

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO - FADISP
PROGRAMA DE MESTRADO EM FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

ACESSO À JUSTIÇA E A LEI MARIA DA PENHA
Uma análise no âmbito da igualdade material

OSMAIR CHAMMA JUNIOR

SÃO PAULO

2008

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO - FADISP
PROGRAMA DE MESTRADO EM FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

ACESSO À JUSTIÇA E A LEI MARIA DA PENHA
Uma análise no âmbito da igualdade material

OSMAIR CHAMMA JUNIOR

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Função Social do Direito, sob a orientação do Professor Professor Doutor Arruda Alvim.

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

À Cibele minha musa inspiradora.

Às minhas filhas Letícia e Júlia, razão do meu viver, pela dívida criada nos momentos de ausência em suas vidas para que este sonho tornasse realidade.

Aos meus pais pelos valores e educação recebida que me permitiram trilhar o caminho reto.

Ao meu irmão Ricardo cuja distância não afeta meu sentimento fraternal.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador e professor Arruda Alvim pelos ensinamentos jurídicos e, principalmente, pela lição de vida ao me fazer perceber que os atributos essenciais de um grande jurista são a simplicidade e humildade.

A professora Thereza Alvim minha admiração pela transparência e demonstração de que o poder e o respeito são conquistados e não impostos.

A amiga Karla Andréia B. S. A. de Freitas pelo auxílio e apoio inestimável para a confecção dessa dissertação.

Ao amigo e colega de trabalho André Luiz dos Santos que permitiu que essa dissertação se tornasse realidade em um curto espaço de tempo e, ainda, por me ensinar o verdadeiro significado das palavras amizade e lealdade.

Ao amigo Daniel Carnio Costa, companheiro de mestrado, com quem dividi as cansativas viagens para São Paulo, cuja amizade construída neste período me permite chamá-lo de irmão.

Ao amigo Ernani Contipelli que me incitou a cursar o mestrado.

A Carol Benzi pela ajuda de última hora.

RESUMO

O presente trabalho analisa a constitucionalidade da Lei nº 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha, tendo como parâmetros o princípio da igualdade material, as convenções internacionais relacionadas à erradicação de violência contra a mulher e as ações afirmativas, sendo que para chegar a essa conclusão foi necessário demonstrar que apenas o homem pode ser sujeito ativo da violência doméstica ou familiar contra a mulher e, ainda, evidenciar a inconstitucionalidade do tratamento diferenciado entre homossexuais masculinos e femininos, com base no princípio da igualdade formal, já que ambos estão na mesma situação fática, pois integram a mesma categoria historicamente discriminada. Foram apontados, também, os mecanismos de coibição à violência doméstica ou familiar contra a mulher, como instrumentos de acesso à justiça, demonstrando que a lei criou uma nova modalidade de tutela de urgência, chamada de medida protetiva de urgência, cuja aplicação fica vinculada à presença de dois pré-requisitos: tratar-se de mulher vítima de violência doméstica e familiar, nos termos dos artigos 5º e 7º da Lei nº 11.340/06 e a tomada de alguma providência criminal.

Palavras-chaves: Lei nº 11.340/06 – constitucionalidade – princípio da igualdade – ações afirmativas – medida protetiva de urgência.

ABSTRACT

This study examines the constitutionality of the Law n° 11.340/06, named “Maria da Penha” Law, taking as parameters the principle of equal material, international conventions related to the eradication of violence against women and the affirmative actions, and that to reach this conclusion it was necessary to show that only a man can be the active subject of domestic or family violence against women, and still it shows the unconstitutionality of the differential treatment between male and female homosexuals, based on the principle of formal equality, since both are in the same really situation, because they combine the same historically discriminated category. It also has been mentioned, the mechanisms of restraint to the family or domestic violence against women, as instruments of access to justice, demonstrating that the law created a new modality of urgency tutelage, called urgency protective measure, whose implementation is linked to the presence of two pre-requirement: it is about women victims of domestic and family violence, on the terms of Articles 5 and 7 of the Law n° 11.340/06 and the application of any criminal providence.

Key words: Law n° 11.340/06 - constitutionality - principle of equality - affirmative actions - urgency protective measure.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	01
1- PRINCÍPIOS	07
1.1- Considerações Iniciais.....	07
1.2- Princípios Gerais de Direito.....	11
1.3- Aparente Conflito entre Princípios.....	18
1.4- Princípio da Proporcionalidade.....	29
1.5 - Princípio da Dignidade de Pessoa Humana.....	31
1.5- Princípio da Igualdade.....	34
1.5.1- Igualdade Material e Igualdade Formal.....	36
1.5.2- Ações Afirmativas.....	40
2- CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	46
3- A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI	49
4- DIREITOS HUMANOS	52
5- VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER	54
5.1- Conceito.....	54
5.2- Inconstitucionalidade decorrente do Tratamento Diferenciado entre as Uniões Homoafetivas de Mulheres e de Homens.....	59
5.3- Formas de violência.....	62

6- ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.....	65
6.1- Garantia do Vínculo de Trabalho.....	65
6.1.1- Serviço Público.....	66
6.1.2- Iniciativa Privada.....	68
6.2- Atendimento Preliminar pela Autoridade Policial.....	68
6.3- Medidas Protetivas de Urgência.....	71
6.3.1- Disposições Gerais.....	79
6.3.2- Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor.....	81
6.3.3- Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida.....	87
6.3.3.1- Proteção Patrimonial.....	90
7- ACESSO À JUSTIÇA.....	96
7.1- Criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher..	97
7.1.1- Prioridade na Tramitação das Ações nas Varas Criminais.....	98
7.2- Competência.....	98
7.2.1- Rito e recurso.....	101
7.3- Atuação Ministério Público.....	102
7.4- Assistência Judiciária.....	106
7.5- A defesa dos interesses e direitos transindividuais.....	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>121</u>

INTRODUÇÃO

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV).

Este dispositivo, inserto na Carta Magna, configura-se cláusula pétrea, isto é, núcleo imutável do ordenamento jurídico pátrio e reflete a concepção de um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, juntamente com outros direitos, a Lei Máxima garante o acesso à justiça.

Cabe ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988 instituiu uma nova ordem jurídica no país, desvencilhando-se de um passado opressor.

Assim, procurou-se garantir a igualdade de todas as pessoas, independente de raça, credo, sexo, cultura etc., conforme o *caput*, do artigo 5º, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”

Contudo, tal igualdade deve ser considerada sob o aspecto formal. Pois, em relação ao aspecto material, muito há ainda a ser feito.

Não se pode esquecer que vários grupos de pessoas, ao longo da história, foram oprimidos, maltratados e subjugados.

Isso aconteceu inclusive com a mulher, tema central do presente trabalho, sendo que a dominação em relação a elas é imposta pelo homem por meio da força física.

A violência contra a mulher é uma questão cultural e aceita pela sociedade, a qual impôs um mundo limitado aos afazeres do lar e da família, como se a mulher fosse mera serviçal do homem.

A não aceitação deste padrão é na maioria das vezes reprimida pela violência masculina dentro do ambiente doméstico ou familiar, local propício para o homem exercer o seu poder dominador e sujeitar a mulher às suas vontades.

Ora, após tantos séculos de opressão, não é possível estabelecer a igualdade apenas com uma norma, ainda que constitucional. Por isso, diz-se que a igualdade prevista no *caput*, do art. 5º, da Constituição Federal, é formal, jurídica.

Já a igualdade material, ou de fato, a qual possui interface com o princípio da dignidade da pessoa humana constitui objetivo fundamental pátrio, conforme dispõe o art. 3º, da Carta Magna:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Para que tal objetivo seja alcançado, o Estado deve utilizar vários mecanismos, inclusive jurídicos.

Importante ressaltar que o Estado brasileiro não é comprometido apenas com a ordem jurídica interna, mas também com a internacional na promoção dessa igualdade, afinal é signatário 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.

Apesar disso, o Brasil foi representado na Organização dos Estados Americanos – OEA, em relação ao caso da Sra. Maria da Penha, o qual tramitou por aproximadamente vinte anos no Poder Judiciário até a prisão do agressor. E como consequência o Estado brasileiro recebeu recomendação para que fossem adotadas medidas em relação à violência doméstica, diante da negligência e omissão no caso acima mencionado.

Com a promulgação da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, o legislador criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme preâmbulo da referida lei. Nesse sentido ela é considerada um marco.

O presente trabalho destina-se a analisar de que maneira a Lei Maria da Penha pode promover a igualdade material entre homens e mulheres, garantindo o acesso à justiça, perseguindo os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, para efetivação de um Estado Democrático de Direito.

O projeto de pesquisa buscou analisar a Lei Maria da Penha, bem como as medidas protetivas por ela previstas, sua aplicação e a promoção da igualdade material.

O problema consistiu em analisar a Lei nº 11.340/06 à luz da Constituição Federal e de convenções internacionais de discriminação contra a mulher. Teve como objetivo geral demonstrar a constitucionalidade e a efetividade da Lei Maria da Penha; e como objetivo específico analisar os meios de acesso à justiça proporcionados pela citada lei, por suas medidas protetivas.

Para tanto, pretende-se examinar os parâmetros necessários à utilização das ações afirmativas, a fim de caracterizar sua conformidade com a Constituição Federal, bem como sua consonância com convenções internacionais acerca do tema.

Planeja-se verificar se a discriminação positiva é válida para alcançar a igual material (real), ou seja, se há igualdade de oportunidades para uma categoria historicamente discriminada, tal como ocorre com a mulher no âmbito familiar e doméstico.

Essencial, para isso, o exame das ações afirmativas, também chamadas de discriminação positiva, objetivando a validação da Lei Maria da Penha no ordenamento jurídico.

Partiu da discussão conceitual por meio de revisão bibliográfica de uma pesquisa que pode ser classificada como exploratória, pois tem a finalidade de explicitar o problema, qual seja, a análise de uma lei infraconstitucional e sua efetividade.

Ponto basilar do estudo é a demonstração de que a interpretação dos artigos da lei deve se dar dentro dos parâmetros precípuos da igualdade material e das ações afirmativas, para a fundamentação da constitucionalidade da referida lei.

A hipótese do trabalho consistiu em verificar se a aplicação da Lei nº 11.340/06 proporciona maior proteção à mulher no âmbito de suas relações domésticas e sociais.

Acerca deste foco, será analisada a figura do sujeito ativo da violência doméstica ou familiar, bem como o tratamento diferenciado entre homossexuais masculinos e femininos trazido na lei em comento.

Procurou-se constatar se a Lei Maria da Penha é um instrumento de acesso à justiça, colocado à disposição da mulher vítima de violência doméstica ou familiar.

Buscou-se, ainda, apontar os mecanismos trazidos pela lei para que o acesso à justiça pela mulher vitimizada seja efetivo e eficaz.

O presente trabalho tentou demonstrar que a Lei Maria da Penha criou uma nova modalidade de tutela de urgência, chamada de medida protetiva de urgência. Dentro dessa análise serão estudadas as medidas protetivas de urgência em espécie – medidas protetivas que obrigam o agressor e medidas protetivas à ofendida.

Em relação à metodologia utilizada, pode-se dizer que quanto ao método de abordagem é hipotético-dedutiva, pois envolveu as seguintes etapas: formulação do problema para o qual se deseja uma resposta, construção de hipótese supostamente capaz de responder ao problema formulado, dedução de consequência particular da hipótese proposta, tentativa de refutação ou falseamento das consequências deduzidas, e corroboração da hipótese.

Quanto ao aspecto material da pesquisa, este é bibliográfico, pois foi desenvolvido com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros científicos.

A dissertação inclui, ainda, a apresentação de aspectos pessoais do autor em relação ao tema abordado, inclusive tratando de outros temas relevantes no tocante ao acesso à justiça, como a necessidade de criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a intervenção do Ministério Público e a obrigatoriedade de assistência jurídica à mulher vitimizada.

1 - PRINCÍPIOS

1.1 - Considerações Iniciais

A palavra princípio é polissêmica e plurívoca, de modo que se faz necessário trazer os seus vários significados, a fim de viabilizar o estudo dos princípios.

Segundo o dicionário Aurélio¹ princípio é: *1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei.* Já Michaelis² esclarece princípio como: *1. Momento em que uma coisa tem origem; começo. 2. Causa primária; razão, base. 3. Momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez. 4. Regra, lei, preceito. 5. Ditame moral, sentença, máxima. 6. Teoria.* Houaiss³ traz os seguintes significados para a palavra princípio: *1. O primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início. 2. O que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão. 3. Ditame moral; regra, lei, preceito. 4. Dito ou provérbio que estabelece norma ou regra. 5. Proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos.*

A palavra princípio tem várias acepções, entre elas, a acepção ética *tal como se dá quando demonstramos respeito pelos 'homens de princípios', fiéis, na vida prática, às suas convicções de ordem moral⁴*, no entanto o termo princípio será analisado apenas na acepção jurídica.

¹ Novo Dicionário Aurélio – versão eletrônica.

² Dicionário Michaelis – UOL – versão eletrônica.

³ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa – pág. 2299, 2001, Editora Objetiva.

⁴ REALE, Miguel, em Lições Preliminares de Direito, pág. 299, 1994, Editora Saraiva.

Para Nader, *na vida do Direito os princípios são importantes em duas fases principais: na elaboração das leis e na aplicação do Direito, pelo preenchimento das lacunas da lei*⁵. No entanto, a importância dos princípios não fica limitada apenas à função diretiva (elaboração da lei) e à função supletiva (lacunas da lei), mas abrange também a função interpretativa na qual *os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. São verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa*⁶.

Para elaboração da lei, o legislador se vale do método dedutivo, de modo que *as regras jurídicas constituem, assim, irradiações de princípios*⁷. Enquanto para a aplicação do direito o método é o indutivo, pois o jurista deve se orientar pelo ordenamento jurídico e, ainda, pelo direito natural, para os jusnaturalistas⁸, a fim de regular as lacunas e interpretar a norma, com o que ele induz a existência de um princípio geral.

Sobre o assunto se faz necessário trazer a classificação de Canotilho, retratada por Barros⁹:

A partir do magistério de Canotilho, extrai-se a lição de que os princípios são multifuncionais, possuindo basicamente uma função normogénética e uma função sistêmica. Quanto à primeira, significa que os princípios são predeterminantes do regramento

⁵ NADER, Paulo, em Introdução a o Estudo do Direito, pág. 215, 1994, Editora Forense.

⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, Conceito de Princípios Constitucionais, pág. 68, 1999, Editora RT.

⁷ NADER, Paulo, em Introdução ao Estudo do Direito, pág. 215, 1994, Editora Forense.

⁸ Princípios extra-sistêmicos (direito natural). Com base no ordenamento jurídicos os princípios dividem-se em: princípios explícitos (constituição e leis) e princípios implícitos (presentes no ordenamento jurídico, mas não de forma expressa).

⁹ BARROS, Wellington Pacheco e BARROS Wellington Gabriel Zuchetto, A Proporcionalidade como Princípio do Direito, pág. 21-2, 2006, Livraria do Advogado Editora.

jurídico, são os vetores que devem direcionar a elaboração, o alcance e o controle das normas jurídicas. As normas jurídicas inconciliáveis ou contrapostas ao conteúdo da essência dos princípios constitucionais são ilegítimas. No que tange à função sistêmica, esclarece que o exame dos princípios constitucionais de forma globalizada permite a visão unitária do texto constitucional, o que pode ensejar a unidade do sistema jurídico fundamental, a integração do direito, a harmonia e a superação de eventuais conflitos entre os próprios princípios e entre os princípios e as normas jurídicas. Entretanto, o rol de funções não se resume a elas.

A função orientadora quer dizer que os princípios constitucionais servem de norte à criação legislativa e à aplicação de todas as normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais.

A função vinculante disciplina que todas as regras do sistema jurídico estão presas aos princípios constitucionais que as inspiraram. São parâmetros aos juízos de constitucionalidade das regras jurídicas e de legalidade das decisões administrativas delas originadas.

A função interpretativa, atualizada com os valores éticos, sociais e políticos, deve respeitar a harmonia entre o conteúdo das regras jurídicas com os princípios.

A função supletiva supre a aplicação do direito a situações fáticas que ainda não foram objeto de

regulamento próprio; atuam os princípios na lacuna ou insuficiência de norma jurídica que o caso concreto necessite.

No entanto, o ordenamento jurídico do qual são extraídos os princípios gerais, não fica limitado ao direito pátrio. Abrange também o direito comparado, ainda mais na atualidade, quando se vive num mundo globalizado.

Na lição de Del Vecchio¹⁰:

Asseverar que os princípios ‘gerais’ do direito são válidos somente para cada ‘povo particular’, isto é, que há tantas sedes de princípios gerais quantos sistemas particulares, se não é, claramente, uma verdadeira ‘contradictio in adjecto’, não corresponde, certamente, à crença numa ‘ratio juris’ de caráter universal, que, desde os romanos, diga-se o que quiser em contrário, é patrimônio comum de nossa consciência jurídica e, sem dúvida, inspirou também os autores do Código Vigente.

Quando se permite extrair princípios do direito comparado não será demais advertir, a fim de prevenir equívocos, que o Direito Comparado não pode se reduzir ao mero confronto de códigos e leis de diversos povos, sem se levar em conta as estruturas sociais e políticas de cada um deles¹¹.

1.2 - Princípios Gerais de Direito

¹⁰ DEL VECCHIO, Giorgio, em Princípios Gerais do Direito, pág. 12, 2005, Editora Líder.

¹¹ REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, pág. 305, 1994, Editora Saraiva.

Nader¹² traz o ensinamento de Mans Puigarnau para explicar o significado semântico das expressões:

- a) *Princípios: idéia de fundamento, origem, começo, razão, condição e causa;*
- b) *Gerais: a idéia de distinção entre o gênero e a espécie e a oposição entre a pluralidade e a singularidade;*
- c) *Direito: caráter de juridicidade; o que está conforme a reta; o que dá a cada um o que lhe pertence.*

Por outro lado, os princípios gerais de direito têm sua raiz *na experiência histórica da humanidade e na sua evolução científico-filosófica*¹³.

*Os princípios gerais constituem a base de toda a construção jurídica*¹⁴, segundo Boulanger, citado por Bonavides¹⁵, *os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva*. Uma das origens basilares destes princípios é sem dúvida o direito greco-romano.

Com os princípios gerais de direito busca-se desde os primórdios das civilizações até o presente momento o respeito à dignidade humana, que com o passar do tempo foi se materializando em normas escritas, como a Magna Carta de João Sem Terra e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outras, na busca incessante da igualdade e liberdade.

¹² NADER, Paulo, em Introdução ao Estudo do Direito, pág. 216, 1994, Editora Forense.

¹³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, Manual de Introdução ao Estudo do Direito, pág.168, 2003, Editora Saraiva.

¹⁴ BERGEL, Jean-Louis, em Teoria Geral do Direito, pág. 118, 2001, Editora Martins Fontes.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo, em Curso de Direito Constitucional, pág. 240, 2002, Editora Malheiros.

Ordinalmente, os princípios gerais de direito decorrem do ordenamento jurídico escrito ou não, do qual são extraídos, pois *não têm por si sós nenhuma existência própria: “compete ao juiz dar-lhes força e vida”*¹⁶.

Para Eros Grau¹⁷ os princípios estão positivados (direito posto) ou, embora não estejam enunciados de forma expressa, os princípios existem no ordenamento em estado de latência (direito pressuposto).

Depreende-se que os princípios gerais de direito são princípios ainda não positivados.

Para aprofundar o estudo do assunto em tela, é necessário atentar que há divergências doutrinárias entre as correntes filosóficas¹⁸ quanto à natureza dos princípios gerais de direito.

Para os jusnaturalistas, os princípios gerais de direito se socorrem do direito natural, do ideal de justiça e pela reta razão, já que o legislador, ao elaborar uma lei, se guia por eles.

Para os positivistas, os princípios gerais de direito expressam elementos contidos no próprio ordenamento jurídico, sem buscar base no direito natural, no ideal de justiça ou na reta razão, visando permitir uma coerência lógica do sistema jurídico. Logo *não são encarados como superiores*

¹⁶ BERGEL, Jean-Louis, em Teoria Geral do Direito, pág. 108, 2001, Editora Martins Fontes.

¹⁷ GRAU, Eros, em A ordem Econômica na Constituição de 1988, pág. 102, 1997, Editora Malheiros.

