

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
MESTRADO EM DIREITO

**DANIELA BORGES FREITAS**

**APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/2006 EM  
FAVOR DO HOMEM VÍTIMA DE AGRESSÕES DOMÉSTICAS**

MARÍLIA  
2013

DANIELA BORGES FREITAS

APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/2006 EM  
FAVOR DO HOMEM VÍTIMA DE AGRESSÕES DOMÉSTICAS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador:

Prof. Dr. NELSON FINOTTI SILVA

MARÍLIA  
2013

FREITAS, Daniela Borges.

Aplicação das Medidas Protetivas da Lei 11.340/2006 em favor do homem vítima de agressões domésticas / Daniela Borges Freitas; orientador: Nelson Finotti Silva. Marília, SP: [s.n.], 2013.

157 f.

Trabalho de Curso Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

1. Igualdade 2. Dignidade Humana 3. Medidas Protetivas 4. Lei 11.340/2006  
5. Analogia *in bonam partem*.

CDD:

DANIELA BORGES FREITAS

APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/2006 EM  
FAVOR DO HOMEM VÍTIMA DE AGRESSÕES DOMÉSTICAS

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM/FEESR, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: \_\_\_\_\_

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. NELSON FINOTTI SILVA

1º EXAMINADORA: \_\_\_\_\_  
Prof. Dra. IARA RODRIGUES DE TOLEDO

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA

Marília, 22 de março de 2013.

Dedico aos meus pais, Paulo e Maria Ilvete, pelo amor incondicional que sempre me dedicaram. Sem o apoio deles jamais teria chegado tão longe. Eles são minha fonte de inspiração e perseverança. Amo vocês de todo meu coração.

Dedico, ainda, aos meus amados irmãos, Paulo Junior e Eliezer, às minhas cunhadas, Tânia e Ednéia, e aos meus sobrinhos amados, Paulo Neto, Vitória e Heloísa, razões de preocupação, mas também de muita alegria.

Dedico, também, àqueles familiares que estiveram e estão sempre prontos a me socorrer nas horas difíceis e angustiantes da minha vida. O apoio deles foi fundamental para cumprir essa difícil etapa acadêmica. Minha avó, meus tios, tias, primos e primas, maternos e paternos.

Dedico aos poucos amigos que fazem parte da minha vida. A paciência de todos nas horas estressantes me permitiram sentir-se amada e protegida, e mesmo nos momentos mais tensos, me deram colo e ouvidos para que eu pudesse desabafar, e, então, seguir em frente.

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço, antes de tudo, a Deus. Ainda que sua presença tenha sido evitada em tantos momentos, jamais estive desamparada de seu amor, sua força e sua proteção. A fé que me move foi por diversas vezes testada, mas Ele sempre me permitiu fazer escolhas e andar em frente. É exatamente por isso que estou aqui.*

*Agradeço aos meus pais, Paulo e Maria Ivete. Não foram poucas as vezes que sentamos e pensamos em desistir, mas a esperança de tempos melhores não nos permitiu tomar essa decisão. A eles devo tudo que sou e tudo que quero ser.*

*Agradeço à família. Àqueles que estão verdadeiramente presentes em minha vida, que me apoiam mesmo quando os contrario. Tios, tias, primos e primas.*

*Agradeço aos meus amigos e colegas pessoais e de profissão. Não são muitos, mas são verdadeiros. O otimismo de sempre me impulsionou a nunca desistir de tentar. As muitas horas que suportaram minhas reclamações valem a existência do meu ser: Ana Borges (tia), Carla, Carol Borges, Carol Gomes, Cássia, Cristiane, Dirce, Edna, Fernanda, Flávia, Iraci Borges (tia), Lígia, Luciana, Márcia, Mariana (adv), Paulo José (adv), Quitéria, Sarah, Sílvia, Taciana, Yara.*

*Não poderia ficar de fora meus agradecimentos ao meu Professor Orientador, de início o prof. Dr. Renato Bernardi, que suportou minhas crises e teimosias, e mesmo assim permitiu que este trabalho se construísse. E ao final, o Prof. Dr. Nelson Finotti Silva que auxiliou para que se concluísse de maneira digna e lúcida. Sem os ensinamentos de ambos nada disso seria viável. E ainda agradecer ao Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira, que durante a Banca de Qualificação fez pontuações de muita relevância para melhoria desta Dissertação.*

*Agradecer ao corpo Docente do Programa de Mestrado do UNIVEM de Marília, em especial aos professores que estiveram nas Bancas de Qualificação e de Defesa. E, a todos os funcionários que prontamente me atenderam, dando solução para as mais diversas dúvidas e aflições desta mestranda.*

Viva Intensamente

Aprendi que a vida bate sempre sem pudor  
Que nem sempre as coisas são como a gente pensa  
Que nem sempre o mundo gira como a gente quer  
Aprendi que se eu cair devo me levantar  
Que todo mundo vive altos e baixos  
Que não vale a pena esperar

Viva intensamente  
Desconfie do futuro, siga em frente  
Basta acreditar, vale a pena sonhar  
Nunca desista, vá em frente até acertar  
E nunca deixe que o medo impeça de tentar  
Leve na raça, faça o que o coração mandar  
Não deixe nada para depois, não dá para esperar

Dê valor a todo instante que você viver  
A todo mundo que te quer o bem  
Como se não houvesse o amanhã  
Não duvide, não tenha medo de se arriscar  
Enfrente tudo, e venha o que vier  
Conte com a sorte para te ajudar

Viva intensamente  
Desconfie do futuro, siga em frente  
Basta acreditar, vale a pena sonhar  
Nunca desista, vá em frente até acertar  
E nunca deixe que o medo impeça de tentar  
Leve na raça, faça o que o coração mandar  
Não deixe nada para depois, não dá para esperar

(MATHEUS/KAUAN/PAULO CESAR)

FREITAS, Daniela Borges. **Aplicação das Medidas Protetivas Lei 11.340/2006 em favor do homem vítima de agressões domésticas**. 2013. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

## RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo demonstrar que as medidas protetivas da Lei 11.340/2006, são perfeitamente aplicáveis nos casos em que o homem figurar como vítima de agressões domésticas, praticadas por uma mulher. Esta afirmação fundamenta-se no princípio da igualdade, da dignidade humana, bem como na analogia *in bonam partem*. Este trabalho pautou-se em uma decisão cuiabana de 2008, que deferiu, ineditamente até então, as medidas protetivas de urgência para um ex-marido vítima de ameaças e prejuízos materiais, morais e psicológicos. Ainda que a Lei Maria da Penha tenha sido criada ‘exclusivamente’ para proteger a mulher agredida na entidade familiar, achou por bem o juiz cuiabano reconhecer que aquele homem tinha, também, o direito de proteger seus bens jurídicos. Justificando na analogia *in bonam partem*, que autoriza aplicação, quando houver lacuna da lei, a casos semelhantes, entendeu que a proteção do homem se faz necessária e o meio mais adequado são as medidas protetivas instituídas pela Lei 11.340/2006. Além disso, verificar que o princípio da igualdade e da dignidade humana, são normas capazes, juntamente com a analogia, de dar segurança ao homem agredido, protegendo-o de novas e futuras agressões. Com esta decisão, visualiza-se uma sentença ativista, pois ao ignorar a regra da lei, fixou as medidas protetivas, o que indiretamente, leva ao reconhecimento máximo de princípios constitucionais.

**Palavras-chaves:** Igualdade. Dignidade Humana. Medidas Protetivas. Lei 11.340/2006. Analogia *in bonam partem*.

FREITAS, Daniela Borges. **Aplicação das Medidas Protetivas Lei 11.340/2006 em favor do homem vítima de agressões domésticas**. 2013. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

### ABSTRACT

This dissertation aims to demonstrate that the protective measures of the Act 11.340/2006, are perfectly applicable in cases where the man appear as a victim of domestic violence, committed by a woman. This statement is based on the principle of equality, human dignity, and the analogy in bonam run. This work was based on a decision cuiabana 2008, which granted, unprecedentedly so far, the urgent protective measures for an ex-husband victim of threats and damage to property, moral and psychological. While the Maria da Penha Law has been created 'exclusively' to protect the abused woman in a family unit, the judge saw fit cuiabano recognize that man also had the right to protect their legal interests. Justifying the analogy in bonam run authorizing application, when the gap law, similar cases, held that the protection of man is needed and the most appropriate protective measures are instituted by Law 11.340/2006. Also, check that the principle of equality and human dignity, are able standards, along with the analogy, to give security to man beaten, protecting it from further and further aggression. With this decision, we visualized a sentence activist, because by ignoring the rule of law established the protective measures, which indirectly leads to maximum recognition of constitutional principles.

**Keywords:** Equality. Human Dignity. Protective measures. Law 11.340/2006. Analogy *in bonam run*.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CEDJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional

CF – Constituição Federal

CLADEM – Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher

HC – *Habeas Corpus*

OEA – Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – CONSTITUCIONALISMO .....	15
1.1 A Constituição e o processo .....	15
1.2 Históricos do constitucionalismo .....	20
1.3 Definição de constitucionalismo .....	29
1.4 Neoconstitucionalismo .....	31
1.5 Princípios e regras .....	35
1.6 Direitos fundamentais.....	44
1.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	50
1.6.2 Princípio da igualdade .....	54
CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL.....	64
2.1 Origem.....	64
2.2 Definição .....	66
2.2.1 Interpretação da norma .....	67
2.2.2 Definição de ativismo judicial.....	73
2.3 Posições favoráveis e não favoráveis às decisões ativistas .....	80
CAPÍTULO 3 – A LEI MARIA DA PENHA E O ATIVISMO JUDICIAL NO CASO CONCRETO.....	88
3.1 A Lei 11.340/2006.....	88
3.1.1 Abrangência da Lei 11.340/2006 .....	91
3.2 Do Gênero .....	94
3.2.1 Mulher e homem são iguais perante a Lei 11.340/2006? Análise do princípio da igualdade.....	104
3.3 As Medidas Protetivas da Lei 11.340/2006.....	117
3.4 A Decisão monocrática cuiabana .....	120
3.5 Análises de decisões colegiadas .....	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	137
REFERÊNCIAS .....	140
ANEXOS .....	149

## INTRODUÇÃO

No início do capítulo um, tratar-se-á do constitucionalismo, discutindo seus fundamentos, origem, bem como sua imprescindível importância para o direito constitucional e a proibição da violação de direitos dos seres humanos. O constitucionalismo também se enverga no estudo do afastamento de governos autoritários, pois só assim seria possível uma democracia forte e, conseqüentemente, a primazia dos direitos fundamentais do homem.

Em seguida, analisar-se-á a distinção doutrinária entre princípios e regras, preocupando-se com a solução em caso de colisão ou conflito, respectivamente. Diferenciação importante para o Direito, visto que os direitos fundamentais humanos, que estão acima de outros direitos, deverão ser prestigiados, em qualquer situação concreta, porém, quando em choque, faz-se necessária uma forma adequada para não garantir direito de um, em detrimento de outro(s).

No que se refere aos direitos fundamentais do homem, levantar-se-ão algumas das definições elencadas pela doutrina. E, por conseguinte, verificar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, e o princípio da igualdade, que é base para haver uma democracia forte e efetivamente concretizada.

Os pontos levantados neste capítulo são de grande importância para o tema central desta dissertação, tendo em vista que para garantir que as medidas protetivas da Lei 11.340/2006 sejam concedidas ao homem, vítima de uma mulher na relação doméstica, sejam aplicadas é preciso compreender de antemão que o constitucionalismo protege os direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido, os direitos fundamentais do homem, que aqui se prestigia, são a dignidade humana e a igualdade, de homens que também são vítimas de esposas ou companheiras no seio de sua família e, portanto, não podem ficar a mercê da sorte, devendo-se garantir a eles a proteção mais adequada e justa, àquela descrita na Lei 11.340/2006.

No capítulo dois, discutir-se-á o ativismo judicial, sua origem, definição, pontos positivos e negativos, bem como a discussão doutrinária acerca de ser o ativismo mera interpretação conforme a Constituição e não uma criação inovadora de direito baseada exclusivamente na norma constitucional.

Nesse sentido, até que ponto poderá o Judiciário abrigar direitos, em regra, não expressos nas normas, ou até mesmo vedados por norma infraconstitucional, sem que as

decisões não gerem prejuízos ou estejam em desacordo com a ordem jurídica já previamente estabelecida?

Por isso se mostra necessário o estudo do ativismo judicial, não só para dar fundamento ao tema central deste trabalho, mas para compreensão deste instituto tão suscitado e elevado no Judiciário brasileiro. Muitas vezes em situações pontuais e imprescindíveis, noutras em que geram dúvidas sobre sua aplicação no caso concreto, visto que o julgador poderia, ao invés de beneficiar uma parte, causar muito mais prejuízo à outra parte da lide. Passa-se a analisar abaixo as questões levantadas nesta breve introdução de capítulo.

No capítulo três, será analisado, especificamente, o tema proposto por esta dissertação, a qual tratará na Lei 11.340/2006 as medidas protetivas que foram criadas, *exclusivamente*, para proteger a mulher vítima de agressões domésticas, bem como se discutirá brevemente a questão do gênero, visto que a mulher, de acordo com esta lei, é tida como parte física mais fraca da relação afetiva.

Também se mostra importante, neste capítulo, a visualização da abrangência protetiva dada pela Lei Maria da Penha, em princípio às mulheres agredidas por homens no seio familiar. Nesse diapasão, verificar, partindo do princípio da igualdade, o que justifica a aplicação das medidas protetivas nos casos em que o homem figurar como vítima de agressões femininas. Isto é, o princípio da igualdade é capaz de fazer alargar o alcance da norma que, em tese, foi criada exclusivamente para proteger mulheres vitimadas, e assim, atingir o homem vitimado por agressão advinda de uma mulher?

O ponto de partida para analisar o que se propõe no capítulo três, é uma decisão cuiabana que aplicou as medidas protetivas descritas na Lei 11.340/2006 para um homem vítima de agressões físicas, morais e patrimoniais de sua *ex-esposa*. Será feita menção, também, à decisão do TJ/MT, que ao julgar um *habeas corpus* que pedia a revogação da decisão monocrática, entendeu como perfeitamente válida e justa a aplicação das medidas protetivas no caso narrado.

Assim, o princípio da igualdade, quando reconhecido de maneira adequada e interpretado na busca de garantir a todas as pessoas a igualdade de direitos, seja em situação de iguais ou desiguais, não deixará de proteger direitos que a norma infraconstitucional, em tese falhou, por não vislumbrar e garantir.

Por isso, buscar na norma constitucional a proteção e garantia dos direitos fundamentais do homem, ainda que *negados* por lei infraconstitucional. Isto é, exigir do Judiciário a aplicação direta da norma constitucional ao caso concreto e ainda, buscar na

própria Lei 11.340/2006 a aplicação das medidas protetivas *negadas* ao homem vitimado pela mulher, com fundamento na norma constitucional, no princípio da igualdade.

Por fim, conclui-se que a decisão ativista que garantiu ao homem vitimado por agressões de sua ex esposa, sem dúvida, foi a melhor solução para o caso concreto analisado neste trabalho. Se assim não o fosse, o princípio da igualdade estaria desvirtuado, e uma norma infraconstitucional (Lei 11.340/2006) passaria a ser aplicada em detrimento da norma constitucional, que garante a todas as pessoas a igualdade de direitos; os chamados direitos fundamentais do homem.

No capítulo três, a discussão se afunila e a Lei 11.340/2006 passa a ser, definitivamente o foco central deste trabalho. Nesse sentido a ideia é trazer à baila o significado da Lei Maria da Penha, isto é, sua história e importância para o ordenamento jurídico.

Será analisada, ainda, sua abrangência, visto que em tese, foi criada exclusivamente para proteger a mulher vítima de agressões domésticas, além disso, e sob a luz do princípio da igualdade, a possibilidade e necessidade de extensão de sua força protetiva ao homem, que também figura como vítima de agressões domésticas.

Por intermédio de uma decisão interlocutória cuiabana de 2008, verificar-se-á que, apesar da Lei Maria da Penha não deixar expressa a aplicação de suas medidas protetivas ao homem, vítima de agressões domésticas, não poderá ele ficar sem proteção, simplesmente porque a lei não previu expressamente, tal direito.

Mesmo que a decisão monocrática citada não discorra sobre o princípio da igualdade, pois garante o direito ao homem de ser protegido pelas medidas protetivas da Lei 11.340/2006 com base na analogia *in bonam partem*, é neste princípio que se aloca a maior parte da base de fundamentação para este estudo.

Assim, a decisão cuiabana foge ao contexto explicitado pela Lei Maria da Penha, e eleva a direta aplicação de norma constitucional, mostra-se como clara decisão ativista, já que efetivamente reconhece as medidas protetivas como aplicáveis também ao homem, vítima de agressões domésticas.

Por fim, colacionam-se algumas decisões ativistas no mesmo sentido da que foi utilizada de base para este trabalho de dissertação. Isso para não restar dúvida que, mesmo que a Lei 11.340/2006 não tenha explicitado a possibilidade de aplicação das medidas protetivas ao homem como vítima de agressões domésticas, mais correto é o reconhecimento desse direito, com base, principalmente, no princípio da igualdade, descrito na norma constitucional, artigo 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal de 1988.

No que se refere à Metodologia, o método histórico foi utilizado, pois há necessidade de se entender como e porquê chegamos ao ativismo judicial e qual sua importância para nosso ordenamento jurídico, bem como a compreensão de constitucionalismo de neoconstitucionalismo.

Para desenvolver o tema, este trabalho valeu-se, inclusive, do método hipotético-dedutivo, tendo em vista que no transcorrer dos estudos sobre o tema, buscar-se-á demonstrar a sustentabilidade do ativismo sobre o tema tratado, bem como discorrer sobre os perigos acerca do tema.

A pesquisa em bibliografias, revistas, monografias, jurisprudências e internet, serão as fontes de pesquisa do presente trabalho, para que ao final se obtenha maior qualidade na conclusão do estudo em questão.

Utilizar-se-á ainda o método dialético, onde serão analisados os posicionamentos dos diversos autores pesquisados, fazendo-se uma comparação entre os pontos comuns e divergentes sobre o ativismo judicial, para tentar conciliá-lo à proteção do princípio da dignidade humana, bem como a efetivação do princípio da igualdade.

## CAPÍTULO 1 – CONSTITUCIONALISMO

Antes de adentrar ao estudo específico do constitucionalismo, faz-se necessário averiguar, ainda que rapidamente, a ligação da norma constitucional com a norma processual, para então compreender sua função no constitucionalismo contemporâneo, bem como concluir que o Direito Constitucional Processual é, hodiernamente, ciência a ser desbravada e estudada a fundo, pois se mostra de grande relevância para compreensão e aplicação dos direitos fundamentais do homem.

### 1.1 A Constituição e o processo

Analisando a Constituição e o Processo, e conseqüentemente o Direito Processual Constitucional, chega-se a ideia de que a Constituição é quem determina os valores fundamentais de uma sociedade quando se pensa no constitucionalismo contemporâneo. Como se sabe, a norma que fundamenta todo sistema jurídico brasileiro é a Constituição. Nesse sentido, “o termo ‘constituição’ é empregado para designar um conjunto de normas que organizam o Estado, ou leis supremas que organizam o poder”<sup>1</sup>.

De acordo com as lições de Siqueira Jr<sup>2</sup>, “o termo ‘constituição’ vem do latim *constitutione*, que significa firmar, formar”. [GRIFO NOSSO]. Este autor a define como “a organização de alguma coisa”. Noutras palavras, é a Constituição que determina quais são as atribuições e a organização do Estado. Prossegue, ainda, o mesmo autor,

A Constituição Federal é a regra fundamental do Estado; estrutura o poder e assegura os direitos fundamentais do cidadão em face do Estado. A Constituição, como o próprio nome designa, constitui o Estado, trazendo em seu bojo os fatores, os anseios e os valores da sociedade. A natureza da Constituição é normativa qualificada. A consequência dessa assertiva é que a Constituição é norma obrigatória. Mas essa imperatividade é qualificada, pois a Constituição é norma fundamental e suprema. Em suma, a Constituição é norma jurídica (imperativa) fundamental (suprema). [GRIFO NOSSO].

O Direito Constitucional, por sua vez, com base na classificação doutrinária, é ramo do Direito Público, com a função de regular a organização do Estado. Desse modo, para

---

<sup>1</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 27.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 30-32.

Siqueira Jr<sup>3</sup>, o Direito Constitucional “é um ramo do direito objetivo, na medida em que estuda a própria estrutura do Estado”, assim, “do prisma científico, conceito que entendemos primordial, o direito constitucional é uma disciplina jurídico-científica que tem por objeto de estudo a Constituição”.

Das lições de Guerra Filho<sup>4</sup>, ao tratar sobre o processo como ciência, retira-se os dizeres de que, “o final dos anos sessenta e princípio da década de setenta marca o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos”.

Por processo, pode-se entender, ainda, com base nas lições de Correia, no que se refere ao seu aspecto jurídico,

[...] como a soma da relação jurídica e do procedimento. Tome-se a relação jurídico-processual como a ‘alma’ do processo, e procedimento como o ‘corpo’ deste. Assim, a relação estabelecida entre juiz e partes, em torno de direitos e obrigações processuais, atados por um vínculo então estabelecido, sintetiza a própria essência da noção da relação jurídico-processual. Já a exteriorização dessa relação, através de atos interligados e tendentes a um fim – a sentença –, concretiza a noção de procedimento (outro componente da concepção jurídica de processo).<sup>5</sup>

Não obstante, Guerra Filho, em seu livro *Teoria Processual da Constituição*, escreve que, “o processo, entendido como relação jurídica de caráter público, com a peculiaridade de se desenvolver numa extensão temporal com a concorrência de um representante do Estado (o juiz) e dos sujeitos interessados na decisão que afinal se deveria obter como resultado (as partes)”<sup>6</sup>. Assim, compreende-se que o processo é a marcha a ser seguida com a finalidade de aplicação correta da norma a cada caso concreto particularmente.

Desse modo, processo também pode ser tido como método pelo qual se realizará algo, isto é, a forma com que o Estado poderá garantir e prestar a tutela aos interessados regularmente e sem ferir a norma constitucional. Nesse rumo,

O processo é o conjunto de atos dirigidos para cumprir uma finalidade: aplicação da norma, elaboração da norma, investigação de um fato, solução de um conflito. A finalidade varia de acordo com a espécie de processo. A doutrina determina *procedimento* à sequência dos atos coordenados. O

---

<sup>3</sup> SIQUEIRA JR., op. cit., p. 34.

<sup>4</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 24.

<sup>5</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1.

<sup>6</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**, 2000, op. cit., p. 21.

procedimento é a forma como o processo se exterioriza e se materializa no mundo jurídico. É a expressão visível do processo. Para que o procedimento se desenvolva, urge a necessidade do cumprimento dos pressupostos processuais, que são requisitos da existência e validade do processo.<sup>7</sup>

Levando em conta que as ações constitucionais também garantem a efetivação dos direitos fundamentais, não se pode perder de vista a necessidade de existência do processo constitucional. Por isso, “o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional é um imperativo do chamado Estado Democrático de Direito, enquanto este é uma condição política para o desenvolvimento autônomo do Direito Processual Constitucional”<sup>8</sup>.

Ao processo, portanto, cumpre a função de compor a lide. Desse modo, afirmar que o processo é instrumento pelo qual se aplica a norma ao caso concreto, e o procedimento os atos organizados de maneira cronológica, com a finalidade de não autorizar qualquer afronta aos princípios constitucionais, a começar pelo princípio do devido processo legal. Nesse passo, aduz Siqueira Jr,

É o processo o instrumento para a composição das lides. Por outro lado, é a garantia colocada à disposição das partes para correta aplicação da lei. [...] cumpre ao processo atingir dois objetivos: a vontade da lei ou a reafirmação dos valores da sociedade e a garantia de direitos subjetivos pela busca da verdade real. Podemos afirmar que o processo tem uma finalidade instrumental, garantística e sociopolítica. Se pautado por esses preceitos, os institutos de direito processual constitucional podem atingir sua finalidade: investigar a verdade e distribuir a justiça.<sup>9</sup> [GRIFO NOSSO].

Relacionar a Constituição e o Processo é crer que, apenas por intermédio do processo (instrumento) será possível a concretização da norma constitucional. Das lições de Guerra Filho<sup>10</sup>, retira-se a ideia de “materialização do direito processual” e a “desmaterialização do direito constitucional”. Noutras palavras, conclui-se que a norma constitucional só se efetiva por intermédio da norma processual, por isso o autor mencionado sustenta em sua obra que,

[...] a Constituição possui a natureza (também) de uma lei processual, assim como institutos fundamentais do direito processual possuem estatuto constitucional, e, logo, são (também) de natureza material. Isso pressupõe, de imediato, que se firme a distinção entre esses dois aspectos ou dimensões do direito, o material e o processual, tendo presente que não se trata propriamente de diferenciar ramos da matéria jurídica ou de uma divisão

<sup>7</sup> SIQUEIRA JR, op. cit., p. 45-46.

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 21.

<sup>9</sup> SIQUEIRA JR, op. cit., p. 48-49.

<sup>10</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2000, op. cit., p. 27-28.

como se separa direito público e privado. [...] Materiais são as normas, quando fornecem parâmetros para se realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito, enquanto normas processuais se ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente. [GRIFO NOSSO].

Após essa rápida passagem demonstrando a relação entre a norma constitucional e o direito processual, verifica-se na doutrina dominante que o Direito Processual Constitucional, “ainda não teria se firmado como ramo da ciência jurídica, com matéria específica sua, autonomia didática e independência científica”<sup>11</sup>. Na visão de Siqueira Jr, o Direito Constitucional Processual é tido,

Nos domínios do direito constitucional processual procura-se buscar o ponto de equilíbrio entre o direito de liberdade e o poder-dever estatal de punir fatos ilícitos (controle social formal), ou seja, entre a plena expressão da personalidade humana e os interesses sociais, que se dá no plano fático por meio do exercício do direito processual.<sup>12</sup>

Sabe-se que o intérprete, como se verá melhor abaixo, busca na norma, a aplicação do direito ao caso concreto, sem que o faça de forma exclusivamente subjetiva, e para isso, faz-se necessário o respeito integral à norma constitucional. Nesse sentido, “a atuação do processo e sua conseqüente interpretação encontra-se calcada agora nos preceitos constitucionais, que temos denominado direito constitucional processual”<sup>13</sup>. Isto é, buscar na Constituição normas processuais, tendo em vista que nela encontra-se proteção e respeito de todos os ramos do Direito (penal, civil, trabalhista, tributário etc.).

De acordo com Guerra Filho, os temas típicos ao Direito Processual Constitucional seriam:

[...] a organização da estrutura judicial, com distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição; os princípios gerais do processo consagrados na Constituição, tais como o do contraditório, do devido processo legal etc.; e as ações previstas na Lei Maior com o fim de resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento constitucional.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 1998, op. cit., p. 16.

<sup>12</sup> SIQUEIRA JR, op. cit., p. 61.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>14</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 1998, op. cit., p. 17.

Valendo-se de classificação doutrinária, é sabido que o direito processual se enquadra dentro do direito público, e, portanto, está obrigado a dar proteção ao interesse público fundamental. Assevera Siqueira Jr<sup>15</sup> que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal são realizados dentro do processo”. Por isso preceitua Guerra Filho que o texto constitucional é,

[...] como uma ‘obra aberta’, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários, seria ela própria um reclamo do Estado Democrático de Direito, visto que ele representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de sua concretização podem se chocar [...].<sup>16</sup> [GRIFO NOSSO].

Pensar a Constituição como norma aberta, em constante construção e reconstrução, isso com base na interpretação feita à medida que será aplicada ao caso concreto quando advindas de transformações sociais, é permitir que os direitos fundamentais sejam analisados em particular, caso a caso. Isto é, “na pós-modernidade [...] não há mais porque recorrer a nenhuma ‘receita’ ideológica previamente elaborada para se obter soluções, só mesmo com procedimentos é que se forja da melhor maneira tais soluções”<sup>17</sup>.

Nessa toada, afirma-se que as posições divergentes, a respeito de um caso concreto, têm sua parcela de razão, e a solução mais acertada será aquela que se mostrar superior diante dos outros argumentos. Assim, “na pós-modernidade dá-se uma pluralidade de descrições da realidade social igualmente válidas”<sup>18</sup>. Isso não significa ignorar a existência de ideologia, mas pensá-la como ponto de partida para solução de conflitos e não como norma a ser seguida sem possibilidade de discussões a respeito de sua aplicação ao caso concreto.

Siqueira Jr<sup>19</sup> define direito constitucional processual como sendo “o elenco de normas e princípios processuais consagrados e tutelados no texto constitucional”, seria dizer que aqui mora a relação entre a Constituição e processo. No que se refere ao direito processual constitucional, este “compreende o elenco de normas e princípios processuais”, e a ele cabe a investigação de temas constitucionais. Por fim, “a atuação do processo e sua consequente interpretação encontra-se calcada agora nos preceitos constitucionais, que temos denominado direito constitucional processual”. [GRIFO NOSSO].

<sup>15</sup> SIQUEIRA JR, op. cit., p. 56.

<sup>16</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 1998, op. cit., p. 26-27.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>19</sup> SIQUEIRA JR, op. cit., p. 58-61.

Em sua obra, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Guerra Filho<sup>20</sup> preceitua que, “o Estado Democrático de Direito depende de *procedimentos*, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização”. [GRIFO NOSSO]. O Estado Democrático de Direito deve servir para revalorizar os direitos individuais de liberdade, assim, a ele compete a:

[...] harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a *esfera pública*, ocupada pelo Estado, a *esfera privada* em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a *esfera coletiva*, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

Com isso percebe-se que, contemporaneamente no Estado Democrático, decisões políticas relevantes deverão se afastar do Legislativo e do Executivo, para aproximar-se do Judiciário, competindo a Corte Suprema, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, a plena realização da norma constitucional, pois são os Ministros, os membros mais qualificados para fazer valer o Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, tornar-se-á possível a realização dos direitos humanos fundamentais apenas por intermédio do processo, tendo em vista os procedimentos a serem utilizados a depender do caso concreto.

Conclui-se então, que o Direito Processual Constitucional é o caminho para concretização dos direitos fundamentais do homem, bem como do impedimento de voltar-se ao um Estado arbitrário gerador de privilégios, isto é, ter a realização plena do constitucionalismo.

## **1.2 Históricos do constitucionalismo**

Até que surgissem as leis, a força era tida como forma de solução de conflitos, em que cada um deveria cuidar de si. Os povos começaram a se agrupar, formaram-se as famílias, as tribos, a sociedade primitiva, mas era preciso normas que estabelecessem as regras de convívio entre as pessoas. Surgem as leis, que, em princípio, eram morais, para depois serem jurídicas.

---

<sup>20</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 1998, op. cit., p. 28-30.

O início do processo civilizatório exigiu a criação de regras de conduta entre as pessoas, como também, a proteção da propriedade. Havia na época de formação das primeiras civilizações a lei sob a força do cristianismo. Assim, constitucionalismo era termo usado no Ocidente há cerca, apenas, de duzentos anos, o qual se relaciona com a Revolução da França e a Revolução Americana.

Tem-se notícia que foi em Atenas encontrado o primeiro precedente da limitação do poder político, havia um governo de leis e não de homens, com a participação dos cidadãos nos assuntos públicos. De acordo com Barroso<sup>21</sup>,

[...] Embora tivesse sido uma potência territorial e militar de alguma expressão, seu legado perene é de natureza intelectual, como berço ideal constitucionalista e democrático. Ali se conceberam e praticaram ideias e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial, e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos. O centro da vida política ateniense era a *Assembleia*, onde se reuniam e deliberavam os cidadãos.

Em Roma, com a implementação da República (529 a.C.), o ideal constitucionalista de limitação do poder se compartilha, e isso ocorreu com o fim da monarquia etrusca, com o advento da Lei das Doze Tábuas. Não havia muita participação dos cidadãos nas *Assembleias*. Na República o poder era repartido em instituições, e estas se controlavam e se temiam de forma recíproca. O ideal constitucionalista visto em Roma não duraria muito, Barroso<sup>22</sup> assim escreve,

[...] Quando a República ruiu e deu-se a coroação do imperador, não foi o fim de Roma, cujo domínio duraria ainda mais meio milênio. O que terminou, na véspera do início da era cristã, foram a experiência e o ideal constitucionalistas, que vinham dos gregos e haviam sido retomados pelos romanos. A partir dali, o constitucionalismo desapareceria do mundo ocidental por bem mais de mil anos, até final da Idade Média.

Sobre a origem do constitucionalismo, Motta e Barchet<sup>23</sup>, atestam que esse movimento teria se iniciado “timidamente com os pensadores da Idade Média, com o Renascimento e com os questionamentos políticos e religiosos do tempo da Reforma

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 28.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>23</sup> MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009, p. 11.

protestante”. Prosseguem os autores, “o constitucionalismo foi uma luta do homem por liberdade em face do governo (na maior parte das vezes tirânico) e por um conjunto mínimo de direitos a serem respeitados não só pelos governos, mas também pelos concidadãos”.

Nas lições de Tavares<sup>24</sup>, o constitucionalismo, “como movimento que pretende assegurar determinada organização do Estado, encontra suas notas iniciais na Antiguidade clássica”. Nesse sentido, incorreto dizer que o constitucionalismo teria surgido com e após as revoluções modernas. Mas é correto afirmar que a democracia e a queda dos governos absolutistas nascem com as mencionadas revoluções.

A história pode ser dividida em quatro grandes eras, chamadas de: Idade Antiga (até o século V – tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros – 476 d.C.), Idade Média (século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a *queda de Constantinopla*, no século XV – 1453 d.C.), Idade Moderna (1453-1789 – Revolução Francesa), Idade Contemporânea (1789 até os dias atuais).

Pode-se dizer que foi com o povo hebreu a primeira aparição do constitucionalismo<sup>25</sup>, “por meio da imposição da chamada lei do Senhor”. Em uma época em que o povo hebreu encontrava-se em “seu Estado teocrático”, foram criados os limites para atuação do poder político. Nesta época, estabelecia-se no Estado teocrático as limitações do poder político, quando se assegurava para os profetas a legitimidade de fiscalização dos atos do governo que porventura ultrapassassem os limites estabelecidos na Bíblia. Esse relato deixa claro que muito antes das revoluções modernas o constitucionalismo já era presente na história.

Na Idade Média tem-se o advento da Magna Carta de 1215, e esta representa um importante marco para o constitucionalismo medieval, pois é nela que surgem os primeiros direitos individuais importantes a serem protegidos. A Carta de 1215, em princípio, protegia os direitos feudais dos barões, mas seu texto era tão amplo que acabou por se estender, com o passar do tempo, de forma universal, se tornando uma carta geral de liberdades públicas. De acordo com Fachin<sup>26</sup>, “os barões e os senhores feudais estavam insatisfeitos com a política autoritária do rei”, por isso travaram uma disputa, que acabou por obrigar João Sem Terra a aceitar a Carta de 1215.

