariângela. Medida protetiva a favor da mãe não pode afastar os filhos da convivência com o pai. **2017. Disponível em: <<https://www.zambon.adv.br/post/2017-/04/13/medida-protetiva-a-favor-da-m%C3%A3e-n%C3%A3o-pode-afastar-os-filhos-da-conviv%C3%Aancia-com-o-pai>>Acesso: 01 de abril de 2025**