¹⁸ Existe uma terceira corrente chamada de juspositivista a qual trata os princípios gerais do direito como “direito” (estão no mesmo patamar das normas positivadas), ver Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, págs. 228 e ss., 2002, Editora Malheiros.

*às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderem prever*¹⁹.

Para demonstrar o desacerto da posição dos positivistas Dantas²⁰ traz a teoria dos jogos elaborada por Aarnio, esclarecendo que todo jogo é formado por peças/fichas e pelas regras do jogo, e para o direito as peças seriam o jogo de interpretação utilizado pelo intérprete para formular seu resultado interpretativo:

Em uma palavra, ‘as peças’ são as ‘fontes do direito’. As ‘regras do jogo’ interpretativo definem como usar as fontes do Direito em conexão com a interpretação. Segundo a perspectiva interna do Direito, entre essas “peças” do jogo interpretativo estão os argumentos de índole moral. Se ignorarmos esse dado, estaremos desconhecendo os infinitos “jogos de argumentação” que utilizam como “peças” – a par dos precedentes e das teorias da dogmática jurídica – argumentos extra-sistemáticos. Assim uma teoria das fontes que se queira em coerência com o discurso jurídico real não pode ignorar a presença de princípios e valores morais na prática dos juristas.

Com isto, vê-se que para os positivistas, os princípios gerais de direito são “princípios abertos” apenas encontráveis no interior do ordenamento jurídico, pois lá já se apresentavam em estado de latência.

¹⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, Conceito de Princípios Constitucionais, pág.58, 1999, Editora RT.

²⁰ DANTAS, David Diniz, Interpretação Constitucional no pós-positivismo, pág. 52, 2005, Editora Madras Jurídica.

Enquanto que para os jusnaturalistas, os princípios gerais de direito são “princípios descobertos” encontráveis fora do ordenamento jurídico, seja no direito natural ou no ideal de direito justo.

Outro estudo essencial relacionado aos princípios gerais de direito decorre das regras de generalizações sucessivas necessárias para a sua integração.

Para Ráo²¹ o investigador à procura dos princípios gerais de direito deve percorrer o seguinte caminho:

1º) sistema jurídico positivo;

2º) se não encontrar a solução nesse processo de generalização, deve-se recorrer à ciência do direito;

3º) a última busca para a solução da controvérsia deve se dar por meio da filosofia do direito, a qual engloba o direito natural.

Dentro deste caminho acima traçado, Maximiliano²² traz a seqüência que deve ser observada quando o processo de generalizações ocorrer dentro da primeira fase (sistema jurídico positivo): *a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial), ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc.); d) de todo o Direito Privado, ou de todo o Direito Público; e) de todo o Direito Positivo, inteiro.*

²¹ RÁO, Vicente, em *O direito e a vida dos direitos*, vol. 1, págs. 241-2, 1991, Editora RT.

²² MAXIMILIANO, Carlos, em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 295, 1993, Editora Forense.

Com base nesta regra de generalizações sucessivas Bobbio²³ sustenta que princípios gerais são normas:

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

É necessário esclarecer que os vários dispositivos legais que mencionam o termo princípios gerais de direito²⁴, buscam utilizá-los por último ato interpretativo, quando o inverso é que é verdadeiro²⁵.

Como esclarece Reale²⁶:

²³ BOBBIO, Norberto, em Teoria do Ordenamento Jurídico, pág. 158-9,1997, Editora UnB.

²⁴ Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Art. 126 do CPC: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Art. 3º CPP: A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

²⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, Manual de Introdução ao Estudo do Direito, pág.165, 2003, Editora Saraiva.

²⁶ REALE, Miguel, em Lições Preliminares de Direito, pág. 310, 1994, Editora Saraiva.

Entendem alguns intérpretes e, entre eles, o insigne Clóvis Beviláqua, que, no mencionado texto, haveria uma enumeração excludente, de tal modo que, em primeiro lugar, se deveria recorrer à analogia; a seguir, aos costumes e, por fim, aos princípios gerais. Essa asserção de Clóvis prende-se ainda à tese da supremacia absoluta da lei.

Não nos parece que assim deva ser posta a questão.

...

Em verdade, toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais do direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico.

Os princípios gerais de direito devem ser utilizados como raiz ou base, e não como último meio de suplementação das lacunas ou obscuridades da lei.

Eles proporcionaram as diretrizes básicas para as normas escritas e não escritas (costumes), e quando ausente outro meio de interpretá-las, devem-se utilizá-los *pura e tão-somente porque são aquilo que resta quando não há norma alguma*²⁷. Com isto, evidencia Bergel que os *princípios gerais de direito não são exteriores à ordem jurídica positiva: fazem parte dela*²⁸.

²⁷ Idem, pág. 167.

²⁸ BERGEL, Jean-Louis, em Teoria Geral do Direito, pág. 101, 2001, Editora Martins Fontes.

Para Bonavides²⁹, os antigos princípios gerais de direito foram substituídos pelos princípios constitucionais, esclarecendo que hoje existe uma unificação dos princípios gerais de direito em torno dos princípios constitucionais.

E conclui:

As constituições fazem do século XX o que os Códigos fizeram no século XXI: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão de vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder³⁰.

Deste modo, vê-se que com o decorrer do tempo, vários princípios gerais de direito se materializaram em princípios constitucionais (princípios explícitos), como afirma Bonavides. No entanto, cabe salientar que nem todos os princípios gerais de direito foram constitucionalizados, não havendo impedimento ou inviabilidade de utilização deles (princípios implícitos) como meio de suplementação das lacunas ou obscuridades da lei.

Os princípios constitucionais (princípios explícitos) representam a normatização dos principais princípios gerais de direito (princípios implícitos). Assim, pode-se afirmar que os princípios constitucionais representam o pensamento de um povo, os quais são materializados por seus

²⁹ BONAVIDES, Paulo, em Curso de Direito Constitucional, pág. 261, 2002, Editora Malheiros.

³⁰ Idem, pág. 264.

representantes legais (poder legislativo), ou no dizer de Barroso³¹ *são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.*

Ademais, os princípios constitucionais são as premissas básicas do ordenamento jurídico de uma nação, sendo que por estarem no topo da hierarquia das normas, se irradiam por todo o sistema legal vigente. *Eles são verdadeiras vigas-mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico*³².

1.3 - Aparente Conflito entre Princípios

Para estudo do aparente conflito entre princípios, é cogente trazer a diferenciação doutrinária entre princípios e regras. Importante salientar que alguns doutrinadores tratam os princípios como normas-princípios e as regras como normas-disposição³³.

Ao citar Robert A. Alexy e Ronald Dworkin, esclarece Zago que tais doutrinadores qualificam *os princípios como normas jurídicas. Segundo estes autores, o sistema jurídico compõe-se de normas. Estas, por sua vez, abragem os princípios e as regras*³⁴, ou seja, as normas são o gênero e os princípios e regras as espécies.

³¹ BARROSO, Luís Roberto, em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, pág. 141, 1996, Editora Saraiva.

³² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 170, 2003, Editora Saraiva.

³³ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, pág. 141, 1996, Editora Saraiva.

³⁴ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein, *O princípio da Impessoalidade*, pág. 87, 2001, Editora Renovar.

Os princípios representam valores ou diretrizes, ou seja, *revelam normas gerais dentro do sistema*³⁵, mas não descrevem situação jurídica (os princípios valem), enquanto as *regras descrevem fatos hipotéticos, estas possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas*³⁶ (as regras vigem).

No entanto, existe uma distinção lógica entre princípios e regras jurídicas. Estas *são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada*³⁷, enquanto aqueles *não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para a sua aplicação não se manifestam*³⁸.

Os princípios são superiores às regras³⁹. Eles têm maior grau de indeterminação de seus enunciados que elas. Além do mais, os enunciados dos princípios estão baseados em valores, sendo que cada princípio deve corresponder a um valor determinado (por exemplo, dignidade, igualdade, liberdade).

Para a diferenciação entre princípios e regras Coelho⁴⁰ cita Canotilho que utiliza os seguintes critérios de diferenciação:

³⁵ BARROS, Wellington Pacheco e BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto, A Proporcionalidade como Princípio de Direito, pág. 17, 2006, Livraria do Advogado Editora.

³⁶ Idem, pág. 17.

³⁷ GRAU, Eros Roberto, A ordem Econômica na Constituição de 1988, pág.89, 1997, Editora Malheiros.

³⁸ Idem, pág. 90.

³⁹ Um princípio jurídico-constitucional, em rigor não passa de uma norma jurídica qualificada. Qualificada porque, tendo o âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas, inclusive as de nível constitucional. Exerce tal princípio uma função axiologicamente mais expressiva dentro do sistema jurídico. Tanto que sua desconsideração traz à sirga conseqüências muito mais danosas que a violação de uma simples regra. (BARROS, Wellington Pacheco e BARROS Wellington Gabriel Zuchetto, A Proporcionalidade como Princípio do Direito, pág. 16-7, 2006, Livraria do Advogado Editora).

⁴⁰ COELHO, Inocêncio Mártires, Interpretação Constitucional, pág. 86-7, 1997, Sergio Antonio Fabris Editor.

a) grau de abstração: os princípios jurídicos possuem um grau de abstração mais elevado que o das regras de direito;

b) grau de determinabilidade na aplicação aos casos concretos: as regras, por serem mais determinadas, comportam aplicação direta, enquanto os princípios, porque formulados de maneira vaga e indeterminada, dependem da mediação concretizadora dos legisladores e dos juizes;

c) caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito: os princípios, pela natureza e finalidade, são dotados de importância fundamental na constituição e estruturação do sistema jurídico;

d) proximidade da idéia de direito: os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito, ao passo que as regras podem ser normas vinculativas de conteúdo meramente funcional;

e) natureza normogênica: os princípios estão na base das regras, a que servem de 'ratio' e fundamento.

Na busca da distinção entre princípios e regras, Edilson Pereira de Farias⁴¹ cita três argumentos para diferenciá-los:

a) idéia sobre peso ou importância dos princípios (Ronald Dworkin);

⁴¹ FARIAS, Edilson Pereira de, em *Colisão de Direitos*, 1996, Sergio Antonio Fabris Editor.

b) princípios como mandados de otimização (Robert Alexy);

c) princípios como juízo de concorrência (Letizia Gianformaggio).

Ao tratar do primeiro argumento, Farias fundamenta-se em Ronald Dworkin para explicar que quando há colisão entre dois ou mais princípios, para a solução do problema, deve-se levar em consideração a dimensão do peso ou importância de cada princípio, a fim de escolher qual deles (princípios) deve prevalecer no caso concreto, visto que os princípios não se anulam entre si.

Esclarece Dantas que a teoria de Dworkin trata o direito como integridade, devendo o juiz ao interpretar uma lei, para aplicar os direitos e deveres das pessoas, utilizando como ponto de interpretação a moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, *qual a interpretação que maximiza a coerência entre as três virtudes políticas que melhor retratam a prática social do Direito: a justiça, a equidade e o devido processo legal*⁴² (legalidade).

Por outro lado, elucida Farias que *as regras jurídicas não possuiriam aquela dimensão*⁴³. Em caso de conflito entre regras, apenas uma delas será válida, devendo o intérprete se valer de critérios fornecidos pelo ordenamento jurídico para interpretar qual a regra válida. Para tanto, é indispensável, por primeiro, enumerar todas as exceções.

⁴² DANTAS, David Diniz, *Interpretação Constitucional no pós-positivismo*, pág. 75, 2005, Editora Madras Jurídica.

⁴³ FARIAS, Edílson Pereira de, em *Colisão de Direitos*, pág. 25, 1996, Sergio Antonio Fabris Editor

Trata-se do critério do tudo ou nada idealizado por Ronald Dworkin, já que para a aplicação das regras, diferentemente dos princípios, a forma utilizada é a disjuntiva, ou seja, ou a regra é válida ou inválida. Contudo, Dworkin esclarece que o caráter do tudo ou nada, não fica prejudicado em virtude de alguma exceção à regra.

A segunda argumentação vem fundada nos ensinamentos de Robert Alexy para quem a diferença entre princípios e regras não é apenas gradual, mas também qualitativa. Com isto afirma que os princípios são mandados de otimização⁴⁴, os quais devem ser cumpridos proporcionalmente, levando-se em conta as possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras são mandamentos definitivos.

Quanto ao critério gradual (abstração e generalidade), *os princípios seriam normas dotadas de alto grau de generalidade, enquanto as regras seriam portadoras de baixo nível de generalidade*⁴⁵.

Alexy fala em conflito de regras e colisão de princípios para diferenciá-los qualitativamente, sendo que o conflito de regras admite duas soluções: *a) declaração de invalidade de uma das regras; ou b) introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito*⁴⁶, enquanto que a colisão de princípios não se resolve invalidando um deles e nem criando uma cláusula de exceção, mas pelo estabelecimento de uma relação de preferência condicionada entre os princípios conflitantes (lei de colisão), a qual será resolvida mediante o critério da ponderação.

⁴⁴ Esclarece Dantas que a versão espanhola da *Theorie der Grundrechte* traduz *optimeurungsbebot* como “mandato de optimización”, enquanto Paulo Bonavides utiliza “mandamento de otimização” e Willis Santiago Guerra Filho “determinações de otimização” (DANTAS, David Diniz, *Interpretação Constitucional no pós-positivismo*, pág. 71, nota de rodapé 151, 2005, Editora Madras Jurídica).

⁴⁵ DANTAS, David Diniz, *Interpretação Constitucional no pós-positivismo*, pág. 70, 2005, Editora Madras Jurídica.

⁴⁶ Idem, pág. 71.

A preferência por um princípio em detrimento de outro é condicionada e não absoluta, a fim de não transformar princípio em regra, pois se fosse absoluta estaríamos diante de uma cláusula de exceção.

Finaliza, então, Alexy que o conflito entre regras resolve-se no plano da validade, enquanto o de princípios, no plano dos valores, ou seja, na dimensão do peso (só há colisão entre princípios válidos). Deve preponderar o mais importante (maior peso), sem que com isto esteja invalidando o outro princípio.

A diferença entre o pensamento de Dworkin e Alexy, decorre que o primeiro entende os princípios no sentido de direitos individuais, enquanto que o segundo entende os princípios num sentido mais amplo, incluindo os direitos coletivos.

A terceira argumentação é baseada no pensamento da filósofa italiana Letizia Gianformaggio. Farias esclarece que *aplicar um princípio implica também aplicar outros princípios com ele concorrentes no sentido de se alcançar o mínimo de restrição dos princípios envolvidos. Enquanto que a regra é uma norma cuja aplicação possui como fase central de sua argumentação a subsunção de uma situação de fato (fattispecie concreta) a uma previsão normativa (fattispecie abstracta)*⁴⁷.

Feita a diferenciação entre princípios e regras, vê-se que há princípios trazidos na Constituição Federal e outros trazidos em leis infraconstitucionais. O desrespeito aos princípios constitucionais tem como

⁴⁷ FARIAS, Edilson Pereira de, em *Colisão de Direitos*, pág. 28, 1996, Sergio Antonio Fabris Editor.

consequência a inconstitucionalidade, enquanto que o desrespeito aos princípios infraconstitucionais gera ilegalidade.

Outro debate necessário ao tema discutido refere-se à antinomia jurídica que *é a situação que impõe a extirpação, do sistema, de uma das regras*⁴⁸.

O ordenamento jurídico deve ser analisado e interpretado como um sistema. Suas normas devem ser compatíveis. Caso isto não ocorra, ou seja, *se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas*⁴⁹.

Para falar em ocorrência de antinomia são necessárias duas condições, segundo Bobbio⁵⁰: *1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico; e 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade* (temporal, espacial, pessoal e material).

Ao ser descoberta antinomia entre duas normas, questiona-se que critério ou critérios serão utilizados para solucionar o problema, a fim de saber qual norma deve prevalecer no ordenamento jurídico.

Bobbio⁵¹ traz três regras ou critérios para a solução da antinomia:

a) critério cronológico;

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, pág. 97, 1997, Editora Malheiros.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico, pág. 80, 1997, Editora UnB.

⁵⁰ Idem, pág. 87-9.

⁵¹ Ibidem, pág. 92.

b) critério hierárquico;

c) critério da especialidade.

O critério cronológico deve ser aplicado quando a incompatibilidade referir-se a norma anterior e norma posterior, devendo prevalecer a norma posterior (*lex posterior derogat priori*).

O critério hierárquico deve ser utilizado quando a incompatibilidade ocorrer entre norma superior e norma inferior, prevalecendo a hierarquicamente superior (*lex superior derogat inferiori*).

O critério da especialidade deve ser observado quando a incompatibilidade referir-se a norma geral e norma especial, situação em que prevalece a norma especial (*lex specialis derogat generali*).

Pode ocorrer, ainda, conflito entre os critérios, chamada de antinomia de segundo grau, entre:

a) norma anterior-superior e norma posterior-inferior.

No conflito entre o critério cronológico e o critério hierárquico deve prevalecer o segundo, por uma questão de lógica, pois ao contrário seria desnecessária a criação de um critério hierárquico.

b) norma anterior-especial e norma posterior-geral. No conflito entre o critério cronológico e o critério da especialidade deve prevalecer o critério da especialidade, pois *a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente*⁵².

⁵² Ibidem, pág. 108.

c) norma superior-geral e norma inferior-especial. O conflito aqui estabelecido se dá entre dois critérios fortes⁵³, o critério hierárquico e o critério da especialidade, devendo prevalecer o critério hierárquico, em respeito à ordem ao sistema pré-estabelecido no ordenamento jurídico, embora Norberto Bobbio entenda que deve ser analisado qual critério prevalecerá, em cada caso concreto.

Mas como solucionar a antinomia se as normas incompatíveis forem contemporâneas, ou seja, não sucessivas (incabível o critério cronológico), do mesmo nível (incabível o critério hierárquico) e gerais (incabível o critério da especialidade).

Neste caso, o intérprete da norma deve se socorrer das regras gerais de hermenêutica, como o disposto no artigo 5º da LICC, entre outras, para decidir qual das normas deve prevalecer, sem que isto implique em eliminação da outra norma do ordenamento jurídico.

Diante da diferenciação já trazida entre princípios e regras, vê-se que a antinomia não se aplica aos princípios nem as normas principiológicas⁵⁴, mas apenas às regras jurídicas. Isto ocorre, pois no conflito entre princípios, quando o aplicador do direito opta por um deles em detrimento do outro, tal opção não implica em invalidação ou desobediência ao segundo princípio, o que não caracteriza antinomia. Até porque numa outra situação fática, diante dos mesmos princípios, o outro é que poderá prevalecer.

⁵³ Fala-se em critério forte em oposição a critério fraco, que seria o critério cronológico, o qual não prevalece, nem diante do critério hierárquico ou do critério da especialidade.

⁵⁴ As leis principiológicas irradiam-se sobre todo o sistema normativo, por ter origem e base nos princípios constitucionais. Atualmente, dentro da técnica legislativa, o único microsistema considerado norma principiológica é o Código de Defesa do Consumidor, deste modo, as regras de antinomia não se aplicam a elas.

A título de esclarecimento, faz-se necessário elucidar que o aparente conflito entre princípios, também é chamado de antinomia imprópria.

Ocorrendo aparente conflito entre princípios, deve o intérprete dar prevalência os princípios constitucionais em detrimento dos infraconstitucionais e, em seguida, quando na mesma hierarquia das leis *começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ou mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie*⁵⁵.

Para solucionar uma colisão entre princípios constitucionais a doutrina guia-se pelos seguintes princípios:

- a) da unidade da constituição;
- b) do efeito integrador;
- c) da força normativa e da máxima efetividade;
- d) da concordância prática ou da harmonização;
- e) da proporcionalidade.

O princípio da Unidade da Constituição deve ser entendido no sentido de que a norma constitucional não deve ser interpretada isoladamente, mas sim dentro do sistema constitucional vigente. Deste modo, a sua finalidade precípua é organizar o aparente conflito entre princípios, buscando o equilíbrio do sistema constitucional, pois não existe estrutura

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, pág. 141, 1996, Editora Saraiva.

hierárquica que estabeleça uma relação de prioridade entre princípios, a fim de possibilitar a solução da aparente divergência existente e conseqüente aplicação de um ou outro princípio.

O princípio do Efeito Integrador busca a interpretação da constituição de forma a favorecer *a integração política e social e o reforço da unidade política*⁵⁶, pois visa *interpretar preceito constitucional em relação a casos que envolvam as atribuições de órgãos, agentes e instituições públicas*⁵⁷.