---

<sup>24</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 25.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>26</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 36.

A Carta Magna de 1215 é de grande importância, pois “durante vários séculos na Idade Média os homens viveram sob a tutela de regimes absolutistas, no seio dos quais ficava vedada qualquer forma participativa, e nenhum limite poderia ser imposto aos governantes”. Deve-se ver que na Idade Média ocorre o esboço e a necessidade de uma lei fundamental, e esta com o intuito de abranger “um conjunto de princípios, normas e práticas adotadas nas relações religiosas e comunitárias”<sup>27</sup>.

Já na Idade Moderna, deve-se destacar a *Petition of Rights*, de 1628, que protestou contra o lançamento de tributos sem que o Parlamento aprovasse, as prisões que consideravam arbitrárias, o uso das leis marciais enquanto não havia guerra, e a ocupação de casas de particulares pelos soldados. O *Habeas Corpus Act*, de 1679. A *Bill of Rights*, de 1689, que previa a convocação regular do Parlamento, pois dele dependia o consentimento para elaboração de leis, a instituição de tributos e a manutenção de exército em tempo de paz. E, o *Act of Settlement*, de 1701, que estabeleceu que só um príncipe de religião anglicana poderia ascender ao trono e impor novas limitações ao poder real no que se referia ao Parlamento, como também às cortes de justiça.

No constitucionalismo moderno, o destaque é para as constituições escritas, e estas visavam limitar os excessos do poder, isto é, “o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo”<sup>28</sup>. Os conhecidos marcos históricos e formais dessa fase são, a Constituição Norte America de 1787 e, a Constituição da França de 1791. Nesse momento da história se mostra importante o chamado constitucionalismo liberal, que tinha como valores o individualismo, o absentéismo estatal, a valorização da propriedade privada e a proteção do indivíduo, e esses valores acabaram por influenciar diretamente as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891<sup>29</sup>.

O constitucionalismo contemporâneo é fruto da Idade Contemporânea. Chamado de totalitarismo constitucional, pois o texto está sedimentado em importante conteúdo social, e ainda estabelece metas que deverão ser cumpridas pelo Estado, as chamadas normas programáticas.

A Constituição do Brasil de 1988 é um exemplo das referidas normas. Deve-se destacar, também, a ideia de proteger os direitos de solidariedade ou fraternidade, que estão ligados ao direito à paz, ao meio ambiente, a qualidade de vida, dentre outros. A partir desse

---

<sup>27</sup> TAVARES, op. cit., p. 26-27.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 362-363.

momento histórico, de acordo com Fachin<sup>30</sup>, classifica-se o constitucionalismo em: liberal clássico, democrático e social, que para este autor, “foram períodos de transformações lentas, porém inexoráveis”.

Nesse sentido, há no transcorrer do século XIX, o aparecimento do Estado de Direito, visto que a democracia ainda não estava ‘pronta’. De acordo com Barroso<sup>31</sup>, “a noção de democracia somente viria a desenvolver-se e aprofundar quando se incorpora a discussão de ideais como fonte legítima do poder e representação política”.

Assim, os termos que completariam o que se queria com o Estado Democrático de Direito, seria a junção, nos dizeres de Barroso<sup>32</sup> da, “[...] equação que traz como resultado o Estado democrático de direito: *quem* decide (fonte do poder), *como* decide (procedimento adequado) e *o que* decide e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder)”.

Valendo-se das lições de Fachin<sup>33</sup>, verifica-se que, “o Estado Democrático de Direito formou-se a partir de dois conteúdos: o Estado de Direito e o Estado Democrático”. Prossegue o autor ao afirmar, “no Estado de Direito, criado pelo liberalismo, tem-se o império da lei, a distribuição do poder estatal, a previsão de direitos fundamentais e a garantia desses direitos”. Já no “Estado Democrático, cujo fundamento é a soberania popular, o vocábulo *democrático* aparece como um qualitativo do Estado”.

De acordo com Silva<sup>34</sup>, “chega-se agora ao *Estado Democrático de Direito* que a Constituição acolhe em seu art. 1º como um conceito chave do regime adotado, tanto quanto”. Por isso dizer que o Estado Democrático de Direito tem o condão de reunir, tantos os princípios do Estado de Direito, quanto os princípios do Estado Democrático, mas “não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.

Nessa perspectiva, “a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo”<sup>35</sup>. Assim, o ideal constitucional visa garantir que todos sejam agraciados com o exercício dos direitos sociais,

---

<sup>30</sup> FACHIN, op. cit., p. 41.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, op. cit., p. 63.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>33</sup> FACHIN, op. cit., p. 179.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 112.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 119.

exigindo do próprio Estado justiça social, pois o Estado Democrático de Direito tem como seu fundamento o princípio a dignidade da pessoa humana.

Poderia afirmar-se o Estado de Direito, no sentido formal, bastando que houvesse uma ordem legal, que fosse observada, tanto pelo Estado, quanto pelos particulares. Já a democracia, na dimensão formal, está ligada à ideia de governo da maioria, bem como de respeito aos direitos individuais. Na dimensão material, a democracia se liga à ideia do governo para todos, e é isso que dará alma ao Estado Constitucional de Direito. Escreve então Barroso<sup>36</sup> que,

[...] Para realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.

Retomando o histórico sobre o constitucionalismo, Canotilho<sup>37</sup>, por sua vez, faz uma divisão diferente ao analisar o constitucionalismo, dizendo que “não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês)”, o que este autor chama de “vários movimentos constitucionais”, pois constitucionalismo é teoria ou ideologia, que está ligado à limitação do poder de um governo.

A divisão histórica do constitucionalismo, feita por Canotilho<sup>38</sup>, seria mais enxuta, visto que este autor trata do constitucionalismo antigo, que perpassou do fim da Idade Média até o século XVIII, seria “o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder”. E, trata do constitucionalismo moderno, iniciado a partir do século XVIII, e este “questiona nos planos políticos, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”.

Da divisão que se faz do constitucionalismo inglês, americano e francês, destaca-se na Inglaterra: a Magna Carta de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, a *Bill of Rights*, de 1689, o *Act of Settlement*, de 1701. O que se buscava com a Carta e

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2011, op. cit., p. 63-64.

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 51.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 52.

os Pactos era a representatividade do povo no governo, no parlamento, para que o poder não se concentrasse mais na mão unicamente do monarca, mas que fosse partilhado com o parlamento, o que Canotilho<sup>39</sup> chama de constituição mista.

É sabido que na França o movimento constitucionalista surge a partir de 1789, com a Revolução Francesa. Esta Revolução foi feita pelo que se chama de “*terceiro estado*”, o povo, “composto pela imensa maioria de explorados e pela burguesia ascendente”. Antes de 1789 a França tinha uma composição social completamente injusta, e havia apenas três classes sociais, a saber: a nobreza, o clero e o povo. De acordo com Fachin<sup>40</sup>, “os dois primeiros usufruíam de todos os privilégios possíveis, ao passo que o povo tão somente trabalhava e pagava tributos”.

Com a Revolução de 1789, realizada pelo povo oprimido à época, criou-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecendo a todos, sem distinção de classe, a garantia concreta dos direitos do homem, deixando explícito que a ausência desta norma, não se consideraria um país com uma Constituição. Desse modo,

[...] o movimento constitucionalista francês preocupou-se com os direitos individuais da pessoa, os quais passaram a ter assento constitucional não apenas na Constituição francesa de 1791, mas também nas Constituições que foram sendo editadas em outros países, inclusive a brasileira de 1824.<sup>41</sup>

Nessa toada, na França, o constitucionalismo tem outros traços e isso está ligado ao momento histórico que se passava. Assim, a Revolução Francesa buscava dar nova ordem sobre os direitos individuais, que não vinham de membros de alguma ordem jurídica estamental, por isso na Revolução falava-se de homens livres, iguais em direitos, fazendo desaparecer qualquer privilégio aos detentores do poder na época. Mas, também era preciso que a ordem política fosse conformada por intermédio de um contrato social, que estivesse de acordo com as vontades individuais. Canotilho<sup>42</sup> aduz que,

Em suma: torna-se indispensável uma *constituição*. Feita por quem? Surge aqui, precisamente uma das categorias mais ‘modernas’ do constitucionalismo – a categoria do poder constituinte – no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a *constituição*.

---

<sup>39</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 56.

<sup>40</sup> FACHIN, op. cit., p. 40.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 40-41.

<sup>42</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 58.

Nos Estados Unidos da América, a reclamação feita pelo povo, que, como na França, buscava o direito de escrever uma lei básica, e dela se far-se-iam diferentes usos da história, os americanos pretendiam, com a Revolução, reafirmar os Direitos. A constituição americana pretendia garantir aos cidadãos proteção contra a onipotência do legislador, seria o momento de decisão pelo povo. Nesse sentido, Canotilho<sup>43</sup>,

Aos olhos dos colonos americanos ganhava contorno a ideia de democracia que um autor recente designou por democracia dualista. Existem decisões – raras – tomadas pelo povo; existem decisões – frequentes – tomadas pelo governo (*government*). As primeiras – as decisões do povo – são típicas dos ‘momentos constitucionais’.

Das lições de Tavares<sup>44</sup>, retira-se a ideia de que,

[...] o constitucionalismo como é reconhecido e praticado na atualidade haure seus elementos fundadores do constitucionalismo norte-americano do final do séc. XVIII, ou seja, tem na formação deste, ainda hoje, suas principais bases.

Desse modo, é com a Constituição americana escrita de 1787, bem como da Constituição francesa de 1789, que se tem notícia do chamado constitucionalismo moderno, em que é definido o papel do Estado, buscando-se a redução do seu poder sobre os indivíduos. Assim, “tem-se que o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental o povo”.

Pode-se dizer então que os americanos se aproximam do constitucionalismo francês, pois houve também a constituinte americana, em que o povo decidiu, esta diz respeito à Constituição de 1787, como acima mencionada. Escreve Canotilho<sup>45</sup> que, “[...] por outras palavras: o modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita”. Essa lei seria “condensadora de princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares”.

A ideia de uma lei superior – Constituição – que anula qualquer outra inferior que não se adequar àquela, nasce nos Estados Unidos, o que não ocorre nem na Inglaterra, nem na França quando de suas constituições que visavam garantir os direitos individuais. Seria então, o aparecimento do controle de constitucionalidade, figurando os juízes como “competentes

---

<sup>43</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 58-59.

<sup>44</sup> TAVARES, op. cit., p. 33.

<sup>45</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 59.

para medir as leis segundo a medida da constituição”, assim, “são os ‘juízes’ entre o povo e o legislador”<sup>46</sup>.

Percebe-se que o desenvolvimento do constitucionalismo ao longo da história leva, inevitavelmente, a idealização do Estado Constitucional, e este busca se mostrar um Estado de Direito, bem como Democrático. Entende-se, então, por Estado Constitucional a junção do Estado de Direito com o Estado Democrático, figurando o constitucionalismo como limitador dos poderes do Estado, garantidor da legitimidade do povo como participante do governo, como também, protetor dos direitos fundamentais do homem. Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo essas ideias e ideais.

Sinteticamente, Estado pode ser definido como “condição, ordem, posição, estar firme”<sup>47</sup>, e é composto de quatro elementos essenciais, “um *poder soberano* de um *povo* situado num *território* com certas *finalidades*”<sup>48</sup>. Direito, por sua vez é definido como,

[...] um conjunto de *normas* que, em determinada sociedade e num dado momento da sua história, mediante a interferência decisória do *Poder*, ordena os *atos sociais* em conformidade com certos *valores*, entendendo-se tais normas não como simples proposições lógicas, abstratas ou formais, mas como substratos que dialeticamente integram e superam, que *sintetizam*, portanto, as tensões entre fatos e valores, os quais, nelas e por elas, tornam-se fatos e valores especificamente *jurídicos*.<sup>49</sup>

A Democracia pode ser entendida “como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana”<sup>50</sup>. Sendo assim, o Estado Democrático de Direito, disposto do artigo 1º, Constituição de 1988, é considerado,

[...] uma organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos [...]. [...] Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 60.

<sup>47</sup> FACHIN, op. cit., p. 163.

<sup>48</sup> SILVA, op. cit., p. 97-98.

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 196-197.

<sup>50</sup> SILVA, op. cit., p. 112.

<sup>51</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 212-213.

Assim sendo, o constitucionalismo é concretizado nas Constituições escritas, e estas proclamam em seus textos a proibição de governos autoritários, a escolha pelo povo de seus governantes e a garantia de proteção aos direitos fundamentais do homem, caso contrário, estar-se-á violando a própria norma constitucional, o que levará ao retorno dos privilégios de classes e autoritarismo por parte do governo. A Constituição brasileira de 1988 tem em seu bojo todos esses ideais, isto é, proclama a não existência de governo autoritário e a garantia de proteção aos direitos individuais do homem.

### 1.3 Definição de constitucionalismo

A definição do que seja constitucionalismo não se mostra consensual no meio acadêmico, e muitas polêmicas circundam em torno do tema. Uma das dificuldades em estabelecer uma definição genérica de constitucionalismo, está em sua historicidade, como verificado acima, assim, se torna dificultoso abarcar as diversas realidades da história, seja atual ou passada, que permita definir constitucionalismo consensualmente.

Desse modo, por constitucionalismo entende-se a limitação do poder do governo, bem como o governo garantidor dos direitos fundamentais do cidadão. De acordo com Canotilho<sup>52</sup>,

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo, uma *teoria normativa política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Nesta definição de Canotilho, há uma ratificação das lutas dos povos em diferentes momentos da história, visto que, buscou-se nas constituições já mencionadas, o respeito aos direitos fundamentais ou humanos, bem como a garantia de um governo democrático, de representação, para todos e de todos. Motta e Barchet<sup>53</sup>, por sua vez, definem constitucionalismo, dizendo,

---

<sup>52</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 51.

<sup>53</sup> MOTTA e BARCHET, op. cit., p. 11.

Embora alguns doutrinadores apresentem sentidos diversos para o termo ‘constitucionalismo’, a acepção que predomina, e que será adotada neste trabalho, considera o constitucionalismo um movimento jurídico e político levado a cabo pela burguesia europeia emergente, nos séculos XVIII e XIX, no bojo de um movimento maior, o Iluminismo. Foi, portanto, produto da ideologia liberal. Seu objetivo era explícito: impor aos Estados absolutistas mecanismos de contenção de poder, o que seria atingido a partir da adoção de Constituições escritas que organizassem o Estado, regulassem o exercício do poder e contemplassem os direitos e garantias fundamentais do homem.

A ideia fixada na definição acima demonstra que a constituição de um país seria a primeira regra imposta a todos que impediria haver governos absolutistas ou autoritários, dando ao povo o direito de escolher seus governantes, e ter seus direitos fundamentais elevados à categoria de máxima importância e, portanto, garantido para todos os indivíduos. Isto é, o homem queria comandar sua vida pública e particular, exigindo, então, que houvesse um mínimo de direitos do homem implementados e respeitados.

Barroso<sup>54</sup>, ao tratar em sua obra sobre o constitucionalismo, conceitua a constituição, e discorrendo no sentido de que,

O constitucionalismo moderno, fruto das revoluções liberais, deu à ideia de Constituição sentido, forma e conteúdo específicos. É certo, contudo, que tanto a noção como o termo ‘Constituição’ já integravam a ciência política e o Direito de longa data, associados à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, Antiguidade clássica ao Estado moderno.

Verifica-se que todas as sociedades políticas tiveram sua Constituição e esta determinava a forma de organizar e de como deveriam funcionar as instituições mais importantes. Como aduz Barroso<sup>55</sup>, “a Constituição *histórica* ou *institucional* designa o modo de organização do poder político do Estado, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional”.

Nas lições de Araujo e Nunes Júnior<sup>56</sup>, sobre o que seja constitucionalismo, os autores escrevem que, “a expressão *constitucionalismo*, ao que se nos afigura, incorpora dois sentidos essenciais. Primeiro, o de movimento, o de organização de pessoas em torno de um ideal, de um objetivo. Segundo, o de Constituição”. E, prossegue,

---

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2011, op. cit., p. 96.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 96-97.

<sup>56</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 26.

[...] constitucionalismo é o movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações.

Constitucionalismo tido como ideologia, é a limitação do poder do Estado, bem como a forma de garantir que os direitos fundamentais sejam protegidos e respeitados pelo governo. Mas também, o constitucionalismo “desde suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação de Poderes e a garantia dos direitos”, como dito por Barroso<sup>57</sup> em sua obra.

Pensar a Constituição de 1988 com base no estudo do constitucionalismo é crer que sua efetivação está na concretização de um Estado Democrático de Direito explicitado logo em seu artigo 1º. Para isso, mostra-se imprescindível que o governo não seja autoritário e os direitos fundamentais do homem sejam concretamente protegidos e aplicados, dando, ainda, ao povo, o direito de escolher livremente os seus representantes.

## 1.4 Neoconstitucionalismo

Não se pode perder de vista que a efetivação do constitucionalismo, após cerca de trinta anos de guerra, visava à garantia e respeito aos direitos fundamentais do homem, bem como impedir a existência de governos autoritários. Nesse sentido, deve-se pensar que a interpretação do Direito deixa de ser legalista para buscar na Constituição a melhor aplicação de todas as normas, pois é dela que nascem e se garantem os direitos fundamentais do homem.

O neoconstitucionalismo começa a ganhar contribuições após a Segunda Guerra Mundial, e concretizou-se recentemente, isto é, no fim do século passado. Após a Guerra há um marco importantíssimo, “a partir desse momento, pode-se falar em vedação ao retrocesso”<sup>58</sup>, momento que são criados o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, com a obrigação de que em tempos de paz a Constituição se preocuparia em firmar um Estado Democrático. Desse modo,

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2011, op. cit., p. 105.

<sup>58</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 29.

[...] o neoconstitucionalismo, como teoria particular que serve para um modelo de Estado constitucional democrático, é mesmo ambicioso no plano conceitual – como teoria do direito –, por oferecer um modelo de direito admitindo sua coexistência com outros modelos encontrados em Estados com organização diversa – com a maior parte dos Estados orientais. Entretanto, é mais pragmático, já que se alicerça nas bases de um modelo concreto e existente, e que pretende reconstruir um direito útil.<sup>59</sup>

No Brasil, o Direito Constitucional ressurgiu com a promulgação da Constituição de 1988, e esta “foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”<sup>60</sup>. E é por intermédio dos direitos fundamentais do homem que este Estado conseguirá concretizar-se efetivamente. Das lições de Moreira, retira-se que,

[...] Hoje se pode afirmar que toda interpretação jurídica é interpretação constitucional. Foi justamente essa força invasora que possibilitou o fenômeno da constitucionalização do direito, isto é, todos os campos jurídicos estudados, a partir das suas regras e diretrizes constitucionais, e enquadrados nos princípios e objetivos da Constituição.<sup>61</sup>

Assim, o que pode ser entendido como neoconstitucionalismo? De acordo com Sarmiento<sup>62</sup>, esta palavra “não é empregada no debate constitucional norte-americano nem tampouco no que é travado na Alemanha”. Na verdade, é conceito criado na Espanha e na Itália, e que o direito brasileiro tem absorvido nos últimos anos. Autores adeptos ao neoconstitucionalismo buscam base em juristas com pensamento diversificados, o autor cita nomes como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, ainda que eles não tivessem ou tenham se intitulado dessa maneira.

Fugindo do positivismo defendido por Kelsen, o neoconstitucionalismo visa à discussão de teorias ou métodos que possam dar solução para os casos considerados difíceis pelo Direito. Assim, há “uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2011, op. cit., p. 29-30.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; et. al. (Coords). **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 53.

<sup>61</sup> MOREIRA, op. cit., p. 27.

<sup>62</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; et. al. (Coords). **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 269.

experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais”, e sim ter-se a ideia do razoável, afastando o Direito das ciências exatas, como retira da obra de Sarmiento<sup>63</sup>.

Fazendo uma separação de conceitos entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo, Paolo Comanducci escreve que ambos são, em princípio, uma teoria e/ou uma ideologia e/ou um método de analisar o direito. Em um segundo momento, o autor diz que ao invés de designar uma teoria, seria visto como uma ideologia. E, assim, escreve Comanducci<sup>64</sup> que,

Neste segundo sentido constitucionalismo e neoconstitucionalismo denotam um modelo constitucional, ou seja, o conjunto de políticas e mecanismos institucionais, realizados em um sistema jurídico e político historicamente determinado, limitando os poderes do Estado e/ou proteger os direitos fundamentais.<sup>65</sup> [TRADUÇÃO DA MESTRANDA]

Para Comanducci<sup>66</sup>, o constitucionalismo moderno seria visto como uma ideologia jurídica, que se divide em três tricotomias, a saber: a primeira relacionada aos objetos e as pretensões do constitucionalismo; a segunda com relação aos meios institucionais que desejam atingir os objetivos do constitucionalismo; e, a terceira relacionada com os meios políticos pelos quais querem realizar os fins. Constitucionalismo, portanto,

[...] É essencialmente uma ideologia que visa a diminuição do poder e a defesa de uma esfera de liberdades naturais ou direitos. [...] O constitucionalismo não é, no entanto, relevante como teoria jurídica: a teoria dominante no século XIX e meados do século XX é definitivamente positivista, e eu acho que o constitucionalismo nunca tentou destronar hegemonia como uma proposta teórica diferente.<sup>67</sup> [TRADUÇÃO DA MESTRANDA]

A definição de neoconstitucionalismo é tarefa difícil, pois está vinculada aos direitos fundamentais do homem, para Cambi,

<sup>63</sup> SARMENTO, op. cit., p. 273-274.

<sup>64</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 75.

<sup>65</sup> En esta segunda acepción ‘constitucionalismo’ y ‘neoconstitucionalismo’ designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.

<sup>66</sup> COMANDUCCI, op. cit., p. 76-83.

<sup>67</sup> [...] es fundamentalmente una ideología, dirigida a La mimitación del poder y a La defensa de una esfera de liberdades naturales, o de derechos fundamentales. [...] El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del Derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primeira mitad del siglo XX es sin duda positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica.

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter *transformador* das Constituições Modernas, pois, como *utopias de direito positivo*, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais. [...] Todavia, as aspirações reformistas começam pela educação dos cidadãos, os quais precisam compreender, criticamente, a sociedade e os possíveis mecanismos para sua transformação.<sup>68</sup>

Nessa linha de pensamento, Moreira<sup>69</sup> aduz que “o neoconstitucionalismo é uma teoria que se enquadra em um Estado em busca de efetividade e transformação, por meios racionais de correção, e em torno de uma identidade própria da Constituição”. Este autor trata do neoconstitucionalismo com aspecto trifásico, a saber: (a) legislativo – produção e renovação das leis a partir das diretrizes constitucionais; (b) judicial – a decisão leva sempre em conta as normas constitucionais, em especial os princípios jusfundamentais; (c) nível político-social – em um nível ainda não alcançado por aqui, de conscientização da sociedade civil dos valores e metas traçados pela Constituição.

O neoconstitucionalismo contemporâneo é analisado, também, por Comanducci<sup>70</sup>, de forma trifásica: “teórico”, “ideológico” e “metodológico”, que o faz diferenciar-se do constitucionalismo. Neoconstitucionalismo teórico seria a descrição do processo que levou uma sociedade a constitucionalização, e que gerou grandes modificações no sistema jurídico. Neoconstitucionalismo ideológico se distingue parcialmente da ideologia constitucionalista, pois coloca em segundo plano o objetivo da limitação do poder do Estado (este era o principal objetivo do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX), assim, coloca em primeiro plano a garantia dos direitos fundamentais. Neoconstitucionalismo metodológico é tido como uma contraposição ao positivismo metodológico e conceitual, e este afirma que as teorias tentam identificar e descrever o Direito como ele é, o que se distingue de como o Direito deveria ser.

Sarmiento, por sua vez, discute sobre o neoconstitucionalismo vinculando-o ao princípio da separação dos Poderes, que dantes gerava uma rígida limitação de atuação do Poder Judiciário. A partir do neoconstitucionalismo, a rigidez com que o princípio da separação dos Poderes se voltava ao Judiciário começa a ser abrandada, permitindo a este ente aplicar ao caso concreto, diretamente, os valores impostos pela Carta Constitucional. Nesse diapasão,

---

<sup>68</sup> CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

<sup>69</sup> MOREIRA, op. cit., p. 27-28.

<sup>70</sup> COMANDUCCI, op. cit., p. 82-83.

[...] No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.<sup>71</sup>

Rosset<sup>72</sup> escreve que “o termo neoconstitucionalismo foi cunhado para identificar uma perspectiva jusfilosófica que se coloca como intermediária entre positivismo jurídico e jusnaturalismo”. Nesse sentido, reconhecer que o neoconstitucionalismo nasce como uma oposição ao positivismo, “sobretudo nas teses relativas à separação entre direito e moral e à exclusão dos referentes políticos da norma”. Por isso afirma-se que o neoconstitucionalismo, tem como base primordial, duas dimensões novas, a saber: “uma sociológica e outra política, uma vez que ele traz implícita, como dado relevante, a questão social”. E tudo isso só será possível quando a norma constitucional se tornar efetiva.

Em última análise, pode-se verificar que o neoconstitucionalismo reuniria o constitucionalismo teórico, ideológico e metodológico, isso de acordo com a sistematização dada por Paolo Comanducci. Seria dizer que o constitucionalismo deságua no neoconstitucionalismo quando há a efetiva construção do Estado Democrático de Direito, a qual impõe e garante todos os direitos fundamentais do homem, como também, proíbe que haja governos autoritários.

Pensar o neoconstitucionalismo dentro do tema principal deste estudo é, mais uma vez afirmar que, a norma constitucional deve ser aplicada direta e imediatamente ao caso concreto. Noutras palavras é, fazer valer os direitos e as medidas protetivas criados pela Lei 11.340/2006 em casos de violência doméstica em que figurar como vítima o homem, os homossexuais, tios, avós, filhos, isto é, em nome do princípio da igualdade reconhecer a todas as formas de família o direito de proteção daquela importante lei.

## 1.5 Princípios e regras

Antes de adentrar especificamente nos princípios constitucionais que norteiam este estudo, far-se-á uma breve análise sobre o que se considera princípio e o que se considera

---

<sup>71</sup> SARMENTO, op. cit., p. 274.

<sup>72</sup> ROSSET, Patrícia. Reflexões acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLEIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; et. al. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 374.

regra e quais suas implicações de acordo e com base na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Com o novo modelo de Estado, o chamado Estado Democrático de Direito, fase que se convencionou titular de pós-positivista (fases anteriores: jusnaturalista e juspositivista), os princípios são tidos com eficácia jurídica, se transformando, na visão de Melo<sup>73</sup>, “em elementos hegemônicos sob os quais todo sistema político-constitucional moderno se alicerça”. Noutras palavras, no Estado Democrático de Direito, os princípios ganham força de normas de direito, funcionando como “eficazes critérios de interpretação e de integração de todo o ordenamento por meio de seu efeito irradiante por todo o sistema jurídico”.

Os constitucionalistas fazem uma distinção teórica e/ou doutrinária sobre princípios e regras constitucionais. Mas antes, é preciso diferenciar a norma do dispositivo, para se chegar ao entendimento da diferença entre princípios e regras. Em sua obra, Ávila<sup>74</sup>, faz a distinção entre texto/dispositivo e norma, dizendo que, “normas não são textos nem conjuntos deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Os dispositivos, por sua vez, “se constituem no objeto da interpretação”, já as normas, “no seu resultado”.

Pode-se dizer, então, que entre a norma e o dispositivo não há correspondência, pois um dispositivo poderá existir sem a norma, assim como a norma poderá existir sem o dispositivo. Assim, onde houver dispositivo não será obrigatória a presença da norma, e onde houver a norma não será obrigatória à presença do dispositivo. Ávila<sup>75</sup> escreve ainda que, “pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma”, bem como, “há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma”.

Desta análise, verifica-se que as normas se constroem pelo intérprete, e este toma como base os dispositivos na realização da interpretação. Por isso “não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio”, sendo assim, “o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem”. Por isso que, qualificar a norma como princípio ou como regra, dependerá da interpretação constitutiva realizada pelo intérprete, de acordo com as lições retiradas da obra de Ávila<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. Noções básicas da teoria dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 409-410.

<sup>74</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 33.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 37-38.

Pode-se dizer que, tanto os princípios quanto as regras são normas. Dessa forma, princípios e regras são espécies de normas. Para Canotilho<sup>77</sup>, “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”, já as regras, “são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida”.

Na análise feita por Dworkin<sup>78</sup>, princípios e regras possuem diferença de “natureza lógica”. Assim, “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”. Princípio é, “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Já as regras são conceituadas como, “aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

Assim sendo, mesmo considerando que a regra é válida ou inválida, há possibilidade de exceções, e, estas precisam ser enunciadas para não tornar imprecisa e incompleta a regra. Com os princípios é diferente, nestes será enunciada a razão que conduzirá um argumento em uma direção certa. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, as regras não possuem.

Desse modo, de acordo com Dworkin<sup>79</sup>, quando houver colisão (intercruzamento) entre princípios, será preciso levar em conta a “força relativa de cada um”, sendo necessário perguntar “que peso ele tem ou quão importante ele é”, para decidir o caso de maneira correta, aplicando o princípio que caiba no contexto processual. Em caso de conflito entre regras a resolução, dada pelo autor, é diversa, pois “as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes” (válida ou inválida), por isso, ou a regra será aplicada ao caso ou não será, essa solução pode ser determinada pelo sistema jurídico por intermédio da criação de outras regras, “que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”, isso dependerá de cada sistema jurídico.

A preocupação de Alexy, em diferenciar princípios de regras, está ligada a teoria dos direitos fundamentais. Isso se dá pelo fato de que, os direitos fundamentais, quando em

---

<sup>77</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1161.

<sup>78</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p. 36-39.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 42-43.

conflito, requerem solução para aplicação no caso concreto, por isso é preciso compreender o que são princípios e o que são as regras, para garantia da correta fixação de direitos fundamentais. De acordo com este autor<sup>80</sup>, “essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito”. Além disso, a distinção entre princípios e regras está ligada aos limites de possibilidade dos direitos fundamentais.

Ao fazer a distinção entre princípios e regras, Alexy<sup>81</sup> deixa claro, assim como Humberto Ávila, que ambas são espécies de normas, visto que “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”. Nesse sentido, ele se filia a tese em que a diferença entre princípios e regras é considerada uma distinção qualitativa e não de grau. Assim, princípios, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, por isso dizer que, “princípios são *mandamentos de otimização*” (permissão e obrigação). As regras, por sua vez, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Desse modo, “se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos”, as regras possuem “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.

É possível pensar, então, que os princípios se distinguem das demais normas jurídicas (regras), pois eles, de acordo com Rothenburg,

[...] tem suas propriedades, diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles *expressão primeira dos valores fundamentais* expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)*.<sup>82</sup> [GRIFO NOSSO]

Viável a assertiva acima, visto que os princípios possuem elevado grau de abstração e baixa densidade normativa, já as demais normas, as regras, contemplam grau elevado de densidade normativa. Nesse rumo, “os princípios são dotados de *vagueza*, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve

---

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direito fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 85.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 87-91.

<sup>82</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. tir. com acréscimos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 16.

orientar-se todo ordenamento jurídico”<sup>83</sup>. Porém, não significa dizer que os princípios sejam genéricos ou mesmo imprecisos, pelo contrário, os princípios “possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato”<sup>84</sup>. [GRIFO NOSSO]

Dentre outros motivos, faz-se a distinção entre princípios e regras para que no momento de colisão entre princípios e de conflito entre regras, seja possível aplicar mais adequadamente o direito ao caso concreto, não se permitindo qualquer violação, principalmente, aos direitos fundamentais. Isto é, se no caso a ser julgado se apresentam mais de um princípio ou mais de uma regra, é preciso haver solução para que as partes da lide não sejam prejudicadas, tendo em vista a efetivação da garantia de justo julgamento, estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Analisando as normas constitucionais, Motta e Barchet<sup>85</sup> elencam duas categorias básicas para dividir as normas jurídicas, sendo elas: “as normas cogentes e as normas dispositivas”. Para estes autores,

As normas cogentes possuem imperatividade em grau absoluto no sentido de que impõem aos seus destinatários independentemente de sua anuência. É, no caso, de nenhuma valia a vontade do sujeito: basta que a situação em concreto da qual ele participe amolde-se a hipótese em abstrato prevista na norma jurídica, e esta incide automaticamente, disciplinando a relação jurídica. [...] As normas dispositivas, por sua vez, são aquelas que estabelecem uma regra, mas permitem que seus destinatários disponham de forma diversa da nela estabelecida. [...] Perceba-se que a norma dispositiva goza de imperatividade apenas em grau menor que a norma cogente. Esta incide sempre, independentemente da vontade das partes, ao passo que norma dispositiva pode ter sua incidência afastada pela vontade individual.

Quando se tratar de conflito de regras, a solução dada por Alexy<sup>86</sup> aparece de duas formas. Na primeira delas, havendo conflito entre regras, deverá ser introduzida uma cláusula de exceção para eliminar o conflito. Na segunda, caso a cláusula de exceção não seja viável, será preciso que uma das regras seja declarada inválida, e, conseqüentemente, retirada do ordenamento jurídico. Escreve, então, este autor que, “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”. Nesse sentido, a importância está sobre a validade da norma e não em sua especialidade ou generalidade.

---

<sup>83</sup>ROTHENBURG, op. cit., p. 18.

<sup>84</sup>Ibidem, p. 18.

<sup>85</sup>MOTTA e BARCHET, op. cit., p. 35-36.

<sup>86</sup>ALEXY, op. cit., p. 92-93.

A análise da colisão entre princípios é distinta da realizada entre as regras. Desse modo, quando dois princípios colidirem, um deles terá que ceder, e não haverá a invalidação, nem inclusão de cláusula de exceção, no que se refere à norma não aplicada, como é feito no conflito de regras. Isso ocorre, pois um dos princípios colidentes terá precedência com relação ao outro, dependendo das condições. Noutras condições, se resolve a questão da precedência de forma oposta. Escreve Alexy<sup>87</sup>, “nos casos concretos, os princípios têm peso diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”.

Fica claro, portanto, que na teoria de Alexy, a distinção entre regras e princípios está intimamente ligada aos direitos fundamentais, bem como a necessidade de solução nos casos de conflito entre regras e/ou nos casos de colisão entre princípios. Como visto, soluciona-se de forma distinta a colisão e o conflito. De saber que, os princípios não serão invalidados, mas a aplicação de um em detrimento de outro, se fará pela precedência de um princípio sobre o outro. Já as regras, quando conflitarem, ou será incluída uma regra de exceção ou uma regra será invalidada para aplicação da outra.