O princípio da Força Normativa e o princípio da Máxima Efetividade buscam dar prevalência e primazia às soluções hermenêuticas que atribuam maior eficácia aos princípios fundamentais e aos direitos fundamentais.

O princípio da Concordância Prática ou Harmonização visa equilibrar o aparente conflito entre princípios de direitos fundamentais, por meio da amenização dos efeitos do princípio vencedor sobre o perdedor, sem que este seja excluído.

Por fim, o princípio da proporcionalidade, cuja análise se dará em tópico específico, em face da sua importância para o estudo em tela.

1.4 - Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade⁵⁸ tem extrema importância na solução do aparente conflito entre princípios de direitos

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional, págs. 1208, 5ª edição, Editora Almedina.

⁵⁷ DANTAS, David Diniz, Interpretação Constitucional no pós-positivismo, pág. 270, 2005, Editora Madras Jurídica.

⁵⁸ Os americanos falam em princípio da razoabilidade.

fundamentais, principalmente quando se encontram no mesmo grau de proteção, cabendo ao intérprete restringir a aplicação de um princípio em detrimento de outro.

Ademais, tal princípio busca o equilíbrio, a harmonia entre duas grandezas, para *viabilizar a dinâmica de acomodação dos diversos princípios*⁵⁹ que colidirem no caso concreto.

É integrado por três subprincípios:

- a) adequação, idoneidade ou conformidade;
- b) necessidade, exigibilidade, indispensabilidade ou máxima dos meios mais suaves;
- c) proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento.

O subprincípio da adequação ou idoneidade exige que a limitação de direitos fundamentais conflitantes seja restrita à finalidade buscada pelo intérprete no caso concreto, de forma a adequar o meio ao fim que se deseja alcançar, ocorrendo uma relação de causalidade entre eles.

Deste modo, *ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de*

⁵⁹ BARROS, Wellington Pacheco e BARROS Wellington Gabriel Zuchetto, A Proporcionalidade como Princípio do Direito, pág. 38, 2006, Livraria do Advogado Editora.

*examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir o fim pretendido*⁶⁰.

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade ocorre quando há indispensabilidade da limitação de direitos fundamentais, diante do conflito aparente entre eles, devendo o intérprete não se exceder ao aplicar a solução ao conflito existente e, ainda, proceder da forma menos gravosa para atingir sua finalidade, pois não se justifica a adoção de medida mais gravosa, a invadir a esfera de liberdade do indivíduo, para solução de um aparente conflito.

*Como ensina Nunes o meio deve ser o mais brando, mais suave, dentre aqueles que se apresentam disponíveis, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionalmente protegidos*⁶¹.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito decorre da insuficiência dos anteriores, visto que nem sempre um juízo de adequação e necessidade caracteriza a justiça, diante da limitação imposta aos direitos fundamentais em conflito, sendo necessário complementar a adequação e necessidade com a idéia de equilíbrio entre o meio e o fim pretendido, por meio de um mandamento de ponderação.

*O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais*⁶², a fim de garantir um balanceamento entre as vantagens proporcionadas pelo fim, em detrimento das desvantagens proporcionadas pela restrição decorrente do meio adotado.

⁶⁰ STEINMETZ, Wilson, Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais, em Interpretação Constitucional – organizador Virgílio Afonso da Silva, pág. 40, 2005, Editora Malheiros.

⁶¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, pág. 43, 2007, Editora Saraiva.

⁶² BARROS, Wellington Pacheco e BARROS Wellington Gabriel Zuchetto, A Proporcionalidade como Princípio do Direito, pág. 67, 2006, Livraria do Advogado Editora.

Steinmetz⁶³, mencionando a obra de Robert Alexy, aponta os três passos trazidos pelo doutrinador alemão para aplicação da lei da ponderação:

Primeiro: determinação (“mensuração”) do grau de não-satisfação ou de não-realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de “quantificar” o grau da intensidade da intervenção ou da restrição. Segundo: avaliação da importância (“peso”) da realização do outro princípio (princípio oposto). Terceiro: demonstração de que a importância da realização do princípio oposto justifica a não-realização do princípio restringido.

1.5 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é tratada na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se vê do disposto no artigo 1º, III, da carta magna⁶⁴.

A positivação da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, como princípio e um dos fundamentos da República brasileira, é uma conquista que decorreu das atrocidades e barbáries praticadas contra a humanidade no decorrer da história.

⁶³ STEINMETZ, Wilson, em Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais, em Interpretação Constitucional – organizador Virgílio Afonso da Silva, pág. 42, 2005, Editora Malheiros.

⁶⁴ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.

A dignidade faz parte da essência do ser humano, ela nasce com o indivíduo, pelo simples fato de ser pessoa. Entretanto, o direito à dignidade extrapola a esfera individual e atinge as relações sociais entre os indivíduos, a fim de um não viole a dignidade de outrem.

O princípio da dignidade da pessoa humana busca a proteção contra qualquer tipo de violação aos direitos humanos, a fim de não se admitir discriminação, por cor, raça, sexo, religião, etc.

Esclarece Sarlet⁶⁵:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrios e injustiças.

Nessa linha fica claro que a dignidade da pessoa humana deve ser garantida para indivíduos do sexo feminino (grupo determinado), principalmente, em decorrência da inferioridade física, deste grupo para com os do sexo masculino.

A afirmação acima não viola o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, já que não há igualdade sem dignidade,

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998, pág. 61, 2007, Livraria do Advogado Editora.

tanto *que a Declaração universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos*⁶⁶.

Diante disto, observa-se que embora o princípio da dignidade da pessoa humana proteja um bem jurídico absoluto, não há impedimento de sua relativização em casos concretos.

Com isto, para se evitar violações dos direitos fundamentais das mulheres, no âmbito familiar ou doméstico (violação da dignidade de um determinado grupo), é possível *afetar a dignidade do ofensor, que, pela condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes*⁶⁷.

Admitida a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, se torna viável a harmonização deste princípio com o princípio da igualdade.

Além do mais, como será visto a seguir a constitucionalidade da lei se resolve dentro do próprio princípio da igualdade (formal ou material), não sendo preciso confrontá-lo com o princípio da dignidade da pessoa humana para validar a Lei nº 11.340/06.

1.6 - Princípio da Igualdade

⁶⁶ Idem, pág. 89.

⁶⁷ Ibidem, pág. 129.

Quando se fala em princípio da igualdade a primeira resposta que se obtém é a isonomia perante a lei⁶⁸, conforme disposto no artigo 5º, “caput” e inciso I, da Constituição Federal⁶⁹.

Assim, a interpretação lógica que surge do princípio da igualdade decorre da velha máxima de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na proporção de sua desigualdade, *donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais*⁷⁰.

E é isto que se vê da Lei Maior ao falar da isonomia entre homens e mulheres. Embora essa isonomia não seja absoluta, uma vez que a parte final do artigo 5º, I, da CF, permite tratamento diferenciado entre homens e mulheres, desde que haja previsão na Carta Magna, ou seja, quando a Constituição Federal não diferenciar, não cabe ao legislador infraconstitucional ou aos intérpretes do direito fazê-lo, sob pena de violação ao princípio da igualdade.

O tratamento desigual entre homens e mulheres é permitido, se tiver alicerce na lei maior (exemplos: art. 7º, XVIII e XIX, 40, § 1º, 143, §§ 1º e 2º, 201, § 7º), uma vez que *o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo*

⁶⁸ O direito estrangeiro distingue a igualdade na lei da igualdade perante a lei, sendo que a primeira refere-se ao momento de elaboração da lei pelo legislador, o qual não deve influir-se por fatores que acarretem discriminação, sob pena de violar a isonomia, enquanto que a igualdade perante a lei se dirige aos aplicadores da lei, juiz ou administrador público, os quais não podem interpretar ou executar a norma de forma a ensejar tratamento discriminatório ou seletivo. Entretanto, esclarece José Afonso da Silva que *entre nós, a distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei* (Curso de Direito Constitucional Positivo, págs. 196-7, 1994, Editora Malheiros).

⁶⁹ Art. 5º, caput, da CF: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:*

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, em *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, pág. 35, 2007, Editora Malheiros.

*constituente de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada*⁷¹.

Essa visão do princípio da igualdade é restrita à igualdade formal e impõe limite a real amplitude do princípio da igualdade, que não deve ser analisado apenas sob o enfoque da igualdade formal, mas também sob o prisma da igualdade material.

Não obstante, antes de diferenciar igualdade formal de igualdade material, é bom lembrar que a idéia de igualdade, desde Aristóteles, está ligada à noção de justiça e dentro desta visão se faz necessário diferenciar justiça comutativa de justiça distributiva. Essas formas de justiça buscam a igualdade. Para a comutativa o critério utilizado é o aritmético, ou seja, divisão ao meio (distribuição igualitária de bens entre particulares), enquanto que para a distributiva o critério é o geométrico, ou seja, decorre da proporcionalidade advinda da participação meritória (virtude e capacidade) de cada um dentro da coletividade (repartição de bens segundo o mérito de cada qual), sendo esta última a visão de Aristóteles (igualdade proporcional).

Uma outra forma de justiça que não foi tratada por Aristóteles é a justiça social a qual teve seu embrião em Tomás de Aquino. Ela se afasta da *visão meramente formal de igualdade constitucional, desenvolvendo esforços para ampliar o seu sentido, de modo a utilizar o princípio da isonomia como instrumento jurídico de promoção da justiça social*⁷². Aqui não há que se falar em tratamento igual aos iguais, mas sim em tratamento desigual aos iguais, na busca da igualdade material.

⁷¹ MORAIS, Alexandre de, em Direito Constitucional, pág. 35, 2005, Editora Atlas.

⁷² SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, em Princípio Constitucional da Igualdade, pág. 54, 2003, Editora Lumen Juris.

Sob essa ótica se pode entender *justiça como a possibilidade de todos terem acesso a bens e direitos considerados essenciais em uma determinada sociedade, a igualdade será um dos critérios possíveis de distribuição de justiça*⁷³.

1.6.1 - Igualdade Material e Formal

A igualdade material é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida⁷⁴, enquanto a igualdade formal é a igualdade legal, determinando tratamento uniforme perante a lei e vedando tratamento desigual aos iguais⁷⁵.

A idéia de igualdade formal foi materializada pela primeira vez pela *Bill of Rights* da Virgínia⁷⁶, em 1776, em seu artigo 1º, ao dispor que “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, como meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter felicidade e a segurança”.

⁷³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, em *Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, pág. 16, 2007, Editora Lumen Juris.

⁷⁴ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, em *Princípio Constitucional da Igualdade*, pág. 36, 2003, Editora Lumen Juris.

⁷⁵ Idem, pág. 37.

⁷⁶ Esclarece Frischeisen: Todavia essa igualdade, como sabemos, só alcançava os homens livres, já que na época da independência americana vigia o sistema escravagista nos EUA (FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, em *Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, pág. 44, 2007, Editora Lumen Júris).

Entretanto, *o primeiro estatuto político que forneceu os elementos indispensáveis à conceituação da igualdade jurídica formal*⁷⁷ foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao declarar em seu artigo 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem ser fundadas senão no bem comum”.

A igualdade formal tem um sentido negativo (função de defesa), já que busca proibir tratamento discriminatório negativo, de forma a *vedar qualquer discriminação incompatível com a razão humana*⁷⁸, em decorrência de atos do Poder Público⁷⁹ ou de particulares⁸⁰ que atentem contra os direitos fundamentais dos cidadãos.

Por outro lado, a igualdade material tem como sentido positivo, exigir do Estado um papel ativo, de forma a *ser sua tarefa a criação de condições mínimas de igualdade e oportunidades*⁸¹, na busca de um tratamento discriminatório positivo que vise reduzir as desigualdades fáticas para categorias historicamente discriminadas (mulheres, negros, homossexuais, pessoas portadoras de necessidades especiais, entre outros).

Deste modo, a igualdade tratada pelo artigo 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal refere-se à igualdade formal.

⁷⁷ SILVA, Alexandre Vitorino, em *Direitos a Prestações Positivas e Igualdade*, pág. 29, 2007, Editora LTr.

⁷⁸ *Idem*, pág. 30.

⁷⁹ Provenham eles do Executivo, Legislativo ou, mesmo, do Judiciário.

⁸⁰ Ora, nem sempre o vilão da discriminação será um agente público, mas, nem por isso o Estado estará desobrigado do dever de proteção aos indivíduos perante os particulares, que não passam de terceiros vinculados pela irradiação do princípio da igualdade (SILVA, Alexandre Vitorino, em *Direitos a Prestações Positivas e Igualdade*, pág. 43, 2007, Editora LTr.)

⁸¹ SILVA, Alexandre Vitorino, em *Direitos a Prestações Positivas e Igualdade*, pág. 32, 2007, Editora LTr.

No entanto, a Lei Maior não deixou de tratar da igualdade material, conforme se vê do disposto no artigo 3º, incisos I, III e IV⁸².

Outrossim, não se pode ficar restrito ao estudo da igualdade formal, sob pena de não se aplicar o princípio da igualdade em sua inteireza, razão pela qual se faz necessário reconhecer a existência de desigualdades reais entre os iguais, o que somente é possível por meio da igualdade material.

Sob essa ótica Rios⁸³ esclarece:

Implica superar uma concepção na qual as formas jurídicas produzidas na vida estatal se desvinculam da realidade dada. É preciso – em suma – atentar para as condições concretas de vida em cada realidade, as quais não podem ser encobertas pelas formas.

Frischeisen⁸⁴ diz que existe um direito geral à igualdade e direitos especiais de igualdade, sendo o primeiro a igualdade estabelecida para todos, conforme reza o artigo 5º da Constituição Federal, sem levar em consideração qualquer qualidade essencial de uma determinada parcela da comunidade, enquanto o segundo visa explicitar a igualdade geral, como as normas que estabelecem a igualdade entre homens e mulheres, como exemplo, o artigo 7º, XXX, da Constituição Federal.

⁸² Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸³ RIOS, Roger Raupp, em O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual, pág.49, 2002, Editora RT.

⁸⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, em Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil, pág. 36, 2007, Editora Lumen Juris.

Esclarece, ainda, Frischeisen⁸⁵:

É importante ressaltar que a vinculação do legislador ao princípio geral da igualdade na elaboração das normas não significa tratar igualmente a todos que se encontram em situações diferentes, mas sim tratar de forma igual aqueles que se encontram em uma mesma situação.

Por outro lado, direitos especiais de igualdade necessitam ser construídos, com o fim de estabelecer uma igualdade material, para que haja um real acesso a bens e serviços por uma determinada categoria da sociedade, na qual se inclui os direitos sociais (saúde, educação, acesso à justiça, entre outros). Esta construção se dá por meio das ações afirmativas.

Dworkin citado por Frischeisen⁸⁶ diferencia direito a tratamento igual e tratamento como igual:

O direito a tratamento igual encerra o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo, no exemplo do próprio autor, o direito de todas as pessoas votarem e concorrerem como o mesmo peso para a formação da vontade política de um determinado estado, já o tratamento como igual seria o direito não de receber a mesma distribuição de um encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.

1.6.2 - Ações Afirmativas⁸⁷

⁸⁵ Idem, pág. 37.

⁸⁶ Ibidem, pág. 73.

⁸⁷ Denominação dada pelo direito norte-americano: *affirmative action*.

Frischeisen⁸⁸ define ações afirmativas como:

Um conjunto de ações públicas, que pode ser diretamente implementado pela legislação ou incentivado a partir de um programa estabelecido e que visam o rompimento de desigualdades históricas ou sociais no acesso ao efetivo exercício de direitos, bens e serviços considerados essenciais para uma vida digna.

Para Alexandre Vitorino Silva⁸⁹ *discriminação positiva*⁹⁰ é a que implementa uma política pública ou privada distributiva destinada a promover a igualdade material de grupos historicamente discriminados ou desfavorecidos.

As ações afirmativas são utilizadas para efetivar a igualdade material ou real, de forma a permitir um tratamento uniforme entre todos, mesmo que para isto seja necessário um tratamento desigual entre os iguais.

Esclarece BOBBIO⁹¹:

O princípio da igualdade de oportunidade, ou de chances, ou de pontos de partida....Em outras palavras, o princípio da igualdade de oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo

⁸⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, em *Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, pág. 59, 2007, Editora Lumen Juris.

⁸⁹ SILVA, Alexandre Vitorino, em *Direitos a Prestações Positivas e Igualdade*, pág. 56, 2007, Editora LTr.

⁹⁰ Terminologia usada pelo direito europeu.

⁹¹ BOBBIO, Norberto, em *Igualdade e Liberdade*, págs. 30/32, 1996, Editora Ediuouro.

colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais. É supérfluo aduzir que varia de sociedade para sociedade a definição de quais devam ser as posições de partida a serem consideradas como iguais, de quais devam ser as condições sociais e materiais que permitam considerar os concorrentes iguais... Mas não é supérfluo, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam. ... Deste modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de corrigir uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação das desigualdades.

Estaria assim criando-se um novo paradigma, como esclarece Frischeisen⁹²:

O paradigma é aqui, sem dúvida, a idéia de que a Constituição é o documento que consolida as regras firmadas por uma sociedade no sentido de estabelecer os direitos que pertencem aqueles que a integram, como devem proceder seus governantes, quais as

⁹² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, em *Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, pág. 23, 2007, Editora Lumen Juris.

regras que devem ser seguidas na elaboração das leis, ou seja, trata-se das regras do pacto social. Estamos aqui, sem dúvida, diante da idéia do contrato social. Quais serão as forças que prevalecerão no contrato, quais as desigualdades que serão permitidas, quais são as regras de participação na formulação do contrato. Todos esses debates ocorrem no âmbito da construção, consolidação ou aprofundamento da democracia (participação de todos) e da república (igualdade de todos) em um determinado Estado que se pretenda democrático e de direito.

As ações afirmativas representam uma mudança de foco na lição de Taborda, retratada por Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva⁹³:

A tutela fundamental não é mais a propriedade privada e sim a dignidade da pessoa humana como centro invariável da esfera da autonomia individual que se procura garantir através de limitação jurídica do Estado. Exige-se agora do Estado uma intervenção positiva, para criar condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais.

O Estado não pode se manter neutro com base no princípio da igualdade formal. Deve atuar de forma a promover a igualdade material, com elaboração de políticas públicas que permitam a construção da igualdade real, de forma a viabilizar o acesso a bens, serviços e direitos, em favor de grupos tidos como vulneráveis.

⁹³ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, em *Princípio Constitucional da Igualdade*, pág. 61, 2003, Editora Lumen Juris.

Segundo Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva⁹⁴:

A igualdade, então, passa a ser vista em termos de igualdade de chances ou de oportunidades...

Com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, se faz necessário, muitas vezes favorecer uns em detrimento de outros.

Na lição de BOBBIO⁹⁵, as ações afirmativas surgem como meio de corrigir uma desigualdade anterior, mesmo que para isto seja necessário um novo tratamento desigual, o qual será utilizado como um instrumento de igualdade.

Para tanto, deve-se observar o princípio da proporcionalidade⁹⁶ ao se impor um tratamento diferenciado quando da aplicação de uma ação afirmativa, a fim de se evitar a violação da ordem constitucional.

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva⁹⁷ citando Mélin–Soucramanien esclarece que dentro deste critério deve-se buscar alguns requisitos para a aplicação da ação afirmativa ou discriminação positiva, denominação dada pelos europeus, os quais seriam:

⁹⁴ Idem, pág. 61.

⁹⁵ Ver citação 83.

⁹⁶ Ver item 1.4 da presente dissertação

⁹⁷ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, em *Princípio Constitucional da Igualdade*, págs. 68-9, 2003, Editora Lumen Juris.

a) uma categoria determinada de cidadãos objeto de discriminação no passado;

b) a obrigatoriedade de diferenciação jurídica de tratamento para essa categoria;

c) política discriminatória que busca a igualdade de fato;

d) a cessação dessa política discriminatória ao se alcançar a igualdade de fato.

Ainda, sob a exegese do princípio da proporcionalidade alerta Alexandre Vitorino Silva⁹⁸ que se deve atender, a um só tempo, a três imperativos:

1) visar a um objetivo que expresse um valor constitucional;

2) for estritamente necessária para a realização de tal valor;

3) implicar no balanço do ônus imposto pelo tratamento diferenciado e do bônus logrado pelo interesse público, a preponderância deste.