Seguindo o estudo sobre conceito de regras e princípios, para Ávila<sup>88</sup>, regras podem ser conceituadas como sendo,

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Nota-se que as regras estão no ordenamento jurídico para descrever condutas, e que estas deverão ser realizadas da forma como consta do dispositivo. Assim, como visto acima, se uma regra conflita com outra regra, aquela que não prevalecer para aplicação ao caso concreto, deixará de ter validade, deixará de existir. Princípios, de acordo com Ávila<sup>89</sup>, são,

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

---

<sup>87</sup> ALEXY, op. cit., p. 93-94.

<sup>88</sup> ÁVILA, op. cit., p. 85.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 85.

Nesse sentido, diz-se que os princípios são um fim a ser conseguido, é a prospecção que se faz de um fim a ser atingido. Sendo necessário, portanto, que sejam adotados certos comportamentos, já que sua realização é necessária e indispensável. Dizer, ainda, que os princípios se relacionam com os valores, mas não em todas as situações, isto porque, os valores apenas atribuirão um valor ou qualidade que seja positiva a uma coisa, já os princípios indicarão condutas a serem obrigatoriamente praticadas com o intuito de promover um estado de coisas.

Levando em conta a distinção feita entre regras e princípios, é preciso esclarecer que ambos convivem dentro de um sistema de forma harmoniosa, visto que não se faz um sistema exclusivamente de princípios ou exclusivamente de regras. Isso ocorre, pois os princípios são flexíveis e as regras são demasiadamente rígidas e descrevem comportamentos. Desse modo, um sistema de normas necessita da flexibilidade dos princípios e da rigidez das regras.

Por isso, não se pode dizer que há superioridade entre as regras e os princípios, tendo em vista que, ambos são demasiadamente importantes para um sistema, isso se dá pelo fato de que, “cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma”, o fato, é que a Constituição Brasileira, por sua vez está “repleta de regras”, como escrito por Ávila<sup>90</sup>, bem como, possui seus princípios norteadores.

O que Ávila<sup>91</sup> defende, no que se refere às regras é, “um modelo moderado e procedimentalizado, que valoriza a função e a importância das regras, sem, no entanto, afastar a sua extraordinária superação”. No que se refere aos princípios, o mesmo autor fala de, “um modelo criterioso de aplicação, no qual os princípios têm funções específicas que não afastam pura e simplesmente as regras eventualmente aplicáveis”.

Nas teorias de Dworkin e Alexy, como já visto, faz-se a diferenciação de princípios e regras baseando-se no “modo de aplicação e no modo de colisão”, dizer, então que, “as regras seriam aplicadas mediante ‘subsunção’, os princípios seriam aplicados mediante ‘ponderação’”. Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios possuem força normativa, chamada de *prima facie* por Ávila<sup>92</sup>, porém, a força normativa não se apresenta em todos os princípios, como também não é característica que os define.

Considerando que os princípios são aplicados de acordo com a ponderação, deve-se entender que quando houver colisão entre princípios um deles será afastado, isto é, um

---

<sup>90</sup> ÁVILA, op. cit., p. 129.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 131.

princípio ficará prejudicado em relação a outro princípio. Essa tem sido a posição adotada, quase que na totalidade, pela doutrina brasileira. O método da ponderação foi introduzido, como já mencionado, pelas teorias de Dworkin e Alexy.

A ponderação por sua vez, como se sabe, leva ao afastamento de um princípio para prevalência e aplicação de outro princípio. Porém, essa ponderação, no que se refere à colisão de princípios, não ocorre no sentido restrito, tendo em vista que, “a ponderação pressupõe a *concorrência horizontal* entre princípios, e nem todos os princípios mantêm uma *relação paralela* entre si”, como escrito por Ávila<sup>93</sup> em sua obra.

Dessa forma, Ávila<sup>94</sup> critica o método da ponderação quando se aplica um princípio em detrimento de outro, isto é, quando se afasta um princípio para que outro seja aplicado, ao mudar “o foco da distinção, que deixa de ser o conflito, e passa a ser a justificação”. Se o critério de distinção deixa de ser a colisão, e tem-se agora a justificação, como consequência disso, o conceito de princípios também se modifica. De acordo com o autor, os princípios são caracterizados, “como normas prescritas de fins a serem atingidos e que servem de fundamento para a aplicação de outras”. Portanto,

[...] Os princípios deixam de ser caracterizados como normas carecedoras de ponderação e passam a ser qualificados como normas fundamentais e genéricas que demandam complementação por outras normas, quer em nível horizontal, quer em nível vertical. A capacidade de afastamento é elemento meramente contingente, não necessário dos princípios.

Verifica-se que está havendo uma mudança na distinção feita pela doutrina entre princípios e regras, pois as teorias de colisão já não se mostram mais eficazes para o sistema jurídico. Por essa razão, Ávila sustenta que, “embora as regras e os princípios careçam de um sopesamento de razões para sua aplicação, eles não se submentem ao mesmo processo discursivo, argumentativo e justificativo para sua aplicação”<sup>95</sup>.

Desse modo, as normas, sejam elas princípios ou regras, vão estatuir prescrições gerais, que deverão ser interpretadas, para serem aplicadas ao caso concreto. Mas, não poderá o intérprete tratar com desprezo o modo como a Constituição quis normatizar as condutas humanas. Nos dizeres de Ávila<sup>96</sup>,

---

<sup>93</sup> ÁVILA, op. cit., p. 132.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 138-139.

<sup>95</sup> Ibidem, 140.

<sup>96</sup> Ibidem, 141.

[...] os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais, como se o intérprete pudesse aplicá-los apenas quando assim o desejasse. Os princípios, ao invés disso, instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas. [GRIFO NOSSO]

Sendo assim, não se pode mais pensar na aplicação de princípios como se fosse possível preferir um princípio afastando-se outro princípio. É dizer que os princípios não estão organizados horizontalmente sendo possível aplicar um em detrimento de outro, mas sim, que devem ser entendidos e aplicados como prescrições gerais, com a finalidade de promoção do fim que é devido, o fim à que foi criado pela Constituição, valendo-se da interpretação coerente.

Será por intermédio dos postulados que se realizará prevalência de uma norma sobre a outra. Por postulado entende-se, no escrito por Ávila que, “funcionam de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico”, assim, os postulados são normas “metódicas”, que “estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade” e, “que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito”<sup>97</sup>.

Pode-se entender, então, que Ávila afasta o modelo criado por Alexy sobre a solução em caso de conflito de regras e colisão de princípios. Para Ávila far-se-á a interpretação, seja dos princípios ou das regras, para solucionar e aplicar de forma correta o direito objetivo ao caso concreto. Esta interpretação deverá ser feita de forma coerente, pois “a coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação”<sup>98</sup>. Por isso, não se fala mais em hierarquia de normas, e sim, na sua coerente aplicação, baseada na justificação e na coerência.

Os princípios, portanto, ganharam força normativa, viu-se acima que são considerados normas *prima facie*. Assim, é possível afirmar e autorizar sua aplicação direta ao caso concreto, sem a necessidade de intermediação das regras, como se via no modelo juspositivista. Nesse sentido, as decisões podem e devem ser justificadas com base na própria norma constitucional, sem que isso afete o ordenamento jurídico.

Com tais análises, verifica-se que Alexy e Dworkin fixaram teoria para solucionar colisão de princípios e conflito de regras. Ávila, por sua vez, faz uma crítica às teorias dos autores citados, criando um novo modo de resolver o conflito de regras e a colisão de princípios, afastando a prevalência de um sobre o outro e elegendo a ponderação das normas para solução da colisão entre princípios.

---

<sup>97</sup> ÁVILA, op. cit., p. 144.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 148.

O Direito é mutante, sendo assim, à medida que os direitos fundamentais do homem vão se efetivando a contento no caso concreto, a solução dada para a colisão e o conflito vão se aperfeiçoando, com a finalidade de efetivação da justiça, deixando esta o mundo abstrato das normas, passando a fazer-se valer no mundo dos indivíduos reais.

## 1.6 Direitos fundamentais

Quando se fala em direitos fundamentais, recorre-se, de pronto, ao estudo sobre constitucionalismo, que efetivado, proíbe a existência de um governo arbitrário, e protege os direitos humanos fundamentais. Verifica-se que os direitos fundamentais, também chamados de direitos humanos, ainda são direitos que precisam ser protegidos e efetivados/aplicados quase que no mundo todo, visto que, apesar de existirem normas que regulamentem sua proteção, a realidade está um pouco distante do que se pretende com a teoria dos direitos fundamentais do homem.

Importante frisar que no artigo 5º, §1º, da Constituição de 1988, tem-se que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Mas, “a doutrina pátria ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao significado e alcance do preceito em exame”, assim como, afirma Sarlet<sup>99</sup>:

[...] o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, §1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável [...]

Não se pode perder de vista que os direitos fundamentais do homem foram conquistados por meio de muita luta e reivindicações contra as inúmeras injustiças e arbitrariedades contra o ser humano. É preciso, então,

[...] reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev., atual. e amp. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 261-262.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 53.

Pensar em direitos fundamentais, de antemão a doutrina mostra sua controversa no que se refere a esta terminologia. Das lições de Fachin<sup>101</sup>,

Existem diversas terminologias utilizadas para designar direitos fundamentais. As mais empregadas são: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos da pessoa humana, direitos da personalidade, direitos fundamentais do homem e direitos humanos fundamentais.

Na perspectiva do Estado Constitucional, tem-se que os direitos fundamentais são instituídos com o intuito de limitar o poder estatal, bem como garantir a separações dos Poderes. Por isso dizer que os direitos fundamentais,

[...] integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.<sup>102</sup>

Nesse diapasão, pode-se afirmar que os direitos fundamentais não se limitam apenas aos direitos individuais e coletivos do indivíduo, mas vai muito além disso, figurando como fundamento de todo conjunto jurídico de normas. Os valores dos direitos fundamentais se ligam às funções e importância do Estado de Direito. Esses direitos também se relacionam à questão da Democracia, pois se eles não forem garantidos, não haverá Democracia. Então, o Estado Democrático de Direito só será possível quando os direitos fundamentais estiverem garantidos e efetivados.

No Brasil, as constituições inscreveram no texto os direitos fundamentais do homem. Porém, algumas das constituições brasileiras não trouxeram explicitamente, em seu texto, a declaração de direitos. A Constituição de 1824 foi a primeira a reconhecer os direitos do homem com concepção jurídica, e dedicou no seu artigo 179, a proteção de direitos e garantias individuais.

Em 1891, foi inscrito um Título com uma *Declaração de Direitos*, que assegurava aos brasileiros e estrangeiros, que residissem no Brasil, à inviolabilidade dos direitos à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade*, como dispunha o artigo 72 daquela. A Constituição

---

<sup>101</sup> FACHIN, op. cit., p. 207.

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 2010, op. cit., p. 58.

de 1934 fez constar um título especial que tratava da *Declaração de Direitos*, neste havia explícita a proteção aos direitos e garantias individuais, bem como aos direitos de nacionalidade e direitos políticos. A Carta de 1937 foi ditatorial, e nela não se previa o respeito aos direitos do homem.

Sucedendo a Carta ditatorial, em 1946 a Constituição tinha um título com a *Declaração dos Direitos*, o qual abrangia a proteção dos *Direitos e Garantias Individuais*, (art. 129 a 144), foi nesta a primeira vez em que se dispôs, não sobre o *direito à subsistência*, mas se escreveu *direito à vida*, que se repetiu na Constituição de 1967 (art. 151). Na Constituição de 1946, 1967 e 1969, apareceram mais claramente os *direitos sociais e econômicos*.

Por fim, a Constituição de 1988. Nesta aparece uma técnica mais moderna na divisão dos direitos do homem, e consta o título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, que abrange os *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, os *Direitos Sociais*, os *Direitos de Nacionalidade*, os *Direitos Políticos* e os *Partidos Políticos*.

Ainda que a doutrina trate dos direitos fundamentais com terminologias diferentes (direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas), e algumas vezes isso ocorre tendo em vista a época em que os direitos fundamentais foram protegidos, verifica-se que o termo usado, e sugerido como mais adequado por José Afonso da Silva é, *direitos fundamentais do homem*. Silva<sup>103</sup> escreve que,

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Desse modo, pode-se dizer que a terminologia, direitos fundamentais do homem protege e faz efetivar direitos que garantem para pessoa humana vida e sobrevivência digna, impedindo que fiquem apenas descritas nas normas, e impelindo ao Estado que sejam

---

<sup>103</sup> SILVA, op. cit., p. 178.

aplicados ampla e irrestritamente, como efetivação do Estado Democrático de Direito, ao qual se intitula o Brasil.

Canotilho<sup>104</sup>, quando se refere aos direitos fundamentais, também discorre sobre sua fundamentação formal e material. No aspecto formal, tem-se uma associação à constitucionalização de tais direitos, e este autor indica quatro dimensões relevantes, “(1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica”, por serem normas constitucionais “(2) encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão”, como são normas que incorporam os direitos fundamentais, “(3) passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão”, e, por vincularem os poderes públicos, “(4) constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”.

Ao referir-se a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, Canotilho escreve que, “o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”<sup>105</sup>. Nesse sentido, dizer que, quando as normas de direitos fundamentais forem consagradas concretamente (material), ter-se-á a possibilidade de concretizar-se e desenvolver-se a totalidade do sistema constitucional, caso contrário, os direitos fundamentais não serão efetivamente protegidos e aplicados.

Bonavides<sup>106</sup>, ao tratar em sua obra sobre os direitos fundamentais, assevera,

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Por isso, quando em uma Constituição nega privilégios a determinadas pessoas, se proíbe governos autoritários e se protege universalmente os direitos fundamentais do homem, passa-se a efetivar estes, tanto formal, quanto materialmente, pois só assim, será possível garantir vida digna a todos indistintamente.

Os direitos fundamentais do homem são classificados pela doutrina, porém, não há consenso nesta divisão. Silva<sup>107</sup> os classifica da seguinte forma: “(1) *direitos individuais* (art. 5º); (2) *direitos à nacionalidade* (art. 12); (3) *direitos políticos* (arts. 14 a 17); (4) *direitos*

<sup>104</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 378-379.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 379.

<sup>106</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 562.

<sup>107</sup> SILVA, op. cit., p. 183-184.

*sociais (arts. 6º e 193 e SS); (5) direitos coletivos (art. 5º); (6) direitos solidários (arts. 3º e 225)”. Para este autor, “a classificação que decorre do nosso Direito Constitucional é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela”.*

De acordo com Bonavides<sup>108</sup>, os direitos fundamentais são classificados em gerações, a saber: de “primeira geração são os direitos da liberdade”, sendo eles, “os direitos civis e políticos”, estes direitos “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado”, e são “faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade que é seu traço mais característico”. [GRIFO NOSSO]

Os direitos fundamentais considerados de segunda geração são os chamados, *direitos sociais, culturais e econômicos*, incluindo também os *direitos coletivos*. Estes direitos, segundo Bonavides<sup>109</sup>, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. Na segunda geração, os direitos aparecem como garantias do indivíduo de atos arbitrários cometidos pelo Estado. [GRIFO NOSSO]

No que se refere aos direitos fundamentais de terceira geração, se inclui a fraternidade. Este está acrescido aos direitos de liberdade e igualdade, para Bonavides<sup>110</sup>, são “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”, e são “direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”, mas sim a proteção do “gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Pertence à fraternidade o *direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade* e de *comunicação*. [GRIFO NOSSO]

A quarta geração de direitos fundamentais está ligada ao final da institucionalização do Estado Social, a ela pertencem o *direito à democracia, à informação e ao pluralismo*. Para Bonavides<sup>111</sup>, desses direitos “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. Por intermédio desses direitos estaria o futuro da cidadania e o que virá de positivo em relação à liberdade de todos os povos, assim seria possível e legítima a globalização política. [GRIFO NOSSO]

---

<sup>108</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2006, op. cit., p. 563-564.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 564.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 569.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 571.

Noutra visão sobre a divisão dos direitos fundamentais, Fachin, cita em sua obra a quinta geração, que segundo este autor, “a origem dessa nova dimensão de direitos fundamentais remonta ao final do século XX”. Levando em conta que no século XX registram-se extermínio e genocídio de milhões de pessoas, faz-se necessário pensar, na ótica dos direitos fundamentais, os direitos que estão ligados ao amor, ao cuidado e à compaixão, de uns para com os outros. [GRIFO NOSSO]

Ainda que parte da doutrina, como acima se viu, faça divisão dos direitos fundamentais em gerações, Sarlet<sup>112</sup>, por sua vez, critica este termo (gerações), pois

[...] pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da moderna doutrina.

A crítica deste autor é com a terminologia, e não com o conteúdo que compõem as gerações ou dimensões. Dividindo em dimensões, os direitos fundamentais se mostram da seguinte forma: na primeira dimensão, estão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, direitos políticos – são os chamados direitos civis e políticos; na segunda dimensão, estão o direito à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, garantia de salário mínimo etc. – são os chamados direitos sociais; na terceira dimensão, estão o direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, de comunicação – são os chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade; na quarta dimensão, estão o direito a democracia, à informação, contra a manipulação genética, contra a mudança de sexo – são chamados de direitos fundamentais globalizados.<sup>113</sup> [GRIFO NOSSO]

Sabe-se, também, que a doutrina faz a diferenciação entre *direitos* e *garantias fundamentais* dispostas na Constituição Federal. Nesse sentido, direitos fundamentais são os bens e as vantagens que estão prescritos na norma da Constituição. As garantias, por sua vez, são os instrumentos que serão utilizados para assegurar (garantir) o exercício dos direitos, já previstos na norma, em situações de violação destes.

Importante salientar que não há consenso na classificação dos direitos fundamentais do homem, mas, é certo que em todos os critérios utilizados está se contemplando a efetiva proteção desses direitos, visto que só assim será viável a constituição de um verdadeiro

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 2010, op. cit., p. 45.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 45-52.

Estado de Direito. Neste estudo, destacou-se apenas, algumas das classificações que a doutrina oferece aos juristas, para dar luz ao tema proposto. Dentre os direitos fundamentais do homem, este trabalho tratará da dignidade da pessoa humana (primeira dimensão), e do direito a igualdade (segunda dimensão).

### 1.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O direito a vida está elencado no *caput* do artigo 5º, Constituição Federal, que dispõe, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. [GRIFO NOSSO] Neste direito está incluído o direito de não ser morto (estar vivo), o direito a ter uma vida digna (dignidade humana), o direito à liberdade, o direito à integridade física, o direito à privacidade e o direito à integridade moral.

Encontra-se na doutrina muitas definições sobre o que é vida humana, dentre eles, Silva<sup>114</sup> discorre sobre vida como objeto de direito, escrevendo que, “*vida*, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”, e continua ao dizer que a vida “transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte”.

Desse modo, o ser humano enquanto vivo, é detentor de direitos e obrigações, previamente fixados nas normas. Assim, o direito à vida é a fonte primária dos demais direitos humanos. Não se pode discutir o direito à igualdade, por exemplo, sem que o indivíduo esteja vivo. O direito de estar vivo, de acordo com Silva<sup>115</sup> é o “direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”, isto porque, qualquer outra forma que determine o fim da vida, será punida pelo Direito Penal, salvo as exceções fixadas na própria norma.

Dentre os direitos abrangidos pelo direito à vida, como visto, está o direito a vida digna, portanto, aqui está inscrito o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, Constituição Federal: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

---

<sup>114</sup> SILVA, op. cit., p. 196.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 197.

Democrático de Direito e tem como fundamentos”, no inciso III, “a dignidade da pessoa humana”.

Por vida digna, ainda que não haja conceito absoluto nem mesmo consenso doutrinário sobre o tema, pode-se entender a garantia dada ao ser humano, de viver em condições vitais básicas, e ainda, proíbe-se a utilização da tortura, da pena de morte, das penas cruéis, dos trabalhos forçados etc., isto é, eleva-se o direito de viver de forma saudável (digna) e veda-se qualquer tratamento com o ser humano que possa causar-lhe sofrimentos físicos ou mentais.

Há, dentre muitos e diversos doutrinadores, a busca da definição do que seja dignidade humana, umas delas reúnem a filosofia e o direito, nesse sentido Sarlet<sup>116</sup> escreve que a melhor forma de uma sociedade democrática discutir o que é a dignidade da pessoa humana, é estabelecendo “contornos nucleares”, relacionando os diálogos entre os filósofos e os juristas, para assim tentar compreender as inúmeras dimensões que a dignidade humana possui, tornando possível sua “realização prática para cada ser humano”. As dimensões destacadas por Sarlet são: dimensão ontológica; dimensão comunicativa e relacional como o reconhecimento pelo(s) outro(s); a indispensabilidade de uma perspectiva histórico-cultural; dupla dimensão negativa e prestacional da dignidade; fórmula minimalista do homem-objeto para uma conceituação analítica.

Na lição de Barzotto<sup>117</sup>, “a pessoa é um indivíduo que existe em si”, assim, quando se fala de pessoa, “não está se falando do *homem* (uma abstração ou essência: animal racional e social), mas de *algum homem*, um ser concreto, real”, desse modo, “a pessoa humana não é a natureza humana, mas o ato de existir de uma natureza humana”. Por isso, para dizer se a pessoa humana é ser em si, deverá ser considerada na efetivação da natureza humana, e não em uma mera abstração.

No que concerne à definição de dignidade, escreve Nunes<sup>118</sup> que, “a dignidade nasce com o indivíduo”, por essa razão, “o ser humano é digno porque é”. Dessa forma, a dignidade é inerente à pessoa, pois nasce com ela e passa a agregar direitos, como se fosse um “acréscimo de dignidade”, passando a ser digno, também, a sua liberdade, seu pensamento, suas ações etc. Pode-se dizer, então, que a dignidade da pessoa humana é vista, também,

---

<sup>116</sup> As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 14-15.

<sup>117</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e Reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 43-44.

<sup>118</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 48-49.

como, “uma conquista ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana”.

Martins<sup>119</sup>, ao referir-se sobre a dignidade da pessoa humana, coloca-a, como outros autores, como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, escrevendo que, “o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base, o alicerce, o fundamento da República e do Estado Democrático de Direito por ela instituído”. Nesse sentido, a Constituição de 1988 fez da dignidade da pessoa humana um valor supremo da ordem jurídica, incorporado como princípio.

De acordo com a lição de Nunes<sup>120</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana “é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”. Isso significa afirmar que este princípio é pleno e real, o que obriga os juristas a levá-lo em conta em toda e qualquer situação. Caso contrário, estar-se-á desmerecendo um princípio que fundamenta Estado Democrático de Direito insculpido na Constituição de 1988.

Noutra análise, Martins<sup>121</sup> afirma que, “a dignidade da pessoa humana se enquadraria no que parte da doutrina costuma chamar de conceito jurídico indeterminado”, mas isso não significa que “todo e qualquer conteúdo seja possível – ao contrário, alguns conteúdos seriam mesmo vedados”. Nesse sentido, caberá ao intérprete alcançar a noção do que seja o conceito deste princípio, buscando no sistema jurídico o que é compatível com a importância que lhe foi dada pelo constituinte, tendo em vista que é tido como fundamento do Estado Democrático de Direito do Brasil.

Em caso de colisão entre a dignidade de duas ou mais pessoas, prefere Nunes<sup>122</sup>, a solução por intermédio do princípio da proporcionalidade, chamado por este autor, de *princípio da proporcionalidade especial*. Nesse sentido, havendo colisão, far-se-á uso dos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade para resolução da aparente colisão. Os elementos são: *adequação*, *exigibilidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

A *adequação* está ligada ao fim desejado, e à utilidade o fim pretendido no caso. A *exigibilidade* procura atingir o mínimo possível os valores que estão garantidos na Constituição e que estejam em aparente conflito ou colisão. E, a *proporcionalidade em sentido estrito*, refere-se à aplicação de meio mais vantajoso, visando efetivação do princípio

---

<sup>119</sup> MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. 3. tir. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005, p. 71-72.

<sup>120</sup> NUNES, op. cit., p. 51.

<sup>121</sup> MARTINS, op. cit., p. 112-113.

<sup>122</sup> NUNES, op. cit., p. 51-52.

chamado de prevalente, porém, não se permite a desvalorização dos demais princípios colidentes com o ‘prevalente’.

O princípio que prevalece dentre todos os outros princípios, constitucional ou não, é o princípio da dignidade da pessoa humana, isto porque, é ele quem dá base a República Federativa do Brasil. Sendo assim, quando a colisão estiver entre o princípio da dignidade humana de duas ou mais pessoas, mesmo sendo tarefa difícil, a solução será dada por intermédio do princípio da proporcionalidade, verificando-se corretamente seus três elementos (adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito) para ‘prevalecer’ a dignidade de um, em detrimento da do outro, sem que isso afete por completo a dignidade ‘não prevalente’.

Tudo isso para dizer que um princípio não invalida o outro, mas que haverá a prevalência de um princípio e o afastamento do outro, por intermédio da verificação dos elementos do princípio da proporcionalidade, sem com isso fazer desaparecer a norma inscrita no princípio não aplicado ao caso, e dando a este, também, proteção, a depender de cada situação analisada na lide.

Em caso de colisão de princípios, ainda que não trate especificamente da colisão da dignidade humana de duas ou mais pessoas, Humberto Ávila, menciona solução diversa da prevalência caracterizada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, asseverando que é por intermédio da justificação e da interpretação coerente, que se fará efetivar os direitos fundamentais quando em conflito ou colisão, fazendo-se valer dos postulados que prevalecerá um direito sobre o outro.

Verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, foi criado pela Constituição de 1988 como valor de máxima relevância jurídica, que tem a pretensão de norma plena, isto é, de plena e irrestrita aplicação, bem como de absoluto respeito, isto, pois, foi incluído como “princípio constitucional fundamental da ordem jurídica brasileira”<sup>123</sup>, se mostrando superior aos demais princípios inscritos na norma.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana se coloca como base do Estado de Direito, e, não perdendo de vista que o artigo 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal, dispõe que homens e mulheres são iguais perante a lei, o fato é que, a dignidade é para todos,

---

<sup>123</sup> MARTINS, op. cit., p. 98.

sem qualquer distinção ou preconceito de credo, raça, religião, orientação sexual etc. Nesse sentido, Piovesan<sup>124</sup> aduz,

[...] o valor da cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o Direito Constitucional não só como tradicional ramo político do sistema de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça.

Desse modo, quando o artigo 3º, Lei 11.340/2006, garante à mulher dignidade humana, não está afastando o direito à dignidade do homem. Por isso, se homem e mulher têm garantido o direito a ter uma vida digna, nada; nem mesmo uma regra (Lei Maria da Penha) poderá impedir que as medidas protetivas da referida Lei, sejam fixadas em favor de um homem vítima de agressões domésticas, isto é, contra a mulher autora das lesões físicas, morais, materiais ou psicológicas.

Decisões diferentes desse raciocínio ferem o Estado de Direito, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Pois a Carta da República não distinguiu o homem da mulher para garantia de dignidade humana, muito pelo contrário, deixou explícito que todos, sem distinção de qualquer natureza ou gênero, têm o direito de viver dignamente, e, portanto, o homem é detentor dos direitos mencionados na Lei Maria da Penha, no que se refere às medidas protetivas.

### 1.6.2 Princípio da igualdade

Com base na classificação dos direitos fundamentais do homem em gerações ou dimensões, a igualdade consta da segunda geração, a qual protege o indivíduo de qualquer arbitrariedade cometida pelo Estado. O direito à igualdade é a base fundamental para a democracia, visto que proíbe quaisquer privilégios e distinções entre as pessoas pertencentes ao mesmo regime jurídico. A igualdade veda a possibilidade de domínio de uma classe sobre a outra, e assim a democracia fica fortalecida. Na lição de Silva<sup>125</sup>, “as constituições só tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: *igualdade perante a lei*”.

---

<sup>124</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 151.

<sup>125</sup> SILVA, op. cit., p. 210.

Na Constituição Federal de 1988, há grande preocupação com o direito à igualdade. O texto constitucional, em vários artigos, trata deste direito. Cita-se neste estudo, o artigo 5º, *caput*, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. No inciso I, do artigo 5º, é prescrito que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. O artigo 7º, XXX e XXXI, traz a chamada igualdade material, e nestes proíbem as distinções com bases em fatores diversos, vedam a “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Já no artigo 3º, III, veda-se qualquer tipo de discriminação ou preconceito, que visa à redução das desigualdades sociais e regionais. No inciso IV, do artigo 3º, reforçado pelos artigos 170, 193, 196 e 205, universaliza-se o direito à seguridade social, bem como o direito à saúde, à educação, à permanência e o acesso à escola, assim como todos os objetivos que buscam por justiça social e econômica.

A definição de igualdade não é unânime, nem absoluta e, já provocou posições diversas e às vezes de forma extremada. Afirmar que há efetivamente igualdade entre as pessoas ou grupos é, no mínimo, equivocado, tendo em vista que o próprio sistema capitalista operante na sociedade gera automaticamente a desigualdade entre as pessoas, e conseqüentemente a luta das classes menos poderosas por mais direitos. Assim, não seria incorreto afirmar que a desigualdade é característica do mundo, isto é, da relação de classes (entre pessoas, entre grupos, entre situações diversas).

No artigo 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, está disposto que, “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só se podem basear na utilidade comum”. Levando-se em conta a desigualdade entre os seres humanos, poder-se-ia sustentar que, na verdade, os homens não nascem, bem como não permanecem livres e iguais, como descrito no artigo citado. Nesse sentido, aduz Silva<sup>126</sup>, “nesse caso, a igualdade não passaria de um simples *nome*, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados *nominalistas*”. Desse modo, a igualdade teria sido *inventada*, porém, jamais efetivada na sociedade como direito, restando apenas o seu nome dizendo que todos são iguais, mas tendo a desigualdade como realidade concreta da sociedade.

Outra corrente é composta pelos *idealistas*, que por sua vez, “postulam um *igualitarismo* absoluto entre as pessoas”. Esta corrente faz referência a John Locke e Charles-

---

<sup>126</sup> SILVA, op. cit., p. 211.

Louis de Montesquieu, que defendem uma igualdade ligada ao estado de natureza das pessoas, uma igualdade absoluta. De acordo com Locke<sup>127</sup>,

[...] igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano.

Para Locke, só seria possível uma desigualdade se ela fosse criada pelo Senhor de todos os homens, caso contrário, nenhuma lei seria capaz de ferir a igualdade absoluta que nasce em todos os seres da mesma espécie, verifica-se então, uma igualdade absoluta, que está intrínseca à natureza humana. Montesquieu<sup>128</sup>, por sua vez, aduz que, “[...] todos se sentem inferiores e dificilmente alguém se sente igual”, assim, “[...] ninguém procuraria, portanto, atacar e a paz seria a primeira lei natural”. Em outras palavras, se os seres humanos se ajudam mutuamente, não há razão para desigualdades entre eles, portanto, a paz predomina, e, inevitavelmente, a igualdade.

Rousseau defende praticamente as ideias de Montesquieu, no entanto, Rousseau menciona duas espécies de desigualdade entre as pessoas, sendo que a primeira é a *desigualdade natural* ou *física*, estabelecida pela própria natureza, que está relacionada à diferença de idade, de forças do corpo, de saúde, das qualidades do espírito e da alma; a segunda desigualdade, Rousseau chamou de *desigualdade moral* ou *política*, que é estabelecida pelo consentimento dos homens, consistindo em diferentes privilégios que uns possuem em detrimento dos outros (ricos, poderosos, nobres). Escreve Rousseau<sup>129</sup>,

[...] A religião nos ordena a crer que, tendo o próprio Deus tirado os homens do estado de natureza logo depois da criação, são eles desiguais por que assim o desejou; ela não nos proíbe, no entanto, de formar conjecturas extraídas unicamente da natureza do homem e dos seres que o circundam, acerca do que se teria transformado o gênero humano se fora abandonado a si mesmo.

<sup>127</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 83.

<sup>128</sup> MONSTESQUIEU, Charles-Louis. **Do espírito das leis**. 1. ed. Tradução publicada sob licença de Difusão Europeia do Livro. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973, p. 34-35.

<sup>129</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. v. II, p. 53.

Sob a perspectiva de Rousseau, os homens não estariam no estado de natureza, pois Deus teria os tirado dessa condição. Desse modo, a igualdade absoluta mencionada, principalmente por Locke, não seria possível, tendo em vista que os seres humanos já nascem desiguais. Porém, a igualdade é viável, mas junto dela encontram-se as desigualdades que Rousseau chamou de *física* ou *natural*, e a desigualdade *moral* ou *política*.

De acordo com a chamada posição *realista* sobre a igualdade, há o reconhecimento de desigualdades em diferentes aspectos, no entanto, descreve as pessoas como sendo iguais, já que possuem características inteligíveis e aptidão para existir. Assevera Silva<sup>130</sup> que, “[...] em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens”, e prossegue, “não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie”, o que “não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles”. Nesse sentido, aduz Faria<sup>131</sup>,

[...] reconhecemos no universo a igualdade e as desigualdades: a unidade da espécie humana e as variações de condições inúmeras entre homens. [...] segue-se a conclusão de que o conceito de igualdade não pode ser absoluto (como pretendiam os idealistas), mas se apresenta como proporcional. Proporcional, porque varia de acordo com as exigências precípua do ser humano. [...] proporcional, também, porque longe de ser algo imutável, a verdadeira igualdade, concernindo a homens, singularmente considerados, deve levar em conta as diversidades entre os mesmos verificadas.

Afastando completamente a ideia de igualdade absoluta mencionada por Locke, Faria que, é adepto da corrente *realista*, afirma que nem mesmo os direitos fundamentais do homem são absolutos, e que deverão ser aplicados não causando desigualdades extremas, e mantendo a igualdade como regra no que se refere aos direitos dos seres humanos.

Quando se refere à igualdade citada por Aristóteles, esta está vinculada à ideia de justiça, no sentido de, dar a cada um, o que é seu. Afirma Aristóteles<sup>132</sup> que,

[...] Se o injusto é iníquo (desigual), o justo é o igual – uma posição que recomenda a si mesma a todos sem necessidade de evidência; e uma vez que o igual é uma mediania, o justo será uma espécie de mediania também. Por outro lado, a igualdade envolve no mínimo dois termos. É forçoso, em conformidade com isso, não só (1) que o justo seja uma mediania e igual {e relativo a algo e justo para determinados indivíduos}, como também (2) que, na qualidade de uma mediania, implique certos extremos entre os quais ele se coloca, a saber, o mais e o menos, (3) que, na qualidade igual, implique

<sup>130</sup> SILVA, op. cit., p. 211-212.

<sup>131</sup> FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 44-45.

<sup>132</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 151-152.

duas porções que são iguais e (4) que, na qualidade de justo, ele envolva determinados indivíduos para os quais é justo. É, portanto, necessário se inferir que a justiça envolve, ao menos, quatro termos, ou seja, especificamente: dois indivíduos para os quais há justiça e duas porções que são justas.

Nesse sentido, para haver igualdade, será preciso que as proporções de porções – de direitos – distribuídas entre as pessoas sejam iguais. Se as pessoas não são iguais, não poderão ter porções iguais (de direitos), nesta situação, haverá porções (de direitos) diferentes para as pessoas desiguais, o que, conseqüentemente, gerará conflitos. Só será justo, então, o que for proporcional dentre as porções diferentes de direitos, se houver desproporção, haverá injustiça, de acordo com Aristóteles<sup>133</sup>.

Poder-se-ia dizer que, mesmo havendo porções diferentes de direitos para pessoas desiguais, se a proporção desta porção não afetar os direitos dos iguais, ainda assim será possível haver justiça. A igualdade, no âmbito da justiça, foi idealizada por estudiosos como, Aristóteles, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Karl Marx, John Rawls.

Na lição de Rawls<sup>134</sup>, “a injustiça só é tolerável quando é necessário evitar injustiças ainda maiores”. Desse modo, retira-se dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a busca pelo equilíbrio entre o bem comum, como também a igualdade do direito à diferença e, conseqüentemente, a justiça. Isto é, só serão justas as ações que visarem proteger os direitos fundamentais de todos, mesmo que para isso haja necessidade de ações afirmativas.

O direito à igualdade é estudado, no Direito estrangeiro, fazendo-se a distinção entre a *igualdade perante a lei* e, a *igualdade na lei*. A *igualdade perante a lei* é chamada de igualdade formal (isonomia formal), que consiste em uma visão restrita do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, no sentido de que todos são iguais, não se levando em consideração as diferenças de grupos ou pessoas. Segundo Miranda<sup>135</sup>, a igualdade formal (*perante a lei*) é acolhida como, “[...] mera igualdade jurídico-formal ou como igualdade liberal, inspirada numa concepção jusracionalista”. É considerar todos em um mesmo plano de igualdade de direitos e obrigações, não admitindo qualquer distinção entre as pessoas, grupos ou situações.

Assim, a igualdade *perante a lei*, garante a todas as pessoas, indistintamente, que as normas jurídicas gerais serão aplicadas nos casos concretos, de forma *absolutamente* igualitária, mesmo que possam de alguma maneira, gerar discriminações, caracterizando,

<sup>133</sup> ARISTÓTELES, op. cit., p. 152-153.

<sup>134</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Editora UnB-Universidade de Brasília, 1981, p. 28.

<sup>135</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – direitos fundamentais**. 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 225.

consequentemente, a igualdade meramente formal. Nesse sentido, escreve Miranda<sup>136</sup> que esta seria um primeiro momento, “[...] o da atribuição dos direitos em igualdade”.

No que se refere à igualdade *na* lei, verifica-se a possibilidade de distinção entre as pessoas, grupos ou situações, desde que estejam autorizadas pela norma constitucional, é a chamada igualdade material (isonomia material). Para Miranda<sup>137</sup>, trata-se de uma “[...] igualdade jurídico-material, ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e econômica existente e à consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar (seja qual for a orientação política que se adopte)”.

Sobre a isonomia material, Silva<sup>138</sup> escreve que, “[...] a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos”. Este autor faz crítica à distinção que se faz, entre igualdade *perante* a lei e, a igualdade *na* lei, afirmando que no Brasil isto não se mostra necessário, pois a doutrina e a jurisprudência orientam-se de forma que, “[...] a igualdade *perante* a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade *na* lei, ou seja: *o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*”.

Concernente à distinção mencionada, Miranda,<sup>139</sup> por sua vez, mostra-se favorável a diferenciação feita entre igualdade *perante* a lei e, a igualdade *na* lei, afirmando que,

[...] Os direitos são os mesmos para todos: mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.

Preocupar-se com a distinção entre a igualdade *perante* a lei e, a igualdade *na* lei, seria necessário, pois é preciso proteger as desigualdades, visto que nem todos são iguais ou estão em situação de igualdade, dependendo das circunstâncias em que se encontrarem. Esta é a orientação do Direito estrangeiro. Porém, no Brasil, o próprio *caput*, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, deverá sempre ser analisado, juntamente com outras normas, e não se resumirá a igualdade formal (que iguala todos sem distinções), para atender aos anseios da justiça social e econômica (artigo 7º, XXX, XXXI, CF/88), mas sim, atender à igualdade material, pois esta prestigia as desigualdades sem que cause injustiças.

---

<sup>136</sup> MIRANDA, op. cit., p. 225.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>138</sup> SILVA, op. cit., p. 214.

<sup>139</sup> MIRANDA, op. cit., p. 225.

Desta feita, a igualdade *perante* a lei, mencionada na norma constitucional, contempla tanto a igualdade formal (isonomia sem distinções), como também, a igualdade material (isonomia que autoriza distinções sem causar privilégios). Há esta preocupação com a igualdade, pois a expressão *perante* a lei deverá referir-se tanto aos aplicadores da lei, como ao legislador. Desse modo, é correto afirmar que o legislador é tido como o principal destinatário do princípio da igualdade. Isto porque, ao legislador é vedada a criação de normas que gerem distinções desnecessárias entre grupos, pessoas ou situações.

Os aplicadores das normas, também são destinatários do princípio da igualdade, mas não o principal. A estes cabe a aplicação da norma de acordo com os critérios já previamente fixados na norma pelo legislador (destinatário principal). Na lição de Canotilho<sup>140</sup>, “[...] a igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido”, assim sendo, será possível verificar que, “[...] ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelo órgãos da administração e pelos tribunais”.

Das reflexões acima, pode-se absorver que o princípio da igualdade, não se basta em seu aspecto formal, é preciso ir além, isto é, faz-se obrigatório o reconhecimento dos direitos dos *diferentes*, atingindo também, a igualdade em seu aspecto material. Correto afirmar, portanto, que o *caput*, do artigo 5º, da Constituição Federal, privilegia as duas dimensões da igualdade, a igualdade formal e a igualdade material. Canotilho<sup>141</sup> escreve ser preciso “[...] tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”.

Por isso, a igualdade formal não é suficiente para proteger todas as pessoas, todos os grupos ou todas as situações, faz-se imprescindível as diferenciações, e estas, só serão fixadas pela norma, e não poderão ferir a norma Constitucional, como também não poderão ser feitas indiscriminadamente, até porque, isso levaria a privilégios para determinadas pessoas, grupos ou situações. Por isso divide-se a verificação da possibilidade da lei diferenciadora em três questões, são elas, de acordo com Mello<sup>142</sup>: a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

---

<sup>140</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 426.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 428.

<sup>142</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., atual.. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 21.

Significa dizer que a desigualação é possível, mas só será concretizada quando houver, de acordo com a lição de Mello<sup>143</sup>, uma “lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente”, além disso, será preciso uma “correlação lógica concreta”, isto é, análise dos interesses que estão nas normas constitucionais. Desse modo, faz-se necessária a junção das três questões elencadas por Mello, para ser viável a desigualação, sem qualquer delas, a diferenciação se mostrará injusta e em desacordo com a Constituição, já que ferirá o princípio da igualdade.

O princípio da igualdade tem duplo objetivo, o primeiro visa efetivar as garantias individuais, e o segundo tem o intuito de vedar qualquer tipo de favoritismo. Por isso, para ser autorizada a diferenciação, atendendo as três questões levantadas por Mello, à lei não poderá ter critério com traço específico, capaz de singularizar no presente e em definitivo as pessoas, grupos ou situações, a ponto de gerar para estes uma desigualação prejudicial. Além disso, é imprescindível que a diferença a ser protegida pela norma, resida nas pessoas, grupos ou situações (nunca no tempo), não se pode *inventar* diferenciação para ser protegida sob o risco de causar mais prejuízo do que efetivamente a proteção que se almeja.

Esclarece Mello<sup>144</sup> que, para se evitar uma singularização da norma diferenciadora, poder-se-ia criar uma lei geral ou abstrata que não contenha especificações das pessoas, dos grupos ou das situações a serem protegidas, visto que nessas situações, nunca haverá atrito com o princípio da igualdade. No entanto, a lei individual será aceitável, desde que a individualização da lei diferenciadora não remeta para sujeito “atual, determinado ou determinável”, se futuro, indeterminado e indeterminável as pessoas, grupos ou situações, a lei não violará o princípio da igualdade, portanto, será válida.

A segunda questão a ser respeitada, para se aceitar a lei diferenciadora e não afrontar o princípio da igualdade é a existência de correlação lógica entre fator de discrimen e a desequiparação procedida. Nesta questão a preocupação está em que a lei diferenciadora guarde relação racional com o critério utilizado como discriminatório, assim, “[...] é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido”<sup>145</sup>.

Portanto, é preciso haver adequada relação racional entre o que se elege como elemento diferencial (por exemplo: mulher, homem, homossexuais, gordo, magro, etc.), e o regime que será utilizado pelas pessoas, grupos ou situações que os inserem na classe dos

---

<sup>143</sup> MELLO, op. cit., p. 21-22.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 28-29.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 38.

diferenciados. Se assim não for, a lei desrespeitará o princípio da igualdade, se mostrando inconstitucional.

Com a consonância da discriminação com os interesses protegidos na constituição, tem-se a terceira questão mencionada por Mello, para autorizar a lei diferenciadora. Nos dizeres do autor<sup>146</sup>, “[...] as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional”. Posto isto, se a lei diferenciadora postular contra a norma constitucional, não será aceitável, conseqüentemente, inconstitucional, pois violará o princípio da igualdade.

Importante ratificar que, na lição de Mello<sup>147</sup>, mostra-se imprescindível a reunião das três questões – isonomia e fator de discriminação, a correlação lógica entre fator de discriminação e a desequiparação procedida e a consonância da discriminação com interesses protegidos na Constituição – que são suscitadas por este autor. Caso contrário, isto é, na falta de uma das três questões e/ou de seus corolários, a lei diferenciadora será incompatível com o sistema constitucional brasileiro não podendo validar-se como norma, pois estará violando o princípio da igualdade, que é a base fundamental da Democracia no Brasil.

Sendo assim, pode-se concluir, nesse momento, que o princípio da igualdade, como base fundamental da Democracia do Brasil, visa proteger os iguais dentro de sua igualdade e os desiguais na medida em que desigualarem, sejam pessoas, grupos ou situações diversas. Para tanto, faz-se necessário não perder de vista a busca pela justiça no caso concreto e assim, em caso de desigualação, não permitir nenhum tipo de privilégios ou mesmo injustiças para aqueles não inseridos no grupo ou situação que gera a desigualdade. Homens e mulheres, independente de opção sexual, são iguais em direitos e deveres, visto que a igualdade é a base do Estado Democrático.

A mulher mereceu proteção maior, por conta dos séculos de desprezo, servidão e inferioridade com relação ao homem, e a última prova disso é a Lei 11.340/2006. Esta Lei criou institutos protetores de bens jurídicos em caso de urgência quando, em tese a mulher estiver sob a ameaça ou agressão doméstica. Tais medidas protetivas, estão dispostas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei Maria da Penha.

O princípio da igualdade, em seu aspecto material, permite dar atenção às desigualdades sociais, e a Lei 11.340/2006 entrou em vigor justamente para tentar erradicar a violência contra a mulher e acabar com a decadente ideia de que o homem é o primeiro sexo e

---

<sup>146</sup> MELLO, op. cit., p. 42.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 23-46.

a mulher o segundo, e que por isso ele pode usá-la como e quando quiser. Pensamento que deve ser estendido para os casais homossexuais, para avós, tios, sobrinhos ou qualquer outra formação familiar, visando sempre à proteção daqueles que sofrem agressão doméstica na entidade familiar.

Antes de qualquer divisão ou especificação de gêneros, homens e mulheres são seres humanos, carecedores de proteção aos seus direitos fundamentais. Reconhecer que o homem também está acobertado pela Lei 11.340/2006, é pensar no plano da realidade fática, a existência do chamado neoconstitucionalismo. Nesse sentido,

[...] O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades.<sup>148</sup> [GRIFO NOSSO]

De todo modo, o princípio da igualdade, em seu aspecto formal, trata da igualação entre todos os indivíduos, e também é aceita no mundo jurídico. Assim, se as medidas protetivas são benéficas, não ferem o princípio da reserva legal, nada pode impedir que sejam concedidas em desfavor da mulher que agride, no seio familiar, seu companheiro. Desse modo, o princípio da igualdade, estará se efetivando em seus dois aspectos, formal e material, deixando de gerar qualquer tipo de preconceito ou discriminação entre homens e mulheres.

---

<sup>148</sup> **Manual de direito das famílias.** 4. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

## CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL

### 2.1 Origem

A nomenclatura *ativismo judicial*, vem do americano *judicial activism*, e surgiu pela primeira vez em uma revista leiga de atualidades, chamada de *Fortune*. Preconiza Branco<sup>149</sup> que, escrito por Arthur Schlesinger Jr, foi publicado na revista *Fortune*, um artigo que descrevia as “profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947”.

Assevera Branco que o artigo não estava interessado nas questões jurídicas, e sim, em mostrar aos leitores a antipatia que havia entre os juízes da Suprema Corte americana. O artigo de Schlesinger Jr também se direcionava a demonstrar as muitas divergências pessoais entre os juízes. Escreve Branco<sup>150</sup>, “tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade”.

Levado ao público a antipatia e as divergências pessoais dos juízes da Suprema Corte americana, o artigo separava-os em dois grupos diferentes, e denominou-os de *ativistas judiciais* e *campeões de autocontenção*, mas que não tinham qualquer menção conceitual ou mesmo metodológica, como referenciado por Branco. Pode-se dizer que, o termo *ativismo judicial*, nasceu de forma equivocada, relata Branco<sup>151</sup> que, “nascido, assim, com essas marcas de superficialidade, a expressão ‘ativismo judicial’ estava mesmo vocacionada à equivocidade e à trivialidade de método no seu emprego”.

O termo *ativismo judicial*, surgido então, nos Estados Unidos, assumiu opiniões positivas e negativas. Quando se opõe a expressão *ativismo judicial*, usa-se “outra expressão igualmente forte no seu débito ideológico, o *passivismo judicial*”, como mencionado por Branco<sup>152</sup>. A preocupação daqueles que defendiam o ativismo judicial estava na busca por decisões moralmente corretas, tanto nas questões políticas, como nas questões axiológicas fundamentais.

---

<sup>149</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugido – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 389.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 390.

De acordo com Dworkin<sup>153</sup>, ao tratar da interpretação da Constituição norte americana, “o passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas”, e prossegue dizendo que o passivismo “deve ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo”. Em outras palavras, o passivismo tem como ideia, a perspectiva de que os indivíduos não terão direitos contra as maiorias políticas, sob essa ótica, defende-se a ideologia de que os direitos fundamentais do homem não estão como os mais importantes dentro da cultura constitucional que se está acostumado a defender.

Em caso de rejeição da ideia do passivismo (visto que ele não privilegia os direitos individuais do homem), estaria o *ativismo*, chamado por Dworkin<sup>154</sup>, como solução para melhor interpretação de uma Constituição. Nessa perspectiva, o autor critica o passivismo, pois este não respeita os direitos individuais, e aduz que a alternativa para afastá-lo não será “um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discricionário, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas”. [GRIFO NOSSO]

Desse modo, o passivismo ou mesmo o ativismo, não poderão dar espaço a nenhum tipo de tirania. Escreve Branco<sup>155</sup> que, “passou-se a chamar de ativista, a fase politicamente conservadora da jurisprudência da Suprema Corte americana formada a partir do julgamento do caso *Lochner v. Nova York*”. Neste caso os juízes invalidaram uma lei que fixava jornada máxima de trabalho para os padeiros, a decisão se justificou, pois a Suprema Corte americana entendeu que o Estado não pode intervir em questões autônomas dos trabalhadores (padeiros).

De outro lado, também há ativismo com cunho liberal, “a decisão que pôs fim a segregação racial é tida como pertencente a esse contexto”, o que se retira do caso *Brown v. Board of Education*, de acordo com o descrito na obra de Branco<sup>156</sup>. Conhecida, no lado liberal do ativismo, são as decisões vinculadas aos direitos civis e ao direito de privacidade. Nos Estados Unidos, a decisão mais recente apontando o ativismo foi a que interferiu nas eleições presidenciais de *Bush v. Gore* em 2000, neste caso, o posicionamento da Corte foi tida como conservadora.

---

<sup>153</sup> **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 451.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 451-452.

<sup>155</sup> BRANCO, op. cit., p. 391.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 392.

Nos Estados Unidos, então, a expressão *ativismo* é usada para apontar, “para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas”, como preconizado por Branco<sup>157</sup>. De outra banda, há o oposto do ativismo, que se denomina *autocontenção*, esta, por sua vez, “é, às vezes, associada a uma postura de deferência servil aos poderes políticos, numa timidez produtora de resultados infaustos”, em outras palavras, a *autocontenção* impede que decisões sejam mais ousadas, impedindo muitas vezes a justiça que se espera de uma Constituição que garante expressamente os direitos fundamentais do homem.

Discretamente, ao tratar do ativismo na Europa, Branco<sup>158</sup> assevera que “os juízes sofreram severo desprestígio por não terem arrostado as leis injustas do entre-guerras, levando ao descrédito que culminou no depósito das novas expectativas nas cortes constitucionais”. Nesse sentido, se as leis são consideradas injustas e o Judiciário tem medo de enfrentá-las colocando-as para fora do ordenamento jurídico, a justiça e os indivíduos ficam a mercê da autocontenção, visto que esta se enverga aos interesses políticos e não privilegia os direitos humanos fundamentais.

Dworkin<sup>159</sup> conclui ao dizer que o *passivismo* não poderá garantir que se faça uma boa interpretação da Constituição, e que o ativismo, não deve se firmar em ponto de vista de cada juiz sobre o caso concreto, já que, uma decisão carece de julgamento apurado e discricionário. E finaliza, “uma vez mais o cenário está pronto, graças a essa amigável advertência, para um novo começo”. Isto é, o cenário jurídico e social está pronto para novas discussões acerca da melhor e mais justa interpretação de uma Constituição que tem como ideologia principal, o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais do homem.

## 2.2 Definição

Antes de adentrar especificamente na definição de ativismo judicial, tratar-se-á, ainda que brevemente, das formas interpretativas da norma, que são mencionadas pela doutrina, pois estas darão base para melhor compreensão do tema proposto, visto que alguns doutrinadores definem ativismo judicial como sendo uma forma de interpretação da norma constitucional.

---

<sup>157</sup> BRANCO, op. cit., p. 392/393.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 393.

<sup>159</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2003, op. cit., p. 452-453.

### 2.2.1 Interpretação da norma

Quando se fala em interpretação de normas jurídicas, a ideia é construir conceito que seja capaz de elucidar o texto normativo. De acordo com as lições de Bonavides<sup>160</sup>, “trata-se evidentemente de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa”. Desse modo, a interpretação da norma quer clarear o texto dando-lhe sentido e buscando o que efetivamente queria o legislador ao editar determinada lei.

Referindo-se à hermenêutica, Streck<sup>161</sup> escreve que seu significado tradicional é tido como “*teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos*, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo”. E prossegue este autor,

[...] a hermenêutica comporta, além desse *caráter teórico-descritivo*, uma dimensão *prescritiva*, na medida em que, deste processo descritivo, procura-se estabelecer um conjunto mais ou menos coerente de regras e métodos para se interpretar e compreender *corretamente* os diversos textos que povoam o cenário cultural humano, seja no âmbito da arte (literatura, poesia etc.), seja no âmbito religioso (na interpretação dos textos sagrados), seja no âmbito jurídico (na interpretação dos textos de leis, decretos, jurisprudências etc.). Desse modo, temos por esboçados os três campos do conhecimento que irão se interessar, de maneira mais direta, pelos problemas hermenêuticos: *a) a Filosofia; b) a Teologia; c) o Direito.*

A interpretação tem como objeto a norma que está contida na lei, regulamentos ou costumes, isto é, a interpretação ocupa-se de questionar a lei e não o direito nela contido. Assim, “a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade”<sup>162</sup>. Em outras palavras, a interpretação busca dar sentido e explicação ao direito que lei, regulamentos ou costumes criaram.

Na ótica de Tavares<sup>163</sup>, interpretar é ato subjetivo realizado pelo interpretador, isto porque, trata-se de ato construtivo e não descritivo, preconizando este autor que,

A interpretação do Direito é a operação intelectual por meio da qual a partir da linguagem vertida em disposições (enunciados) com força normativa o

<sup>160</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 437.

<sup>161</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do direito**. 10. ed., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 233-234.

<sup>162</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2008, op. cit., p. 438.

<sup>163</sup> TAVARES, op. cit., p. 100.

operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado, em face de um caso concreto (real ou hipotético). [...] não se ‘extrai’ o significado do enunciado normativo, como pretendia a clássica teoria do Direito a partir de Blackstone e que foi reforçada por ideologias e correntes teóricas ao longo da História, como a jurisprudência dos conceitos, o textualismo e, em parte, o originalismo nos EUA. A interpretação é ‘atribuição’ de conteúdo, sentido e objetivo, por parte daquele que procede na delicada tarefa hermenêutica.

O Direito é uma ciência mutável em que o verdadeiro e o falso não devem ser considerados como máxima absoluta, pelo contrário, a interpretação que se faz da norma sofre e poderá sofrer modificações, sem que isso possa afrontar o direito incutido e idealizado anteriormente. Assim, não é grosseiro afirmar que, o que dantes era direito, era certo, pode noutro momento ser visto como errado, como falso, pois o Direito não se concretiza como a ciência exata, o Direito estará sempre sofrendo mutações para se adequar às modificações da realidade social.

Preceitua Coelho<sup>164</sup> que, “o estudo da hermenêutica jurídica pressupõe uma investigação sobre o universal jurídico, ou seja, sobre a coisa direito e modo de conhecê-la, em geral, antes de emprendermos a análise das hermenêuticas jurídicas particulares”. Streck<sup>165</sup>, por sua vez, ao tratar de hermenêutica, aduz que,

*Latu sensu*, no âmbito da dogmática jurídica, os métodos interpretativos ou técnicas de interpretação são definidos como instrumentos/mecanismos rigorosos, eficientes e necessários para o alcance do conhecimento científico do Direito.

Desse modo, de acordo com Streck<sup>166</sup>, a hermenêutica visa reunir um conjunto de conhecimentos teóricos que se relaciona com o problema da interpretação compreensiva, como também, pretende encontrar critérios para afirmar com certeza e objetividade a interpretação e a compreensão. Isto é, a hermenêutica visa compreender a norma e o faz por intermédio de métodos que levam a certeza daquilo que se compreendeu com a interpretação.

Nesse sentido, pode-se dizer que no Direito brasileiro, a interpretação tem por ideia precípua, usando o método considerado correto, alcançar a verdadeira vontade da norma, o espírito da lei ou a interpretação correta do texto legal. Assim, a interpretação retira do texto normativo tudo que nele estiver contido, para então fazer valer o direito incutido e visado pelo legislador. Em outras palavras, quando o método interpretativo é utilizado corretamente, a

<sup>164</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 105.

<sup>165</sup> STRECK, op. cit., p. 136.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 234.

verdadeira vontade da norma surgirá e garantirá, aos por ela atingidos, a correta aplicação e efetivação do direito, se assim não o for, corre-se o risco de que o espírito da norma não seja alcançado, prejudicando a vontade (verdadeira) do legislador.

Nas lições de Bleicher<sup>167</sup> verificam-se as posições da hermenêutica da seguinte forma,

O conhecimento das condições prévias fundamentais da nossa compreensão dos efeitos da história efectual é uma condição necessária para o trabalho verdadeiramente científico. [...] Como toda reflexão, também este tem de observar os limites impostos pela nossa historicidade. [...] O conhecimento histórico reconhece épocas diferentes que têm de ser compreendidas nos seus próprios termos, tentando assumir a posição ocupada pelos destinatários iniciais do sentido visado por um determinado autor.

Assim, Streck<sup>168</sup> preconiza que, “interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido”. Não se pode perder de vista que o intérprete não está livre para dar o sentido que quiser ao texto, é preciso compreender a norma para poder interpretá-la, desse modo,

[...] não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente.

A interpretação é, então, a facilitadora para compreensão do Direito, não se pode confiar em certezas, faz-se necessário desconfiar do que está no mundo, visto que não se pode dar conta de todo conhecimento existente. Isto é, “não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo”, desse modo, prossegue Streck<sup>169</sup>, “a eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermeneuta/intérprete – evidentemente, a partir de sua inserção no mundo através da intersubjetividade”.

No que diz respeito à interpretação da norma constitucional, não há diferença em relação à ideia de hermenêutica. Nesse sentido, aduz Coelho<sup>170</sup>, no que se refere à interpretação da norma constitucional,

---

<sup>167</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Revisão da tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 158.

<sup>168</sup> STRECK, op. cit., p. 289.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 290.

<sup>170</sup> COELHO, op. cit., p. 155.

Como toda interpretação jurídica, de que é a espécie mais relevante, a interpretação constitucional é a atividade em fixar sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas *regras* ou *princípios* –, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e do seu alcance.

Interpretar a Constituição, portanto, faz-se preciso quando o leitor não consegue mais compreender o texto ao realizar sua leitura, isso gera prejuízo à comunicação que deve haver entre leitor e texto. Assim, a hermenêutica constitucional é fundamental, já que o intérprete deverá, sempre, partir da norma constitucional para compreender a norma infraconstitucional, o que se convencionou chamar de *interpretação conforme a Constituição*. Preconiza, sobre o tema, Tavares<sup>171</sup>, “a supremacia da Constituição quanto às demais normas do Direito é uma especificidade própria da qual decorre uma série de limitações a seu intérprete, podendo-se citar a denominada ‘interpretação conforme a Constituição’”.

Diferentemente da interpretação de outras normas, na Constituição há supremacia normativa. Noutras palavras, a supremacia da norma constitucional não poderá ser ignorada pelo intérprete quando no uso dos instrumentos que se adéquam às formas de hermenêutica. Por isso, será sempre comedida a atividade do intérprete, visto que “suas intervenções despertam uma sensibilidade muito maior do que nos demais ramos do Direito”<sup>172</sup>.

Além dos pontos indicados como importantes oferecidos pela hermenêutica, esta prática também se mostra eficaz, quando o sistema jurídico entra em crise e necessita de reformas rápidas. A interpretação, nesse caso, tem o condão de resolver o problema e o acomodar na Constituição vigente à época, com a realidade em que vive o sistema jurídico, nos mais variados momentos históricos da sociedade.

Por isso, “mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que, todavia, se faz mister, modificar-lhe o respectivo teor”. E, prossegue Bonavides<sup>173</sup>, “de sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social”. Trazendo a baila, a garantia dos direitos fundamentais do homem, pode-se afirmar que, na sua criação pelo constituinte originário, a maior das preocupações era banir os privilégios e vislumbrar uma sociedade mais igualitária em direitos.

Na atualidade, por sua vez, a busca pela concretização dos direitos fundamentais vai além desta perspectiva. Hodiernamente, busca garantir ao indivíduo que tenha vida

---

<sup>171</sup> TAVARES, op. cit., p. 102.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>173</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2008, op. cit., p. 458-459.

efetivamente digna e condições iguais de convívio e expectativa social e econômica. Desse modo, a interpretação da norma constitucional, nos dias atuais, mostra-se, corretamente, muito mais abrangente que noutros tempos, sem que tenha havido reformas grandiosas no texto, pelo contrário, há, pelo visto, uma ampliação do alcance da norma constitucional, sempre com o intuito de garantir ao homem os direitos aviltados no texto constitucional vigente.

A preocupação dos juristas, com a ampliação do alcance da norma constitucional, por intermédio da interpretação, está no risco de o Judiciário passar a decidir e fazer valer questões que não lhe competem, em regra. Bem como, a depender do instrumento utilizado para interpretar a norma constitucional, poder-se-ia ir além do próprio texto, isto é, pode-se incorrer no equívoco de criar direitos não imaginados pela Constituição. Não que isso seja de todo ruim, mas é, sem dúvida, temeroso para segurança jurídica. Faz-se necessário, portanto, nunca se perder de vista o próprio texto constitucional, já que ao intérprete não foi dada liberdade irrestrita de interpretação (não dá sentido à norma ao seu bel prazer), é preciso que a norma seja respeitada, e que subjetivismos exacerbados não sejam considerados, principalmente no caso concreto.

Considerando que a norma constitucional está, no ordenamento jurídico, acima de todas as outras normas infraconstitucionais, Vasconcellos<sup>174</sup>, tratando da constitucionalização do ordenamento jurídico, aduz que,

Nada obstante, a face da constitucionalização que aqui interessa é aquela marcada pela ‘impregnação’ de normas constitucionais em todo o ordenamento, mediante a existência e consideração de uma Constituição que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e as relações dos atores políticos.

A constitucionalização mencionada por Vasconcellos<sup>175</sup>, diz respeito à força normativa da Constituição que, “tem o condão de irradiar efeitos jurídicos, especialmente dos seus direitos fundamentais, sobre todo o ordenamento”. Isto é, os valores expressos na norma constitucional são levados ao restante do ordenamento jurídico, passando a dar o sentido que pretende seu texto, a todas as normas infraconstitucionais. Em princípio parece positivo, mas não se pode negar que há efeitos negativos também.

---

<sup>174</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 39-40.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 40.

Os efeitos colaterais, não positivos da constitucionalização, para Vasconcellos<sup>176</sup>, aparecem quando,

Institutos e categorias de direito privado passam a ser iluminados por valores constitucionais, perdendo, com isso, objetividade e clareza, pois podem ser interpretados a partir de princípios ou valores, de tal forma que se torna possível alterar-lhes sentido e alcance.

Em outras palavras, se houver exagerada interferência dos valores constitucionais nas normas infraconstitucionais, essa interpretação se mostrará oportunista, isto é, uma decisão será criada destoando o sentido dado à norma infraconstitucional. Dessa monta, far-se-á necessário que o aplicador do Direito aja analisando se a interferência da norma constitucional na norma infraconstitucional é proporcional, e para tanto, se valerá das regras do princípio da proporcionalidade, sendo elas: a necessidade, a adequação e proporcionalidade em sentido estrito, já estudadas.

Mas, se ao aplicar o direito, o jurista decide de forma diversa daquela fixada na norma, criar-se-á uma exceção, e esta pode, “mesmo que preenchidos os requisitos necessários e suficientes da norma jurídica, os seus efeitos jurídicos podem não se dar ou podem quedar-se afastados”<sup>177</sup>, para Vasconcellos, isso se chamaria, de acordo com a teoria criada por Herbert Hart, “a derrotabilidade da resposta oferecida pelo legislador”. Vasconcellos assevera que este fenômeno (derrotabilidade da norma) é cotidiano nas decisões do Judiciário, mas que antes de Herbert Hart, não havia sido criada uma teoria para explicá-lo.

A definição de derrotabilidade não é unívoca, nem consensual. Mas, pode, em linhas gerais, ser entendida como consistente,

[...] na ideia segundo a qual a consequência da norma jurídica pode ser derrotada, afastada, não-aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível. Em termos processuais, pode-se falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma ‘*prima facie*’, derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista *a priori* a partir da literalidade textual<sup>178</sup>.

O que se *derrota* é a norma e não seu texto, isto porque, “um mesmo texto pode servir de fundamento para diversas normas jurídicas, ao passo que uma norma jurídica pode

---

<sup>176</sup> VASCONCELLOS, op. cit., p. 40.

<sup>177</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 57.

ser criada a partir de diversas mensagens legislativas<sup>179</sup>. Assim, o texto sozinho não poderá se *autoderrotar*, é preciso a interferência do intérprete para que a norma, ganhando compreensões diversas (interpretação), a depender do momento social, seja *derrotada*. Qualquer norma jurídica pode ser *derrotada* quando da aplicação no caso concreto? Vasconcellos<sup>180</sup> afirma que “quanto maior o grau de abstração da mensagem legislada, maiores são as chances de que a sua previsão possa ser derrotada, não aplicada”.

Partindo dessa premissa, pode-se dizer que todas as normas são derrotáveis e, considerar alguma norma não derrotável, seria praticamente utopia. Em outras palavras, e considerando a teoria da derrotabilidade, não há como defender a presunção *iure et de iuris*, isto é, a aplicação literal de uma norma estaria totalmente prejudicada, visto que faz-se necessária, antes de presunção absoluta, a realização da interpretação da norma que se deseja concretizar diante da lide. Por isso dizer que a derrotabilidade “pode ser vista como uma presunção *iuris tantum*, assim considerada como aquela que é somente provável, para a qual existe um juízo de probabilidade, que pode ser mais forte ou mais fraco”<sup>181</sup>.

Desse modo, uma decisão ativista estaria *derrotando* uma norma em detrimento de outra norma? A aplicação das medidas protetivas, criadas *exclusivamente* para proteger a mulher agredida no seio familiar, ao homem vítima estaria *derrotando*, de alguma forma, a Lei 11.340/2006? Seria o princípio da igualdade quem *derrotaria* a exclusividade das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, quando se autoriza sua aplicabilidade para proteger o homem, quando vítima de agressões domésticas advindas da mulher?

Se for considerado que a Lei 11.340/2006 foi editada, principalmente, com base no princípio da igualdade, em sua dimensão material, pode-se afirmar que, este princípio, a depender do caso concreto, enquanto norma, se *autoderrota*. Isto é, enquanto o princípio da igualdade alcançou a mulher para lhe dar proteção contra as agressões físicas, morais e econômicas praticadas pelo homem, também está a alcançar o homem, que considerado parte física mais forte da relação afetiva, merece ter protegida sua integridade física, moral e econômica, sob o manto do mesmo princípio, o da igualdade.

### 2.2.2 Definição de ativismo judicial

---

<sup>179</sup> VASCONCELLOS, op. cit., p. 58.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 78.

Como se sabe, a ciência do direito, assim como outras tantas, está sempre em busca de conceitos que definam em poucas palavras o significado de conteúdos estudados pelas áreas do conhecimento. Longe de chegar a definições que coloquem fim ao contexto analisado, o ativismo judicial também carece, e por isso busca seu conceito no ordenamento brasileiro. Desse modo, é por intermédio da doutrina que surge a possibilidade de uma definição para dar luz a este tema tão suscitado hodiernamente.

Assim como noutras áreas do conhecimento, bem como do próprio Direito, o que se denomina como ativismo judicial não possui consenso no que se refere a sua definição, como também não se mostra unânime ser sua aplicação benéfica ou prejudicial ao ordenamento jurídico do Brasil. De acordo com Branco<sup>182</sup>,

[...] O risco está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, em transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-se supor verdades ainda não estabelecidas, e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes.

Desse modo, não se pode negar que a definição de ativismo judicial é vaga e surge, muitas vezes, em “situações curiosas e embaraçosas, em que antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, na empolgação do último argumento ou do interesse pessoal, tornam-se inimigos do fenômeno”, como bem relatado por Branco<sup>183</sup>.