Por fim, o reconhecimento da igualdade material não significa depreciação da igualdade formal, ao contrário ela continua sendo importante para a devida aplicação do princípio da igualdade, a fim de se evitar privilégios individuais ou a determinados grupos.

⁹⁸ SILVA, Alexandre Vitorino, em *Direitos a Prestações Positivas e Igualdade*, pág. 43, 2007, Editora LTr.

Deste modo, conforme retrata Mello⁹⁹ *por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibradas fortuitas ou injustificadas.*

2 - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS¹⁰⁰

Os tratados ou convenções internacionais são obrigatórios e vinculantes aos Estados-partes que consentirem com sua adoção, sendo que para o Brasil, adepto da corrente dualista¹⁰¹, um tratado somente produz efeitos no direito interno, após ser assinado pelo Presidente da República

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, em Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, pág. 18, 2007, Editora Malheiros.

¹⁰⁰ O termo convenção será utilizado no mesmo sentido de tratado ou pacto internacional.

¹⁰¹ Para a corrente monista, o Direito internacional e interno compõem uma mesma e única ordem jurídica. Já para os dualistas o Direito internacional e interno constituem ordens separadas, incomunicáveis e distintas (PIOVESAN, Flávia, em O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro – coordenação Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan, pág. 156, 2000, Editora RT).

e referendado pelo Poder Legislativo, por meio de um decreto legislativo, com posterior ratificação presidencial, com um decreto de execução.

A Lei Maria da Penha criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo que não teve por base apenas o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal¹⁰², mas também se orientou pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres¹⁰³ e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹⁰⁴.

Assim, como bem esclarecem Helena Omena Lopes de Faria e Mônica de Melo¹⁰⁵:

A Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres trouxe de forma inovadora a possibilidade da existência de discriminação positiva, ou seja, a possibilidade de adoção, nos países partes, de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher.

Contudo, até a inclusão do § 3º, no do artigo 5º, da Constituição Federal¹⁰⁶, pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, os tratados e convenções internacionais, quando ratificados pelo governo brasileiro,

¹⁰² Art. 226, § 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.

¹⁰³ Convenção ratificada pelo Brasil por meio do decreto 4.377, de 13/09/02.

¹⁰⁴ Convenção ratificada pelo Brasil por meio do decreto 1.973, de 01/08/96.

¹⁰⁵ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, in Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade – nº 11, pág. 375, 1998, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

¹⁰⁶ Art. 5º, § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

tenham força de lei infraconstitucional. Todavia, parte da doutrina já entendia que os tratados internacionais referentes aos direitos ou garantias fundamentais tinham força de norma constitucional, diante do disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal¹⁰⁷.

No entanto, após a Emenda Constitucional nº 45, o Congresso Nacional deve incorporar um tratado ou convenção internacional com hierarquia de lei infraconstitucional (decreto legislativo), nos moldes do artigo 49, I, da Constituição Federal¹⁰⁸, ou com hierarquia de norma constitucional, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Carta Magna, quando versar de tratado e convenção internacionais de direitos humanos.

Sendo assim, diante do posicionamento do STF de que os tratados ratificados pelo Brasil têm força de lei ordinária, surge uma discussão, no tocante à hierarquia dos tratados e convenções internacionais ratificadas anteriormente à criação da norma constitucional supracitada (art. 5º, § 3º, da CF). Qual seja, esses tratados e convenções internacionais já ratificados continuam com *status* ordinário ou passam a ter automaticamente *status* constitucional?

Ao que parece, a melhor solução para o caso seria uma nova validação das convenções de direitos humanos anteriormente ratificadas, sob o quorum trazido no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, para não haver dúvidas quanto ao seu *status* constitucional.

¹⁰⁷ Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais, em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁰⁸ Art. 49: É de competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Vale ressaltar, tal discussão não é aceita pela doutrina cujo entendimento garante que os tratados relacionados a questões de direitos humanos e ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45, já tinham a hierarquia de norma constitucional, diante da redação do artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

3 - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.340/06

A Constituição Federal trata da família, base da sociedade, no capítulo VII, do título VIII, e estabelece no artigo 226, § 5º¹⁰⁹, a igualdade em direitos e deveres na sociedade conjugal entre homens e mulheres.

Entretanto, no decorrer da história fica patente a violência masculina no âmbito familiar, como forma de coação, humilhação, discriminação, exploração, crueldade e opressão às mulheres, motivo pelo qual a

¹⁰⁹ Art. 226, § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Constituição Federal estipulou a obrigação do Estado, a quem cabe dar proteção especial à família, de instituir políticas públicas de coibição à violência familiar, conforme regra do artigo 226, § 8º, da Constituição Federal¹¹⁰, com o fim de construir uma igualdade real, o que efetivamente ocorreu com a criação da Lei nº 11.340/06.

Todavia, não se pode esquecer, como já mencionado, que a Lei Maria da Penha não teve por base apenas o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, mas também se orientou pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Deste modo, com fulcro nas duas vertentes de igualdade tratadas pela Constituição Federal, a primeira a igualdade formal (ou legal) e a segunda a igualdade material (ou real), observa-se que o princípio da igualdade vai além do ponto de vista formal, de forma a autorizar a adoção de ações afirmativas na busca efetiva da igualdade real, mesmo que para isto tenha que se fazer um tratamento desigual como instrumento de igualdade, para corrigir uma desigualdade anterior, desde que observado o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade).

E foi isto que o legislador buscou com a Lei Maria da Penha, ao implantar mecanismos de coibição à violência familiar e doméstica, como forma de construção à igualdade material exigida pela norma constitucional acima mencionada¹¹¹ e pela Convenção Interamericana para

¹¹⁰ Art. 226, § 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.

¹¹¹ Sobre a discriminação positiva (ou lícita) esclarece Alexandre Vitorino Silva: *Existem também as denominadas discriminações lícitas, que, a par de serem tolerados pelo direito, são, em alguns sistemas jurídicos, como o brasileiro, por ele incentivadas, por meio de dispositivos constitucionais*

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹¹², com o que não há violação à isonomia, em decorrência do tratamento legal diferenciado entre homens e mulheres dado pela Lei nº 11.340/06.

Esclarece Frischeisen¹¹³:

Igualdade é um valor que só se afirma entre dois termos e, portanto, mediante comparação e uma pluralidade de sujeitos, aos quais se pretende reconhecer ou conferir igualdade (igualdade entre quem) e de objetos aos quais se pretende distribuir de forma igual ou fornecer condições de acesso de forma equilibrada para que as pessoas possam exercer suas escolhas (igualdade em que e sobre que coisas).

Dentro desse contexto, é preciso demonstrar *a que bens haverá um direito à igualdade*¹¹⁴; não há dúvida que se está falando de bens primários sociais, entre os quais se incluem os direitos fundamentais (vida, saúde, dignidade, integridade física, respeito, honra e outros).

Todos esses bens da vida são constantemente violados pelo homem e, como consequência, a mulher é obrigada a conviver neste ambiente familiar e doméstico, onde sofre constantemente coação, humilhação, discriminação, exploração, crueldade, violência e opressão, em decorrência da desigualdade física.

que vinculam a ação futura do legislador ordinário (Direitos a Prestações Positivas e Igualdade, pág. 43, 2007, Editora LTr).

¹¹² Art. 2º: Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual.

¹¹³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, em *Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, pág. 31, 2007, Editora Lumen Juris.

¹¹⁴ *Idem*, pág. 31.

Para obter-se a igualdade entre homens e mulheres, no âmbito familiar e doméstico, faz-se necessária a discriminação positiva (ação afirmativa), a fim de que as mulheres não sejam coagidas, oprimidas, humilhadas, exploradas, violentadas e discriminadas em seus lares e, efetivamente, obtenham a igualdade fática.

Para tanto, foram criados, por meio da Lei Maria da Penha, mecanismos para diminuição das desigualdades, cujo escopo é garantir às mulheres dentro do âmbito familiar e doméstico (grupo que se pretende garantir o acesso aos bens primários sociais) a efetivação de seus direitos fundamentais.

Além do mais, como esclarece Porto *sua legitimidade social advém, contudo, de uma realidade cruel de violência preconceituosa e histórica do homem contra a mulher*¹¹⁵.

4 - DIREITOS HUMANOS

Costuma-se dividir os direitos humanos em direitos de primeira geração (liberdade), de segunda geração (igualdade) e de terceira geração (fraternidade ou solidariedade).

Dentro dos direitos de primeira geração, enquadram-se os direitos que compõem a relação entre o Estado e o indivíduo, os direitos civis e políticos, como o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, direito de reunião, direito de associação, entre outros. Nada mais são do que as liberdades públicas negativas, de forma a limitar a interferência do Estado na vida do indivíduo. São os direitos-garantia.

¹¹⁵ PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, pág.23, 2007, Livraria do Advogado Editora.

Já os direitos de segunda geração representam uma evolução na proteção da dignidade da pessoa humana, de forma a impor ao Estado a realização de direitos sociais¹¹⁶, econômicos e culturais. Seriam os direitos positivos, os quais obrigam o Estado a deixar de ter uma posição inerte, e praticar uma ação ativa para a realização desses direitos.

Por fim, os direitos de terceira geração são voltados para a proteção da humanidade, como o direito à paz, direito ao desenvolvimento dos países, direito da preservação do meio ambiente, entre outros.

Os artigos 3º e 6º, ambos da Lei nº 11.340/06 são expressos ao falar sobre os direitos humanos das mulheres¹¹⁷ como uma referência aos direitos humanos de segunda geração.

A Lei Maria da Penha caracteriza-se como direitos humanos de segunda geração (direitos positivos), pois o Estado agiu de modo a criar políticas públicas, com o desígnio de construir uma igualdade fática entre homens e mulheres.

¹¹⁶ Mas o que são os direitos sociais? Como dimensão dos direitos fundamentais do Homem, já os entendemos como prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se vinculam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, José Afonso, em Poder Constituinte e Poder Popular, pág. 199, 2002, Editora Malheiros).

¹¹⁷ Art. 3º, § 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.

Art. 6º: A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

5 - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

5.1 – Conceito

A Lei Maria da Penha diz em seu artigo 5º, *caput*, que configura violência doméstica e familiar qualquer *ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*.

O mecanismo de proteção criado pela lei visa proteger a mulher. No entanto, nem toda mulher está protegida pela Lei Maria da Penha,

mas apenas aquela que sofrer violência¹¹⁸ doméstica, familiar ou decorrente da relação íntima de afeto, conforme definido nos incisos do citado artigo.

Deste modo, conclui-se que o sujeito passivo da lei é apenas a mulher que sofrer violência doméstica, familiar ou decorrente de relação íntima de afeto.

Questão interessante é a do transexual que fez cirurgia modificativa de sexo e obteve judicialmente a alteração do seu registro civil para sexo feminino. Embora legalmente ele seja considerado mulher, não deve ser considerado sujeito passivo¹¹⁹, uma vez que o fundamento legal para o sistema de proteção imposto pela lei é a inferioridade física¹²⁰ da mulher e no caso em tela a genética do transexual é de homem¹²¹.

No entanto, a mesma proteção não se aplica ao travesti, já que legalmente é considerado homem.

Quanto ao sujeito ativo, embora parte da doutrina, inclua, além do homem, a mulher¹²², tal inclusão não pode ser aceita¹²³, sob pena

¹¹⁸ Ver. Art. 7º da lei.

¹¹⁹ Em sentido contrário DIAS: Neste conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino.

¹²⁰ O sistema de proteção para as mulheres vítimas de violência doméstica, familiar e de relação íntima de afeto baseia-se no fato de que elas pertencem a uma categoria discriminada em decorrência da desigualdade física.

¹²¹ Mesmo um transexual que, cirurgicamente, logrou modificar sua genitália para assemelhar-se a uma mulher e, com isto, tenha alterado seu registro de nascimento, continua geneticamente a ser um homem e, salvo melhor juízo, equipará-lo a uma mulher importaria em uma analogia *in malam partem*, absolutamente vedada em Direito Penal (PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, pág. 35, 2007, Livraria do Advogado Editora).

¹²² Neste sentido: Maria Berenice Dias, Sérgio Ricardo de Souza, Altamiro de Araújo Lima Filho, Leda Maria Hermann, Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kumpel.

¹²³ Todavia, esta última conclusão, referente ao sujeito ativo do delito, não se afigura pacífica e demanda maior reflexão. Com efeito, inicialmente, em análise preliminar, afirmou-se que, tanto o homem quanto a mulher poderiam ser sujeito ativo de delitos caracterizados por violência doméstica e familiar contra a mulher e assim se concluiu a partir de uma análise literal da lei que, embora frise apenas a mulher como sujeito passivo da violência doméstica e familiar, nada refere quanto ao gênero do sujeito ativo. Destarte, se a lei não faz distinção não cabe ao intérprete distinguir o sexo do sujeito ativo destes crimes.

de acarretar a inconstitucionalidade da lei, já que a sua constitucionalidade está alicerçada nas ações afirmativas¹²⁴, as quais buscam a construção da igualdade fática entre homens e mulheres (igualdade material). Ora se uma mulher pode ser sujeito ativo, cai por terra a viga mestra de fundamentação da lei, decorrente da criação de políticas públicas pelo Estado para uma categoria discriminada.

No entanto, é preciso interpretar a lei sempre levando em conta princípios como o da razoabilidade e proporcionalidade, não descurando que a Lei Maria da Penha trata desigualmente homem e mulher, incrementando a severidade penal sempre que a mulher for vítima de violência doméstica e familiar. Ao relativizar um valor constitucional tão caro como o da igualdade, a Lei 11.340/06 demanda uma interpretação restritiva, colimando não generalizar o que é excepcional. Esta “desigualdade” de tratamento seria inconstitucional não estivesse justificada racionalmente em uma diferença entre gêneros masculino e feminino, verificável empiricamente. Deste modo, a razão que informa a Lei 11.340/06 situa-se em uma pressuposta superioridade de forças do homem sobre a mulher e em uma nefanda realidade construída cultural e historicamente, em que o homem hierarquizou relações, autocolocando-se nos lugares predominantes da estrutura social, com o que se determinam a submissão e a discriminação contra a mulher. Como já se salientou, esta superioridade geral masculina é muito clara quando se trata de força física, do potencial de intimidação e da superioridade hierárquica, no seio familiar e social, que o homem, como regra, possui sobre a mulher, eis a razão que inspira, em sua totalidade, a Lei 11.340/06. Onde inexistente esta razão, também inexistente fundamento para aplicação desta norma excepcional.

Insta frisar ainda que toda história da Lei 11.340/06, desde as convenções internacionais que lhe serviram de supedâneo, até mesmo o caso emblemático da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, vitimada por uma tentativa de homicídio perpetrada por seu marido, da qual restou paraplégica, como, de resto, toda a história de luta do movimento feminista aponta o homem como o maior agressor do gênero feminino. Agressões perpetradas por outros mulheres se inserem dentro de uma certa “normalidade” no plano da estatística criminal, que não justificariam uma lei própria para dissuadi-las e, nesse caso, podem bem estar protegidas por meio da tipificação genérica de violência doméstica do artigo 129, § 9º, do CP, sem as restrições de benefícios penais contidos na Lei 11.340/06.

... Ora ao *basear no gênero* o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, o legislador, forçosamente, está restringindo este conceito à violência praticada pelo homem contra a mulher, caso contrário a locução *baseada no gênero* seria desnecessária e é princípio da hermenêutica metodológica o de que a lei não contém palavras inúteis. A idéia de *gênero* é muito cara ao movimento feminista; trata-se efetivamente de um conceito que *revela a relação de discriminação e violência praticada pelo homem contra a mulher*, por isso que a *violência praticada entre mulheres não é baseada no gênero e não caracteriza a violência doméstica e familiar de que trata a Lei 11.340/06*. Com efeito, uma mulher não pode discriminar a outra por pertencer ao gênero feminino, já que ambas pertencem ao mesmo gênero.

Com efeito, quando, no ambiente doméstico, afetivo ou familiar, uma mulher agride, ameaça, ofende ou lesa patrimonialmente outra mulher, o sucedido criminoso opera-se entre partes supostamente iguais – duas mulheres – e não justifica um tratamento mais severo à mulher que agride outra mulher do que àquela que lesiona, ofende ou ameaça um homem. A Lei 11.340/06 não finaliza dar uma proteção indiscriminada à mulher, mas sim proteger a mulher em face do homem, supostamente mais forte, ameaçador e dominante no quadro cultural, daí por que não se aplica a referida legislação quando sujeito ativo for do gênero feminino, *podendo-se, destarte, afirmar que o sujeito ativo de crimes praticados em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, para os feitos da Lei 11.340/06, é apenas o homem*. (PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, págs. 31 a 33, 2007, Livraria do Advogado Editora).

¹²⁴ Ver itens 1.5.2 e 3 da presente dissertação.

Para tanto, definiu-se no inciso I, do artigo 5º, como âmbito da unidade doméstica *o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas*.

A lei buscou proteger as pessoas que convivem numa casa, residência, habitação ou moradia, de forma estável, independentemente de parentesco, cuja proteção está também estampada no inciso II deste artigo.

A proteção legal, ao incluir-se o termo esporadicamente agregados, abrange a empregada doméstica e diarista, esta última, desde que da relação de trabalho fique caracterizado o convívio permanente (contínuo e ininterrupto) de pessoas, exigido pela lei¹²⁵.

Definiu-se no inciso II, do citado artigo, como âmbito da família *a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*.

A Lei Maria da Penha fala em âmbito familiar, de forma a abranger o parentesco por afinidade (artigo 226, §§ 1º a 3º, da Constituição Federal), bem como o parentesco natural e civil (artigos 226, § 4º e 227, § 6º, da Constituição Federal).

O parentesco por afinidade decorre do casamento ou da união estável, conforme disposto no artigo 1595 do Código Civil, sendo que

¹²⁵ Em sentido contrário, lecionam SOUZA e KÜMPEL: Aqui estão incluídos todos os empregados domésticos, porteiros, recepcionistas, motoristas e diaristas (as *esporadicamente agregadas*, consoante o art. 5º, inciso I). Ou seja, qualquer pessoa que comungue, ainda, que por uma única vez, do espaço de convívio permanente (lar) tem proteção legal. Por exemplo, uma pessoa contratada para ser babá (*baby-sitter*) por uma única noite ou uma enfermeira que venha a substituir outra, uma única vez, no cuidado de um idoso (Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, pág. 71, 2007, Editora Método).

esse parentesco se limita aos ascendentes, descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro (§ 1º, do citado artigo).

O parentesco natural decorre da consangüinidade, representado na Lei Maria da Penha pela expressão, unidos por laços naturais.

O Código Civil divide o parentesco natural em:

a) parentes em linha reta (artigo 1591);

b) parentes em linha colateral (artigo 1592), sendo que o primeiro refere-se às pessoas unidas uma com as outras na relação de ascendentes e descendentes, enquanto que o segundo refere-se às pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra, até o quarto grau.

O termo vontade expressa trazido na Lei nº 11.340/06 representa o parentesco civil, nos termos do artigo 1593 do Código Civil, ou seja, a adoção.

Contudo, a proteção da lei foi além da noção legal de família englobando neste âmbito os indivíduos considerados aparentados, sendo que *essa expressão legal alcança igualmente a filiação socioafetiva, uma vez que o estado de filho afetivo faz com que as pessoas se sintam aparentadas. Neste conceito, mister incluir também a infeliz expressão “filhos de criação”¹²⁶*, bem como a figura da madrasta e da enteada.

E, ainda, incluiu-se a relação íntima de afeto, no sistema de proteção, conforme se vê do inciso III do mencionado artigo, que diz:

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice, em A Lei Maria da Penha na Justiça, pág. 44, 2007, Editora RT.

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

Dentro dessa visão deve-se enquadrar o namoro, o noivado e até o concubinato (relação extraconjugal).

Como salienta Porto, *abrange relações que já foram dissolvidas pelo tempo, ampliando sobremaneira o alcance da lei para casos de simples namoro ou para violência praticada por pessoas já separadas*¹²⁷.

A inclusão da relação íntima de afeto, no rol do sistema de proteção, para casos nos quais o agressor não conviva mais com a ofendida, é medida salutar, pois sendo de conhecimento de todos operadores de direito que muitos homens por não aceitarem a separação, buscam de forma insana atormentar a vida da ex-mulher, praticando contra ela uma ou várias das formas de violência previstas no artigo 7º, da Lei Maria da Penha.