Preliminarmente falando, Ramos<sup>184</sup> preconiza que o ativismo judicial, “reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”. De acordo com o autor, no sistema *common law* é mais difícil identificar a atuação de um juiz ativista, visto que a jurisprudência é a principal fonte do direito nos Estados Unidos e na Inglaterra, por exemplo, o que gera,

[...] amplo espaço para movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazio em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> BRANCO, op.cit., p. 388.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 388.

<sup>184</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 104-107.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 109.

Nesse sentido, a definição de ativismo judicial no sistema *common law* é amplo, abarcando desde “o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados”<sup>186</sup>, esse fato acaba por configurar desvio de função do Judiciário, tendo em vista que caberia ao Legislativo, atuar de forma efetiva, evitando que no caso concreto se faça garantir direito ainda não definitivamente legislado, o que leva a muitos subjetivismo das decisões monocráticas ou colegiadas.

Já no Brasil, que adota o sistema *civil law*, a jurisprudência é estabelecida pela edição, via Legislativo, de leis que limitam a atuação do magistrado. Não se vê sentido negativo na terminologia *ativismo*, pelo contrário, de acordo com Ramos<sup>187</sup>,

[...] o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Mas, não pode o ativismo judicial, buscando a efetivação de direitos, acabar por suprimir a própria norma constitucional. Desse modo, Costa<sup>188</sup> afirma, singelamente que, “ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em primeiro momento, está reservado aos outros poderes”. Para esta autora<sup>189</sup>, o ativismo,

Trata-se, portanto, de uma maneira ativa de interpretação da Constituição. Essa forma de interpretar e de estabelecer políticas públicas seria perfeita, não fosse o risco que o mau uso da mesma representa para o Estado de Direito. Isso porque seu uso de forma exacerbada traz ínsito de se criar o Estado Jurisdicional, ou seja, um Estado de preponderância do Judiciário sobre os demais órgãos, o que supriria o Estado de Direito.

Sinteticamente, Estado de Direito, inscrito na Constituição do Brasil, vem da ideia do constitucionalismo moderno, já mencionado acima, assim, pode ser pensado como um Estado, em que sua Constituição “reconheça, entre outros, os direitos fundamentais”<sup>190</sup> do homem.

<sup>186</sup> RAMOS, op. cit., p. 110.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>188</sup> COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, p. 52-53.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 53-54.

<sup>190</sup> COSTA, op. cit., p. 48.

Dessa forma, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais do homem, a democracia, também mencionada, conseqüentemente, permite que haja um Governo de todos e para todos.

Retomando a análise do ativismo judicial, Paganelli<sup>191</sup> o define e caracteriza como sendo,

[...] um comportamento do Poder Judiciário que se caracteriza pela participação mais ampla e intensa na concretização de valores e finalidades constitucionais, com maior interferência nas atribuições dos demais Poderes. Opõe-se a autocontenção judicial. O principal objetivo almejado é a concretização efetiva do Estado Democrático de Direito, determinado e imposto pelas constituições. Sua característica principal é a efetiva participação da magistratura como um todo na proteção dos princípios constitucionais.

Assim, o Poder Judiciário, valendo-se do ativismo judicial, teria uma atuação mais flexível, no intuito de decidir conforme valores constitucionais, por isso, “a ideia de que a decisão judicial tão só desvela a vontade da lei em abstrato no caso concreto não compadece com o Estado Constitucional Democrático de Direito”, como aduz Sampaio Júnior<sup>192</sup>. Este autor reconhece que ao magistrado se impõe a “construção da norma jurídica em específico com atribuição de sentido no caso concreto”, com preocupação, sempre, de proteção aos direitos fundamentais do homem. Porém, é a própria Constituição que delimita o ativismo judicial, impedindo-se que a democracia seja violada por decisões exacerbadamente ampliativas advindas do Judiciário.

Levando em conta que a democracia não pode existir, exclusivamente, da escolha dos representantes do Executivo e Legislativo pelos cidadãos brasileiros, deverá o Judiciário atuar para que os direitos fundamentais do homem sejam garantidos e efetivados, assim, “deve o juiz proceder à devida concatenação desse ato com a Constituição como um antecedente lógico, até mesmo quando dos casos de omissão do legislador ou governante”<sup>193</sup>. Isto é, nenhuma decisão, sob a perspectiva da jurisdição contemporânea, bem como do constitucionalismo, poderá caminhar contra a norma constitucional, ao contrário, deverá o magistrado decidir buscando na Constituição a efetiva contemplação dos direitos fundamentais do homem.

---

<sup>191</sup> PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Ativismo judicial**: paradigmas atuais. 1. ed. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2011, p. 21.

<sup>192</sup> SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo judicial**: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 425.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 425.

Alguns doutrinadores definem o ativismo judicial como uma forma ativa de interpretar a norma constitucional. No Brasil, essa forma de interpretação deve respeitar os padrões já estabelecidos pela Constituição, fixando limites às atividades jurisdicionais. Desse modo, de acordo com a lição de Costa<sup>194</sup>, “o ponto de partida é o texto da própria Constituição que deve servir de parâmetro para a atividade hermenêutica, na qual o aplicador do direito não pode atribuir um significado contrário aos enunciados da própria Constituição”. Desse modo, não se pode interpretar a norma constitucional negando a própria Constituição, pois assim estaria se dando guarida, em princípio, a direito não existente ou ainda inconstitucional.

Outra preocupação, da interpretação ativa – ativismo judicial –, é que o Judiciário ao julgar o caso concreto, não poderá “invadir a competência do Legislativo e do Executivo criando normas, estabelecendo políticas públicas”, e Costa<sup>195</sup> vai além ao asseverar que, “a Constituição Federal constitui um sistema, com marcos que não podem ser ultrapassados pela atividade interpretativa”. Na visão desta autora, ainda que se concorde com a forma ativista de interpretação da norma constitucional, não poderá o magistrado ir além de sua função primordial (aplicar a lei já existente ao caso concreto), pois se assim agir, estará invadindo a competência dos demais Poderes, o que não é de todo benéfico ao sistema de normas existente, pelo contrário, nesse caso a inércia do Estado não pode “por si só, servir de sustentáculo para a subversão da separação de poderes, permitindo ao Judiciário substituir o administrador para fazer valer sua vontade em detrimento da vontade da Constituição”. Por isso, não se nega a importância do ativismo judicial, mas, é preciso que a interpretação do direito tenha sempre como base a própria Constituição, para não ferir o Estado de Direito.

Outra visão sobre a definição de ativismo, encontra-se nos dizeres de Reverbel<sup>196</sup>, que analisando o Estado de Direito e a Democracia aduz, “o Estado antes de ser Direito é de política, de democracia. Nesse sentido a melhor expressão para designar o Estado de Direito é *Estado Democrático de Direito* e não *Estado de Direito Democrático*”. Este autor menciona que o ativismo judicial está saindo de seu contexto funcional – a aplicação do direito – e ingressa no contexto político, que em regra, é de competência do Legislativo e Executivo. Em sua análise sobre o tema, o autor afirma que o ativismo “resolve problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos”.

---

<sup>194</sup> COSTA, op. cit., p. 54.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 54-58.

<sup>196</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, p. 73.

De outra banda, para o professor Ramos<sup>197</sup>, o fenômeno ativismo judicial tem conceito amplo, já que não se atrela “a um específico sistema jurídico, muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos Poderes”. Assim, aduz este autor que,

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Isso posto verifica-se, na definição acima, que o ativismo judicial ultrapassa os limites da norma constitucional, decidindo além daquilo que a própria Constituição prescreve, saindo do contexto legal para analisar litígios de forma subjetiva, isto é, cada magistrado parte de suas próprias convicções para julgar a lide que se estabeleceu entre as partes, por isso se mostra totalmente negativo, o ativismo judicial, na visão de Ramos<sup>198</sup>.

Segundo a lição de Monteiro<sup>199</sup>, o ativismo judicial “chamado por muitos de judicialização da política, pretende chamar a atenção dos magistrados e auto-legitimá-los para a participação efetiva no controle da constitucionalidade”. Para este autor, o ativismo judicial, ao contrário do que pensa Ramos, é positivo, pois “acaba por ampliar a consciência de força dos Tribunais no controle dos demais poderes, via hermenêutica constitucional”. Dessa forma, cabe ao Judiciário agir ativamente impelindo o Legislativo e o Executivo a cumprirem suas funções precípua, já que àquele foi dado, também, o poder de analisar e fiscalizar o exercício dos outros dois Poderes mencionados.

Por judicialização, nas lições de Barroso<sup>200</sup>, pode-se entender,

[...] algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência

<sup>197</sup> RAMOS, op. cit., p. 128-129.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>199</sup> MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização dos direitos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, p. 163-164.

<sup>200</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Ordem dos Advogados do Brasil**. nº 04, jan./fev., 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 17 fev 2012, p. 3.

de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, nos casos em que foi provocado a decidir sobre questões precípua do Legislativo e Executivo, nas lições de Barroso, foi positiva e tem servido aos interesses das partes. Nesse sentido, aduz o autor que, “a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”<sup>201</sup>.

Retirando das lições de Barroso<sup>202</sup>, a judicialização e o ativismo judicial são, por ele considerados, primos. Tendo em vista que a judicialização, “no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”, já o ativismo judicial,

[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Nessa direção, Barroso aduz que o ativismo judicial está associado a uma, “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, e prossegue,

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>203</sup>

Dentre as diversas definições, de ativismo judicial, trazidas à baila verifica-se que, na maioria delas, há menção a um fenômeno que coloca o magistrado como *figura de destaque*

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Ordem dos Advogados do Brasil**. nº 04, jan./fev., 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 17/02/2012, cit., p. 6.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 6.

ao decidir o caso concreto, tendo em vista sua direta participação em questões, que em regra, não lhe competem. Em outras palavras, o juiz julga *invadindo* o poder do Legislativo e do Executivo, quando estes não cumprem com suas funções principais e deixam a desejar, principalmente, no que se refere às políticas públicas não efetivamente implementadas no Brasil, o que gera, conseqüentemente, a não proteção aos direitos fundamentais do homem e desse modo, gera o não cumprimento da própria norma Constitucional.

### **2.3 Posições favoráveis e não favoráveis às decisões ativistas**

O ativismo judicial trata de um fenômeno que vem sendo utilizado no Direito brasileiro, porém, não são todos os doutrinadores que concordam com sua prática nas decisões monocráticas ou dos Tribunais, e principalmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Assim, serão analisadas as posições doutrinárias a respeito do ativismo judicial, sabendo-se, de antemão, que não há consenso na positividade ou negatividade das decisões ativistas, como se verá a seguir.

A ideia principal dos que defendem o ativismo judicial norte americano está na falta de compromisso do Legislativo, como também na despreocupação deste Poder em garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Dessa forma, cabe ao Judiciário o dever de agir ativamente impedindo que os indivíduos sejam prejudicados em seus direitos fundamentais, por estar sob o mando de leis que não atendem efetivamente aos interesses individuais, isto é, não efetivam os direitos fundamentais do homem.

Pode-se crer que os defensores do ativismo judicial justificam tal posicionamento na necessidade do Poder Judiciário intervir ou interferir nas questões não efetivadas pelos demais Poderes – Legislativo e Executivo. Assim, para que os direitos prescritos na Constituição Federal sejam devidamente cumpridos, cabe ao Judiciário agir ativamente pela garantia da atuação do Legislativo e do Executivo, sempre com a preocupação maior da garantia dos direitos fundamentais do homem.

Se ao Supremo Tribunal Federal, bem como aos juízes monocráticos, foi dado o poder de declarar inconstitucional uma lei, não se pode ver como negativa as decisões ativistas, assim, “decorre do princípio da proteção judicial efetiva (CR, 5º, XXXV) que o Judiciário detém diversos instrumentos para a prática do ativismo judicial”. O Ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45,

fixou alguns parâmetros para que a decisão ativista seja viável, argumentando, nos dizeres de Monteiro<sup>204</sup>, que,

[...] A intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas não poderá ser por completo arbitrária ou desmedida. Segundo o arresto existem três situações em que caberia intervenção do Judiciário nas políticas públicas: a) quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; b) se o pedido de intervenção for razoável; c) do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrazoada.

Especificamente em seu voto, o Ministro Celso de Mello<sup>205</sup>, referindo-se aos parâmetros acima mencionados, aduz,

[...] implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Refutando as posições contrárias ao ativismo judicial, justificadas pela invasão do Poder Judiciário no Poder Legislativo ou Executivo, há quem entenda que, de acordo com a forma de divisão dos Poderes pela Constituição do Brasil, não há que se falar em intervenção. Desse modo, escreve Branco<sup>206</sup>,

[...] O critério de valoração dessas decisões não pode ser uma concepção abstrata do que devam ser, em filosofia política, as funções do Judiciário e do Legislativo, mas deve estar informado pelo traço de competências que o povo soberano fixou para cada um desses Poderes na Constituição concreta que editou. Assim, o que seria uma invasão do Judiciário ao Legislativo em algum outro país pode não ser no Brasil, dada a ordem de competências dessas esferas de Poder delineadas pelo constituinte pátrio.

No Brasil também há uma prévia compreensão que visualiza o ativismo relacionado à separação dos Poderes, bem como das atribuições, gerais e específicas, de cada um deles. Os que criticam o ativismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal justificam a contrariedade no desrespeito ao princípio da separação dos Poderes. Por outro lado, tais críticas “carecem

---

<sup>204</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 164-165.

<sup>205</sup> BRASIL. **ADPF 45 de 26 a 30 de abril de 2004**. Informativo elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

<sup>206</sup> BRANCO, op. cit., p. 395.

tantas vezes de uma exposição clara do parâmetro técnico adotado para estimar quando uma deliberação judicial escapa ao seu domínio próprio”, por isso não é suficiente a alegação genérica da violação do princípio da separação dos Poderes para não autorizar o ativismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, como bem observado por Branco<sup>207</sup>,

[...] Dizer que é ativista uma decisão que destoa do esperado num sistema com separação de poderes é o mesmo que apenas iniciar o exame do problema, já que se requer o passo seguinte, nem sempre dado, de se definir o sistema de separação de poderes de que se está cogitando. Desse modo, nem toda decisão que encurta poderes antes supostos como próprios do Legislativo merecerá crítica.

Nos posicionamentos favoráveis às decisões ativistas, a justificativa fica por conta da garantia e da plena efetivação dos direitos fundamentais do homem. Nesse sentido, se o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seu papel primordial, quando da criação e da implementação de políticas públicas, compete ao Judiciário intervir e interferir, impelindo àqueles Poderes para concretização de tais direitos. Se o Judiciário assim não fizer, restarão por ignorados os princípios constitucionais, ao qual a guarda compete, em princípio, ao Supremo Tribunal Federal, bem como aos demais Tribunais e aos Juízes monocráticos, de acordo com o sistema jurídico brasileiro.

Havendo consenso que ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, e conseqüentemente da garantia dos direitos fundamentais do homem, não se pode enxergar como negativa a decisão ativista. Nessa toada assevera, com brilhantismo, Branco<sup>208</sup>,

Se os direitos fundamentais vinculam e dirigem as ações do Poder Judiciário, cuja proteção lhe define a razão de ser, não deve surpreender que, para assegurar a plena vigência desses direitos, o Tribunal, provocado por instrumentos criados pela Constituição, exerça, por exemplo, jurisdição superadora da omissão de outros poderes. Se a inação dos outros poderes é reprovável por frustrar um direito constitucional que lhes cabia viabilizar, e se cabe ao STF proteger esses mesmos direitos, não será destoante da sua missão encontrar soluções, inspiradas na analogia até, que lhes assegurem a eficácia devida. [GRIFO NOSSO]

---

<sup>207</sup> BRANCO, op. cit., p. 395.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 397.

Quando se critica as decisões ativistas, alegando a invasão do Judiciário na função do Legislativo ou do Executivo, como visto, menciona-se a questão da separação dos Poderes. Sobre o tema, Paula<sup>209</sup> assevera,

Na verdade, do início do século XX até hoje um complexo cenário de transformação se processou no direito e na política: 1) vive-se sob a égide de uma crise de representação parlamentar; 2) fruto, principalmente, do abandono de uma visão mítica de que a sociedade é homogênea; 3) passou-se de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, no qual aos princípios constitucionais se conferiu aplicação direta; 4) o que, em consequência, implicou o abandono da subsunção como único método de resolução de impasses sobre a interpretação e aplicação do direito; 5) instaurou-se um quadro em que agências e agentes dentro do ramo governamental, mas com alguma independência, são aqueles que realmente decidem questões técnicas na sociedade, mudança que se dá em um quadro de desformalização do direito; 6) consolidou-se, ainda, o presidencialismo de coalizão, em que às minorias sobra pouco espaço para participar da construção da agenda parlamentar.

De se ver que, o Judiciário não pode ficar inerte diante da não preponderância da implementação, garantia e efetivação dos direitos fundamentais do homem. Desse modo, se o Legislativo e o Executivo não cumprem suas funções, compete ao Judiciário, por intermédio de decisões, quando provocado, fazer valer os princípios constitucionais, em nome de um Estado Democrático de Direito.

Aos defensores das decisões ativistas, considera-se mais oportuno a proteção dos direitos fundamentais do homem, do que a inércia do Poder Judiciário em interferir ou intervir nas *funções* do Legislativo e Executivo, em nome do princípio da separação dos Poderes. Dessa maneira, se ao Judiciário foi dado o poder/dever de analisar todas as vezes em que for provocado, não poderá negar-se a determinar, via decisão judicial monocrática ou colegiada, a implementação de políticas públicas ou efetivação dos direitos fundamentais do homem, quando não realizado pelos outros dois Poderes mencionados. Pois, negar o julgamento, seria o mesmo que negar a sua própria existência.

De fato, há que se fazer ressalvas às decisões ativistas, visto que os abusos não se mostram condizentes com o sistema jurídico do Brasil. Nessa toada, e valendo-se dos posicionamentos favoráveis às decisões ativistas, não se poderá perder de vista, nunca, a concretização dos direitos fundamentais do homem fixados pela norma constitucional. Se

---

<sup>209</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 307-308.

assim for, nenhuma decisão ativista se mostrará contrária ou perturbadora da norma constitucional. Pelo contrário, tais decisões farão valer os direitos que o constituinte almejou, quando da elaboração da Constituição de 1988, para termos, então, um Estado de Direito concretizado.

Como se sabe, os posicionamentos sobre as decisões ativistas não são consensuais, por seu turno, há doutrinadores completamente contrários a tal prática, a saber. Nas lições de Reverbel<sup>210</sup>, por exemplo, o Brasil mistura Estado, governo e administração, o que torna complicado distinguir “o que é jurídico do que é político”. Havendo essa falta de distinção clara, inevitavelmente “o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos”, o que para este autor é temeroso, visto que o magistrado decide questões políticas, quando na verdade, deveria limitar-se às questões jurídicas. O exemplo maléfico citado por Reverbel são as decisões dadas por juiz que concede internação em hospitais onde não há vagas, neste caso, o magistrado decide de forma jurídica, um problema de política pública, que compete, em tese, ao Executivo solucionar. Finaliza o autor que, “ativismo judicial acaba com o Estado de Democracia, com a roupagem de estar instaurando um verdadeiro Estado de Direito”.

A visão de Ramos<sup>211</sup>, sobre ativismo judicial, é a de um fenômeno negativo, pois importa “na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes” e, continua o autor,

Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Nota-se que a preocupação de Ramos está na invasão do Judiciário na esfera, principalmente do Legislativo, por isso se mostra contrário às decisões ativistas, afirmando que “está o órgão Judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só”<sup>212</sup>. Em outras palavras, se o Judiciário interfere na função precípua do Legislativo, acaba por modificar o sentido, bem como o alcance da norma constitucional e, conseqüentemente, fere a ideia proposta pelo constituinte quando da elaboração da Constituição brasileira.

---

<sup>210</sup> REVERBEL, op. cit., p. 73-74.

<sup>211</sup> RAMOS, op. cit., p. 129.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 141.

Tratando, rapidamente, da separação dos Poderes expressos pela própria Constituição de 1988, Paula<sup>213</sup> aduz que,

A questão, então, passa por se admitir que, normalmente, o direito é regido por regras jurídicas, que representam ponderações de princípios já feitas pela instância representativa, que é o Parlamento. Ao Executivo, caberia apenas aplicar diretamente princípios, ante a ausência de regras editadas pelo Parlamento com base nesses princípios e, ao Judiciário, agir, por provocação, quando as duas instâncias tiverem falhado no desiderato de produzir comandos normativos claros à sociedade.

O que não se pode perder de vista é que, o ativismo judicial “esbarra nos limites que a ordem jurídica impõe no sentido de que direito novo advém de regras editadas pelo Legislativo que já ponderaram princípios jurídicos”<sup>214</sup>. Isto é, para que o Judiciário possa decidir ativamente, faz-se necessário que as regras já editadas sejam respeitadas.

Nesse viés, a cautela na aceitação de decisões ativistas faz-se extremamente oportuna, visto que, “o ativismo judicial não pode ser considerado lugar comum dentro da democracia representativa, uma vez que uma postura atuante dos juízes angustia a separação dos poderes e põe em risco o próprio sentido do Estado Democrático de Direito”, como se observa na lição de Monteiro<sup>215</sup>. Mais uma vez, a preocupação com o ativismo judicial está na desnaturalização da separação dos Poderes, prevista na Constituição Federal, que, mal utilizada, poderá causar prejuízo ao próprio interesse democrático do Estado.

Dentre as diversas críticas ao ativismo judicial, a doutrina chamada de mais conservadora, se mostra contrária às decisões ativistas, alegando que com o ativismo,

[...] a) há o enfraquecimento dos poderes constituídos; b) ocorre falta de participação política e inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) existe a alienação popular; d) cria-se o ‘clientelismo’, uma vez que ainda poucos têm acesso ao Judiciário; e) há a exposição demasiada do Poder Judiciário; f) existe a possibilidade de acomodação dos outros Poderes, [...]”<sup>216</sup>.

Em sua grande maioria, os contrários às decisões ativistas, fundamentam suas teses na violação à separação dos Poderes, que pode gerar risco ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, deixar nas mãos dos juízes o destino e implementação de políticas públicas, é temeroso, pois não compete ao Judiciário intervir nas funções do Legislativo e do Executivo,

---

<sup>213</sup> PAULA, op. cit., p. 286.

<sup>214</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>215</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 170.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 170.

em nome da justiça. É preciso mais que isso, é preciso conservar a separação dos Poderes, de acordo com o modelo criado pelo constituinte originário, bem como não permitir que decisões ativistas, em nome da garantia dos direitos fundamentais do homem, firam o sistema jurídico brasileiro, decidindo, em alguns casos, além da norma constitucional.

Barroso, por sua vez, cita três objeções ao ativismo judicial, bem como a judicialização no Brasil, são elas: os riscos para a legitimidade democrática; na politização indevida da justiça; e nos limites da capacidade institucional do Judiciário<sup>217</sup>. No que se refere aos (1) riscos para legitimidade democrática, sabe-se que os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos, isso gera a preocupação da intervenção deste Poder nas funções precípuas do Legislativo e do Executivo, visto que estes são eleitos pelo voto popular direto.

Ao mencionar (2) a politização indevida da justiça, Barroso<sup>218</sup> aduz que “Direito não é política”. Ainda que se considere como verdadeira esta afirmação, o autor vai além dizendo que, “a Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça”. E prossegue, analisando o contexto, “sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente”. Não se poderá, então, dizer que a justiça não é política, mas é preciso compreender que entre o Direito e a política há uma linha divisória, ainda que tênue. Desse modo, é evidente que, “Direito *não é* política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias”.

Concernente (3) à capacidade institucional do Judiciário e seus limites, Barroso salienta que, a capacidade institucional tem por intuito saber qual o Poder está mais capacitado para decidir sobre determinada matéria, e para tanto é preciso que se faça um juízo de razoabilidade, justamente para que nenhum dos três Poderes ultrapasse os limites que lhes são impostos pelo princípio da separação dos Poderes. Caso contrário, estará o Judiciário invadindo a seara do Legislativo e do Executivo inadequadamente. Nesse sentido,

[...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Ordem dos Advogados do Brasil**. nº 04, jan./fev., 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 17/02/2012, p. 10.

<sup>218</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 17.

Como que em uma ideia mista, Monteiro<sup>220</sup> sugere o que chamou de *terceira via*, que seria “um ativismo prudente, alinhado com os princípios constitucionais da separação dos poderes e da proteção judicial efetiva”. E, continua, “faz-se necessária à prudência, um agir do Poder Judiciário quando os Poderes Legislativo e Executivo não estão a cumprir convincentemente suas atribuições”. Isto é, não pode o Judiciário chamar para si as funções precípuas dos demais Poderes, porém, não pode, também, negar guarida e garantia da democracia, bem como dos direitos fundamentais do homem.

Para tanto, é preciso cautela dos magistrados. O processo deve ser o mais democrático possível, permitindo assim, o diálogo entre as partes, e conseqüentemente a confecção de uma decisão coerente. Pois desse modo às decisões ativistas serão adequadamente fundamentadas, evitando-se com isso, injustiças. Só assim o ativismo judicial poderá ser considerado legítimo, e a efetivação dos direitos fundamentais do homem, deixará de ser uma utopia criada pela norma constitucional, e passará a ser uma realidade social, mais que urgente.

Enfim, afirmar que as decisões ativistas, que julgam em favor do homem agredido no seio familiar, estão atendendo aos preceitos constitucionais, a começar pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre homens e mulheres. Nesse sentido, compreender que os direitos fundamentais do homem vítima de agressão doméstica, também estão sendo protegido e efetivado, mesmo que não haja legislação específica para este caso concreto e pertencente à realidade social.

---

<sup>220</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 171-172.

## **CAPÍTULO 3 – A LEI MARIA DA PENHA E O ATIVISMO JUDICIAL NO CASO CONCRETO**

### **3.1 A Lei 11.340/2006**

A Lei 11.340 foi sancionada em 7 de agosto de 2006. Logo após sua edição, passou a ser chamada de Lei ‘Maria da Penha’, mesmo que seu texto não faça, em nenhum momento, alusão a este nome. Sabe-se que a referência a este nome tem relação com o caso concreto da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, também vítima de violência doméstica, praticada reiteradas vezes, pelo seu então esposo, o professor universitário e economista, Marco Antônio Heredia Viveiros.

Maria da Penha sofreu a primeira tentativa de homicídio em 29 de maio de 1983, quando Marco Antônio, valendo-se de uma espingarda, atirou contra ela ao simular um assalto, o resultado desta agressão foi a sua paraplegia. Passada cerca de uma semana, quando Maria da Penha já havia retornado para casa, esta sofreu nova tentativa de homicídio, praticada, novamente, pelo seu esposo, dessa vez Marco Antônio tentou eletrocutá-la por intermédio de descarga elétrica enquanto a vítima tomava banho. Após a segunda tentativa em matar Maria da Penha, findou-se a relação conjugal entre o casal.

É sabido que Maria da Penha não teria sofrido apenas essas duas agressões na tentativa de matá-la. Marco Antônio praticou muitas e repetidas agressões contra sua esposa, e esta nunca reagiu, pois temia represália ainda maior contra ela e contra as três filhas do casal. Mas só após as duas tentativas de homicídio, Maria da Penha decidiu noticiar às autoridades competentes as agressões que sofria e sofreu durante muito tempo dentro de sua própria casa.

Na época das denúncias feitas por Maria da Penha e por outras mulheres, referentes às agressões que sofriam; nada era feito de concreto para coibir e impedir que a violência de maridos contra as esposas cessassem. Diante da inércia da Justiça, Maria da Penha escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e sempre que possível demonstrava sua indignação pela omissão das autoridades competentes, em dar solução e cabo das agressões domésticas.

Em junho de 1983 começaram as investigações sobre as tentativas de homicídio contra Maria da Penha, e só em setembro de 1984 a denúncia foi oferecida contra Marco Antônio, que foi condenado pelo Tribunal do Júri a oito anos de pena privativa de liberdade. O réu recorreu da decisão, teve o primeiro Júri anulado, e noutra sessão plenária foi

condenado a dez anos de pena privativa de liberdade, também recorreu dessa decisão, mas não houve realização de novo Júri. Passados 19 anos e 6 meses dos fatos, no ano de 2002 Marco Antônio foi preso, cumpriu dois anos da pena em regime fechado e foi solto, de acordo com o benefícios concedidos pela Lei de Execução Penal<sup>221</sup>.

O caso Maria da Penha teve grande repercussão, e isso levou o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEDJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), e a própria Maria da Penha a formalizarem, em agosto de 1998, denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Após a denúncia, a Comissão Interamericana de Direito Humanos publicou, em abril de 2001, o Relatório nº 54/2001<sup>222</sup>.

No Relatório nº 54/2001, foi feita profunda análise da denúncia, que contava o caso do processo da vítima Maria da Penha. Além da análise, foram indicadas falhas do Estado brasileiro, pois este na “qualidade de parte da Convenção Americana e Convenção de Belém do Pará, assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses tratados”<sup>223</sup>.

Diante do caso denunciado, o Relatório nº 54/2001, mencionou que a impunidade e impossibilidade da vítima Maria da Penha em receber reparação pelos danos que sofreu deixou claro o descumprimento, pelo Brasil, do compromisso de agir de forma adequada, no intuito de coibir e impedir a violência doméstica, como mencionado nos tratados assinados pelo Estado brasileiro.

Não houve resposta por parte do Brasil quando da primeira provocação (agosto de 1998) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em outubro de 1998 a mesma Comissão solicitou ao Brasil informações, que também não foram respondidas. No ano de 2000, novamente a Comissão voltou a pedir explicações ao Brasil, mas não teve sucesso, novamente houve omissão por parte do Estado brasileiro. Já em março de 2001 foi enviado ao Brasil o Relatório para cumprimento, que não foi respondido. Após mais essa omissão brasileira, a Comissão tornou público o teor do Relatório número 54/2001.

Tornado público o Relatório número 54/2001, a Comissão impôs ao Brasil o pagamento, para Maria da Penha, a título de indenização, no valor de \$20.000,00 (vinte mil dólares). Também responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão diante da

---

<sup>221</sup> DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 15-16.

<sup>222</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha (11.340/2006). Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 13.

violência familiar e, recomendou ainda a adoção de várias medidas, uma delas seria para simplificar os procedimentos judiciais penais, no intuito de reduzir o tempo do processo em caso de agressões domésticas. A vítima Maria da Penha recebeu, em 2008, de indenização a quantia de R\$60.000,00 (sessenta mil reais) do governo do Ceará, numa solenidade pública, em que lhe foi pedido desculpas.

Após passar 25 anos, a Lei 11.340/2006 foi, enfim, editada para dar cumprimento às obrigações assumidas pelo Brasil nas convenções e tratados internacionais. O projeto da lei teve início em 2002, sendo elaborado por cinco organizações não governamentais, enviado ao Congresso em novembro de 2004. Depois de muitas discussões e substituição do projeto inaugural, a Lei 11.340/2006 foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e está em vigor desde 22 de setembro de 2006.

Transcorridos todos esses relatos históricos sobre a edição da Lei 11.340/2006, pode-se verificar que esta lei foi produzida ‘a toque de caixa’, em outras palavras, o Brasil só se preocupou em cumprir as obrigações assumidas advindas das convenções e tratados internacionais no qual é signatário, quando não lhe restou alternativa. O Brasil ficou mal visto internacionalmente no que se refere à proteção das mulheres contra as agressões domésticas e familiares, por conta do descaso com as vítimas de agressões domésticas.

Por essa razão, viu-se obrigado a editar uma lei com intuito de cobrir a vergonha por não dar atenção devida às questões ligadas aos casos de agressões domésticas e familiares denunciadas por mulheres brasileiras. A Lei Maria da Penha não possui o melhor texto, mas de todo modo, mostra-se minimamente adequada para tentar coibir e fazer cessar as agressões contra mulheres no seio familiar. Em seu artigo 8º, a Lei Maria da Penha dispõe,

[...] a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais [...]. [GRIFO NOSSO]

Este artigo veio para fazer valer as ações assumidas pelo Brasil na Convenção de Belém do Pará, para com a Comunidade Internacional. Nesse sentido, Souza e Kümpel, manifestam-se a respeito da seguinte maneira,

[...] trata-se de adoção obrigatória de uma logística, integrada pelo Estado, pela família e pela sociedade, que, de maneira articulada, coordenada,

harmônica e efetiva, promova a dignidade da pessoa humana na salvaguarda da mulher e com vinco na questão da violência doméstica e familiar.<sup>224</sup>

Diante das ações mencionadas no Título III da referida Lei, vê-se que o Brasil, efetivamente se propôs a coibir a violência doméstica e dar total apoio às mulheres agredidas. Desse modo, a Lei busca evitar que a violência aconteça, e para isso elencou ações de política pública nesse sentido. Para que tais ações saiam do papel e atinjam as muitas mulheres em situação de risco, será preciso cobrar dos órgãos públicos responsáveis atuação precisa e eficiente, caso contrário, restará, inadequadamente, o Direito Penal repressivo como meio de proteção.

Para o estudo proposto neste trabalho, a lei mostra-se eficaz, pois criou as medidas protetivas capazes de impedir que, o homem, vítima de agressões domésticas, sofra ainda mais prejuízos por conta de atitudes violentas da mulher ou companheira, como também os relacionamentos afetivos homossexuais, entre pais e filhos, avós e netos, tios e sobrinhos etc.. E, mesmo não tendo criado expressamente tal direito ao homem, a lei pode ser, juntamente com a análise do princípio da igualdade, suficientemente eficaz para proteger, além da mulher, o homem que busca proteger seus bens ou mesmo sua integridade física, quando em perigo.

### 3.1.1 Abrangência da Lei 11.340/2006

O disposto na justificativa preambular da Lei 11.340/2006, já esclarece, em princípio, qual sua abrangência, bem como seu intuito no mundo das normas,

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.<sup>225</sup> [GRIFO NOSSO]

<sup>224</sup> SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 88.

<sup>225</sup> BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras

Verifica-se de antemão que a proteção dada pela Lei citada está exclusivamente direcionada à mulher, como descrito por várias vezes no preâmbulo. O artigo 1º, da mencionada Lei dispõe:

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

Não restam dúvidas que a Lei 11.340/2006, veio para proteger as mulheres vítimas de agressões domésticas praticadas por seus esposos, companheiros ou mesmo namorados. Ao considerar que a mulher necessitava de tratamento diferenciado, e após grande pressão da Comunidade Internacional – Relatório número 54/2001 –, a lei entrou em vigor e visa precipuamente proteger e encorajar as mulheres agredidas seja física, psicológica ou economicamente a noticiar as agressões sofridas, pois sabem da existência de proteção adequada e efetiva posta pela legislação.