Não há que se falar em inconstitucionalidade do referido inciso, diante do disposto nos artigos 2º e 13 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹²⁸, um dos sustentáculos da Lei Maria da Penha.

¹²⁷ PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, pág. 26, 2007, Livraria do Advogado Editora.

¹²⁸ Art. 2º: Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual.

Art. 13: Nenhuma das disposições desta Convenção poderá ser interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna dos Estados Partes que ofereçam proteções e garantias iguais ou maiores para os direitos da mulher, bem como salvaguardas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher.

Ampliando o sistema de proteção, a Lei Maria da Penha englobou as uniões homoafetivas¹²⁹.

5.2 - Inconstitucionalidade decorrente do Tratamento Diferenciado entre as Uniões Homoafetivas de Mulheres e de Homens

O parágrafo único, do artigo 5º padece de inconstitucionalidade. Isto ocorre, pois os mecanismos de proteção criados pela Lei Maria da Penha, como forma de discriminação positiva, encontram limites nas normas constitucionais. No caso em tela, no artigo 226, § 8º, da Constituição Federal¹³⁰ e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres¹³¹ e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹³².

O tratamento discriminatório permitido é o positivo, com o fim de construir uma igualdade fática entre homens e mulheres, já que as mulheres foram discriminadas e oprimidas durante séculos.

A utilização de ações afirmativas¹³³, como as da Lei nº 11.340/06, somente é admitida para um tratamento discriminatório positivo, que para ser válida e não violar a ordem constitucional deve ter como parâmetro o princípio da proporcionalidade.

¹²⁹ Art. 5º, § único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

¹³⁰ Art. 226, § 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.

¹³¹ Convenção ratificada pelo Brasil através do decreto 4.377, de 13/09/02.

¹³² Convenção ratificada pelo Brasil através do decreto 1.973, de 01/08/96.

¹³³ Ver item 1.5.2

Além disso, não se podem criar ações afirmativas com o fim de impor um tratamento discriminatório negativo.

A Lei nº 11.340/06 ao implantar o sistema de proteção para as uniões homoafetivas de mulheres, não está se referindo apenas a uma categoria discriminada no passado (mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar), mas também a outra categoria discriminada (homossexuais).

E dentro desta segunda categoria discriminada, não é proporcional fazer a diferenciação entre homens e mulheres homossexuais, visto que os dois necessitam de proteção, bem como não há como justificar dentro dos valores constitucionais a discriminação positiva para as mulheres homossexuais em detrimento dos homens homossexuais, pois ambos se encontram na mesma situação fática.

Não é proporcional tratar pessoas de uma mesma categoria, homossexuais mulheres e homossexuais homens, de forma diferenciada, pois como *se encontram na mesma situação fática, deverá ser aplicada a mesma norma jurídica e que a norma deverá ainda tratar a todos igualmente sob pena de discriminação*¹³⁴.

Ao se aceitar referida regra especial de proteção estariam sendo criados privilégios a um determinado grupo (homossexuais mulheres), o que é inaceitável e deve ser refutado com base no princípio da igualdade formal, a fim de se evitar a discriminação negativa.

Esclarece Suzana de Toledo Barros¹³⁵:

¹³⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, em *Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*, pág. 48, 2007, Editora Lumen Juris.

Ora, se ele, legislador, elege aleatoriamente qualquer fator de diferenciação, sem pertinência de fundo teleológico, ou se estabelece, em função da distinção privilégios ou ônus desmedidos, estará impondo uma dissimetria de tratamento inaceitável, violadora do princípio constitucional da igualdade.

Deste modo, é inconstitucional o disposto no artigo 5º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha, visto que não passa no filtro do princípio da igualdade formal, o qual tem a função de defesa, com o fim de vedar um privilégio desproporcional e injustificado para pessoas de uma mesma categoria, como no caso em tela, pois inadmissível é a criação de uma discriminação negativa entre mulheres homossexuais e homens homossexuais.

Tanto as mulheres homossexuais como os homens homossexuais pertencem a uma mesma categoria discriminada, a qual deveria ser objeto de proteção por meio de ações afirmativas, e não apenas as mulheres homossexuais como fez a Lei Maria da Penha, como forma de discriminação negativa, o que fere o princípio da igualdade formal e viola o disposto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

Além do mais, com fulcro no ensinamento de BOBBIO, indivíduos desiguais¹³⁵ devem ser colocados nas mesmas condições de partida; tal imposição decorre do princípio da igualdade de oportunidades ou de chances, ou de pontos de partida, que se perfaz com a *exigência de que a igualdade dos pontos de partida seja aplicada a todos os membros do grupo*

¹³⁵ BARROS, Suzana de Toledo, em O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, pág. 189, 1996, Editora Brasília Jurídica.

¹³⁶ Referindo-se ao fato de todos os homossexuais, homens ou mulheres, pertencem ao mesmo grupo de pessoas discriminadas.

*social, sem nenhuma distinção de religião, de raça, de sexo, de classe*¹³⁷, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Por fim, deve ficar claro que a inconstitucionalidade não se refere ao reconhecimento das uniões homoafetivas trazido na lei, mas apenas no tocante à inaplicabilidade das medidas protetivas e repressivas da Lei nº 11.340/06, em decorrência da violência doméstica ou familiar, para as uniões homoafetivas, diante da afronta ao princípio constitucional da igualdade (formal).

5.3 - Formas de Violência

A lei não se contentou em definir o que configura violência doméstica e familiar e o tipo de vínculo que a caracteriza, seja ele de natureza doméstica, familiar ou afetiva.

O legislador foi além e definiu¹³⁸, não de forma taxativa, as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme exposto no artigo 7º, I a V.

*A violência física é entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal*¹³⁹.

A violência psicológica é entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe

¹³⁷ BOBBIO, Norberto, em Igualdade e Liberdade, pág. 31, 1996, Editora Ediouro.

¹³⁸ As definições não possuem escopo criminalizador, ou seja, não pretendem definir tipos penais. Sua função, no contexto misto da lei, é delinear situações que implicam em violência doméstica e familiar contra a mulher, para todos os fins da Lei Maria da Penha, inclusive agilização de ações protetivas e preventivas (HERMANN, Leda Maria, em Maria da Penha Lei com Nome de Mulher, pág. 108, 2007, Editora Servanda).

¹³⁹ Art. 7º, I, da Lei nº 11.340/06.

*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, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação*¹⁴⁰.

Em relação à violência psicológica é bom lembrar como adverte Pileggi¹⁴¹:

A análise desta conduta deve ser cercada de sua seriedade, de sua constância ou sua intenção. Nos conflitos familiares, invariavelmente, ofensas são proferidas. Algumas são fruto de intempestividade verbal, outras de tanta insistência e reiteração, podem incutir este dano emocional. Assim, a ponderação e o bom senso é o caminho do operador do Direito neste campo.

*A violência sexual é 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*¹⁴².

¹⁴⁰ Art. 7º, II, da Lei nº 11.340/06.

¹⁴¹ PILEGGI, Camilo, em Lei Maria da Penha: Acertos e Erros - Revista Jurídica, ano I, nº 1, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, pág. 22, 2007, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

¹⁴² Art. 7º, III, da Lei nº 11.340/06.

A violência patrimonial é *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*¹⁴³.

A violência moral é *entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria*¹⁴⁴. Este tipo de violência em regra ocorre concomitantemente com a violência psicológica.

Embora a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, em seu artigo 2º, mencione apenas a violência física, sexual e psicológica, não há nenhum empecilho para a inclusão de outras formas de violência como a patrimonial e a moral, principalmente diante do disposto no artigo 13 da citada Convenção, que elucida: *Nenhuma das disposições desta Convenção poderá ser interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna dos Estados Partes que ofereçam proteções e garantias iguais ou maiores para os direitos da mulher, bem como salvaguardas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher.*

6 - ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

6.1 - Garantia do Vínculo de Trabalho

Dentro da visão de políticas públicas a serem implementadas pela Lei Maria da Penha em defesa da mulher vítima de

¹⁴³ Art. 7º, IV, da Lei nº 11.340/06.

¹⁴⁴ Art. 7º, V, da Lei nº 11.340/06.

violência¹⁴⁵, o legislador criou um sistema de proteção emergencial, cabendo principalmente ao Juiz, determinar medidas de urgência para a proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Entre estas medidas de proteção está a garantia do vínculo de trabalho da mulher vítima de violência doméstica e familiar, conforme explica o artigo 9º, § 2º, que diz: *o juiz assegurará à mulher de violência doméstica ou familiar, para preservar sua integridade física e psicológica.*

Para Cunha e Pinto¹⁴⁶:

Andou bem o legislador ao se preocupar com a conservação da fonte de trabalho da mulher, tendo em vista que, dependendo do caso concreto, ela pode ser vítima duas vezes: a primeira ao sofrer qualquer espécie de violência dentre as tratadas na lei, e, a segunda, ao ser obrigada, muitas vezes, conforme alertamos de início, a deixar o emprego por conta destas mesmas agressões.

Essa proteção ao direito de trabalho, ocorre tanto para a mulher servidora pública como para a mulher que trabalhe na iniciativa privada.

6.1.1 - Serviço Público

Para proteção do direito de exercício da função pública da mulher em situação de violência doméstica ou familiar poderá o juiz determinar ao Poder Público, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, o acesso prioritário à remoção.

¹⁴⁵ Ver art. 8º da lei.

¹⁴⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, em *Violência Doméstica*, pág.53, 2007, Editora RT.

Sobre o tema Sérgio Ricardo de Souza¹⁴⁷ esclarece:

Melhor seria que o legislador tivesse adotado uma “remoção preliminar” imposta peremptoriamente pelo juiz, com prazo determinado, com critérios semelhantes àqueles que norteiam a “Licença por Motivo de Doença em Pessoa na Família” (Lei 8.112/90), sendo que a remoção definitiva é que estaria sujeita ao critério de prioridade.

Isto ocorre, pois embora a lei fale em garantir o acesso prioritário à remoção, tal garantia não dá eficácia à medida protetiva, que somente ocorrerá com o imediato afastamento da mulher do seu local de trabalho até a efetivação da remoção, sem prejuízo de seus vencimentos.

Sérgio Ricardo de Souza¹⁴⁸ elucida o tema ao afirmar que a falha legislativa pode ser corrigida pelo Poder Judiciário por meio de uma interpretação sistemática, de forma que a dignidade da servidora pode se sobrepor ao interesse da administração e justificar a sua remoção, mesmo que não haja cargo vago, entretanto alerta que tal providência somente deve ser imposta à luz do princípio da proporcionalidade, após análise minuciosa do caso concreto.

O alerta é salutar já que a medida de remoção não impede o retorno da servidora para a sua origem em caso de cessação da violência. Neste caso não se vislumbra a necessidade do retorno imediato (princípio da proporcionalidade), mas apenas a prioridade de retorno.

¹⁴⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo de, em Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher, pág. 60, 2007, Editora Juruá.

¹⁴⁸ Idem, págs. 60-61.

Necessário salientar que a remoção na esfera municipal somente será eficaz em cidades grandes, *por exemplo, de um bairro no qual se acha lotada para outro distante, de forma a ver-se livre do agressor*¹⁴⁹.

Discute-se a respeito da possibilidade do Juiz Estadual determinar a remoção de uma servidora federal¹⁵⁰. Não há dúvida de que o Juiz Estadual pode dar decisão que vincule a administração federal, pois *o que não se pode confundir é competência para processar e julgar as causas de interesse da União (CRFB, art. 109), com o julgamento das causas comuns, de onde decorram decisões que tenham reflexos indiretos na Administração Pública Federal*¹⁵¹.

6.1.2 - Iniciativa Privada

Para a mulher que trabalha na iniciativa privada, quando necessário o afastamento do local de trabalho, será garantida a manutenção do vínculo trabalhista, pelo período máximo de seis meses.

Neste caso, o legislador deixou de *especificar a quem caberá o ônus da remuneração*¹⁵². Tratando de política pública caberá ao Estado arcar com o ônus da remuneração¹⁵³, embora dependa de lei a regulamentação do afastamento remunerado da mulher em situação de violência doméstica que trabalha na iniciativa privada, a ser custeada pela previdência social.

6.2 - Atendimento Preliminar pela Autoridade Policial

¹⁴⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, em *Violência Doméstica*, pág. 52, 2007, Editora RT.

¹⁵⁰ Em sentido contrário. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto.

¹⁵¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de, em *Comentários à Lei de Combate à Violência Doméstica contra a Mulher*, pág. 62, 2007, Editora Juruá.

¹⁵² LIMA FILHO, Altamiro de Araújo, em *Lei Maria da Penha*, pág. 63, 2007, Mundo Jurídica Editora.

¹⁵³ Em sentido contrário: Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kämpel.

A autoridade policial ao tomar conhecimento da ocorrência ou iminência de ocorrência de violência doméstica ou familiar contra a mulher, de imediato, tomará as providências cabíveis, conforme ilustra o artigo 10 da lei.

Nesse sentido haverá implicação no atendimento à mulher em situação de violência doméstica. Deve a autoridade policial tomar as seguintes providências conforme determina o artigo 11 da citada lei:

- a) garantir proteção policial;
- b) encaminhar a ofendida para atendimento hospitalar e se necessário para o IML;
- c) fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;
- d) acompanhar a ofendida até sua residência para assegurar a retirada de seus pertences;
- e) informar a mulher dos direitos conferidos nesta lei e os serviços disponíveis.

Segundo Porto¹⁵⁴ a providência do item “c” pressupõe ao menos três requisitos:

¹⁵⁴ PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, pág. 70, 2007, Livraria do Advogado Editora.

- a) que haja um abrigo ou local seguro disponível para albergar a mulher e, preferencialmente, seus dependentes também;*
- b) que a mulher esteja realmente em situação de risco de vida, o que se extrai das informações por ela prestadas sobre a personalidade do agressor, seus antecedentes, seu acesso a armas, o conteúdo das ameaças, etc;*
- c) que a mulher concorde em sair de casa e não prefira o afastamento do agressor, já que não pode o policial decidir retirá-la de casa contra a sua vontade.*

Quanto ao termo local seguro pode-se mencionar, entre outros, a casa de familiares ou amigos da ofendida.

No tocante a definição dos pertences da vítima esclarece Sérgio Ricardo de Souza¹⁵⁵:

Sendo mais razoável a interpretação de que, exceto quando se trate de local integralmente pertencente à vítima, devem eles ser entendidos como aqueles bens ou objetos de uso exclusivo da vítima e necessários para a realização de suas necessidades, tais quais os destinados à higiene pessoal, as peças de vestuário, os medicamentos, equipamentos de trabalho, documentos, materiais escolares e outros compatíveis com essa medida extrajudicial, que guarda semelhanças com uma antecipação dos efeitos da

¹⁵⁵ SOUZA, Sérgio Ricardo de, em Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher, págs. 72-3, 2007, Editora Juruá.

tutela a ser deferida em uma posterior ação de partilha de bens.

Ao confeccionar o boletim de ocorrência, deverá a autoridade policial, conforme disposto no artigo, 12, III, da lei, dentro do prazo de 48 horas, remeter ao Juiz, em expediente apartado do inquérito policial, o pedido da ofendida solicitando à concessão de medidas protetivas de urgência, cuja petição deverá conter:

- a) qualificação da ofendida e do agressor;
- b) nome e idade dos dependentes;
- c) descrição sucinta dos fatos, com enquadramento nos artigos 5º e 7º da lei;
- d) a relação das medidas protetivas de urgência pretendidas, entre as previstas nos artigos 22 a 24 da lei, que serão objeto de análise no item subsequente. O pedido da ofendida deve ser instruído, nos termos do § 2º, do artigo 12 da lei¹⁵⁶.

Vale destacar que tal providência apenas será tomada pela autoridade policial se assim desejar a mulher em situação de violência doméstica e familiar. É que a solicitação ao Juiz de medidas protetivas de urgência não é conduta obrigatória da autoridade policial, pois sua atuação, neste caso, depende da vontade expressa da ofendida.

¹⁵⁶ Art. 12, § 2º: A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

O pedido da ofendida solicitando medidas protetivas de urgência deve ser encaminhado pela autoridade policial diretamente ao Juiz, sem a necessidade de advogado, diante do disposto no artigo 27 da lei, a fim de facilitar o acesso à justiça em questões urgentes.

Entretanto, o pedido da ofendida (art. 12, III), diante da desnecessidade de advogado, deve ser formulado com a orientação do Delegado da Delegacia de Atendimento à Mulher (art. 8º, IV), em consonância com o artigo 11, V, da lei.

6.3 - Medidas Protetivas de Urgência

As medidas protetivas são espécies de tutela de urgência.

A doutrina traz duas espécies de tutela de urgência (gênero):

a) antecipação da tutela *que se caracteriza pela natureza satisfativa, de mérito, com a concessão, no todo ou em parte, daquilo que foi pedido*¹⁵⁷, sendo que tal medida será concedida se preenchidos os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil¹⁵⁸;

¹⁵⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, em Novo Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, pág. 243, 2008, Editora Saraiva.

¹⁵⁸ Art. 273 do CPP: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

b) tutela cautelar que é a tomada de providências acautelatórias que visam assegurar a efetividade do processo principal, afastando-se uma situação de risco, sem antecipar o resultado final. Assim sendo, uma medida cautelar busca um provimento que assegure o resultado final do processo principal, com o fim de afastar os riscos da demora.

Contudo, faz-se necessário pontuar as principais semelhanças e diferenças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

As principais semelhanças são:

1- Ambas são tutelas de urgência (garantir a efetividade da prestação jurisdicional).

2- Cognição sumária (não há análise judicial exauriente – juízo de probabilidade).

3- Provisoriedade (não é solução definitiva do litígio).

4- Revogabilidade ou reversibilidade da medida, ou seja, retorno ao *status quo ante*. (art. 273, §§ 2º e 4º CPC e art. 807 CPC).

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

5- São preventivas (evitar a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação).

6- Não fazem coisa julgada. As tutelas de urgência limitam-se a reconhecer a existência da situação de perigo. O juiz ao concedê-las não declara ou reconhece, em caráter definitivo, o direito que o autor afirmar ser titular.

Já as principais diferenças são:

1- A tutela cautelar busca resguardar a efetividade do processo de conhecimento (provisoriedade instrumental) – foco processual; enquanto que a tutela antecipada busca adiantar o direito material pleiteado (satisfatividade), ou seja, pode antecipar a própria prestação jurisdicional, o que não ocorre com a cautelar.

2- a tutela cautelar visa impedir o perecimento do direito a ser exercido futuramente (conservar), enquanto que a tutela antecipada tem por objetivo adiantar o direito material pleiteado.

3- Na antecipação da tutela o juiz concede o próprio pedido principal, enquanto que na tutela cautelar não se adianta o mérito, apenas concede medida acautelatória protetiva.

4- A tutela cautelar *liminar* pode ser concedida de ofício (art. 797 CPC); enquanto que a tutela antecipada não pode ser concedida de ofício.

5- O juízo de probabilidade da tutela antecipada (prova inequívoca da verossimilhança), embora se aproxime do *fumus boni iuris* da cautelar, é mais expressivo, pois a cautelar exige mera plausibilidade do direito a ser discutido no processo principal (aparência do bom direito), enquanto a antecipação exige probabilidade, já que se antecipa o pedido principal.

6- A cautelar pode ser requerida de forma autônoma¹⁵⁹, fora do processo principal, o mesmo não ocorre com a tutela antecipada.

7- A cautelar tem duração limitada (temporária); enquanto que a tutela antecipada pode ser sua eficácia perpetuada no tempo, em caso de acolhimento do pedido.

Essa distinção, na prática, teria perdido relevância diante da possibilidade de fungibilidade entre as tutelas de urgência, *pois agora o juiz pode conceder uma medida pela outra*¹⁶⁰.

Em face da fungibilidade, a medida cautelar *pode ser qualquer providência de cunho assecuratório ou protetivo, concedida em processo cautelar autônomo, ou em qualquer outro processo*¹⁶¹.

A cautelar não tem um fim em si mesmo, já que sua finalidade como foi dito é a preservação do resultado do processo principal, afastando-se, por medidas preventivas, o risco que o ameaça, sendo que pode ser

¹⁵⁹ Esclarece Bedaque: Pelo aspecto funcional é possível determinar a autonomia da tutela cautelar, pois não se destina ela nem a declarar o direito, nem a autuá-lo coercitivamente. Tais escopos são próprios das tutelas cognitiva e executiva, com as quais a cautelar está ligada por nexo de instrumentalidade (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, em Tutela Cautelar e tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, págs. 142/143, 2006, Editora Malheiros).

¹⁶⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, em Novo Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, pág. 244, 2008, Editora Saraiva.

¹⁶¹ Idem, pág. 248.

pleiteada em processo cautelar autônomo (preparatório) ou dentro do próprio processo principal (incidental).

Com isto, vê-se que a tutela cautelar é a medida utilizada para assegurar/resguardar a efetividade do processo principal. *Ao examinar o pedido cautelar, é necessário verificar qual o principal, para poder conceder a medida mais adequada para a sua proteção. Daí a natureza instrumental das cautelares*¹⁶².

No entanto, para a concessão da tutela cautelar é necessária a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, apenas como mero juízo de probabilidade e não como juízo de certeza, pois este último somente é necessário para o provimento final, ou seja, constitui o mérito da questão cautelar.

O *fumus boni iuris* é a aparência do bom direito, nada mais do que a verossimilhança do alegado, ou seja, a mera probabilidade de deferimento do provimento jurisdicional pleiteado no processo principal, sem que haja uma análise aprofundada dos fatos.

O *periculum in mora* é representado pelo risco ou ameaça ao provimento final (efetividade do processo), caso se aguarde o julgamento do feito. Na análise do *periculum in mora* o juiz não precisa ter a certeza do perigo, basta a mera probabilidade, não afastando a necessidade de demonstrar o fundado receio que, conforme regra do artigo 798, do Código de Processo Civil, é caracterizado pela possibilidade da parte causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

¹⁶² Ibidem, pág. 254.

Entretanto, a Lei nº 11.340/06 trouxe a possibilidade de uma nova modalidade de tutela de urgência, a ser concedida pelo Juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher ou pelo Juiz Criminal, enquanto não instalado o juizado, desde que a mulher seja vítima de violência doméstica e familiar, nos termos dos artigos 5º e 7º da referida lei. Mas não é só. A concessão de tutela de urgência fica, ainda, vinculada à providência criminal tomada para o caso (por exemplo: registro de boletim de ocorrência, instauração de inquérito policial e outros).

Deste modo, surge uma nova espécie de tutela de urgência, denominada pela lei como medida protetiva de urgência¹⁶³, prevista nos artigos 22, 23 e 24 da Lei nº 11.340/06, sendo que para se permitir a sua aplicação, pelo Juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher ou pelo Juiz Criminal, enquanto não instalado o juizado, são necessários dois **pré-requisitos**:

a) que se trate de mulher vítima de violência doméstica e familiar, nos termos dos artigos 5º e 7º da Lei nº 11.340/06;

b) a tomada de alguma providência criminal (por exemplo: registro de boletim de ocorrência, instauração de inquérito policial e outros), para só depois, falar-se em análise dos requisitos das medidas cautelares (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

Esse posicionamento, não impede o juiz cível de aplicar as medidas protetivas trazidas nos artigos 22, 23 e 24 da citada lei, em sede civil, diante do poder geral de cautela, quando se tratar de pedido que não

¹⁶³ É de se salientar que algumas das medidas protetivas de urgência têm natureza de antecipação de tutela e outras têm natureza de tutela cautelar.

tem por base providência criminal, como por exemplo: separação de corpos, sem que se tenha tomado providência criminal.

Por fim, surge uma indagação: pode o juiz conceder a tutela de urgência de ofício?¹⁶⁴ Nos casos de medidas protetivas de urgência trazidos pela Lei Maria da Penha a resposta é negativa, diante do disposto no artigo 19, *caput*, da lei, que exige o requerimento do Ministério Público ou o edido da ofendida¹⁶⁵. Todavia, a lei permite a concessão *inaudita altera parte*, conforme preceitua o artigo 19, § 1º, da Lei nº 11.340/06.

Questão importante refere-se à cessação ou não da eficácia da medida protetiva, em caso de não ser proposta a ação principal (alimentos, separação de corpos), dentro do prazo de 30 dias previsto na lei processual civil.

É de se salientar que não há necessidade de ser proposta a ação principal no prazo de 30 dias, conforme disposto no artigo 806 do Código de Processo Civil¹⁶⁶.

Isto ocorre, pois a regra a ser seguida é a processual penal e não a processual civil, já que a medida de urgência tem como fundamento providência criminal (pré-requisito).

¹⁶⁴ Tratando-se de antecipação da tutela a resposta é negativa, diante do disposto no artigo 273, *caput*, do CPC que é expresso ao mencionar a expressão *a requerimento da parte*. No tocante a tutela cautelar a análise da indagação deve dividir-se em duas situações. Quando se tratar de processo cautelar autônomo não há dúvidas de que o juiz pode conceder a tutela de urgência de ofício, conforme regra do artigo 798 do Código de Processo Civil. Entretanto, no bojo do processo principal a resposta deve ser negativa, já que a parte não apontou uma situação de risco e muito menos fez um pedido de proteção (segurança) ao provimento jurisdicional pleiteado. De modo que, a concessão da medida cautelar no processo de conhecimento, somente pode ocorrer se houver um requerimento da parte, de forma incidental.

¹⁶⁵ Em sentido contrário: Sérgio Ricardo de Souza, Pedro Rui da Fontoura Porto, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto.

¹⁶⁶ Art. 806 CPC: Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Desta forma, a ação principal poderá ser proposta a qualquer momento, desde que não tenha cessado a eficácia da medida protetiva de urgência, se chega a essa conclusão, com base no disposto no artigo 386, § único, II, do CPP¹⁶⁷.

Com isto, conclui-se que a eficácia da medida protetiva de urgência somente cessará com a absolvição do réu (art. 386, § único, II, do CPP), ou com o arquivamento do inquérito, ou por revogação judicial expressa, em qualquer fase do processo.

De modo que, não se pode falar em cessação de eficácia da medida protetiva de urgência que depender de ação principal, caso ela não seja intentada no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida, no moldes do artigo 808, I, do CPC¹⁶⁸, por ser tal norma inaplicável aos procedimentos de urgência da Lei Maria da Penha, cujo fundamento é oriundo de providência criminal.

6.3.1 - Disposições Gerais

O artigo 18 da lei ao falar em “expediente” está se referindo ao pedido da ofendida, formulado na Delegacia de Atendimento à Mulher (artigo 12, III), sem a presença de advogado (artigo 27)¹⁶⁹.

Neste caso, recebido o expediente o Juiz deverá analisar o pedido, no prazo de 48 horas, decidindo sobre a concessão ou não das medidas protetivas pleiteadas, sendo que neste ato deverá encaminhar a ofendida

¹⁶⁷ Art. 386, § único, II, CPP: Na sentença absolutória, o juiz: II- ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas (redação dada pela Lei nº 11.690/08).

¹⁶⁸ Art. 808, I, CPC: Cessará a eficácia da medida cautelar: I- se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806.

¹⁶⁹ Ver item 6.2

para a assistência judiciária, se ela não puder contratar advogado (artigo 18, II), para que seja acompanhada de advogado em todos os atos processuais subsequentes (artigo 27), bem como comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis (artigo 18, III).

Entretanto, a solicitação das medidas protetivas de urgência, além da hipótese de “expediente” remetida pela autoridade policial (artigo 12, III) pode ser feita pelo Ministério Público ou pela ofendida, por intermédio de advogado (artigo 19).

No tocante à legitimidade do Ministério Público para solicitar diretamente a aplicação de medidas protetivas esclarece Hermann¹⁷⁰:

A exegese coerente da disposição legal conduz à conclusão de que a legitimidade ativa do Ministério Público cinge-se às situações de incapacidade da vítima, seja por deficiência ou doença mental comprovada, seja por se tratar de criança ou adolescente. Fora de tais hipóteses, requerimento formulado pelo Ministério Público deve, necessariamente, vir instruído por representação da ofendida e termo de declaração expressa, caso em que, em última análise, o pedido parte, na verdade da própria ofendida.

As medidas protetivas de urgência, por terem caráter cautelar, podem ser deferidas *inaudita altera parte* (artigo 19, § 1º), devendo o Ministério Público ser prontamente comunicado dessa decisão.

¹⁷⁰ HERMANN, Leda Maria, em Maria da Penha Lei com Nome de Mulher, pág. 174, 2007, Editora Servanda.

Na aplicação das medidas protetivas deve o Juiz analisar o caso concreto, podendo aplicá-las isolada ou cumulativamente, bem como poderá a qualquer tempo substituí-las por outra de maior eficácia (artigo 19, § 2º), conceder novas medidas ou rever aquelas já aplicadas (artigo 19, § 3º), ouvindo-se o Ministério Público, sendo que a ofendida deve ser notificada e seu patrono intimado dessas decisões (artigo 21).

Para Hermann¹⁷¹ o termo substituir significa excluir as medidas anteriormente deferidas e determinar a aplicação de outros em seu lugar; enquanto que o termo rever refere-se a mantém, em parte, as medidas deferidas, para tanto se altera apenas aspectos concretos que lhe são inerentes.

6.3.2 – Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor

O artigo 22 da lei traz as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, as quais podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente.

Segundo Lima Filho¹⁷² deveria o legislador ter denominado tais medidas como coercitivas preventivas, já que são decretadas contra alguém, pois protetivas são apenas aquelas em relação à vítima.

O rol trazido no artigo 22 não é taxativo, já que a lei fala “entre outras”, deste modo nada impede o Juiz de aplicar outra medida desde que prevista na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem (artigo 22, § 1º).

¹⁷¹ Idem, pág. 175.

¹⁷² LIMA FILHO, Altamiro de Araújo, em Lei Maria da Penha, pág. 81, 2007, Mundo Novo Editora.

Qualquer que seja a medida protetiva fixada contra o agressor poderá o Juiz para garantir sua efetividade, requisitar auxílio da força policial (artigo 22, § 3º) e aplicar, no que couber, o disposto no artigo 461, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil (artigo 22, § 4º).

É salutar a fixação de multa, principalmente para garantir a efetividade das medidas previstas nos incisos I a IV, do artigo 22, sem se falar na medida coercitiva na esfera penal (artigo 20).

O artigo 22 da Lei nº 11.340/06 traz as seguintes medidas:

a) Suspensão da Posse ou Restrição do Porte de Armas (artigo 22, I).

Neste caso deve-se observar o disposto no § 2º, deste artigo, caso o agressor seja: integrante das Forças Armadas; policial federal; policial rodoviário federal; policial ferroviário federal; policial civil; policial militar; integrante do Corpo de Bombeiros; integrante da guarda municipal¹⁷³; agente operacional da Agência Brasileira de Inteligência; agente do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; integrante dos órgãos policiais do Senado e da Câmara Federal; integrante da guarda prisional; integrante da escolta de preso; integrante da guarda portuária; integrante de empresas de segurança privada e de transporte de valores, nos termos da lei; integrante de entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades desportivas demandem uso de armas de fogo, na forma da lei; integrante da auditoria fiscal e técnico da Receita Federal.

¹⁷³ Ver art. 6º, III e IV, da Lei nº 10.826/03.

A restrição do uso de arma pelos integrantes do rol acima somente deverá ocorrer no caso de utilização, direta ou indireta, da arma de fogo para praticar a violência doméstica ou familiar, já que para a concessão desta medida protetiva há necessidade da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

b) Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (artigo 22, II).

A ofendida ao solicitar a aplicação de medida protetiva deverá optar pelo afastamento do agressor do lar ou pela autorização de seu afastamento do lar (artigos 11, III e 23, III).

No entanto, por tratar-se de medida drástica, alerta Porto¹⁷⁴:

Obviamente, o afastamento do lar somente será deferido ante a notícia da prática ou do risco concreto de algum crime que a justifique, e não como mero capricho da ofendida, dado que, muitas vezes, o afastamento do varão extrapola os prejuízos à sua pessoa, significando medida violenta que também priva os filhos do contato com o pai.

Deve-se lembrar que a medida não se restringe à esposa ou companheira, mas sim a qualquer mulher em situação de violência doméstica e familiar, por exemplo: o pai que pratica violência sexual contra a própria filha ou o filho que pratica violência física contra a genitora.

¹⁷⁴ PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, pág. 94, 2007, Livraria do Advogado Editora.

De modo que *seu alcance é, portanto, mais abrangente que o da medida cautelar de separação de corpos prevista no Código Civil, aplicável aos casos de violência no contexto da conjugalidade*¹⁷⁵.

c) Proibição de determinadas condutas:

c.1) Proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor (artigo 22, III, a);

c.2) Proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação (artigo 22, III, b);

c.3) Proibição de freqüentar determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida (artigo 22, III, c).

A medida é salutar, pois de nada adianta afastar o agressor do lar, se ele puder continuar perseguindo a ofendida por todos os locais e meios.

No entanto, a fiscalização desta medida encontrará barreiras na falta de estrutura do Estado, com o que o Juiz deve agir com bom senso, a fim de apenas impor essa medida em casos extremos, para que ela seja eficaz e, principalmente, para que o Poder Judiciário não caia no descrédito da população.

Utilizar o bom senso, não é fazer desta medida letra morta, ao contrário é aplicá-la com parcimônia, de forma a garantir a eficácia da

¹⁷⁵ HERMANN, Leda Maria, em Maria da Penha Lei com Nome de Mulher, pág. 186, 2007, Editora Servanda.

lei e a credibilidade da justiça. Para que isto ocorra se faz necessário a implementação do disposto no artigo 8º, I, da lei¹⁷⁶.

Nesta linha de raciocínio, é mais adequado proibir o agressor de freqüentar determinados locais, ao invés de fixar limite de distância, conforme regra do artigo 22, III, c, da lei, já que mais fácil à fiscalização.

Outra medida cabível é a proibição de contato por meio de comunicação.

d) Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar (artigo 22, IV).

Conforme esclarece Sérgio Ricardo de Souza¹⁷⁷ referida medida protetiva busca evitar que o agressor pressione psicologicamente os dependentes menores a adotarem posição favorável a ele, bem como evitar novas agressões à ofendida diante do contato decorrente das visitas.

O Juiz ao aplicar medida protetiva poderá determinar a restrição (limitar) ou suspensão (proibir) do direito de visitas aos dependentes menores. Numa primeira leitura do inciso pode-se concluir que referida decisão fica condicionada ao parecer da equipe técnica, no entanto não é esta a interpretação correta, vez que, em caráter liminar, pode o Juiz determinar a

¹⁷⁶ Art. 8º, I: a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

¹⁷⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo de, em Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher, pág. 121, 2007, Editora Juruá.

restrição ou suspensão imediatamente, e só depois determinar avaliação pela equipe técnica para análise da manutenção ou não de restrição ou suspensão.

Uma outra medida que se admite segundo Dias¹⁷⁸ é a possibilidade de estabelecer um local para visitas, sob a supervisão da equipe multidisciplinar, a fim de garantir a convivência familiar do agressor com seus filhos. Referida medida se enquadra na figura da restrição ao direito de visitas, já que esta não ocorre apenas nas hipóteses de restrição de horários e locais.

Embora a lei use o termo “dependentes menores”, não está a restringir referida medida apenas aos filhos, visto que a expressão incluiu todos os menores que esteja sob sua dependência de alguma forma, como o enteado, filho de criação, etc.

e) Prestação de alimentos provisionais ou provisórios¹⁷⁹ (artigo 22, V).

A medida protetiva aqui é referente à esposa ou companheira, já que os alimentos para os filhos é objeto de proteção do artigo 23, III, da lei.

A obrigação alimentar, nesta ocasião, decorre da mútua assistência entre marido e mulher, sendo ela imprescindível quando a mulher não possui trabalho e a moradia é provida pelo trabalho do agressor.

¹⁷⁸ DIAS, Maria Berenice, em *A Lei Maria da Penha na Justiça*, págs. 85-6, 2007, Editora RT.

¹⁷⁹ Esclarece Porto que alimentos provisórios são aqueles fixados imediatamente pelo juiz, a título precário, ao receber a inicial, na ação de alimentos do rito especial disciplinada pela Lei 5.478/68, ao passo que, provisionais, são aqueles reclamados pela mulher ao propor, ou antes de propor, a ação de separação judicial ou de nulidade de casamento, ou de divórcio direto, para fazer face ao seus sustento durante a demanda. Chamam-se também provisionais os alimentos fixados na sentença de primeira instância, na ação de investigação de paternidade, de acordo com o artigo 5º da Lei 883/49 (PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, págs. 98-9, 2007, Livraria do Advogado Editora).

Sobre o tema esclarece Porto¹⁸⁰:

O fato é que a vida não pode esperar e, como já se disse alhures, a dependência econômica é, no mais das vezes, a maior determinante da submissão da mulher e dos filhos a um patriarcado violento e egocêntrico. Daí por que a fixação dos alimentos provisionais, junto a qualquer medida de afastamento do lar da mulher e seus dependentes ou do agressor, é providência que se faz imprescindível, sob pena de forçar a vítima a desistir das suas pretensões cíveis ou criminais por absoluta necessidade sobrevivencial.

6.3.3 - Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida

Os artigos 23 e 24 da lei relacionam as medidas protetivas de urgência à ofendida, as quais podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente.

As medidas são:

a) Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento (artigo 23, I).

A lei fala em programa de proteção ou programa de atendimento, sendo que o primeiro refere-se à casa-abrigo (artigo 35, II), enquanto que o segundo refere-se ao centro de atendimento integral e

¹⁸⁰ PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, págs. 98-9, 2007, Livraria do Advogado Editora.

multidisciplinar (artigo 35, I), cujas implementações estão vinculadas às políticas públicas, conforme regra do artigo 8º.

Entretanto, os municípios brasileiros não estão preparados para a implementação de centros de atendimento. De modo que, não há impedimento da mulher em situação de violência doméstica ser atendida em outros programas dos municípios, desde que adaptados para o atendimento em tela.

Assim, se há dificuldade para implementação de centros de atendimento, o que se falar da criação de casa-abrigo em cada município, se a maioria dos municípios brasileiros tem população pequena e falta de recursos, não raramente, até para manutenção da folha de pagamento. Neste caso, uma solução plausível seria o convênio entre municípios, com apoio da União ou do Estado, para criação de casas-abrigos regionais, sem deixar de lado a contribuição inestimável das entidades não governamentais.

b) Determinar a recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor (artigo 23, II).

A medida de recondução pressupõe o afastamento da ofendida do lar, que pode se caracterizar pela iminência de sofrer violência ou em decorrência de ter sofrido alguma forma de violência, muitas das vezes seguida pela expulsão do lar, o que torna inviável o seu retorno ao domicílio, sem que antes o agressor seja afastado do lar.

Neste período de afastamento até a recondução ao domicílio, a ofendida e seus dependentes devem ficar em casa-abrigo (artigo 23,

I) ou local seguro e, sendo necessário a autoridade policial deve fornecer o transporte para esses locais, quando houver risco de vida (artigo. 11, III).

Não há como falar em proteção à ofendida e aos seus dependentes, sem a aplicação da medida correlata do afastamento do agressor (artigo. 22, II), aí sim se aplica a medida protetiva da recondução ao domicílio.

Além do mais, não há impedimento da solicitação da medida nos casos em que a mulher saiu de casa por vontade própria, em decorrência dos motivos acima mencionados, com o temor de violência ou a violência já efetivada, já que ela não é obrigada a permanecer com o agressor, para ver caracterizado o seu direito à proteção.

c) Determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos (artigo 23, III).

Nem sempre a melhor medida protetiva é o afastamento do agressor; às vezes é necessário o afastamento da ofendida.

Como elucidada Porto¹⁸¹, *onde se lê determinar, deve-se entender autorizar, isto porque o juiz não pode obrigar a vítima a afastar-se do lar; só o agressor pode ser compelido a tanto, caso contrário, estar-se-ia vitimizand-a duplamente.*

Entretanto, em casos excepcionais, o Juiz poderá determinar o afastamento da vítima do lar.

¹⁸¹ Idem, pág. 101.

Neste sentido é a advertência de Hermann¹⁸² ao mencionar o caso do pai que pratica violência sexual contra filha menor, pois nem sempre a medida de afastamento do agressor será a mais adequada e surtirá os efeitos desejados, ainda mais se não houver anuência dos demais membros da família, principalmente da mãe/esposa.

É de se ponderar que, a necessidade de afastamento da ofendida do lar, não lhe pode retirar o direito a bens, guarda e alimentos para os filhos.

d) Determinar a separação de corpos (artigo 23, IV).

Essa medida protetiva atinge tanto os casados como os que vivem em união estável, bem como a relação de concubinato (artigo 1727 do Código Civil¹⁸³), protegida pela lei (artigo 5º, III).