Entendeu a Lei, no artigo 5º, inciso II, que a proteção à mulher agredida não será exclusiva para as relações heterossexuais. Isto é, nas relações homossexuais entre mulheres a Lei Maria da Penha terá irrestrita aplicação. Isso ocorre, pois a Lei não faz diferença entre a orientação sexual da mulher agredida. Desse modo, a Lei protege as mulheres, os travestis, os transexuais e os transgêneros, desde que estejam em íntima relação de afeto no ambiente familiar ou de convivência. Nesse sentido Dias<sup>227</sup> aduz,

O conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas. Quer as relações de um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres ou constituídas entre dois homens, todas configuram entidade familiar.

---

providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 31 out. 2012.

<sup>226</sup> BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 31 out. 2012.

<sup>227</sup> DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2010, op. cit., p. 48.

Ao passo que a Lei alargou a abrangência de sua proteção, não fazendo diferenciação com relação à orientação sexual da mulher agredida, oportuno tratar, também, sobre as definições trazidas pela própria norma de violência doméstica e familiar, unidade familiar ou doméstica, família e relação íntima de afeto.

No que se refere à violência, em sentido amplo, pode-se defini-la como sendo “qualquer tipo de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral”.<sup>228</sup> Na junção dos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/2006, chega-se à definição do que seja a violência doméstica mencionada no texto legal, assim, “violência doméstica é qualquer das ações elencadas no artigo 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticada contra a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva”<sup>229</sup>.

Unidade familiar ou doméstica, nos dizeres de Nucci<sup>230</sup>, “é o local onde há convívio permanente de pessoas, em típico *ambiente* familiar, vale dizer, como se família fosse, embora não haja necessidade de existência de vínculo familiar, natural ou civil”. Não se pode generalizar a aplicação da Lei em comento. Em outras palavras, a Lei só se fará presente caso a mulher agredida esteja inserida no contexto doméstico ou familiar do ambiente. Em situações em que apenas terceiros façam parte da unidade familiar, a mulher agredida neste ambiente, não terá proteção da Lei 11.340/2006, mas sim da legislação Penal comum.

Família, no texto da Lei 11.340/2006, ganhou nova *roupagem*, visto ter sido alterada sua definição ao comparar com a Constituição Federal e com o Código Civil, vigentes. O inciso II, do artigo 5º da Lei, dispõe que, “no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais ou por vontade expressa”. [GRIFO NOSSO] De se ver que a Lei não fez diferenciação com relação à orientação sexual dos indivíduos que se unem amorosamente. É neste ponto que a Lei mencionada aumenta sua abrangência no que se refere à definição de família, considerando que as relações homossexuais, também estão englobadas, desde que haja relação íntima de afeto.

Relação íntima de afeto, descrita no inciso III, do artigo 5º, da Lei, inclui, segundo Lima Filho<sup>231</sup>, “os relacionamentos afetivos de namorados ou de noivos”, considerados, ainda por alguns autores, os relacionamentos afetivos entre mulheres homossexuais. Nas lições de

---

<sup>228</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed., rev., atua. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1259.

<sup>229</sup> DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2010, op. cit., p. 51.

<sup>230</sup> NUCCI, op. cit., p. 1263.

<sup>231</sup> LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha comentada: Comentários a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Leme: Editora Mundo Jurídico, 2007, p. 36.

Nucci<sup>232</sup>, relação íntima de afeto, “é o relacionamento estreito entre duas pessoas, fundamentado em amizade, amor, simpatia, dentro outros sentimentos de aproximação”. Este autor, por sua vez, faz ressalvas à abrangência da definição de relação de afeto íntima, defendendo que apenas as aproximações amorosas sejam consideradas para aplicação da Lei em análise, e não qualquer tipo de relação íntima afetiva.

Por seu turno, vê-se que a Lei não menciona, em nenhum momento, a proteção do homem, caso este seja vítima de agressão considerada doméstica. Tacitamente, a Lei deixa o entendimento; o homem, vítima de agressão doméstica, se valerá da proteção dada pela Lei Penal comum, isto é, Código Penal e Processual Penal, o que não parece ser a melhor alternativa legal, visto que, o homem agredido, também sofre prejuízos econômicos, psicológicos, morais, sexuais e patrimoniais.

Além do homem, a Lei 11.340/2006 deve estender seu alcance às relações homossexuais, bem como a toda e qualquer formato de família. Pois só assim haveria o reconhecimento da efetivação de políticas públicas para prevenir e não apenas reprimir todos os tipos de agressão dentro da entidade familiar.

### 3.2 Do Gênero

A palavra gênero vem do latim *gênus, êris*, nascimento, descendência, origem; raça, tronco; descendente, rebento, filho. Deriva do grego *génos, eos*<sup>233</sup>. Gênero é definido pelo dicionário da língua portuguesa como sendo “grupo da classificação dos seres vivos que reúne espécies vizinhas, aparentadas, afins, por apresentarem entre si semelhanças constantes. [...]. Gênero humano: a espécie humano”<sup>234</sup>.

Gênero pode ser pensado de várias maneiras e não exclusivamente por um único aspecto. É possível atrelar a terminologia gênero, por exemplo, às características psicológicas, culturais e sociais, seja do indivíduo masculino ou feminino. Gênero também não está ligado unicamente ao sexo, já que este perfaz aspectos biológicos, fisiológicos e anatômicos, para definir a pessoa como feminino ou masculino. Nesse sentido, Dornelles e Bernardes, definem gênero,

---

<sup>232</sup> NUCCI, op. cit., p. 1264.

<sup>233</sup> GÊNOS, EOS. Disponível em: <<http://www.ciberduvidas.pt/pergunta.php?id=24833>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

<sup>234</sup> GÊNERO. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/genero/>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

A atribuição de gênero significa rotular o recém-nascido como homem ou mulher, realizada pelos adultos com base nos indicadores anatômicos do sexo, a qual desencadeia um discurso cultural que se funda em estereótipos da masculinidade/feminilidade e é fator determinante do núcleo da identidade de gênero.<sup>235</sup>

Butler, ao discutir sobre a questão de gênero contemporaneamente, deixa claro que gênero não é exatamente o sexo de cada um, mas sim uma criação cultural, desse modo aduz,

Se o gênero ou o sexo são fixos ou livres, é função de um discurso que, como se irá sugerir, busca estabelecer certos limites à análise ou salvaguardar certos dogmas do humanismo como um pressuposto de qualquer análise do gênero. [...] Tais limites se estabelecem sempre nos termos de um discurso cultural hegemônico, baseado em estruturas binárias que se apresentam como a linguagem da racionalidade universal. Assim, a coerção é introduzida naquilo que a linguagem constitui como o domínio imaginável do gênero.<sup>236</sup>

Pensar a mulher na Antiguidade, isto é, na Pré História, é bastante complicado, pois nessa fase não havia, ainda, a escrita, por isso, é necessário se utilizar de objetos feitos à mão que acabaram sendo encontrados posteriormente, dando significado para história. Tais objetos foram encontrados na América Central, China, Oriente Médio e Europa. No período Paleolítico e início do período Neolítico, havia poucas representações sobre o macho, isso se leva a crer que a paternidade ainda não tinha sido descoberta ou construída.

A divisão familiar, que hoje temos, no período Paleolítico não estava muito bem definida, visto que “não existiam povos nem Estados separados e os seres humanos viviam em pequenos grupos, depois famílias e tribos”<sup>237</sup>, a isso convencionou chamar de “sociedade primitiva”.

Em seguida ocorre o aparecimento das Tribos, primeiro momento a gerar divisão entre os grupos, fixando cada qual seu próprio território. No período Mesolítico, a fase do “período matrilinear”, é de grande importância, pois ocorre nela o desenvolvimento do gênero humano, “o homem aperfeiçoou seus instrumentos. Começou a domesticação dos animais. O

<sup>235</sup> DORNELLES, Susana de Almeida; BERNARDES, Nara Maria Guazzelli. Homem pode virar ladrão e assassino, mas pelo menos não apanha nem sofre tanto como a mulher: gênero e violência na vida de mulheres adolescentes em situação de rua. In: STREY, Marlene Neves; AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; JAEGER, Fernanda Pires (orgs.). **Violência, gênero e políticas públicas**. Coleção Gênero e Contemporaneidade, nº 2. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 126-127.

<sup>236</sup> BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26-28.

<sup>237</sup> ALAMBERT, Zuleika. **Mulher uma trajetória épica**: esboço histórico – da antiguidade aos nossos dias. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado S/A IMESP, 1997, p. 22.

ção foi o primeiro a ser domesticado. A mulher aprendeu a fabricar vasilhas de barro, o que possibilitou o cozimento sistemático da alimentação”<sup>238</sup>.

Nesse momento da história, a mulher teve papel importante, enquanto os homens caçavam, elas plantavam os grãos para alimentar os clãs e domesticavam os animais, por isso que apenas estatuetas femininas eram encontradas nesse período. Mas, “estes tipos de sociedades igualitárias que existiram na pré-história e onde reinaram as deusas são desconhecidos até hoje, porque os homens, propositalmente, excluíram a mulher da história da humanidade”<sup>239</sup>.

Saindo da era chamada de matrilinear, o homem, que passou a cultivar a terra com arado e irrigação artificial, e a criar gado, se torna mais importante que a mulher, iniciando com isso, a era do patriarcado, em que o trabalho da mulher começa a ser desprezado, fato que teria ocorrido ente 6.000 e 3.000 antes de Cristo. A igualdade entre macho e fêmea, que existia nos clãs, começa a desaparecer, prevalecendo a figura do homem.

Aumentando o trabalho, os aprisionados de uma tribo para outra, são introduzidos no trabalho pesado, como escravos. E a mulher, dantes trabalhava para todos do mesmo grupo, passa a trabalhar apenas e exclusivamente para um homem, o seu ‘marido’. Nesse sentido, “o homem queria ter uma mulher só para ele, para ter certeza de que seus filhos, aqueles que deveriam receber a sua herança, eram seus legítimos herdeiros”<sup>240</sup>. Nessa nova forma de economia, aparece o Estado e a divisão dos humanos em classes, momento em que a mulher se tornara a primeira escrava do homem.

Com as religiões, também não foi diferente, pois, fizeram parte dessa dominação e prevalência do macho sobre a fêmea. Sabe-se que o Cristianismo e o Islamismo, no início, pregavam a melhoria das condições da mulher, fase essa que ela já era tida como ser de segunda classe, e jamais poderiam exercer as funções dos sacerdotes por serem mulheres, só os homens tinham esse direito. Foi com a Inquisição que o desprezo e a submissão da mulher agravou-se mais, muitas foram queimadas na fogueira por contrariar e não seguir os ditames do catolicismo da época. Posteriormente, o cristianismo pregou uma igualdade entre homens e mulheres, ainda que após a morte, assim, muitas se tornaram apóstolas e santas.

Idade Média, período pré-feudal, relacionado à Europa Ocidental e Central, e de Bizâncio, compreende os séculos V até XVIII. Momento do fim da escravidão, as revoluções da burguesia, com aparecimento, desenvolvimento e o fim do feudalismo. Nessa fase, poucas

---

<sup>238</sup> ALAMBERT, op. cit., p. 24.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 26.

são as mulheres que conseguiram vencer o preconceito, pois foi basicamente um período dos homens. O desprezo pela mulher, na Idade Média, também se ligava às questões das ambiguidades da religião cristã, que de um lado buscava proteger as mulheres, os escravos e os pobres; de outro, os judeus, levavam a mulher a total segregação. Assim, a submissão da mulher perdurou todo esse momento histórico.

Renascimento, entre os séculos XV e XVI, transição de modelo econômico, saindo do Feudalismo para o Capitalismo. Desaparecem os escravos e surgem os trabalhadores assalariados. A mulher, inferiorizada, foi a grande prejudicada, pois passou a desempenhar trabalho no domicílio dos ricos, com carga horária que chegavam a 15 horas ininterruptas, e seus salários eram vergonhosos de tão baixos. Fase em que a prostituição cresceu assustadoramente. O Renascimento é considerado momento de liberdades, mas, mesmo assim, não foi capaz de abolir os milhares de injustiças sofridas pela mulher.

Transição do Feudalismo para o Capitalismo, seu grande marco foi a Revolução Francesa, século XVIII, que levou a vitória dos burgueses sobre os aristocratas e nobres. Com o Capitalismo, firma-se a livre concorrência dos mercados, e até fins do século XVII, as grandes empresas só aceitavam para trabalhar os homens, poucas eram as mulheres que conseguiam trabalho nas oficinas. Surgem, então, as profissões exclusivas das mulheres, que continuavam desprezadas e desrespeitadas: “engomadeira, lavadeira, camiseira, bordadeira, guarnecedora de passamanaria, taberneira e tapeceira”.<sup>241</sup>

A divisão de classes, ocorrida anteriormente, se mantinha e se fortalecia. Desse modo, as mulheres ricas tinham acesso aos estudos, as pobres continuavam sem esse direito. Foi no campo intelectual que a mulher teve seu primeiro e grande reconhecimento, pois as profissões ditas “das mulheres” ampliaram-se, englobando a de ser professora de letras e de artes. Então, no século XVIII, a mulher nobre e rica passa a ser notada, é o chamado ‘século das mulheres’. Mas, ainda não houve o fim da servidão da mulher ao homem.

Revolução Francesa, 1789, as mulheres acreditavam que era o momento propício para se imporem e galgarem seu lugar na vida pública. Elas lutaram, pegaram em armas, mesmo assim, na Declaração dos Direitos do Homem, foram excluídas por não serem consideradas cidadãs, isso negava às mulheres o direito de participar da vida pública, direito, mais uma vez, reservado aos homens. Momento, novamente, difícil para os direitos e liberdades da mulher. Não se falava mais em instrução da mulher, pois o Código de Napoleão

---

<sup>241</sup> ALAMBERT, op. cit., p. 50.

determinava que as escolas eram exclusivas para os homens e que a mulher serviria apenas para procriar.

Segunda Guerra Mundial, entre 1939 e 1945, a mulher também não foi valorizada, nas sociedades nazistas e fascistas, ela desceu a posição de parideira, e deveria cuidar dos filhos e ir à Igreja, nada além disso. Muitas mulheres foram escravizadas ou mesmo usadas como cobaias de experimentos cruéis, dada a sua inferioridade com relação aos homens. Durante a Guerra, muitas trabalhavam em fábricas, como enfermeiras nos centros de concentração, mas com o fim da batalha e a volta dos homens, estas mulheres retornaram para casa, e as que permaneceram trabalhando, ganhavam salários muito abaixo aos dos homens. Após o fim da Guerra, o movimento feminista ganha força e as mulheres darão seu grito de liberdade, ainda que parcial.

E o que seria o feminismo? Para Alambert<sup>242</sup>, não é possível pensar o feminismo sem atrelá-lo a um sério estudo, bem como indicação de soluções e a necessidade de mudança do pensamento no que se refere às estruturas patriarcais, assim,

[...] o termo indica um movimento, um conjunto de ideias teóricas e uma prática que, em última instância, visam à libertação da mulher. [...] O ponto básico da doutrina feminista é a de que existe uma opressão específica a todas as mulheres, com base nas diferenças biológicas entre ela e o homem. Esta opressão, que se manifesta tanto em nível das estruturas como das superestruturas e que assume formas diversas nas diferentes classes e camadas sociais, não pode ser resolvida apenas com melhorias jurídicas na sociedade liberal, e nem apenas através de uma revolução econômica, conforme as previsões de Marx e Engels, Bebel e Clara Zetkin. O fundamental é mudar o modo de produção; refazer toda a superestrutura psicológica e cultural da sociedade; construir a individualidade da mulher; à qual cabe importante papel nesse processo.

O Feminismo tem várias etapas, na Idade Média, houve o Feminismo Elitista, entre os séculos VI e XVIII. No Renascimento, do século XV ao XVI, havia o Feminismo Renascentista. Com a Revolução Francesa, tem-se o Feminismo Moderno, a contar de 1789. De 1848 a 1881, o Feminismo Emancipacionista. O Feminismo Reformista se configura de 1871 a 1945. No ano de 1910, durante o II Congresso Internacional de Mulheres, propôs-se a criação do Dia Internacional da Mulher, para homenagear as operárias norte-americanas assassinadas por seus patrões e pela polícia em 1909, momento em que lutavam por melhores condições de trabalho, por melhores salários e pela diminuição da jornada de trabalho. Por

---

<sup>242</sup> ALAMBERT, op. cit., p. 67-68.

isso, o dia 8 de março passou a significar cada vez mais o movimento de mobilização da mulher pelo direito de voto e por melhores condições de vida.

Aparece em 1949 o Feminismo Radical. Em 1968 ocorreu a Revolução Cultural, salto importante para luta feminista. Entre 1975 e 1985, foi a década da mulher, pois firmaram-se planos para erradicar as discriminações contra a mulher, promovidos pela Organizações das Nações Unidas e pela UNESCO. Em resumo, Alambert escreve,

Diante dos milênios de opressão, inicialmente, ela lutou por sua igualdade com o homem. Queria estar onde ele estava e fazendo coisas que ele fazia. Mas o fez tentando penetrar no território masculino. E este foi um processo muito doloroso, arcou sozinha com seus desejos, seus sonhos, suas fantasias, suas utopias.<sup>243</sup>

A espécie humana, bom ou ruim, se divide, por intermédio do que entendemos por cultura, em dois gêneros, o masculino e feminino. Nesse sentido, saber definir os valores de cada um deles é de suma importância. Por isso, é preciso fugir dos modelos patriarcais, pois é, de acordo com Alambert<sup>244</sup>, “de pura e simples justiça social reequilibrar o poder de um sexo sobre outro dando-se novos valores à sexualidade feminina”. Diante disso, a mulher não deseja mais o lugar do homem, e passa a construir sua própria história, e é por meio desta que exige respeito e poder de voz dentro da sociedade. Assim, “os sistemas autoritários deveriam ser substituídos por sociedades de parceria, onde homens e mulheres de todas as idades, raças, credos políticos ou filosóficos e crenças religiosas pudessem conviver harmoniosamente”. E com isso, não seria mais preciso agir com violência, já que o diálogo se mostraria muito mais eficaz para resolver as divergências e diferenças.

Por todos esses fatos históricos ocorridos e por outros, não elencados, é sabido que o homem tinha prevalência sobre a mulher. Muitas agressões domésticas são justificadas pelo homem, por este se achar superior a sua mulher ou companheira. Narvaz e Koller<sup>245</sup> ao tratarem do gênero feminino e masculino, lecionam, “a ideologia de gênero legitima uma forma de poder que justifica a dominação masculina, naturalizando diferenças que, na verdade, são socialmente construídas”.

Durante muito tempo a mulher não tinha nenhum tipo de direito civil. A ela, não era dado o direito de fazer suas próprias escolhas, cabendo sempre ao pai e depois ao marido,

<sup>243</sup> ALAMBERT, op. cit., p. 95-96.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 97-98.

<sup>245</sup> NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias, gêneros e violências: desenvolvendo as tramas da transmissão transgeracional da violência de gênero. In: STREY, Marlene Neves; AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; JAEGER, Fernanda Pires (orgs.). **Violência, gênero e políticas públicas**. Coleção Gênero e Contemporaneidade, nº 2. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 159.

decidir os rumos de sua vida, fase duradoura, a patriarcal. Nesse sentido, “as mulheres desde meninas, são educadas para responderem às necessidades dos homens da família (pais e irmãos) e não às suas próprias ou às de suas filhas”<sup>246</sup>. O trabalho lhe era negado, e quando trabalhava, seu salário era inferior, fato este que até hoje perdura em nossa sociedade em alguns setores.

Como visto, nos 90, a mulher tem grande ascensão, pois ganha o direito ao trabalho intelectual, passando a ser respeitada por isso. No século XXI outra importante vitória, o Código Civil que entrou em vigor no ano de 2002, reconheceu que entre homens e mulheres há mútua proteção. Desaparecendo a ideia de que a mulher estaria para o homem apenas como reprodutora e mãe, visto que esta ganhou a tão buscada liberdade sexual diante do homem, deixando efetivamente de figurar como serva sexual.

Assim, a mulher, após travar muitas lutas, vem conquistando seu espaço dentro da sociedade machista, seja no meio político, público ou familiar, passando a medir forças em igualdade com os homens. Na Constituição de 1988, teve garantidos direitos e deveres em pé de igualdade com os homens, de modo que não houvesse mais qualquer tipo de discriminação ou preconceito.

No ano de 2006, com a 11.340, a mulher ganhou mais um instituto para proteção de sua vida, sua integridade física, econômica, moral, sexual e psicológica. Na visão de Dornelles e Bernardes, “o papel de gênero corresponde ao conjunto de expectativas socioculturais quanto aos comportamentos apropriados às pessoas de cada sexo, geradas pela assimetria de poder existente nas relações homens-mulheres”<sup>247</sup>. Já Soihet, a respeito do gênero feminino e masculino, escreve,

[...] A medicina social assegurava como características femininas, por razões biológicas: a fragilidade, o recato, o predomínio das faculdades afetivas sobre as intelectuais, a subordinação da sexualidade à vocação maternal. Em oposição, o homem conjugava à sua força física uma natureza autoritária, empreendedora, racional e uma sexualidade sem freios. As características atribuídas às mulheres eram suficientes para justificar que se exigisse delas uma atitude de submissão, um comportamento que não maculasse sua honra. Estavam impedidas do exercício da sexualidade antes de se casarem e, depois, deviam restringi-la ao âmbito desse casamento.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> NARVAZ, op. cit., p. 159.

<sup>247</sup> DORNELLES e BERNARDES, op. cit., p. 127.

<sup>248</sup> SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del (org.). **Histórias das mulheres no Brasil**. 10. ed., 1. reimp.. São Paulo: Editora Contexto, 2011, p. 363.

Por séculos a mulher foi humilhada e desrespeitada em todos os seguimentos da vida, em casa, no trabalho, na rua, sexual, moral e psicologicamente. Rago, referindo à forma desumana de trabalho da mulher nas primeiras décadas do século XX aduz,

[...] no Brasil, grande parte do proletariado é constituída por mulheres e crianças. E são vários os artigos da imprensa operária que, assim como o romance de Pagu, denunciam as investidas sexuais de contratantes e patrões sobre as trabalhadoras<sup>249</sup>.

A revolução promovida pelas mulheres ocorreu, como acima visto, no século XX. A efetivação concreta das lutas por tais direitos ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial, isto porque, os homens foram convocados para defender o país e as mulheres tiveram que exercer o ofício dos homens em sua ausência, nos escritórios, nas universidades, nas fábricas, em todos os lugares que dantes eram exclusividade dos homens. Mas ao final da Guerra, a maioria das mulheres foi devolvida para suas casas e poucas puderam permanecer no trabalho que desempenhavam. Nesse contexto, assevera Telles<sup>250</sup>,

[...] Enfim, as mulheres foram à luta, para lembrar a expressão que começava a ficar na moda. A pátria em perigo abrindo os seus espaços e as mulheres ocupando com desenvoltura esses espaços, inclusive em atividades paralelas à guerra, desafios arriscados que enfrentaram com a coragem de assumir responsabilidades até então só exigidas ao Primeiro Sexo.

Na tentativa de provar a inferioridade da mulher, várias teses foram defendidas até fins do século XIX. Afirmava-se a superioridade do homem, justificando na religião, por intermédio da filosofia, da teologia, da ciência, época essa em que a mulher era muito pouco valorizada. Houve também quem defendesse a inferioridade feminina baseando-se na medicina para afirmar que nas mulheres havia inúmeras deficiências, e que por isso, o homem era superior a ela. Escreve Butler<sup>251</sup>,

Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito

<sup>249</sup> RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. In: PRIORE, Mary Del (org.). **Histórias das mulheres no Brasil**. 10. ed., 1. reimp. São Paulo: Editora Contexto, 2011, p. 578.

<sup>250</sup> TELLES, Lygia Fagundes. Mulher, mulheres. In: PRIORE, Mary Del (org.). **Histórias das mulheres no Brasil**. 10. ed., 1. reimp. São Paulo: Editora Contexto, 2011, p. 669.

<sup>251</sup> BUTLER, op. cit., p. 24.

já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo.

No que se refere à família dos séculos XVII e XVIII, esta era formada por um contrato de trabalho, em que a mulher passava a trabalhar para seu esposo na casa onde coabitavam. O movimento feminista compara a mulher desse momento histórico aos escravos, ao considerar que suas atividades eram exclusivamente ligadas e direcionadas aos seus esposos, porém essa teoria deixa muitas lacunas.

Mas, há entendimento de que a mulher era considerada uma serva de seu marido, ainda que se considerasse que o contrato de casamento é diferente dos contratos da esfera pública. Pateman<sup>252</sup> escreve que, “até o final do século XIX a condição civil de uma esposa se assemelhava a de um escravo. Pela doutrina legal comum do casamento, uma esposa, como um escravo, estava civilmente morta”, daí se dizer que marido e mulher se tornavam um só, na pessoa do marido.

O contrato de casamento foi amplamente criticado pela ala feminista, para este grupo, não se tratava de um contrato adequado, isso porque,

[...] uma instituição em que uma parte, o marido, exercia o poder de um senhor de escravos sobre a mulher, mantendo até os anos 80 resquícios desse poder, está bem longe de ser uma relação contratual. [...] Se o casamento fosse um contrato propriamente dito, as mulheres teriam que ser inseridas na vida civil exatamente nas mesmas bases que seus maridos.<sup>253</sup> [GRIFO NOSSO]

Com a separação de público e privado, a família passa a integrar a vida privada. Desse modo, a família é excluída das responsabilidades exteriores, “pois sua ocupação é prioritariamente doméstica; o cenário: a casa; sua vocação: encarnar a imagem de esposa e mãe arraigada pela Igreja e pela sociedade civil”<sup>254</sup>. Só a partir de 1960 a mulher passa a ser considerada como parte da história.

Mulheres pobres sofriam mais humilhações que as pertencentes às classes dominantes. O motivo? Seus maridos não tinham papel de influência no espaço público, seja no trabalho ou na política, e nem poder irrestrito sobre suas mulheres, esse fato gerava

<sup>252</sup> PATMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Martha Avancini. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1993, p. 180.

<sup>253</sup> Ibidem, p. 231-232.

<sup>254</sup> CASTAN, Nicole. O Público e o Particular. In: CHARTIER, Roger (org.). **História da vida privada: da renascença ao século das luzes**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1991, p. 417.

insegurança, que acabava descontada, na esposa, sob a forma de violência doméstica. Por isso,

[...] os homens pobres encontravam nas mulheres um atributo seguro em face dos dissabores da existência, marcada pelo desemprego ou pelos poucos ganhos. Não conseguiam, porém, desfrutar uma relação mais igualitária com suas companheiras, já que sobre eles incidiam o estereótipo dominante de que a mulher era sua propriedade privada sobre a qual tinha um poder ilimitado. A insegurança e a frustração decorrentes da impossibilidade de exercer concretamente o papel que lhes era prescrito exacerbavam sua agressividade.<sup>255</sup>

Nas lições de Silva<sup>256</sup>, “os homens não gostam de mulheres independentes, temem-nas, fogem delas: seu destino é estiolar-se na solidão, sem companheiro, frustradas e cheias de amargura”. Permitir que a mulher tivesse poderes sobre sua própria vida, poria em risco a superioridade do homem sobre a mulher, e isso, absolutamente, não interessava à sociedade machista, que rebaixava sua esposa a uma mera serva doméstica e sexual.

De acordo com Rago, “as anarquistas e socialistas procuraram organizar as trabalhadoras, nas primeiras décadas do século, convocando-as para as assembleias sindicais ou para discutir os problemas femininos dentro dos sindicatos e comitês a que pertenciam”<sup>257</sup>. Os grupos feministas foram aumentando, e suas causas tinham interesses diferentes, mas todos voltados à garantia de mais igualdade entre homens e mulheres, principalmente porque, além de mãe, dona de casa, ela passou a desempenhar competentemente as funções que antes eram exclusividade dos homens.

Referente à relação familiar, no casamento, após diversas conquistas de grupos feministas e anarquistas, a mulher deixa de ser serva de seu esposo, passando a figurar, também, como mantenedora da família que, inevitavelmente, a coloca em situação mais igualitária na entidade familiar. Nesse contexto,

[...] em lugar do contrato de casamento efetuado diante da Igreja e do Estado, a ‘livre união’ significaria a possibilidade de homens e mulheres definirem livremente o tipo de relação amorosa e sexual que pretendiam criar.<sup>258</sup>

<sup>255</sup> SOIHET, op. cit., p. 380.

<sup>256</sup> SILVA, Carmen da. **A arte de ser mulher**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S/A, 1966, p. 55-56.

<sup>257</sup> RAGO, op. cit., p. 594.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 598.

Com ou sem o casamento contratual, o que a mulher sempre buscou foi garantir sua igualdade na relação íntima de afeto. Nisso inclui deixar de ser agredida domesticamente. No Brasil, a Constituição de 1988 traz em seu texto a igualação entre homens e mulheres. É fato que a norma por si só não é capaz de coibir e exterminar com séculos de dominação do homem sobre a mulher. Mesmo os igualando, ainda foi preciso editar a Lei 11.340/2006 para determinar proteção mais ampla e rápida à mulher agredida na entidade familiar.

Assim, toda forma de dominação do homem sobre a mulher sempre foi causada por questões sociais e culturais, isto é, criadas pelo próprio homem e naturalizado durante séculos por todos, diante disso,

[...] o gênero organiza a construção da identidade, envolvendo comportamentos, valores, sentimentos, necessidades, desejos que se manifestam no modo de ser das mulheres, processo cujas determinações são sociais, históricas e culturais e que se caracteriza pela tensão entre o que é (im)posto pela sociedade e cultura e as reações das pessoas a tais imposições.<sup>259</sup> [GRIFO NOSSO]

Mesmo que a igualdade entre homens e mulheres (na verdade entre os seres humanos), esteja bem longe de se efetivar definitivamente, há sempre algo a ser conquistado, seja por homens ou mulheres, essa é a luta diária de todos os indivíduos, e que talvez nunca chegará ao fim. Ao Judiciário cabe analisar, respeitando a norma constitucional, os casos concretos e decidir da forma mais justa que se possa alcançar, pois se uma sentença é justa, não há injustiça para parte sucumbente.

Neste trabalho, busca-se a demonstração da igualdade entre homens e mulheres, ligados por uma relação íntima de afeto, em que agredido aquele, possa usufruir das medidas protetivas criadas por uma lei que visa, em princípio, proteger exclusivamente a mulher domesticamente agredida. A Lei 11.340/2006, no que tange as medidas protetivas, é completamente capaz de proteger, mesmo que não tenha feito de explícita, os direitos do homem vítima de agressão doméstica.

### **3.2.1 Mulher e homem são iguais perante a Lei 11.340/2006? Análise do princípio da igualdade**

---

<sup>259</sup> DORNELLES e BERNARDES, op. cit., p. 128.

De acordo com o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Além do disposto no artigo acima citado, em seu artigo 3º, inciso IV, a Constituição de 1988 prescreve que, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” [GRIFO NOSSO]

Por princípios pode-se entender “ideias jurídico-materiais e podem incidir como uma analogia geral, por apresentarem a mesma *ratio legis*, tendo em vista expressarem força de convicção a eles inerente”<sup>260</sup>. Desse modo, afirma-se que os princípios constitucionais, principalmente, devem ser obedecidos amplamente, sob pena de ferir a própria Constituição Federal. Um Estado Democrático de Direito só se aperfeiçoa quando seus princípios são devidamente aplicados e reconhecidos no caso concreto, seja de forma direta ou indireta.

Nesse sentido, os princípios, que estão explícitos ou implícitos nas normas, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, auxiliam o juiz em sua decisão, nos casos em que a lei não se mostra suficientemente eficiente ou capaz de solucionar a lide no caso concreto; situação analisada neste estudo, quando se defende a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, ao homem, vítima de agressão doméstica e familiar.

Analisando o princípio da igualdade, prescrito nos artigos 3º, inciso IV e 5º, *caput*, e inciso I ambos da Constituição Federal, não se pode deixar de mencionar, neste estudo, o artigo 226, também da Constituição, já que, em seu §5º está disposto que, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. [GRIFO NOSSO]

Quando o artigo 2º, da Lei 11.340/2006, dita que a mulher “goza dos direitos humanos fundamentais inerentes à pessoa humana”, está apenas repetindo o que a própria Constituição Federal já prescreveu. A diferença é que no artigo 2º da Lei citada, faz-se referência exclusiva à mulher, o que deixa parecer que o homem não teria direito ao gozo dos direitos fundamentais humanos, o que não condiz com a realidade, visto que a norma constitucional atinge a todos, sem qualquer tipo de distinção ou discriminação, como mencionado no artigo 3º, da Carta Magna.

Com a igualação feita pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, não há que se falar em privilégios para a mulher, quando o homem se encontrar na mesma situação, vítima de agressão doméstica. Isto é, “o direitos humanos fundamentais são voltados a

---

<sup>260</sup> SOUZA e KÜMPEL, op. cit., p. 33.

qualquer pessoa e não somente às do sexo *feninimo*”, e aduz Nucci<sup>261</sup>, “[...] o mais, inserido no art. 2º da Lei 11.340/2006, é pura demagogia, pretendendo solucionar problemas de ordem basicamente social com a edição de leis e mais leis, que, na prática, não saem do papel, jamais atingindo a realidade”.

Por sua vez, o §8º, do artigo 226, da Constituição Federal dita, “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”. [GRIFO NOSSO] Desse modo, se a lei cria mecanismos para proteger a sociedade conjugal de agressões, deve atingir e proteger a mulher e o homem, e não somente a mulher como deseja a Lei 11.340/2006.

Se todos são iguais em direitos e obrigações, se não serão toleradas discriminação de nenhum gênero e se a mulher busca, há tempos, a igualação não ocorrida noutros momentos históricos, nada mais justo ser o homem protegido pela Lei 11.340/2006, no que tange às medidas protetivas. Nesse sentido, Nucci assevera,

[...] Aliás, as mulheres vêm lutando, há anos, pela plena igualdade com os homens, o que é muito justo, não sendo cabível, portanto, afirmações dessa natureza: toda mulher goza dos direitos humanos fundamentais. O óbvio não precisa constar em lei, ainda mais se está dito, em termos mais adequados, pelo texto constitucional de maneira expressa, e, identicamente, em Convenções Internacionais, ratificadas pelo Brasil, em plena vigência.<sup>262</sup>  
[GRIFO NOSSO]

A citação abaixo deixa claro o pensamento moderno sobre a igualação e a desigualação entre homens e mulheres diante do princípio da igualdade. De se considerar que em algumas situações, a mulher é diferente do homem, assim como o homem é diferente da mulher. Diante disso, se a mulher, na entidade familiar é considerada o elo físico mais frágil, nada mais justo que haja proteção maior. Porém, se a mulher agride o homem (marido ou companheiro), deverá o juiz reconhecer a igualdade de direitos à proteção de seus bens, como também de sua integridade física, fixando as medidas protetivas da Lei Maria da Penha.