Todavia, em face das *medidas anteriores – de afastamento do agressor, abrigo da ofendida – a separação de corpos, parece esvaziada de sentido no âmbito da violência doméstica*¹⁸⁴.

6.3.3.1 - Proteção Patrimonial

As medidas protetivas de urgência trazidas no artigo 24 da Lei tratam de quatro situações, cuja finalidade é a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher.

¹⁸² HERMANN, Leda Maria, em Maria da Penha Lei com Nome de Mulher, pág. 187, 2007, Editora Servanda.

¹⁸³ Art. 1727: As relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

¹⁸⁴ PORTO, Pedro Rui da Fontoura, em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, pág. 101, 2007, Livraria do Advogado Editora.

a) Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida (artigo 24, I).

Embora a lei não faça distinção entre bens móveis e imóveis, a maior incidência prática deste inciso ocorrerá nos casos de bens móveis, já que para os bens imóveis o Juiz determinará a restituição por intermédio da reintegração da posse do imóvel.

No tocante aos bens móveis de propriedade particular da mulher, não devolvidos voluntariamente pelo agressor, ou não localizados pela ofendida ao comparecer ao local da ocorrência ou do domicílio familiar para a retirada de seus bens, com apoio da autoridade policial, como previsto no artigo 11, IV, da Lei Maria da Penha¹⁸⁵, o Juiz poderá determinar, em caráter liminar, a restituição do bem, cuja medida deve ser acompanhada de mandado de busca e apreensão, a fim de garantir a sua efetivação. Para tanto, a mulher deverá demonstrar, pelos meios legais admissíveis, a propriedade particular do bem.

Caso seja inviável a expedição de mandado de busca e apreensão, como por exemplo, nos casos em que o bem não foi anteriormente localizado, com apoio da autoridade policial (artigo 11, IV, da Lei Maria da Penha), deverá o Juiz ao determinar a restituição do bem fixar prazo para o cumprimento da obrigação, com fulcro no disposto no artigo 461-A, “caput”, do Código de Processo Civil¹⁸⁶, cumulando multa diária para coibir o agressor a

¹⁸⁵ Art. 11: No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

(...)

IV – se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência do domicílio familiar.

¹⁸⁶ Art. 461-A, do CPC: Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

devolver o bem, conforme rezam os artigos 461-A, § 3º e 461, § 2º, ambos do Código de Processo Civil¹⁸⁷, sem prejuízo da conversão em perdas e danos, nos moldes do disposto no artigo 461, § 1º, do Código de Processo Civil¹⁸⁸.

Contudo, não escapa da proteção legal os bens da sociedade conjugal, mas aqui a restituição não é a melhor medida protetiva, já que o bem é comum. Neste caso, diante do disposto no artigo 22, § 1º, o qual permite ao Juiz a aplicação de outras medidas previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, deverá o Juiz aplicar *o procedimento do arrolamento, nomeando a mulher como depositária dos bens, como previsto no artigo 858 do Código Civil*¹⁸⁹, *até que sua propriedade fique definida na ação principal*¹⁹⁰.

b) Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial (artigo 24, II).

Sabe-se que a violência física ou psicológica é uma das formas de manipulação utilizada pelo agressor, a fim de praticar outro tipo de violência contra a ofendida, a violência patrimonial, a qual acaba sendo aceita pela mulher, para se ver livre do seu opressor.

¹⁸⁷ Art 461-A, § 3º, do CPC: Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do artigo 461.

Art. 461, § 2º, do CPC: A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

¹⁸⁸ Art. 461, § 1º, do CPC: A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

¹⁸⁹ Art. 858, do CPC: Produzidas as provas em justificação prévia, o juiz, convencendo-se de que o interesse do requerente corre sério risco, deferirá a medida, nomeando depositário dos bens.

¹⁹⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, em *Violência Doméstica*, pág. 100, 2007, Editora RT.

Deste modo, a medida de proibição temporária de celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade comum é essencial para garantir a proteção patrimonial da ofendida.

Para a efetivação desta medida, deve a autoridade judicial determinar ao cartório de registro de imóveis onde se encontra registrado o imóvel tal proibição (artigo 24, parágrafo único).

Essa regra busca, ainda, proteger a propriedade comum das uniões estáveis quando o imóvel estiver apenas no nome do agressor ou, ainda, no caso de casamento quando o imóvel foi adquirido anteriormente e conste apenas no nome do agressor.

Para a proteção patrimonial não só a venda é vedada, mas também a compra de imóveis quando ficar demonstrado que a ação do agressor, visa prejudicar o patrimônio do casal (exemplo claro é a aquisição de bem por valor muito superior ao de mercado) e, ainda, a locação de imóvel realizada pelo agressor com o fim de prejudicar a ofendida.

A lei fala em propriedade comum, incluindo bens móveis, como veículos automotores, barcos e outros, cuja proteção dar-se-á com a comunicação do DETRAN ou órgão similar para impedir a transferência do bem.

Quanto aos bens móveis cuja proteção não possa ser obtida por meio de comunicação aos órgãos responsáveis pela transferência, como ocorre com televisão, geladeira e outros, a proteção dar-se-á pela proibição judicial de alienação de tais bens, devendo constar nessa

determinação, a advertência de que o descumprimento acarretará o crime previsto no artigo 359 do Código Penal¹⁹¹.

c) Suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor (artigo 24, III).

Muitas mulheres concedem procurações ao marido, companheiro, noivo ou até namorado para administração do patrimônio, sendo tal medida salutar, pois visa impedir a dilapidação patrimonial da ofendida ou de sua quota parte. Para tanto deverá autoridade judicial comunicar a suspensão (artigo 24, parágrafo único) ao cartório de notas, de registro de imóveis, agência bancária, no caso da procuração abranger a movimentação de conta bancária, DETRAN, entre outros órgãos.

Dispõe o artigo 653, do Código Civil: “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

A lei civil não previu a figura da suspensão, mas sim a figura da revogação do mandato, conforme disposto no artigo 682, I, do Código Civil.

Sobre o tema esclarece Hermann que a concessão da medida de urgência de suspensão da procuração referida pela Lei Maria da Penha *não implica revogação, mas suspensão do(s) mandato(s)*. *A revogação deve ser pleiteada em ação própria*¹⁹².

¹⁹¹ Art. 359, do CP: Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

¹⁹² HERMANN, Leda Maria, em Maria da Penha Lei com Nome de Mulher, pág. 202, 2007, Editora Servanda.

Em sentido contrário, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Maria Berenice Dias, afirmam que a suspensão deve ser entendida como revogação, já que a lei civil não prevê essa figura.

d) Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida (artigo 24, IV).

A última medida de proteção patrimonial é a caução provisória, em decorrência das perdas e danos materiais, ocasionados pela violência doméstica ou familiar, em quaisquer de suas formas trazidas no artigo 7º, da Lei nº 11.340/06. Porém, se da violência resultar apenas dano moral, deverá a ofendida recorrer à via adequada, na esfera cível.

Essa caução será dada por meio de depósito judicial, demonstrando seu caráter provisório, de modo que o levantamento do valor depositado fica vinculado ao resultado da ação principal, ajuizada no juízo cível.

A lei fala em caução provisória, mediante depósito judicial; deste modo abrange apenas a caução real (colocar à disposição do juízo bens) e não a caução fidejussória (dar fiador idôneo).

Desta forma, exclui-se a fiança decorrente da caução fidejussória, mas não impede a fiança bancária ou a fiança processual penal.

7 - ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal trata do acesso à justiça ao dizer em seu artigo 5º, XXXV: *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Entretanto, o significado de acesso à justiça não fica restrito a um ponto de *vista puramente processual*¹⁹³. Não pode o Poder Judiciário se contentar com a mera solução de conflitos, visto que sua função estatal vai além, pois *tem como um dos seus primeiros fundamentos construir uma sociedade justa*¹⁹⁴.

De forma que o acesso à justiça não decorre apenas do acesso ao Judiciário para a solução do conflito, mas sim do acesso ao Judiciário para uma decisão justa.

Para que uma decisão justa seja alcançada, repetidas vezes se faz necessário impor um tratamento desigual entre litigantes, a fim de coibir a utilização por uma das partes do poder econômico ou social e, até do poder físico, como nos casos de violência doméstica e familiar, pois o que se busca para alcançar uma decisão justa é a igualdade real (fática) e não simplesmente a igualdade formal.

A Lei Maria da Penha é sem dúvida um meio de acesso à justiça colocado à disposição da mulher em situação de violência doméstica ou familiar.

¹⁹³ SILVA, José Afonso, em Poder Constituinte e Poder Popular, pág. 150, 2002, Editora Malheiros.

¹⁹⁴ Idem, pág. 151.

Para que a Lei Maria da Penha tenha efetividade e realmente permita à mulher vítima de violência doméstica e familiar o acesso à justiça, é imprescindível a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da prioridade de tramitação das ações, da atuação do Ministério Público e da Assistência Judiciária.

7.1 - Criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

O Poder Judiciário somente cumprirá sua função constitucional de prestação jurisdicional se permitir o efetivo acesso à justiça e, no caso em estudo, não basta só a criação, é também necessária a instalação de Juizados de Violência doméstica e Familiar contra a Mulher.

No âmbito do Estado de São Paulo uma forma de efetivar a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência na esfera cível e penal, para as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar, conforme previsto no artigo 14, da Lei nº 11.340/06, seria a absorção dos feitos afetos aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, pelas Varas de Família, já que a maioria das comarcas de grande porte do Estado tem Varas de Família em pleno funcionamento. Essa seria uma solução para se evitar no futuro o esvaziamento das Varas de Família e, ainda, para se aproveitar a estrutura já existente, como meio de agilização e como forma de economia.

Embora de difícil estruturação, a Lei Maria da Penha traz como forma de acesso à justiça a possibilidade de realização dos atos processuais em horários noturnos.

Todavia, a Lei Maria da Penha, no tocante à criação dos juizados, usa a expressão “poderão” e não “deverão” (artigo 14). Desta forma, na hipótese da não criação ou até que sejam criados os juizados, a competência, para os casos de violência doméstica e familiar, deverá ser afeta ao juízo criminal, conforme se vê do artigo 33 da mencionada lei, diante da dificuldade de criar referido juizado em todas as comarcas do país.

7.1.1 - Prioridade na Tramitação das Ações nas Varas Criminais

Os processos referentes à violência doméstica e familiar contra a mulher terão preferência de tramitação nas varas criminais (artigo 33, parágrafo único), como já ocorre com os processos referentes aos idosos (artigo 71, do Estatuto do Idoso), aos réus presos e às questões afetas à justiça eleitoral.

7.2 - Competência

A regra de competência trazida pela Lei Maria da Penha, no artigo 15, tem aplicação para as comarcas nas quais for instalado o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, pois nas comarcas em que não houver a instalação do mencionado juizado, a competência será determinada pelas regras do Código de Processo Penal, diante do disposto no artigo 33, caput, da Lei.

Sendo assim, instalado o Juizado de Violência Doméstica e Familiar, a ofendida tem a opção de escolher o juízo competente para os processos cíveis regidos pela Lei Maria da Penha, podendo optar pelo juízo de seu domicílio ou residência, pelo lugar do fato, ou ainda, pelo domicílio do agressor, conforme regra trazida no artigo 15 da mencionada lei, de modo

que o legislador criou nova regra de competência privilegiada da mulher, na mesma linha do disposto no artigo 100, I, do Código de Processo Civil¹⁹⁵, que permite a opção pelo foro da residência da mulher.

Referido dispositivo não se aplica aos processos criminais, instalado ou não o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no qual vigora as regras de competência do processo penal, diante da impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 para os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme se vê do disposto no artigo 41, da Lei Maria da Penha.

Para os processos penais o juízo competente é o do lugar onde se consumou o delito ou em caso de tentativa o lugar onde foi praticado o último ato de execução, conforme disposto no artigo 70, do Código de Processo Penal¹⁹⁶.

Entretanto, não se pode esquecer que se tratando de crime cuja ação penal é de iniciativa privada a ofendida poderá optar pelo foro do domicílio ou da residência do agressor, ainda quando conhecido o lugar da infração, consoante a regra do artigo 73, do Código de Processo Penal¹⁹⁷.

Outra exceção ao disposto no artigo 70, do Código de Processo Penal decorre da competência para os crimes praticados por agentes que gozam do foro de prerrogativa de função.

¹⁹⁵ Art. 100, I, CPC: É competente o foro: I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e conversão desta em divórcio, e para a anulação do casamento.

¹⁹⁶ Art. 70 CPP: A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso da tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

¹⁹⁷ Art. 73 CPP: Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração.

A dificuldade de instalação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em todo o país poderia numa primeira interpretação tornar o juízo criminal competente para julgar qualquer caso de violência doméstica e familiar regido pela Lei Maria da Penha.

No entanto, a interpretação do disposto no artigo 33, parágrafo único, da Lei Maria da Penha, referente à competência das Varas Criminais, até a criação dos juizados, deve ser no sentido de que o juízo criminal será competente para as questões cíveis, quando houver pedido de aplicação de medida protetiva de urgência originada de providência criminal (por exemplo: registro de boletim de ocorrência, instauração de inquérito policial e outros). Fora desta hipótese, as questões cíveis serão de competência das Varas de Família ou das Varas Cíveis onde não houver vara especializada de família.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos conflitos de jurisdição 141.765.0/0-00, 141.939.0/4-00 e 142.465-0/8¹⁹⁸, que foram relatados pelo Desembargador Canguçu de Almeida.

Contudo, a competência da justiça criminal - referente à área cível - fica adstrita a medida protetiva de urgência, ou seja, a ação cível principal deverá ser proposta na Vara da Família ou, na falta de vara especializada, na Vara Cível.

Por exemplo, concedida a guarda provisória a ação principal será proposta na Vara da Família ou na Vara Cível, onde não houver vara especializada da família, salvo se a criança ou adolescente estiver em situação de risco, sendo neste caso o juízo competente para a ação principal a Vara da Infância e Juventude.

¹⁹⁸ No mesmo sentido os conflitos de jurisdição 141.770-0/2 – Rel. Ribeiro dos Santos e 142.262-0/1 – Rel. Sidnei Beneti.

Para a concessão dos alimentos provisórios, a regra para a ação principal é a mesma acima, ou seja, será proposta na Vara da Família, ou onde não houver tal vara, na Vara Cível.

É importante observar que em caso de criação e instalação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, todo e qualquer caso concernente à área cível, será de competência desses juizados e não mais das Varas de Família ou das Varas Cíveis, em decorrência do critério de solução das antinomias: regra especial derroga regra geral, salvo se as Varas de Família forem adaptadas para se tornarem cumulativamente Varas de Família e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

7.2.1 -Rito e recurso

A Lei Maria da Penha estabelece em seu artigo 13 que para o processo, julgamento e execução aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal, Processo Civil e, ainda, a legislação específica relativa à criança e ao adolescente, bem como o estatuto do idoso, desde que não conflitem com a presente lei.

Entretanto, a Lei nº 11.340/06 não traz procedimento próprio, de forma que o procedimento a ser adotado será o regido pelo Código de Processo Penal para as ações penais e o Código de Processo Civil para as ações civis.

A lei em estudo também não tratou do rito recursal, de forma que devem ser utilizados os recursos e prazos previstos nos Códigos de Processo Penal e Processo Civil.

Contudo, é inviável a aplicação das disposições processuais e recursais da Lei nº 9.099/95, para as questões relativas à área criminal, conforme determina o artigo 41 da Lei Maria da Penha¹⁹⁹.

Traz a lei ainda a possibilidade de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, legislações com caráter eminentemente protetivo e em consonância com a Lei Maria da Penha. De forma que, sendo a vítima criança, adolescente ou idosa, *este artigo 13 está expressamente autorizando a aplicação subsidiária da norma mais favorável*²⁰⁰.

No tocante à execução das causas cíveis decididas pela Vara Criminal, enquanto não houver instalação do Juizado de Violência Doméstica ou Familiar contra Mulher, a competência da Vara Criminal ficará adstrita às medidas protetivas de urgência deferidas, não englobando questões afetas à Vara da Família ou Vara Cível.

7.3 - Atuação do Ministério Público

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis²⁰¹.

Desta forma, a sua atuação é imprescindível para a defesa dos interesses protegidos pela Lei Maria da Penha, tanto que a Lei Maria

¹⁹⁹ Art. 41: Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

²⁰⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo de, em Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher, pág. 85, 2007, Editora Juruá.

²⁰¹ Artigo 127, *caput*, da Constituição Federal.

da Pena é clara ao dizer, em seu artigo 25, que o Ministério Público intervirá não só como parte, mas também como fiscal da lei, nas questões criminais e cíveis decorrentes da violência doméstica e familiar.

No âmbito penal, o *parquet* funciona como parte nas ações penais públicas e como fiscal da lei nas ações penais privadas, de iniciativa do ofendido.

No âmbito civil, o Ministério Público funciona como parte, nos casos expressos em lei, conforme determina o artigo 81 do Código de Processo Civil ou como fiscal da lei, nos casos de interesses de incapazes ou nas causas concernentes ao estado de pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade ou, ainda, nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, nos termos do artigo 82, I a III, do Código de Processo Civil.

Para a defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar, na área civil, como parte, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ações civis públicas (Lei nº 7.347/85), bem como para requerer medidas protetivas de urgência, conforme determina o artigo 19 da Lei nº 11.340/06.

No que se refere à intervenção do Ministério Público na área civil, como fiscal da lei, a melhor interpretação do artigo 25 da Lei nº 11.340/06 é aquela que se coaduna com o artigo 127 da Constituição Federal, ocorrendo a intervenção ministerial apenas quando se tratar de questões relacionadas à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja,

a intervenção do Ministério Público não será automática, dependerá da existência desses interesses mencionados²⁰².

Todavia, não é de mais lembrar que se tratando de medida protetiva de urgência, se o Ministério Público não for parte (artigo 19 da lei), sua intervenção como fiscal da lei será obrigatória, da mesma forma em casos de ações civis públicas, intentadas pelos co-legitimados.

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 26, prevê ainda o poder de requisição e fiscalização por parte do Ministério Público, que *são atividades típicas do órgão de execução, no caso presente, do promotor de justiça que funcione perante o JVDFCM ou perante a Vara Criminal que esteja a exercer a competência transitória, na forma do artigo 33 desta lei*²⁰³.

Expõe o artigo 26, I, da lei: “caberá ao Ministério Público requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros”. Referida regra é similar à trazida pelo artigo 201, XII, do Estatuto da Criança e do Adolescente e a prevista no artigo 74, IX, do Estatuto do Idoso.

A requisição trazida na lei refere-se à determinação de atendimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar pelos órgãos públicos, em caráter de urgência, pois, como é sabido, na prática o atendimento pelos órgãos públicos depende de uma longa espera, o que não atende a finalidade da lei.

²⁰² Em sentido contrário Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kümpel, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, págs. 119/120, 2007, Editora Método.

²⁰³ SOUZA, Sérgio Ricardo, em *Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher*, pág.136, 2007, Editora Juruá.

Outra importante atribuição ministerial, trazida no artigo 26, II, da lei, refere-se à fiscalização dos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, bem como adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas.

Contudo, a lei não trouxe o procedimento a ser adotado pelo Ministério Público, em caso de necessidade de adoção de medidas quando constatadas irregularidades decorrentes da fiscalização dos estabelecimentos.

Havendo necessidade de adoção de medidas judiciais pelo Ministério Público poderá ajuizar para esta finalidade ação civil pública, com fulcro no artigo 127, III, da Constituição Federal²⁰⁴.

No entanto, havendo necessidade de adoção de medidas administrativas, o Ministério Público poderá utilizar-se do procedimento de apuração de irregularidade em entidade governamental ou não governamental do Estatuto do Idoso (artigos 65 a 68 da Lei nº 10.741/03) ou do Estatuto da Criança ou do Adolescente (artigos 191 a 193 da Lei nº 8.069/90), *até porque é determinada a aplicação subsidiária da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso (artigo 13)*²⁰⁵.

Por fim, a Lei Maria da Penha obriga o Ministério Público a manter um cadastro dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

²⁰⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice, em *A Lei Maria da Penha na Justiça*, pág. 75, 2007, Editora RT.