Verifica-se, por diversas vezes, que no estudo do princípio da igualdade, em seu aspecto material, haverá tratamento desigual àqueles considerados desiguais. Dias, sob esse enfoque, aduz,

Da mesma forma, a desigualdade de gêneros foi banida, e, depois de séculos de tratamento discriminatório, as distâncias vêm diminuindo. A igualdade,

<sup>261</sup> NUCCI, op. cit., p. 1261.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 1261.

porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignoradas pelo direito. O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres dentro do princípio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer à eliminação das características femininas. Em nome do princípio da igualdade é necessário reconhecer direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, ele reconheça direitos às situações merecedoras de tutela. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades.<sup>263</sup> [GRIFO NOSSO]

Na parte final do artigo 2º, da Lei 11.340/2006, está descrito que deve a mulher “viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”. Para Nucci<sup>264</sup>, “outra obviedade, pois todos os seres humanos merecem as mesmas garantias, oportunidades e facilidades”. Continua o mesmo autor, “é preciso findar, de vez, o mau vezo de se editar leis que contêm palavras inúteis. A legislação brasileira mereceria uma *limpeza*, em homenagem, no mínimo, à lógica e à harmonia normativa”. Noutras palavras, se o texto constitucional já protege a todos com a mesma eficiência, não há razão para o legislador repetir o disposto expressamente na Constituição de 1988, deixando parecer que o homem não goza dos direitos humanos fundamentais, isso seria uma aberração jurídica.

Não se nega que a mulher nas infrações domésticas, figura inúmeras vezes mais como vítima que o homem, e por isso merece proteção maior. No entanto, vedar ao homem de ver seus bens assegurados pelas medidas protetivas, é o mesmo que negar a ele o próprio princípio da igualdade esculpido na Constituição de 1988 como base da Democracia. Souza e Kümpel<sup>265</sup> escrevem nesse sentido, “é bom que se diga que o princípio em questão, assim como os demais, é relativo, de forma que em algumas situações são possíveis direitos próprios concedidos ao homem ou a mulher”.

Em seu artigo 3º, a Lei 11.340/2006 trata de outro texto, considerado desnecessário por Nucci<sup>266</sup>, que leciona, “reputar outro deslize demagógico o estabelecimento do art. 3º [...]”. A Constituição assegura, a todos, e não somente às mulheres o descrito no artigo 3º, sendo, inclusive do homem, o direito à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação,

<sup>263</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2007, op. cit., p. 63.

<sup>264</sup> NUCCI, op. cit., p. 1261.

<sup>265</sup> SOUZA e KÜMPEL, op. cit., p. 36.

<sup>266</sup> NUCCI, op. cit., p. 1262.

à cultura, à moradia, o acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Na exposição de motivos da Lei 11.340/2006, item 12, há uma clara menção à diferença física entre homens e mulheres, como fundamento para edição desta lei. Ao final prescreve o item 12<sup>267</sup>, “os direitos à vida, à saúde e a integridade física das mulheres são violados quando um membro da família tira vantagem de sua força física ou posição de autoridade para infligir maus tratos físicos, sexuais, morais e psicológicos”. [GRIFO NOSSO]

Ora, se a preocupação principal da lei é coibir e banir a violência doméstica, pois a mulher é frágil fisicamente frente ao homem, nada impede que as medidas protetivas sejam reconhecidas como direito do homem, vítima da mesma espécie de agressão doméstica que sofre a mulher. O texto da lei que se refere às questões penais, por óbvio, deve ser aplicado exclusivamente ao agressor masculino ou a agressora feminina no caso de relação homossexual entre duas mulheres. Nucci<sup>268</sup>, em sua obra, ainda escreve que,

[...] Todos os brasileiros devem ter asseguradas as condições para o exercício desse rol de direitos elencados pelo art. 3º. Se muitas mulheres brasileiras, independentemente da igualdade estabelecida por norma constitucional, continuam a sofrer, caladas, a violência que lhes é imposta pelos seus maridos e companheiros, especialmente as de baixa renda, deve-se punir, com maior severidade o agressor, sem nenhuma dúvida. No entanto, não adianta editar uma lei para ‘assegurar’ direitos inerentes à pessoa humana em geral (como a vida, a saúde, a segurança, a alimentação etc.). [GRIFO NOSSO]

Se o artigo 226, §8º, da Constituição Federal não faz diferenciação na proteção do casal, não pode uma lei infraconstitucional vedar ao homem, direitos inerentes a sua condição humana, como a vida, os bens, a integridade física e psicológica etc. Souza e Kümpel<sup>269</sup> chamam a norma do §8º, do artigo 226, da Constituição de 1988, de “princípio da proteção integral”, que visa “resguardar a integridade dos membros da família” e não exclusivamente da mulher. [GRIFO NOSSO]

Referente às questões familiares, o princípio da igualdade encontra amparo em três dispositivos constitucionais, são eles: artigo 5º, *caput*; artigo 5º, inciso I; artigo 226, §5º, todos da Carta Magna de 1988. Isso para deixar claro que o homem, ainda que seja mais forte

<sup>267</sup> BRASIL. **Projeto de Lei**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/subsecretar.3-projeto-de-lei.pdf>>. Acesso em 6 nov. 2012.

<sup>268</sup> NUCCI, op. cit., p. 1262.

<sup>269</sup> SOUZA e KÜMPEL, op. cit., p. 38-39.

fisicamente na relação familiar, deve ter protegido pelas medidas protetivas da Lei 11.340/2006, também, seus bens, quando sofrer agressões domésticas.

De se saber que a ideia da Lei 11.340/2006 é, ou deveria ser, “buscar métodos coercitivos à violência doméstica e familiar contra a mulher, nada tendo a ver com outras situações socioculturais”<sup>270</sup>. Isto é, os direitos fundamentais humanos já estão fixados na norma constitucional, por isso não necessitava o legislador constar no artigo 3º, da Lei citada, o texto nele inserido. Isto porque, soa que apenas a mulher agredida no seio familiar teria os direitos elencados, o que destoa completamente da realidade do texto constitucional.

Impossível pensar o princípio da igualdade sem se ater ao superprincípio, o da dignidade da pessoa humana. Como visto, a dignidade humana é a base do Estado de Direito, e a seu respeito Dias<sup>271</sup> preceitua que, “o princípio da dignidade despatrimonializa e despersonaliza institutos coisificados de direito civil, humanizando as relações jurídicas de direito privado”. Diante disso, pode-se afirmar que, antes de analisar ou aplicar qualquer regra, faz-se necessário verificar o princípio da dignidade humana. Neste estudo cabe bem essa ideia, pois o homem, vítima de agressões domésticas, diante de regras, também é detentor de dignidade humana.

Souza e Kämpel, ao pensarem o princípio da dignidade da pessoa humana escrevem a respeito, “trata-se de um superprincípio que sobrepára a todas as relações. Ele é o princípio informador de todos os demais princípios e valores constantes da Constituição Federal, quer de caráter individual, quer de caráter social”<sup>272</sup>.

Se a ideia central da Lei Maria da Penha é garantir dignidade à mulher, e para isso deve ser erradicado qualquer tipo de violência doméstica e familiar, pergunta-se: quem ou qual regra protegerá a dignidade do homem agredido, também, na entidade familiar? Mesmo sabendo que o homem é infinitamente menos agredido domesticamente, isso não pode impedi-lo de ter sua dignidade respeitada, protegida, garantida, efetivada. Dispõe o item 17 da exposição de motivos da Lei citada, no seguinte sentido,

O artigo 6º, afirma que a violência doméstica contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos, independente da penalidade aplicada. Conforme dispõe a Convenção de Belém do Pará, a violência

---

<sup>270</sup> NUCCI, op. cit., p. 1262.

<sup>271</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2007, op. cit., p. 60.

<sup>272</sup> SOUZA e KÜMPEL, op. cit., p. 66.

contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.<sup>273</sup>

Uma Lei que visa erradicar o preconceito, coibir agressões contra mulher, não pode violar o princípio da igualdade deixando para trás os direitos fundamentais humanos do homem vítima. A própria exposição de motivos, agora no item 16 prescreve,

As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se “naturalizam” e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres. As relações e o espaço intrafamiliares foram historicamente interpretados como restritos e privados, proporcionando a complacência e a impunidade.<sup>274</sup>

De fato, quando se cria o direito privado, o Estado abre mão de interferir, quando não provocado, na vida íntima das pessoas, deixando-as livres para agir como desejam. Sendo as desigualdades de gênero construídas pela sociedade, até pouco tempo machista, não se pode agora, em pleno século XXI admitir-se que medidas que guarnecem os bens morais, patrimoniais e psicológicos (Lei 11.340/2006) sejam defesos ao homem, vítima de uma mulher enfurecida e descontrolada, pelo simples fato de que o homem é fisicamente mais forte que ela. Diante disso, Souza e Kümpel preceituam,

Bem se vê que a dignidade da mulher é o esteio da legislação protetiva e vem resguardar outros princípios constitucionais, os quais estão umbilicalmente afetados, quais sejam a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, CF) e a promoção do bem estar de todos sem qualquer ranço e preconceito de sexo (art. 3º, IV, CF), na medida em que a mulher protegida tem sua condição sexual equiparada à dos homens.<sup>275</sup>  
[GRIFO NOSSO]

Ao tratar do princípio da igualdade *na lei*, verificou-se que neste aspecto a norma está destinada “ao legislador que, no processo de sua formação não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica”, e, prossegue Martins<sup>276</sup>,

<sup>273</sup> BRASIL. **Projeto de Lei**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8. do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/subsecretar.3-projeto-de-lei.pdf>>. Acesso em 6 nov. 2012.

<sup>274</sup> BRASIL. **Projeto de Lei**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8. do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/subsecretar.3-projeto-de-lei.pdf>>. Acesso em 6 nov. 2012.

<sup>275</sup> SOUZA e KÜMPEL, op. cit., p. 66.

<sup>276</sup> MARTINS, Alessandra Beatriz. Discricionariedade Legislativa e Isonomia na Criação de Normas Penais. In: BORGES, Paulo Cesar Corrêa (coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal**: temas atuais. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 71.

[...] não obstante o princípio da igualdade ser desprovido de conteúdo exclusivamente penal, ele se projeta para alcançar todo o ordenamento jurídico-normativo, devendo a atividade penal legislativa estar necessariamente pautada pelo cumprimento da exigência da isonomia, que deve ser garantida e respeitada em toda função legiferante. [...] A lei, em si mesma, deve coferir tratamento igual a todos [...]. [GRIFO NOSSO]

Confrontando a ideia de igualdade *na lei* com a Lei 11.340/2006, especificamente no que se refere às medidas protetivas, vê-se que o legislador não se comportou de maneira isonômica como dita a norma constitucional do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Martins menciona em seu texto, que a igualdade pressupõe “uma relação entre pessoas e coisas diversas, restando, então, numa concepção necessariamente relacional de igualdade”<sup>277</sup>.

Essa ideia de igualdade relacional será permeada, proporcionalmente, pelos valores em colisão. Isto é, no caso concreto analisa-se qual igualdade ou desigualdade prevalecerá em detrimento da outra parte envolvida na lide. Diante disso, Costa escreve que a,

[...] igualdade constitucional visa, até mesmo, a produzir desigualdades. Para se alcançar igualdade, muitas vezes, tratar desigualmente. Caso contrário, não se alcançará dignidade, justiça ou solidariedade. Porém, paradoxalmente, a igualdade é, e sempre será, relação. Isso porque, abandonada a concepção de igualdade com relação, não haverá igualdade. Ter-se-á a representação vazia, conceito do qual se terá retirado a característica essencial. A igualdade significando relação é imprescindível como instrumento de trabalho. A dificuldade será combinar essa relação com sujeitos envolvidos, e com valores desejados. Mas o fundamento dessa combinação será sempre relação de proporcionalidade entre os sujeitos e os bens e interesses desejados ou atribuídos. Em síntese, o resultado da combinação equilibrada entre sujeitos e bens pode ser denominado justiça.<sup>278</sup>

Desta feita, mostrar-se-á equilibrada a relação do direito a igualdade entre homens e mulheres diante da Lei 11.340/2006 quando não se negar ao homem vítima da violência doméstica a proteção de seus bens, como ditado pelos artigos 22, 23 e 24 da citada lei. Noutras palavras, a norma constitucional prevê para os homens e mulheres os mesmos direitos, deveres e oportunidades, vedando qualquer tipo de discriminação ou preconceito. Assim, não se trata de igualdade menos ou mais importante, e sim, igualdade na proteção dos

<sup>277</sup> MARTINS, op. cit., p. 73.

<sup>278</sup> COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. Coleção Estudos de Processo Penal Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 6, p. 24.

mesmos bens, seja da mulher agredida pelo homem ou deste agredido por aquela, quando vinculados por íntima relação de afeto.

Corroborando com essa ideia, o processo legislativo deverá obedecer, inclusive, aos preceitos do princípio da igualdade, sob pena de criar norma penal inconstitucional ou mesmo discriminatória. Costa<sup>279</sup> aduz,

[...] Igualdade e desigualdade estão sempre relacionadas a determinadas características e circunstâncias. É preciso que essas características e circunstâncias que igualam e desigalam, indispensáveis para a liberdade e para o respeito, e até mesmo promoção das diferenças e individualidades, não afetem a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II e III, da Constituição). A igual dignidade de todos, portanto, é o limite da desigualdade possível. [GRIFO NOSSO]

Unânime o entendimento de que a dignidade está acima de todos os demais princípios constitucionais explícitos ou não na norma. Nesse contexto, ignorar a dignidade do homem vítima de agressões domésticas é o mesmo que negar-lhe o próprio direito à dignidade humana, o que não parece ser o verdadeiro interesse da norma constitucional disposta no artigo 1º, incisos I e III, da Constituição de 1988. Tudo isso, para mais uma vez afirmar que o homem deve, também, ter seus bens protegidos pelas medidas protetivas da Lei 11.340/2006. Ely, em sua obra menciona, a respeito das mulheres que,

[...] Na verdade, talvez eu esteja errado em supor que, já que as mulheres agora têm condições de se proteger, elas de fato o farão, e que assim provavelmente não veremos no futuro o tipo de discriminação sexual oficial que vimos no passado. Mas se as mulheres não se protegerem da discriminação sexual no futuro, isso não ocorrerá porque elas não podem se proteger – e sim porque, por um motivo qualquer (discordância substantiva ou, mais provavelmente, por considerar que a questão não é prioritária), elas assim o terão decidido. Muitos condenariam os méritos dessa decisão, considerando-a ignorante; mas isso não é um argumento constitucional.<sup>280</sup>

De conhecimento notório que a Lei Maria da Penha veio para atender aos anseios de décadas de lutas travadas por mulheres, até então discriminadas, diminuídas, agredidas em diversas situações da vida cotidiana. No momento em que a Constituição de 1988, dita, no

<sup>279</sup> COSTA, op. cit., p. 19.

<sup>280</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 228.

artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, deixa clara a proibição de qualquer tipo de diferenciação sem fundamento justo.

Homens e mulheres gozam dos mesmos direitos. A proteção que a mulher buscou ao longo de anos está inculpada, dentre outros, no texto constitucional de 1988 e na Lei 11.343/2006. Assim, há respaldo para garantir-lhe vida digna, e em caso de agressões domésticas, poderá, se quiser, buscar abrigo legal no Judiciário, salvaguardando sua integridade física, psíquica, moral e econômica.

Por sua vez, o homem agredido por uma mulher na entidade familiar, levando-se em conta sua dignidade e a igualdade de direitos explícitos na norma constitucional, poderá escolher não sofrer agressões domésticas noticiando o crime e requerendo sua proteção, com fulcro na Lei 11.340/2006, mesmo que nela não haja expressa menção à essa possibilidade. Nesse diapasão, Silva<sup>281</sup> preceitua,

[...] Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional. Aqui a igualdade não é apenas no confronto marido e mulher. Não se trata apenas da igualdade no lar e na família. Abrange também essa situação, que, no entanto, recebeu formulação específica no art. 226, §5º [...]. Vale dizer: nenhum pode mais ser considerado cabeça do casal, ficando revogados todos os dispositivos da legislação ordinária que outorgava primazia ao homem.

Negar a existência das desigualdades entre homens e mulheres é, de certa forma, atestar a própria ignorância e desrespeito com a norma constitucional. Não obstante, para realização de direitos, deste trabalho, no que tange a proteção de bens patrimoniais e morais, não será possível considerar nenhuma espécie de desigualdade, pois isso afronta a dignidade humana do homem agredido no seio familiar. A Lei 11.340/2006 veio para proteger exclusivamente a mulher, mas não poderá negar guarida ao homem vítima, quando este buscar proteção no Judiciário.

Quando a Lei 11.340/2006 menciona expressamente a dignidade humana como direito a ser garantido à mulher agredida no seio familiar ou doméstico, o faz no sentido de que,

[...] o centro de tutela à mulher e aos mecanismos criados para coibir e erradicar a violência está na dignidade, já que a mulher somente tem

---

<sup>281</sup> SILVA, op. cit., p. 216.

efetividade na sua dignidade na medida em que está liberta de qualquer ato de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.<sup>282</sup>

Da mesma maneira que a mulher, o homem, de acordo com o artigo 5º, inciso I, da Carta da República, também tem direito de viver dignamente e não sofrer violência de qualquer natureza. Desta feita, agredido por mulher quando em relação íntima de afeto, deverá ser protegido pela Lei que foi criada com essa finalidade, à erradicação da violência doméstica. Por isso, as medidas protetivas da Lei 11.340/2006, deverão valer não só para mulher agredida, mas para o homem também, quando encontrar-se em situação de risco físico, moral, psicológico provocado por sua ex-mulher ou ex-companheira.

Pensar o princípio da igualdade e fazê-lo refletir na Lei 11.340/2006, referindo-se que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, com intuito de produzir uma efetiva proteção do homem vítima de agressões domésticas, é garantir que a norma constitucional do artigo 5º, *caput*, e inciso I, da Carta Magna de 1988 seja, então, respeitada, como quis o constituinte ao incluir tais preceitos no texto constitucional.

O homem que prefere buscar ajuda judicial ao invés de revidar agressões físicas, não merece ser punido pela própria norma. Este homem não agride sua mulher, porque a respeita, e, portanto, não quer ser agredido por ela. Mais correto que seus bens, como os da mulher, sejam protegidos pelas medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Assim, evitam-se maiores prejuízos e desgastes entre o próprio casal, seus familiares e dependentes.

Mesmo com a existência de uma lei específica visando à proteção de mulheres agredidas na entidade familiar, viu-se que o homem merece a mesma proteção, buscando fundamento na mesma lei. Essa conclusão pode se fazer, com as reflexões acima feitas, bem como afirmar, retirando de Oliveira<sup>283</sup>, que a norma constitucional deve ser aplicada diretamente ao caso concreto, “sem a necessidade de *interpositio legislatoris*”, assim, “o dirigismo constitucional não é voltado apenas para o Estado, abrange também as relações entre privados”, portanto,

[...] não é cabível sustentar que os direitos fundamentais, que as normas norteadoras da Constituição não reúnem aptidão para a produção de efeitos imediatos por força própria, que são dependentes do advento da *legislação ordinária*, mesmo porque significa uma inversão hierárquica: a Constituição à mercê da lei – *sem lei, sem Constituição*.

<sup>282</sup> SOUZA e KÜMPEL, op. cit., p. 35.

<sup>283</sup> OLIVEIRA, Fábio. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Dirigente. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; et. al. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 262.

Ainda que o tema central deste estudo sejam decisões que aplicam as medidas protetivas da Lei 11.340/2006, nos casos em que homens figuram como vítimas de agressões domésticas não se pode perder de vista o novo e atual conceito de família. A citada Lei, no artigo 5º, inciso II, trata da chamada entidade familiar dispondo, “[...] compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. No inciso III, do mesmo artigo está descrito que, “em qualquer relação íntima de afeto [...]”. Desse modo, se pessoas do mesmo sexo, avós, sobrinhos, tios convivem por laços naturais ou afetivos, devem ser reconhecidos como família – entidade familiar.

Se as pessoas que convivem juntas são reconhecidas como família – entidade familiar – não há que se restringir a aplicação da Lei 11.340/2006 apenas nos casos em que as mulheres figurarem como vítimas de agressão doméstica. Das lições de Dias, retira-se a ideia de que a família tem como seu principal papel o de,

[...] suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos. [...] Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação.<sup>284</sup> [GRIFO NOSSO]

De se ver que a definição de família não pode mais contemplar apenas a união de um homem e uma mulher, que terão filhos nascidos dessa relação afetiva. Deve o Estado reconhecer e dar proteção aos outros tantos formatos de família, como por exemplo: casais homossexuais, avós que educam netos, tios que se responsabilizam por sobrinhos etc., por isso, afirmar, que, “tornou-se necessário identificar como família também as relações que se constituem sem o selo do casamento”<sup>285</sup>.

Considerando que o artigo 3º, III, da Carta Magna dispõe: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” [GRIFO NOSSO], não seria a Lei 11.340/2006 discriminatória? E, se discriminatória, não seria inconstitucional? Isso porque, se todos são iguais em direitos e obrigações (artigo 5º, *caput*, da Constituição), qualquer pessoa que sofrer agressão considerada doméstica no seio da entidade familiar deverá ser protegida pela Lei em comento, e não exclusivamente a mulher, como quer o legislador.

<sup>284</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2007, op. cit., p. 40-41.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 42.

Assim, devem ganhar proteção da chamada Lei Maria da Penha, não exclusivamente as mulheres, como menciona a lei, mas sim todos os formatos de família (entidade familiar), seja ela composta por homem e mulher, por mulheres ou homens apenas, por avós e netos, tios e sobrinhos, ou qualquer outro modelo que demonstre o laço afetivo familiar, em nome da igualdade de todos os indivíduos, bem como da dignidade humana que lhes guarnecem.

Das diversas relações afetivas entre pessoas é possível citar o casamento, que tem a maior parte de suas regras dispostas no Código Civil entre os artigos 1.511 a 1.590, e ainda no artigo 226, §1º, §2º, §3º, §6º da Constituição Federal, visto como gerador do chamado “estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal”<sup>286</sup>. Reconhecida pela Constituição de 1988, artigo 3º, *caput* e §3º, tratada pelo Código Civil nos artigos 1.723 a 1.726, mas com entendimento de que a União Estável contempla todos os direitos do casamento, e por mais que não esteja no espaço do não constituído, “à medida que é regulamentada vai ganhando contornos de casamento”<sup>287</sup>.

A família homoafetiva, por sua vez, carece ainda de legislação específica, mas, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao encerrar o julgamento da ADPF nº 132 e a ADI nº 4277, estendeu o alcance do artigo 1.723 do Código Civil, e fez nova interpretação para o artigo 226, §3º da Constituição Federal, entendendo que a união entre pessoas do mesmo sexo também é considerada entidade familiar, dessa forma, havendo “ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homossexual”<sup>288</sup>.

Cita-se ainda a família *monoparental*, descrita no artigo 226, §4º da Constituição Federal: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Há que se falar ainda na família *anaparental*, não tratada em nenhuma das legislações, mas uma realidade atual, caracterizada não por vínculo vertical, e sim pela convivência entre pessoas, parentes ou não, desde que haja estrutura e propósito de entidade familiar.

Enfim, não é o formato da entidade familiar que irá determinar quem será ou não protegido pela legislação pertinente ao Direito de Família, e sim as pessoas, independente de sexo ou opção sexual, é quem serão protegidas, a começar pela norma constitucional, chegando até a Lei 11.340/2006 que visa garantir a segurança da família, isto é, das pessoas que compõem a família hodiernamente agredidas dentro do seio familiar. Se assim não for, melhor que a Lei citada seja tida como discriminatória e, portanto, inconstitucional.

---

<sup>286</sup> Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2007, op. cit., p. 138.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 182.

Isso para poder afirmar que a Lei 11.340/2006 é capaz de ter sua vontade estendida aos demais formatos de entidade familiar que se mostram presentes na atualidade. Nesse sentido, o que realmente importa é proteger a família, já que esta é a principal intenção do constituinte quando a menciona expressamente no texto constitucional.

### **3.3 As Medidas Protetivas da Lei 11.340/2006**

O Capítulo II, do Título IV da Lei 11.340/2006, cuida das Medidas Protetivas de Urgência. A forma de processamento das medidas protetivas está disposta no artigo 18, inciso I, da Lei. Já o artigo 19, determina quem concederá tais medidas, e quem tem legitimidade para requerer sua fixação, bem como seu processamento está determinado nos §1º, §2º e §3º. Analisando as medidas protetivas, verifica-se, como aduz Cavalcanti<sup>289</sup>, que

[...] a Lei ‘Maria da Penha’ é uma lei que tem mais o cunho educativo que repressivo. Tem mais o condão de proteger as vítimas do que sancionar com maior rigor os agressores, pois traz em seu texto várias medidas de proteção [...].

O texto da Lei 11.340/2006 divide as medidas protetivas em duas modalidades, a saber: medidas que obrigam o agressor, artigo 22; e medidas em favor da ofendida, artigos 23 e 24. As medidas protetivas de urgência constantes do artigo 22, Lei 11.340/2006, são: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

No artigo 23 da Lei, está determinado que: Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a

---

<sup>289</sup> CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da Lei Maria da Penha, Nº 11.340/2006**. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 191.

de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos.

O legislador incluiu no artigo 24: Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal, ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Como medidas cautelares que são, devem, também, obedecer aos dois pressupostos para sua fixação, sendo eles, o *fumus bonis juris* (aparência do direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora). E, ainda que a Lei Maria da Penha faça menção exclusiva à proteção cautelar dos bens da mulher agredida na unidade doméstica ou familiar, não há qualquer óbice em ampliar tal proteção para homens, também agredidos domesticamente.

Nucci ao se referir a respeito das medidas protetivas de urgência escreve em sua obra, “são previstas nesta lei medidas inéditas, que, em nosso entendimento, são positivas e mereceriam, inclusive, extensão ao processo penal comum, cuja vítima não fosse somente a mulher”<sup>290</sup>. [GRIFO NOSSO] Se as medidas protetivas não estão ligadas ao Direito Penal, isto é, não geram qualquer tipo de sanção criminal, nada obsta sua fixação, quando a vítima não for uma mulher.

Foi dessa forma que decidiu o juiz cuiabano no processo número 1074/2008<sup>291</sup>, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, referente ao crime de ameaça, artigo 147, Código Penal, quando deferiu, a pedido de um ex-marido ameaçado diversas vezes por sua ex-mulher, a fixação das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/2006. Justificando na analogia *in bonam partem*, o juiz entendeu que se as medidas protetivas visam salvaguardar os direitos materiais, psicológicos e morais da mulher agredida, podem também proteger o homem na mesma situação, isto é, quando for vítima de agressão doméstica o homem e não a mulher, como prescrito na Lei citada.

---

<sup>290</sup> NUCCI, op. cit., p. 1278.

<sup>291</sup> LEI Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Publicado em: 30 out. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

Na decisão interlocutória despachou o juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, processo número 1074/2008,

[...] No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C<sup>292</sup>. [GRIFO NOSSO]

Foram fixadas, de acordo com a decisão acima mencionada, as medidas protetivas previstas no artigo 22, inciso III, alíneas *a* e *b*, Lei 11.340/2006, visando proteger direito do ex-marido, já que se sua ex-mulher, inconformada com a separação do casal, estava causando enormes prejuízos à vítima (ex-marido). Não conformada com a decisão interlocutória de 1ª Instância, seu advogado impetrou *habeas corpus* com o intuito de afastar as condições impostas à agressora.

Em decisão no HC 1084/2008<sup>293</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, manteve a decisão monocrática sob os mesmos argumentos, entendendo que as medidas protetivas se faziam necessárias no caso concreto, pois a vítima estava sofrendo prejuízos provocados por sua ex-mulher.

Nesse sentido, este trabalho defende a irrestrita aplicação das medidas protetivas, expressas na Lei 11.340/2006, para homens vítimas de agressões domésticas, como também sua extensão aos demais formatos de entidade familiar tratados acima. Porém, salienta-se que este estudo aprofundou-se mais nas situações em que o homem aprece como vítima de agressão doméstica.

Ainda que o foco principal deste estudo não seja a analogia *in bonam partem*, é com fundamento no princípio da igualdade, que se chegam às mesmas conclusões, noutras palavras, que o homem, mesmo não citado na referida Lei, deverá ver-se protegido, pelas medidas protetivas da Lei 11.340/2006, quando sofrer agressões domésticas, isso em nome da igualdade mencionada na Constituição Federal de 1988.

---

<sup>292</sup> LEI Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Publicado em: 30 out. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

<sup>293</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. 2ª Turma Recursal. Julgado número 6313/2008. Relator Des. Sebastião Barbosa Farias. Publicado em 24/6/2009. Acesso em: 20/02/2013. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL\\_6313-2008%20HC\\_10843.pdf](http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL_6313-2008%20HC_10843.pdf).

### 3.4 A Decisão monocrática cuiabana

O que motivou este estudo foi, em princípio, uma decisão cuiabana inédita, até então, aplicando as medidas protetivas, da Lei 11.340/2006, para um ex-marido, vítima de diversas ameaças, com prejuízos materiais e morais, por conta de condutas ilícitas de sua ex-mulher, que não se conformava com o fim do casamento.

Verifica-se na decisão interlocutória do processo número 1074/2008, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, que o magistrado, Mário Roberto Kono de Oliveira, com grande coragem e inovação, deferiu pedido de um homem fixando medidas protetivas, que em tese, são exclusivas para a mulher agredida na entidade familiar. O processo em trâmite no ano de 2008 tratava de crime de ameaça, praticada pela ex-mulher da vítima.

Essa decisão gerou grandes controvérsias no mundo jurídico, posições favoráveis e desfavoráveis surgiram, mas em nada se alterou, visto que o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, ao julgar *habeas corpus* (HC 6313/2008) impetrado pela ex-mulher da vítima, na tentativa de anular a fixação das medidas protetivas, manteve a decisão de 1ª Instância, pelos mesmos argumentos, a analogia *in bonam partem*.

Ao falar a respeito de sua decisão, o magistrado ressaltou que é corajoso o homem que, ao invés de agredir a mulher para se defender, busca no Judiciário a proteção de sua integridade física e de seus bens, materiais, morais, psicológicos, dizendo,

É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel e não medir esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social.<sup>294</sup>

Analisando as provas juntadas ao processo que tramitava para apurar o crime de ameaça cometido pela ex-mulher contra a vítima, o juiz entendeu que havia suficiente demonstração da necessidade e urgência para deferir o pedido de fixação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Dentre as provas; vários Boletins de Ocorrência davam conta das vezes em que o ex-marido tinha sofrido com a fúria e inconformismo de sua ex-mulher por causa do fim do relacionamento amoroso. Nesse sentido,

O autor da ação anexou vários documentos no processo como registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de

---

<sup>294</sup> LEI Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Publicado em: 30 out. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

veículo danificado por ela e diversos e-mails difamatórios e intimidatórios enviados.<sup>295</sup>

Estatisticamente falando são infinitamente menores os casos em que o homem figura como vítima de agressão doméstica, mas isso não quer dizer que tais agressões não existam em muitas entidades, chamadas de família. Sem contar que, na maioria das vezes em que o homem é agredido por uma mulher no seio familiar, ele não leva ao conhecimento da Autoridade Policial, nem do Judiciário os fatos, seja por vergonha ou por considerar desnecessária tal atitude.

Se o homem agredido revida com agressão, ambos (homem e mulher) perdem a razão. Porém, a lei não os deixará desamparados, caso procurem solução do Judiciário. Mas é louvável considerar que o homem agredido, não agrida, não revide, mas procure nos órgãos competentes evitar novas agressões e novos prejuízos, sejam materiais, psicológicos ou morais. Nos dizeres do magistrado,

[...] existem casos em que o homem é a vítima por causa de sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível [...]. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres ‘à beira de um ataque de nervos’, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-companheiro, por simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso.<sup>296</sup>

Como acima já tratado, sabendo que a mulher é inúmeras vezes mais vítima das agressões domésticas que o homem, a ela a Lei 11.340/2006 criou vários institutos, determinou que políticas públicas sejam implementadas para atender às determinações de Convenções e Tratados assinados pelo Brasil junto à Comunidade Internacional, tudo isso no intuito de erradicar a violência contra as mulheres brasileiras.

Além das normas preventivas e protetivas da Lei Maria da Penha, também há menção no texto legal sobre quais são os crimes considerados domésticos, a proibição da aplicação do procedimento da Lei 9.099/1995, impedindo assim que os seus institutos despenalizadores sejam concedidos ao homem agressor. Em fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucionais os artigos 1º, 33 e 41, da Lei 11.340/2006,

---

<sup>295</sup> **LEI** Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Publicado em: 30 out. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

O ministro Marco Aurélio, relator das ações que envolvem a análise de dispositivos da Lei Maria da Penha (ADC 19 e ADI 4424) no Supremo Tribunal Federal (STF), votou pela procedência da ADC 19, a fim de declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Essa norma cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.<sup>297</sup>

Não obstante, sabe-se que há vários posicionamentos doutrinários dando conta de que a Lei Maria da Penha, mesmo após o julgamento da ADC 19, é inconstitucional e fere o princípio da igualdade e da dignidade humana. De todo modo, e não ignorando tais posicionamentos, a Lei 11.340/2006 está em vigor, é aplicada aos casos de violência doméstica contra mulher, e, portanto, de seus artigos 22, 23 e 24, retira-se a extensão de alcance, com base no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a aplicação das medidas protetivas quando o homem figurar como vítima de agressões domésticas praticadas por uma mulher com quem teve ou tem, relação íntima de afeto.

Segue, então, a íntegra da decisão que motivou todo este trabalho, que, com coerência e inovação, garantiu a um ex-marido o direito as medidas protetivas da Lei 11.340/2006,

Decisão interlocutória própria padronizável proferida fora de audiência. Autos de 1074/2008. Vistos, etc. Trata-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulada por C.B., contra M.C.F.D., em autos de crime de ameaça, onde o requerente figura como vítima e a requerida como autora do fato. O pedido tem por fundamento fático, as várias agressões físicas, psicológicas e financeiras perpetradas pela autora dos fatos e sofridas pela vítima e, para tanto instrui o pedido com vários documentos como: registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo avariado pela vítima, e inúmeros e-mails difamatórios e intimidatórios enviados pela autora dos fatos à vítima. Por fundamento de direito requer a aplicação da Lei de nº 11.340, denominada “Lei Maria da Penha”, por analogia, já que inexistente lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica. Resumidamente, é o relatório. **DECIDO:** A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a “fêmea” a seus caprichos, à sua vilania e tirania. Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia, trouxeram inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu julgo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu trânsito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física,

---

<sup>297</sup> **LEI** Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Publicado em: 30 out. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

ao patrimônio, etc. Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?