Esclarece Humberto Dalla Bernardina de Pinho²⁰⁶:

É de todo conveniente que haja uma regulamentação a fim de uniformizar os critérios para tal cadastramento, que deve ficar a cargo, inicialmente, das respectivas Procuradorias-Gerais, sob a orientação do Conselho Nacional do Ministério Público, de forma a possibilitar a criação de um banco nacional de dados que muito contribuirá para se conhecer mais sobre os aspectos socioculturais dessa manifestação de violência e, por via de consequência, estabelecer políticas públicas mais eficazes para sua prevenção e repressão.

7.4 - Assistência Judiciária

A Lei Maria da Penha traz para a mulher em situação de violência doméstica e familiar o direito de estar acompanhada em todos os atos processuais, cíveis ou criminais, de advogado, conforme dispõe o artigo 27 da citada lei.

A Lei nº 11.340/06 traz a imprescindibilidade da presença de advogado, para a mulher vítima de violência doméstica e familiar, de forma que criou a obrigatoriedade de tal profissional, inclusive para os casos criminais de ação penal pública.

²⁰⁶ Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – organizadora Adriana Ramos de Mello, pág. 131, 2007, Editora Lumen Juris.

A lei processual penal previa apenas a figura do assistente de acusação (advogado), nos termos do artigo 268 do Código de Processo Penal²⁰⁷, para as ações penais públicas, de forma facultativa.

A única ressalva legal ao disposto no artigo 27 da lei em estudo vem expressa na parte final deste artigo, sendo que a dispensa de obrigatoriedade de advogado, somente pode ocorrer, quando se tratar de pedido de medida protetiva de urgência feito diretamente pela ofendida ou por meio de requerimento feito pelo Ministério Público, conforme regra do artigo 19 da Lei Maria da Penha.

A mencionada exceção, refere-se apenas à petição inicial de medida protetiva de urgência (pedido da ofendida ou requerimento do Ministério Público), pois nos atos subseqüentes desta solicitação a ofendida deverá estar acompanhada por advogado constituído ou nomeado pelo Juiz.

É garantido, ainda, a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou Assistência Judiciária gratuita, consoante o artigo 28 da Lei Maria da Penha.

Entretanto, tal artigo embora corolário do acesso à justiça, no tocante a expressão “para toda mulher”, não está em consonância com a Constituição Federal que determina em seu artigo 5º, LXXIV, que *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos.*

Deste modo, a melhor interpretação para o artigo 28 da Lei Maria da Penha, no tocante à expressão para toda mulher, deve ser restrita a

²⁰⁷ Art. 268 CPP: Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer pessoa enumerada no artigo 31.

toda mulher que não tiver condições financeiras de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do seu sustento ou de sua família, sob pena de inconstitucionalidade.

O artigo 28 da lei, ainda, garante à mulher vítima de violência doméstica ou familiar atendimento específico e humanizado, inclusive em sede policial.

Assim, as Delegacias de Atendimento à Mulher devem ser estruturadas, de forma que seu quadro de atendimento seja composto por um advogado, entre outros profissionais, a fim de fazer valer a regra do artigo 28 da mencionada lei.

7.5 - A Defesa dos Interesses e Direitos Transindividuais

Hoje não se busca apenas a defesa dos direitos individuais, mas também a defesa dos direitos transindividuais, que segundo a classificação do Código de Defesa do Consumidor são os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os direitos difusos segundo o artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor são *os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.*

Com isto, vê-se que os direitos difusos têm as seguintes características:

- a) OBJETIVA: indivisibilidade do objeto;

b) SUBJETIVA: sujeitos indeterminados ou indetermináveis;

c) ORIGEM: decorrente de vínculo fático.

A indivisibilidade do objeto refere-se ao fato de não se poder afirmar o quanto do direito pertencente a cada uma das pessoas integrantes do grupo indeterminado (titulares dos direitos).

O vínculo fático significa que a pretensão posta em juízo não decorre de vínculo jurídico entre os titulares do direito, mas sim de situação de fato que liga esses sujeitos de direito que são integrantes do grupo indeterminado.

Os direitos coletivos consoante o artigo 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor são *os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.*

Já os direitos coletivos têm as seguintes características:

a) OBJETIVA: indivisibilidade do objeto;

b) SUBJETIVA: sujeitos determinados ou determináveis;

c) ORIGEM: decorrente de vínculo jurídico.

Os sujeitos desses direitos são determinados ou determináveis já que fazem parte de um grupo, categoria ou classe de pessoas.

O vínculo existente no direito coletivo é jurídico e não fático, de forma que os *sujeitos estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e não por circunstâncias fáticas, como ocorre no caso dos direitos difusos*²⁰⁸. Como exemplo de vínculo jurídico pode-se mencionar o contrato de adesão.

Os direitos individuais homogêneos²⁰⁹ conforme o artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor são *os decorrentes de origem comum*.

As características destes direitos, seguindo a regra trazida para os direitos difusos e coletivos seriam:

a) OBJETIVA: divisibilidade do objeto;

b) SUBJETIVA: sujeitos determinados ou determináveis, mas perfeitamente individualizados;

²⁰⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, em Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – organizadora Adriana Ramos de Mello, pág. 150, 2007, Editora Lumen Juris.

²⁰⁹ Para melhor compreensão esclarece Humberto Dalla Bernardina de Pinho: Contudo, é de se lembrar que o direito individual homogêneo é, por natureza, individual e, na maioria dos casos patrimonial. Na sua gênese, enquanto observado a partir do fato que o originou, sob o referencial de seu sujeito ativo, não há que se falar em direito coletivo. Essa afirmação só passa a se justificar num segundo momento, quando se constata que o direito daquele indivíduo é semelhante ao direito ao de vários outros, sendo certo ainda que todos têm uma origem comum, entendida esta como a circunstância apta a estabelecer o ponto de contato entre os indivíduos que integram aquele grupamento social. A partir dessa origem comum, surge a extensão social do direito, pois se diversas pessoas encontram-se na mesma situação jurídica, aquela situação passa a, automaticamente, produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento jurídico a tutelar o direito coletivo ‘lato sensu’. Sendo um direito coletivamente tutelado, passa a ser indisponível em razão dessa mesma extensão social. Em outras palavras, aquele direito que, se fosse concebido individualmente, seria disponível, é alçado a uma condição superior, em razão de haver todo um grupamento social interessado no deslinde daquela controvérsia. Nessa linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que em sede de direitos individuais homogêneos existe uma questão coletiva comum a todos os membros da classe e que se sobrepõe a eventuais questões individuais. Eis aí a pedra de toque, ou seja, a dita homogeneidade advém desta questão comum prevalente, que se torna então uma questão social, e, por conseguinte, indisponível. Caso não se faça presente tal questão comum (coletiva), não estaremos diante de um direito individual homogêneo, mas sim heterogêneo, como bem assevera Ada Pellegrini Grinover. (Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – organizadora Adriana Ramos de Mello, pág. 155-156, 2007, Editora Lumen Juris).

c) ORIGEM: origem comum, podendo decorrer de vínculo fático ou jurídico.

A divisibilidade do objeto significa que todos os sujeitos do grupo lesado têm direito a uma reparação, cujo valor será quantificado e dividido entre eles.

Para proteção desses direitos, a Lei Maria da Penha confere legitimidade ao Ministério Público e às associações civis que *tenham finalidade institucional compatível com a defesa do interesse transindividual objetivado*²¹⁰, ou seja, pertinência temática. É de se salientar que esse requisito exigido das associações não pode ser dispensado pelo Juiz quando do recebimento de uma ação civil pública intentada por associação.

Entretanto, das associações civis além de se exigir atuação na área (pertinência temática), a lei exige o requisito temporal consistente na constituição da associação há pelo menos um ano, sendo que *o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva*²¹¹.

O legislador utilizou-se do termo representatividade adequada *uma tendência nas legislações modernas, e que também está presente no Projeto do Código Brasileiro de Direitos Coletivos, especificamente no artigo 20, inciso I*²¹².

²¹⁰ SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico, em *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, pág. 117, 2007, Editora Método.

²¹¹ Redação do parágrafo único, do artigo 37 da Lei n° 11.340/06.

²¹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, em *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – organizadora Adriana Ramos de Mello*, pág. 144, 2007, Editora Lumen Juris.

Recentemente, foi editada a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública ao incluir a Defensoria Pública.

Referida alteração do rol de legitimados atinge a Lei Maria da Penha, de forma que hoje os legitimados, para os fins do artigo 37 da lei, são: Ministério Público, Defensoria Pública e Associações Civis com pertinência temática.

Em caso de ajuizamento de ação civil pública por outra entidade que não o Ministério Público, este atuará na ação como *custos legis*, nos termos do artigo 25 da Lei nº 11.340/06 e artigo 5º, § 1º, da Lei de Ação Civil Pública.

Contudo, é importante ressaltar que dos legitimados apenas o Ministério Público pode instaurar inquérito civil²¹³, nos termos do artigo 129, III, da Constituição Federal²¹⁴.

___ Segundo este dispositivo, a representatividade adequada é medida pelos seguintes parâmetros: (a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; (b) histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos ou coletivos; (c) conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, em Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – organizadora Adriana Ramos de Mello, pág. 144, 2007, Editora Lumen Júris).

²¹³ Inquérito civil é um instrumento de investigação administrativa colocado à disposição do membro do Ministério Público, no âmbito de sua atuação civil, com a finalidade de colher elementos de convicção para embasar, se for o caso, a propositura de uma ação civil pública ou de uma ação cautelar.

²¹⁴ Art. 129, III, da CF: promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu analisar a Lei Maria da Penha no âmbito da igualdade material.

Foi adotada a seguinte hipótese: a aplicação da Lei nº 11.340/06 proporcionaria maior proteção à mulher no âmbito de suas relações domésticas e sociais.

Para tanto, foi necessário um estudo sobre os princípios, que ficou limitado ao aspecto jurídico. Observou-se que a finalidade dos princípios não se restringe à elaboração da lei ou à aplicação do direito em caso de lacunas, mas também e principalmente à interpretação da lei.

Os princípios estão positivados ou não no sistema jurídico, dependendo da corrente filosófica – jusnaturalistas ou positivistas. Os princípios não positivados são chamados de princípios gerais do direito, os quais fazem parte do sistema jurídico por integrá-lo de forma implícita, podendo ser utilizados nos casos de lacunas da lei.

Denota-se que os princípios, positivados ou não, são os alicerces de edificação do nosso ordenamento jurídico.

Contudo, a ordem jurídica não é formada por um único princípio, o que pode gerar um aparente conflito entre os princípios.

Fala-se em aparente conflito entre princípios, pois estes não se anulam, ou seja, num caso concreto pode valer um ou outro, embora prevaleça um deles. Como o conflito é meramente aparente, ambos continuam a valer no ordenamento jurídico.

Além dos princípios existem as regras; ambos são espécies, cujo gênero são as normas. Os princípios correspondem a valores determinados (vida, liberdade, dignidade, igualdade e outros), enquanto que as regras descrevem fatos hipotéticos (regras têm pequeno grau de generalidade, por descreverem fatos ou condutas). Elas se anulam entre si, ou seja, a regra prevalecente cancela a outra, de forma que somente uma delas irá permanecer no sistema jurídico.

Assim sendo, concluiu-se que a antinomia jurídica se aplica apenas às regras, não atingindo os princípios. Os critérios de solução da antinomia são: a) critério cronológico (lei posterior derroga lei anterior); b) critério hierárquico (lei superior derroga lei inferior); e c) critério da especialidade (lei especial derroga lei geral).

Para a solução do aparente conflito entre princípios, já que não ocorre a invalidação de um princípio pelo outro, deve-se utilizar outros métodos para resolver a colisão, em especial o princípio da proporcionalidade, de grande valia quando ocorrer colisão entre princípios fundamentais que se encontram no mesmo grau de proteção.

Tal estudo foi necessário para demonstrar que não há conflito aparente entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sendo que admitida à relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, se torna viável a harmonização deste princípio com o princípio da igualdade.

Em relação ao princípio da igualdade, basilar ao presente trabalho, tem dois sentidos: igualdade material e formal. A primeira é a busca da igualdade real (fática) e efetiva entre todos, enquanto que a segunda é a busca da igualdade perante a lei. As diretrizes estabelecidas até aqui permitem concluir que o princípio da igualdade não pode ficar limitado ao seu aspecto formal.

Ao buscar a igualdade material pretende-se criar condições mínimas de igualdade e oportunidade entre todos e, para aceitar esse

aspecto, se faz necessário admitir que existe desigualdade entre os chamados de iguais perante a lei.

Não obstante, a construção da igualdade real e efetiva deve dar-se pelas ações afirmativas (discriminação positiva), pois é por meio delas que se busca alcançar a igualdade para grupos historicamente discriminados ou desfavorecidos.

Destarte, para corrigir uma desigualdade anterior, faz-se necessária outra desigualdade para se atingir a igualdade. De forma que essa nova igualdade, conforme um processo dialético, seja o equilíbrio das desigualdades, como afirma Bobbio ao falar do princípio da igualdade de oportunidades ou de pontos de partida.

As ações afirmativas visam alterar o ponto de partida, a fim de que grupos historicamente discriminados ou desfavorecidos possam concorrer em igualdade de oportunidade com os demais grupos.

Entretanto, a aplicação das ações afirmativas deve-se guiar pelo critério da proporcionalidade, a fim de evitar colisões entre princípios ou violação de princípios. Utilizando-se tal critério, a discriminação positiva deve ser efetivada em favor de um grupo discriminado, por meio de normas jurídicas, para a busca da igualdade material, sendo que tal discriminação deve cessar ao ser alcançada a igualdade real, tendo em vista seu caráter temporário.

A Lei Maria da Penha é uma discriminação positiva, implantando mecanismos de coibição à violência familiar ou doméstica, para a busca da igualdade fática entre homens e mulheres, pois não há dúvidas de que igualdade formal não é suficiente para alcançar a igualdade real e efetiva, pois

no contexto atual a mulher é obrigada a conviver num ambiente (familiar ou doméstico), onde sofre constantemente coação, humilhação, discriminação, exploração, crueldade, violência e opressão, em decorrência da desigualdade física.

E dentro desta visão, não se pode falar em inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, uma vez que encontra amparo na Constituição Federal (artigo 226, § 8º), bem como na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e, ainda, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Com fulcro neste raciocínio, vê-se que o sujeito ativo é apenas o homem, enquanto o passivo de proteção é a mulher. Concluir que o sujeito ativo pode ser tanto o homem como a mulher, caracteriza um erro com conseqüências fatais para a Lei Maria da Penha. Sua constitucionalidade está alicerçada nas ações afirmativas, as quais buscam a igualdade fática para um grupo discriminado (mulher vítima de violência doméstica ou familiar), decorrente da desigualdade física entre homens e mulheres.

Outro ponto crucial, segundo a linha adotada, com base na igualdade material e formal, refere-se à inconstitucionalidade do disposto no artigo 5º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha, pois embora seja admitida a aplicação da igualdade material para o grupo discriminado (mulheres homossexuais), não se pode utilizar a igualdade fática para fazer discriminação negativa dentro do grupo vulnerável a ser protegido (homossexuais), de forma a privilegiar a mulher homossexual em detrimento do homem homossexual, o que não passa pelo filtro da igualdade formal, pois ambos encontram-se na mesma

situação fática, ou seja, não se pode tratar de forma diferenciada pessoas da mesma categoria historicamente discriminada.

Contudo, não se pode esquecer que a Lei Maria da Penha é uma forma de efetivação do acesso à justiça colocado à disposição da mulher vítima de violência doméstica ou familiar.

Para isto, ela traz mecanismos eficazes de proteção à mulher em situação de violência doméstica ou familiar, sendo que foi primordial, no presente trabalho, o estudo das medidas protetivas de urgência, sejam daquelas referentes ao agressor, como daquelas que se referem à ofendida, incluindo, na última, as medidas de proteção patrimonial.

As medidas protetivas são uma nova espécie da tutela de urgência, a qual não pode mais ser dividida apenas em tutela antecipada e tutela cautelar. Destarte, deve-se incluir entre as tutelas de urgência, as medidas protetivas trazidas pela Lei Maria da Penha.

Cabe salientar que, no estudo das tutelas de urgência, são requisitos essenciais para a concessão das medidas cautelares o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Todavia, no caso das medidas protetivas de urgência, ainda, é necessário a presença de dois pré-requisitos: a) tratar-se de mulher vítima de violência doméstica e familiar, nos termos dos artigos 5º e 7º da Lei nº 11.340/06; e b) a tomada de alguma providência criminal (por exemplo: registro de boletim de ocorrência, instauração de inquérito policial e outros), sem os quais não se pode falar em aplicação dessas medidas pelo Juizado de Violência

Doméstica e Familiar contra a Mulher ou pelo Juiz Criminal, enquanto não instalado o juizado.

Não se pode olvidar que o rol das medidas protetivas não é taxativo, bem como algumas das medidas trazidas na lei são inovações do legislador, entre elas: a proibição de determinadas condutas mencionadas no artigo 22, III, da lei (a- proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b- proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; e c- proibição de freqüentar determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida).

A determinação legal incumbindo aos Juízes Criminais a competência cível e criminal da Lei Maria da Penha até a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é um empecilho à efetiva aplicação da lei, diante da falta de estrutura das Varas Criminais para tratar das questões afetas à esfera cível, sem se falar na situação de excesso de processos que algumas Varas Criminais sofrem. Com isto, a melhor solução para que a lei seja efetivamente aplicada e não caia no descrédito popular, ao que me parece, é a transformação das Varas de Família em Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, já que estão estruturadas para o tipo de demanda trazido pela lei, pelo menos no âmbito civil.

Por fim, a lei trouxe a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, seja como parte ou como fiscal, bem como obrigatoriedade de assistência judiciária para a mulher, como forma efetiva de acesso à justiça.

Pelo exposto, conclui-se que a Lei Maria da Penha é um avanço para coibir a violência familiar e doméstica, sendo sua constitucionalidade amparada pela igualdade material (de fato) entre homens e mulheres (âmbito familiar ou doméstico), confirmando a hipótese adotada pelo presente trabalho, pois para se alcançar a igualdade material utilizou-se das ações afirmativas (discriminação positiva) o que é permitido, diante da comprovada desigualdade física entre homens e mulheres. Por fim, é de se ponderar, que as medidas protetivas de urgência são a principal arma colocada à disposição da mulher vítima de violência doméstica ou familiar para efetivação da igualdade com o sexo oposto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1 e 2, Revista dos Tribunais, 1997.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. São Paulo, RCS Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, Malheiros, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Contrle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** Brasília. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito.** Porte Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo, Saraiva, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência.** São Paulo, Malheiros, 2006.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito.** – tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** – tradução Maria Celeste C. J. Santos, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **Igualdade e Liberdade.** – tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Ediouro, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo, Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra, Editora Almedina, 5ª edição.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica: análise artigo por artigo da Lei Maria da Penha, nº 11.340/06.** Salvador, JusPodivm, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência.** Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo, Saraiva, 2006.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo, Saraiva, 2003.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. São Paulo, Madras Jurídica, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios Gerais do Direito**. – tradução Fernando de Bragança. Belo Horizonte, Líder, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei nº 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Mônica de. **Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade**. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo, Atlas, 2001.

FREITAS, André Guilherme Tavares de (coordenador). **Estudos sobre as Novas Leis de Violência Domésticas contra a mulher e de Tóxicos: Lei 11.340/06 e 11.343/06: doutrina e legislação**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo, Malheiros, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1997.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com Nome de Mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo**. Campinas, Servanda, 2007.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo, **Lei Maria da Penha Comentada**. Leme, Mundo Jurídico, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo, Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo, Atlas, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. **O Princípio Constitucional da dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo, Saraiva, 2007.

PILEGGI, Camilo. Lei Maria da Penha: Acerto e Erros. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo, Imprensa Oficial, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. – organizadora Adriana Ramos de Mello. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da Igualdade: investigação na perspectiva de gênero**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** – coordenação Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica.** Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** Vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo, Saraiva, 1994.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Comentários à Nova Lei de Tóxicos e Lei Maria da Penha.** Leme, Imperium Editora, 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil.** Vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998.** Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a Prestações Positivas e Igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional.** São Paulo, LTr, 2007.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição.** São Paulo, Malheiros, 2002.

SOUZA, Luiz Antônio; KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/2006.** São Paulo, Método, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher.** Curitiba, Juruá, 2007.

STEINMETZ, Wilson. **Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais, em Interpretação Constitucional.** – organizador Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O Princípio da Impessoalidade.** Rio de Janeiro, Renovar, 2001.