A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Se não podemos aplicar a analogia *in malam partem*, não quer dizer que não podemos aplicá-la *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia *in bonam partem*: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10ª Ed. pág. 48). Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Póde Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social. No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C. [GRIFO NOSSO].<sup>298</sup>

Este estudo, tentando justificar a aplicação das medidas protetivas da Lei 11.340/2006, para o homem vítima de agressões domésticas praticadas pela mulher, o faz com a priorização de princípios constitucionais, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Porém, a decisão cuiabana, acima colacionada, não fez menção a estes princípios

<sup>298</sup> LEI Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Publicado em: 30 out. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

constitucionais, fundamentando a concessão das medidas protetivas na analogia *in bonam partem*, que será abaixo analisada.

Analogia no Direito Penal é assunto muito controvertido. Há autores que consideram a analogia como uma fonte mediata deste ramo do Direito. Já outros autores dão à analogia status de espécie de interpretação ou integração da norma Penal. Quando se pensa em fonte, recorre-se ao nascedouro de alguma coisa. Bitencourt<sup>299</sup> escreve sobre fonte,

[...] em linguagem codificada, significa lugar de origem, do nascimento ou surgimento de alguma coisa, de alguma teoria, de algum princípio, enfim, de determinado ordenamento jurídico, político, social, cultural etc. O Direito Penal também tem suas fontes.

Fontes do Direito, “são todas as formas ou modalidades por meio das quais são criadas, modificadas ou aperfeiçoadas as normas de um ordenamento jurídico”<sup>300</sup>. O Direito Penal tem como fonte de produção única, a lei (Código Penal e Leis Penais Especiais), e esta só pode ser legislada por intermédio do Congresso Nacional, pela União, isto porque, este ramo do Direito está vinculado ao princípio da reserva legal, insculpido artigo, 1º, do Código Penal, “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Sabe-se, portanto, que o Direito Penal é a última *ratio* para proteção dos bens jurídicos dos indivíduos, pois tem como princípio norteador a intervenção mínima, as leis penais serão editadas nos casos em que os outros ramos do Direito (civil, trabalhista, tributário) não forem capazes de dar solução para contenda levada ao Judiciário. Diante disso, as leis penais nascem dos infortúnios da vida social, das peleias não solucionadas por outros ramos do Direito que ocorrem na sociedade. Noutras palavras, a lei penal só se impõe quando o único remédio capaz de proteger o bem jurídico lesado é a sanção penal, a pena, em tese, a pena privativa de liberdade.

A Lei 11.340/2006, ainda que editada ‘a toque de caixa’, por pressão internacional, entrou no mundo das normas para dar proteção efetiva às milhares de mulheres agredidas por seus maridos ou companheiros, no ambiente familiar. Levou-se em conta que outras formas de solução para infinita violência doméstica não estavam atendendo aos anseios da sociedade e muito menos das mulheres repetidamente agredidas por homens machistas e desrespeitosos.

Historicamente, como visto acima, as mulheres lutaram muito para chegar à igualação de direitos em relação aos homens, prova disso é o artigo 5º, *caput*, e inciso I, da

---

<sup>299</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 1, p. 146.

<sup>300</sup> Ibidem, p. 147.

Constituição Federal de 1988. Mas ainda assim, a norma constitucional, por si só, não foi capaz de fazer valer tais direitos, pois mulheres continuaram e continuam sendo agredidas na entidade familiar, violência essa, justificada por razões machistas e pensamento de superioridade dos homens em relação às mulheres, o que viola o artigo 3º, inciso IV, da Carta da República.

Estudando os aspectos do princípio da igualdade, viu-se que em sua dimensão material, compete ao Estado reconhecer as diferenças e protegê-las. A Lei Maria da Penha foi editada exatamente com esse intuito, o de proteger a desigualdade, principalmente física, entre homens e mulheres. Por isso a desigualação mostrou-se adequada e justa, para coibir a violência doméstica contra mulheres que remonta séculos na história.

Retomando a questão das fontes do Direito Penal, ainda que a lei seja a única forma que se autoriza para imposições de sanções penais, entende a doutrina, haver as chamadas fontes formais imediatas e mediatas. Por fonte forma imediata tem-se exclusivamente a lei. Na divisão ou classificação das fontes formais mediatas do Direito Penal, também não há consenso entre os autores. Pedroso, em sua obra, elenca como fontes formais mediatas do Direito Penal os “costumes, analogia e princípios gerais de direito”<sup>301</sup>.

Damásio de Jesus<sup>302</sup>, por sua vez, elenca como fontes formais mediatas do Direito Penal o costume, os princípios gerais de direito, não incluindo a analogia nesta divisão. O professor Prado<sup>303</sup> aduz que as fontes formais mediatas ou indiretas do Direito Penal são o costume, a jurisprudência e doutrina. Nas lições de Mirabete e Fabrini<sup>304</sup>, as fontes indiretas ou subsidiárias do Direito Penal são os costumes e os princípios gerais do direito. Bitencourt classifica como fontes formais mediatas “os costumes, a jurisprudência e os princípios gerais de direito”<sup>305</sup>. Santos<sup>306</sup>, em sua obra, explica que as fontes são, “formais escritas” e “não escritas”, em que “as fontes escritas compreendem a lei, a jurisprudência e a doutrina”, já as “fontes não escritas compreendem os costumes, os princípios gerais do direito e o poder negocial entre cidadãos”.

<sup>301</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal – parte geral: doutrina e jurisprudência**. 4. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Método, 2008. v.1, p. 50.

<sup>302</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal – parte geral**. 27. ed., rev., atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 27-30.

<sup>303</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1, p. 197.

<sup>304</sup> MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 29.

<sup>305</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 148.

<sup>306</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 66-67.

Dos vários autores citados, nenhum deles comunga da mesma ideia sobre a divisão ou classificação das fontes mediatas, sejam formais ou escritas, da norma penal. A maioria dos doutrinadores mencionados entende que a analogia não figura como fonte do Direito Penal, e sim que se trata de integração ou interpretação daquele. Apenas Pedroso, dos autores citados, faz constar em sua obra, a analogia como fonte formal mediata do Direito Penal, e escreve que, havendo lacuna na lei será dever do magistrado supri-la, inclusive, pela analogia, aduzindo,

Analogia significa semelhança. Consiste o recurso analógico, portanto, na projeção ou extensão de determinado preceito legal, que previu uma dada situação, a outra não prevista e que a ela se assemelha. Por conseguinte, verifica-se na analogia a aplicação de um preceito legal a hipótese e caso não previstos, mas que guardam identidade de razão com o previsto e, assim, compreendem-se no seu espírito. [...] Na analogia, a situação não prevista discrepa e se diversifica da prevista, por características próprias e peculiares, embora apresente pontos e aspectos coincidentes. Por isso se assemelham, são análogas.<sup>307</sup>

Referindo-se à interpretação da norma penal, não se verifica, entre os doutrinadores, consenso em sua classificação, divisão ou espécies. Damásio<sup>308</sup> defende que “interpretar é *inter pretare*, que deriva do *inter press*, corretor, intermediário, mediador”. Desse modo, o intérprete realiza a mediação entre a realidade e a lei. E prossegue,

Interpretação consiste em extrair o significado e a extensão da norma em relação à realidade. É uma operação lógico-jurídica que se dirige a descobrir a vontade da lei, em função de todo o ordenamento jurídico e das normas superiores de cultura, a fim de aplicá-las aos casos concretos da vida real.

Noutra visão, mas não destoante de Damásio, o professor Prado<sup>309</sup> entende que “a interpretação é uma atividade que busca atribuir significado ao texto normativo (compreensão da linguagem da norma), apresentando-se ao mesmo tempo como ato cognoscitivo e de criação”. Ressalta este autor que a interpretação nunca poderá fugir ao contexto histórico, cultural e social que rodeia a norma penal, visto que essa é criada a partir das relações sociais, e não o inverso.

---

<sup>307</sup> PEDROSO, op. cit., p. 54.

<sup>308</sup> DAMÁSIO, op. cit., p. 33.

<sup>309</sup> PRADO, op. cit., p. 217.

Greco, em suas lições escreve que “interpretar é tentar buscar o efetivo alcance da norma. É procurar descobrir aquilo que ela tem a nos dizer com a maior precisão possível”<sup>310</sup>. Como dantes, neste trabalho visto, a interpretação da norma é fundamental para se chegar ao seu verdadeiro sentido, e, ainda que uma lei seja muito objetiva em seu texto, merecerá que o intérprete a analise buscando juntamente com o contexto social, histórico e cultural de sua inserção a que veio, e qual sua razão real de ter entrado no mundo jurídico e o que pretende proteger.

Na visão de Mirabete e Fabrini, a interpretação é indispensável, mesmo para as leis mais claras, escrevendo que,

Na época em que viveu Beccaria ocorriam abusos na interpretação da lei penal, aplicada com parcialidade a arbítrio dos julgadores. Por essa razão, chegou-se a dizer que era perigoso ‘consultar o espírito da lei’. A interpretação, contudo, é indispensável, mesmo quantos às leis mais claras, ao menos para se alcançar o sentido léxico dos termos delas constantes.<sup>311</sup>

Bitencourt<sup>312</sup>, refletindo sobre interpretação da norma penal em seu Tratado de Direito Penal, disserta que nem a norma mais completa pode escapar aos olhos do intérprete, pois a complexidade de hipóteses e da vida social, obrigando uma interpretação capaz de encontrar a melhor e mais correta intenção do legislador ao editar a lei, já que o Direito, como é sabido, não é estático, está sempre se amoldando às relações humanas para se adequar às necessidades sociais dos indivíduos. Aduz este autor,

Na verdade, nenhuma legislação, por mais abrangente e completa que seja, é capaz de contemplar todas as hipóteses que a complexidade da vida social pode apresentar ao longo do tempo. O direito é lacunoso sob o aspecto dinâmico, já que se encontra em constante transformação, pois vive em sociedade, evolui com ela, recebendo permanentemente os influxos de novos fatos: as normas são sempre insuficientes para disciplinar toda a variedade de fatos que a vida é pródiga em oferecer. [GRIFO NOSSO]

Interpretar a norma penal, para Santos<sup>313</sup>, é realizar o exame de quatro pontos diferentes: “a) o significado de norma jurídica; b) as técnicas de interpretação da norma penal; c) o silogismo de aplicação da norma jurídica; d) as fontes da norma penal”. Definindo interpretação da lei penal e analogia, leciona o autor,

<sup>310</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. 14. ed., rev., atual. e amp. Niterói: Editora Impetus, 2012. v. 1, p. 33

<sup>311</sup> MIRABETE e FABRINI, op. cit., p. 34.

<sup>312</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 163,

<sup>313</sup> SANTOS, op. cit., p. 57-62.

A moderna teoria da lei penal afirma a igualdade *lógica* entre a estrutura da *interpretação* e a estrutura da *analogia* jurídica: a *interpretação* consiste em identificar grupos de casos regulados e não regulados pela lei penal – portanto, atua pela comparação de grupos de casos; a *analogia* consiste em aplicar a lei penal a grupos de casos não previstos, mas semelhantes aos casos previstos na lei penal – assim, também a *analogia* atua pela comparação de grupos de casos, como método de pensamento comparativo necessário ao trabalho jurídico.

Diversas são as divisões e classificações das espécies de interpretação da norma penal. A este estudo interessa apenas a interpretação analógica. Para tratar da interpretação analógica, Prado faz uma distinção entre interpretação e aplicação,

Interpretação e aplicação são conceitos que se distinguem em termos lógicos, mas que não se separam [...]. O processo interpretativo há de exprimir, da forma mais clara e precisa possível, o real sentido e objetivo da norma legal, tendo em conta suas relações e conexões lógicas contextualizadas no sistema jurídico. De seu turno, a aplicação como atividade de concreção do preceito jurídico geral implica a realização de ato normativo individual de conformidade com aquele.<sup>314</sup>

Interpretação analógica, considerada espécie do gênero interpretação extensiva pelo professor Prado<sup>315</sup>, é por ele definida como sendo a “vontade da lei (*voluntas legis*) cingir hipóteses similares às por ela disciplinadas”. Já que para este autor, interpretação e aplicação não se separam, escreve que, “a incompletude da ordem jurídica torna indispensável à aplicação analógica, pela qual o sistema jurídico estende toda sua força reguladora a situações não previstas, buscando uma solução que lhe seja imanente”. Portanto, não há norma completa, sempre haverá lacuna, e esta deverá ser solucionada pelo Judiciário, pois a este Poder compete decidir todas as demandas quando provocado.

Em suas lições, Greco<sup>316</sup> também explica a interpretação analógica como sendo espécie da interpretação extensiva. Este autor tratando do assunto menciona que a “interpretação analógica quer dizer que a uma fórmula casuística, que servirá de norte ao exegeta, segue-se uma fórmula genérica”, prossegue ele, “a interpretação analógica amplia o conteúdo da lei penal, com a finalidade de nela abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, mas que por ele foram também desejadas”. Levando em conta esta norma genérica, no caso da decisão cuiabana, pode-se pensar, de forma positiva, que a Lei 11.340/2006 deixou aberta a possibilidade de extensão de sua aplicação, pelo menos no

---

<sup>314</sup> PRADO, op. cit., p. 218.

<sup>315</sup> Ibidem, p. 226.

<sup>316</sup> GRECO, op. cit., p. 40-41.

que se refere às medidas protetivas, visto que suas bases são o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, garantidos a homens e mulheres.

Alguns autores, como Bitencourt, Mirabete e Fabrini, Greco, deixam claro que a analogia e a interpretação analógica são institutos que não se confundem. Analogia, nos dizeres de Bitencourt<sup>317</sup>, por exemplo, “não é propriamente forma de *interpretação*, mas de aplicação da norma legal”, e vai além, “a *função* da analogia não é, por conseguinte, *interpretativa*, mas integrativa da norma jurídica”. [GRIFO NOSSO] Assim, pode-se dizer que a analogia será viável quando não houver norma específica sobre o caso, mas quando houver norma que se assemelhe à situação na lide. Por isso, pensar na analogia não é pensar em norma obscura, mas ausência de norma específica.

Nesse mesmo rumo, Mirabete e Fabrini, diferenciam a interpretação analógica de analogia da seguinte maneira,

Não se confunde a interpretação analógica, que é a busca da vontade da norma por meio da semelhança com fórmulas usadas pelo legislador, com analogia, que é forma de autointegração da lei com a aplicação a um fato não regulado por esta de uma norma que disciplina ocorrência semelhante.<sup>318</sup>  
[GRIFO NOSSO]

Considera-se a analogia como fonte, forma de interpretação ou de integração da normal penal, já que os doutrinadores não são unânimes nas divisões, classificações ou definições sobre o tema, o fato é que a analogia é autorizada pela norma, retira-se do artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Por isso Zaffaroni<sup>319</sup> afirma que a analogia não está proscrita.

Zaffaroni, ao explicar a analogia na norma penal brasileira, menciona que esta é a forma de completar o texto legal, em tese, para proibir o que a lei não proíbe especificamente, escrevendo,

Se por analogia, em direito penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de

<sup>317</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 163.

<sup>318</sup> MIRABETE e FABRINI, op. cit., p. 37.

<sup>319</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v.1, p. 154.

interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal.<sup>320</sup>

A citação logo acima vai de encontro com a obediência ao princípio da legalidade, vedando ao julgador estender as condutas típicas por intermédio da analogia, noutras palavras, a analogia não cria leis penais. Isto porque, como visto neste estudo, a infração penal só poderá ser criada por meio de lei, que é a sua única fonte de produção, bem como, sua única fonte formal imediata, e desde que advinda da União, pois a Constituição delegou apenas a ela a competência para legislar sobre normas de Direito Penal.

Sem perder de vista que a analogia é forma de autointegração da lei, com intuito de suprir as lacunas que venham a existir, Damásio<sup>321</sup> defende que na aplicação da analogia “o intérprete parte da própria lei para elaborar a regra concernente ao caso não previsto pela legislação”. Deste modo, a analogia não cria nova norma penal, e nem poderia fazê-lo, mas sim, utiliza-se de norma já existente para suprir a lacuna da lei vigente. Na decisão que aqui se analisa, foi exatamente isso que ocorreu, a Lei Maria da Penha, vigente, pode salvaguardar os bens jurídicos, por intermédio das medidas protetivas, nos casos em que o homem figurar como vítima de agressões domésticas.

Um Estado Democrático de Direito nunca poderá tolerar leis que desobedeçam ao princípio da reserva legal. Diante disso, é sabido que da analogia não poderá haver definição de novos crimes, penas ou mesmo aplicação analógica que prejudique o réu, isto é, não se autoriza a analogia *in malam partem*. Por outro lado, a analogia *in bonam partem* é aceita em nosso ordenamento jurídico, nesse sentido, “permanece, contudo, a vedação absoluta do emprego da analogia, em razão do mesmo princípio da legalidade, salvo quando for para beneficiar a defesa”<sup>322</sup>.

Já se verificou que a analogia não pode criar crimes, só a lei poderá, em respeito ao princípio da reserva legal. Nesse diapasão, é que a doutrina fez outra divisão da analogia. Chamadas de analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*, Zaffaroni<sup>323</sup> entende pela “primeira a que integra a lei estendendo a punibilidade e pela segunda a que restringe”. Em suas lições, este autor relata que, no que se refere à analogia *in bonam partem*, “é lícita à analogia se nestas legislações ela é admitida”.

---

<sup>320</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 153.

<sup>321</sup> DAMÁSIO, op. cit., p. 325.

<sup>322</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 167.

<sup>323</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 155.

Noutra divisão da analogia, Damásio<sup>324</sup> cita como suas espécies: analogia legal; analogia jurídica; analogia *in bonam partem*; analogia *in malam partem*. Assim como outros tantos autores, Damásio defende ser vedada aplicação de casos semelhantes para prejudicar o réu, mas que em seu benefício a analogia é aceita no ordenamento jurídico brasileiro. Prado aduz no mesmo sentido, relatando que a analogia sofre limitações, por isso,

O seu emprego sofre restrições no que toca às normas penais incriminadoras e às normas penais não incriminadoras quando prejudicam o réu. Portanto, as normas penais que definem o injusto culpável e estabelecem as suas consequências jurídicas não são passíveis de aplicação analógica. A limitação vem insculpida, de forma expressa, no art. 1º do Código Penal e tem guarida constitucional (art. 5º, XXXIX, CF). A função da lei é prescrever, com exclusividade, quais as condutas que deverão ser consideradas ilícitos penais.<sup>325</sup>

Adentrando especificamente a decisão cuiabana, aqui colacionada, nota-se que a fundamentação do magistrado para concessão das medidas protetivas para o ex-marido, agredido por sua ex-mulher, foi à analogia *in bonam partem*. Não é possível ignorar, como acima visualizado, que a analogia é instituto utilizado para beneficiar o réu, isto é, nos casos em que a lei não é capaz de protegê-lo a contento, a partir de lei semelhante, aplica-se esta em favor do réu. Como exemplo da analogia *in bonam partem*, cita Greco,

[...] hipótese prevista no inciso I do art. 181 do Código Penal, que diz ser isento de pena quem pratica qualquer dos crimes previstos no Título II (Crimes contra o patrimônio), em prejuízo do *cônjuge*, durante a constância da sociedade conjugal. [...] Agora, e se a subtração tivesse sido levada a efeito pelo companheiro, que vivia maritalmente com o outro, de acordo com o conceito de união estável? Seria razoável puni-lo, em virtude de não ter sido mencionado expressamente pelo citado art. 181, I, do Código Penal? A resposta só pode ser negativa, pois tal como ocorre com o *cônjuge*, por questões de política criminal, não se justificaria sua punição que, caso viesse a ocorrer, certamente atingiria a relação do casal. Nesse caso, podemos aplicar o raciocínio relativo à analogia *in bonam partem*.<sup>326</sup>

Pois bem, de acordo com a decisão discutida, pergunta-se: a analogia *in bonam partem* pode beneficiar o réu, por que não poderia beneficiar a vítima? Ora, a situação é semelhante, pois se o infrator pode receber os benefícios da analogia, o ofendido, deve receber muito mais, já que este é quem sofre as mazelas do crime.

<sup>324</sup> DAMÁSIO, op. cit., p. 53-57.

<sup>325</sup> PRADO, op. cit., p. 227.

<sup>326</sup> GRECO, op. cit., p. 44-45.

Portanto, acertada a decisão cuiabana, que, com base na Lei 11.340/2006, deferiu as medidas protetivas de urgência, artigo 22, para garantir proteção à integridade física e psicológica de um ex-marido cansado de sofrer ameaças e lesões ao seu patrimônio, por conta do inconformismo com o fim da relação íntima de afeto de sua ex-mulher.

Se o réu, agente do crime, se beneficia com a analogia nos casos em que a lei deixou lacuna, não há qualquer impedimento para que a vítima se beneficie também. Nesse sentido o magistrado da decisão cuiabana,

[...] Se não podemos aplicar a analogia *in malam partem*, não quer dizer que não podemos aplicá-la *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina. [...] se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime.<sup>327</sup>

Considerando que as provas juntadas pelo ex-marido agredido e ameaçado eram contundentes e robustas, entendeu por bem o juiz cuiabano acolher o pedido corajoso da vítima, e fixou as medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/2006, garantindo proteção aos seus bens.

Veja que, se a Lei 11.340/2006 criou medidas capazes de proteger os bens jurídicos da mulher agredida, esta pode se estender para alcançar a proteção dos bens jurídicos do homem agredido, tanto pela analogia *in bonam partem*, quanto considerando que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, e que, portanto, deverão ser protegidos pelas normas vigente de igual maneira, sob pena de ferir o Estado Democrático. A lacuna, autorizadora da analogia, está na Lei Maria da Penha, que cuida exclusivamente da mulher agredida e, é omissa em relação ao homem agredido domesticamente.

Assim, seja pela analogia *in bonam partem* para beneficiar a vítima, seja pelo princípio da igualdade, que é a base do Estado Democrático, seja pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que é a base do Estado de Direito, o certo é que as medidas protetivas, do artigo 22, da Lei 11.340/2006 devem ser concedidas ao homem, quando este fizer prova (assim como a mulher), concreta da lesão aos seus bens jurídicos, materiais, morais, psicológicos, assim como, para os demais formatos de família neste mencionados.

Sendo assim, ainda que os homens possam se envergonhar de buscar ajuda do Judiciário para evitar as agressões domésticas sofridas, praticadas por uma mulher (via de regra, enfurecida e inconformada com o término da união conjugal), se assim o fizer, deve o

---

<sup>327</sup> LEI Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Publicado em: 30 out. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

Judiciário atender aos seus reclames e conceder a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Com isso as agressões e ameaças cessam e as demais questões do ex-casal poderão se resolver sem que haja qualquer tipo de violência doméstica.

### 3.5 Análises de decisões colegiadas

Além da decisão interlocutória cuiabana, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, em sua 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, acabou por analisar a mesma questão, pois a ex-mulher do homem agredido e ameaçado impetrou *habeas corpus* para revogar a decisão monocrática, justificando que as medidas protetivas da Lei 11.340/2006, são de aplicação exclusiva nos casos em que a mulher for a vítima das agressões domésticas, e que jamais poderiam ter sido aplicadas contra ela e a favor de seu ex-marido.

Diante disso, no *habeas corpus* número 6313/2008, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, decidiram:

ACORDAM os Membros da 2ª TURMA RECURSAL dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do(a) DR. SEBASTIAO BARBOSA FARIAS, POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR., nos termos do voto do(a) relator(a) e dos demais constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente acórdão. A composição da Turma Julgadora foi a seguinte: DR. SEBASTIAO BARBOSA FARIAS (Relator), DR. NELSON DORIGATTI (1º Vogal) e DR. JOÃO BOSCO SOARES DA SILVA (2º Vogal).<sup>328</sup> [GRIFO NOSSO]

Os fundamentos para denegação da ordem de *habeas corpus* impetrada pela acusada de ameaçar e deteriorar o patrimônio de seu ex-marido foram os mesmo da decisão interlocutória monocrática, qual seja, a analogia. O Relator em seu voto escreveu que,

[...] Em primeiro lugar louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre Advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da Penha, arrimado no princípio da ANALOGIA, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta Norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo Magistrado que ousou desafiar a Lei. [...] Da análise de todo o

<sup>328</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (2. Turma Recursal). **Habeas corpus nº 6313/2008**. Relator: Desembargador Sebastião Barbosa Farias. Publicado em: 24 jun. 2009. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL\\_6313-2008%20HC\\_10843.pdf](http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL_6313-2008%20HC_10843.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos Impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contrárias ao ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembremos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal). Com essas considerações, denego a ordem de HABEAS CÔRPUS, em consonância com o parecer Ministerial.<sup>329</sup>

Acertada a decisão da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, que manteve a decisão interlocutória, considerando que a melhor saída para o homem agredido domesticamente, é buscar, no Judiciário, ajuda, ao invés de revidar agredindo a mulher. Noutras palavras, foi digna a conduta do ex-marido que preferiu se proteger com a Lei Maria da Penha, e não agiu em revide, lesionando, também, os bens jurídicos de sua ex-mulher.

Deixando o machismo de lado, este homem mostrou-se interessado em solucionar a sua pendenga com a ex-mulher, de maneira racional e sensata, e o Judiciário, seja na decisão monocrática interlocutória, seja com a denegação do *habeas corpus* mencionado, agiu a contento, fazendo justiça ao proteger, por intermédio das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/2006, a integridade física, psicológica e moral da vítima. Louve-se, então, a perspicácia do advogado deste homem, vítima de agressões domésticas.

Não se sabe o motivo real, mas na jurisprudência dos Tribunais de Justiça ou Superiores, não se encontra com facilidade decisões que julgam a concessão das medidas protetivas da Lei 11.340/2006 a homens vítimas de agressões domésticas. Talvez por conta do machismo ainda existente no século XXI, que inevitavelmente, se traduz na vergonha que o homem tem em dizer que *apanhou de uma mulher*, os homens vítimas de agressões domésticas não se valham do Judiciário para dar cabo das lesões sofridas e preferem se calar.

De todo modo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no *habeas corpus* número 700032045379/2009, entendeu correta a decisão que tornou “uma via de duas mãos” a fixação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, impedindo que a mulher também se aproximasse do ex-companheiro, sob pena de perder o direito das medidas protetivas:

HC Nº 700032045379. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – MEDIDAS PROTETIVAS PROIBIÇÃO – LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER – INEXISTÊNCIA – DIREITOS E DEVERES. 1- NÃO SE

<sup>329</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (2. Turma Recursal). **Habeas corpus nº 6313/2008**. Relator: Desembargador Sebastião Barbosa Farias. Publicado em: 24 jun. 2009. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL\\_6313-2008%20HC\\_10843.pdf](http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL_6313-2008%20HC_10843.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

VISLUMBRA CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO DESPACHO QUE DEFERIU AS MEDIDAS PROTETIVAS A FAVOR DA MULHER, ADVERTINDO-A DE QUE TAMBÉM NÃO PODE APROXIMAR-SE DO EX-COMPANHEIRO, USAR O TELEFONE PARA COMUNICAR-SE OU IR À SUA CASA, SOB PENA DE REVOGAÇÃO DA PROTEÇÃO. 2- O DIREITO É UMA VIA DE DUAS MÃOS E A FINALIDADE DO DISPOSITIVO DO §8º, ARTIGO 226 DA CF QUE FUNDAMENTA A LEI 11.340/06 É QUE O ESTADO COÍBA A VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES, PROTEGENDO TODOS QUE A INTEGRAM. ORDEM DENEGADA. ACÓRDÃO: VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS. ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, À UNANIMIDADE, EM DENEGAR A ORDEM. CUSTAS NA FORMA DA LEI. PARTICIPARAM DO JULGAMENTO, ALÉM DA SIGNATÁRIA, OS EMINENTES SENHORES Des. Newton Brasil de Leão (Presidente) e Des. Odone Sanguiné. PORTO ALEGRE, 08 DE OUTUBRO DE 2009. DES.<sup>a</sup> ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS, Relatora.<sup>330</sup> [GRIFO NOSSO]

Nesta decisão, os Desembargadores entenderam que afastar, também, a mulher do ex-companheiro é medida cabível e correta, pois assim se evitaria outros desentendimentos entre ex-cônjuges. Desse modo, mais uma decisão colegiada, unânime, que mantém a aplicação das medidas protetivas de urgência em favor do homem, ainda que este não tenha sido agredido, nem mesmo requerido tal proteção. Na decisão monocrática fundamentou a magistrada:

*Dra. Osnilda Pisa, MM. Juíza, deferiu as medidas protetivas em favor da mulher, mas em contrapartida ‘proibiu-a de aproximar-se do demandado, da residência e do local de trabalho dele e, em caso de encontrá-lo em público de forma involuntária, manter-se afastada, bem como não manter qualquer tipo de contato pessoal, por telefone ou qualquer outro meio de comunicação, sob penas legais, inclusive a imediata perda da validade das medidas deferidas em seu favor’.*<sup>331</sup>

<sup>330</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (3. Câmara Criminal). **Habeas corpus nº 700032045379/2009**. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. Publicado em 15 out. 2009. Disponível em: <[http://google7.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70032045379%26num\\_processo%3D70032045379%26codEmenta%3D3167563+HC+70032045379&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70032045379&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=08-10-2009&relator=Elba+Aparecida+Nicolli+Bastos](http://google7.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032045379%26num_processo%3D70032045379%26codEmenta%3D3167563+HC+70032045379&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70032045379&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=08-10-2009&relator=Elba+Aparecida+Nicolli+Bastos)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>331</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (3. Câmara Criminal). **Habeas corpus nº 700032045379/2009**. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. Publicado em 15 out. 2009. Disponível em: <[http://google7.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70032045379%26num\\_processo%3D70032045379%26codEmenta%3D3167563+HC+70032045379&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70032045379&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=08-10-2009&relator=Elba+Aparecida+Nicolli+Bastos](http://google7.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032045379%26num_processo%3D70032045379%26codEmenta%3D3167563+HC+70032045379&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70032045379&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=08-10-2009&relator=Elba+Aparecida+Nicolli+Bastos)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

A Relatora do acórdão do *habeas corpus* número 700032045379/2009, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entende que a Lei Maria da Penha está, também, alicerçada no artigo 226, §8º, da Constituição Federal que dispõe, “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”. Diante disso, se todos os pertencentes à família serão protegidos pelo Estado, não há qualquer constrangimento a mulher não poder se aproximar do ex-companheiro, assim como ele não se aproximará dela. Escreve, ainda, a Relatora,

Ora, o Judiciário não pode ser usado como meio de vingança ou represália de qualquer cidadão e, cientes os Juízes que na prática, mormente, em processos de violência doméstica, onde as relações são dinâmicas e impossíveis de serem fiscalizadas, necessário que seja feita a ressalva de que o direito de cada um termina, exatamente, quando começa o do outro e sendo bilateral, ambos tem obrigações e deveres a obrigação de respeitá-lo, a fim de preservar o direito buscado judicialmente.<sup>332</sup>

Mesmo não havendo menção expressa à analogia *in bonam partem* ou mesmo ao princípio da igualdade, quer se analisar, na decisão, o direito do ex-casal com sendo uma “via de mão dupla”, igualando o direito de todos, homens e mulheres, para garantir-lhes adequada e correta proteção aos seus bens jurídicos. Desse modo, se afastar o homem da mulher gera segurança a ela e aos seus familiares, o afastamento da mulher trará segurança ao homem e aos seus familiares, evitando, assim, novas ameaças ou agressões de uma ou de ambas as partes envolvidas.

Por derradeiro, o Estado Democrático de Direito só é possível quando os direitos fundamentais do homem forem efetivamente protegidos e garantidos. Diante disso, não se pode negar ao gênero masculino ou feminino proteção de seus direitos. É preciso, portanto, equilibrar a relação íntima de afeto, dando a qualquer das pessoas, independentemente de sexo ou opção sexual, garantia de que seus direitos fundamentais estão assegurados, e a certeza de que o Judiciário não se furtará em solucionar os conflitos de regras ou a colisão de princípios, quando for provocado.

<sup>332</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (3. Câmara Criminal). **Habeas corpus nº 700032045379/2009**. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. Publicado em 15 out. 2009. Disponível em: <[http://google7.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70032045379%26num\\_processo%3D70032045379%26codEmenta%3D3167563+HC+70032045379&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70032045379&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=08-10-2009&relator=Elba+Aparecida+Nicolli+Bastos](http://google7.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032045379%26num_processo%3D70032045379%26codEmenta%3D3167563+HC+70032045379&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70032045379&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=08-10-2009&relator=Elba+Aparecida+Nicolli+Bastos)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste estudo, muitas são as expectativas em ver os direitos do homem, seja pela analogia, seja em respeito aos princípios da dignidade humana e da igualdade, ser reconhecido diante da Lei 11.340/2006. Falta muito para que o conjunto de normas do Direito brasileiro seja efetivamente alcançado para ver o que se espera do Judiciário, a tão desejada Justiça.

No início do trabalho, foi possível verificar que o constitucionalismo garante a todos não se submeter a governos autoritários, e ter seus direitos fundamentais implementados, garantidos e protegidos. Longe de estar nesse patamar jurídico, ao menos, caminha-se no sentido de se chegar, no mínimo, próximo da plenitude do respeito para com os direitos do homem.

Dentro dessa perspectiva, discutida a razão das normas e sua divisão em princípios e regras para compreender que em colisão ou em conflito, cada qual tem sua própria forma de solução no caso concreto, entende-se com isso que na colisão entre princípios, um não invalida o outro, mas que se deve analisar qual é a razão maior e mais coerente para não gerar prejuízo a nenhuma das partes, que pode ser feito pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou ainda por intermédio da interpretação coerente, como foi visto.

O princípio da dignidade humana, tido como a base do Estado de Direito, a todos se estende, e, portanto, se regras ou princípios são benéficos deverão ser concedidos, ainda que haja ausência de regra específica. Fundamentando-se na igualdade de direitos ou mesmo na analogia, é totalmente possível proteger direitos que carecem de norma própria, mas possuem noutras uma semelhança capaz de suprir a lacuna deixada pelo legislador, ou ainda ver a norma constitucional ser aplicada diretamente ao caso concreto.

No que tange ao princípio da igualdade, este base do Estado Democrático, garante a todos, sem qualquer distinção ou discriminação, os mesmos direitos e os mesmos deveres, isso pensando em seu aspecto formal. Mas, para haver uma democracia efetivamente forte e plena, este princípio contempla, no seu aspecto material, a proteção das minorias e das desigualdades impostas pela própria sociedade, o que levou a necessidade da Lei 11.340/2006.

Protegendo o que se entende por desigualdades, não poderá a norma criar uma “classe” de superprotegidos, a ponto do exagero acabar por desprestigiar e desproteger o que

são tidos como iguais. Noutras palavras, a norma que garante direitos aos chamados desiguais, nunca poderá perder de vista os direitos dos considerados iguais.

Pensando nessa direção, a Lei 11.340/2006, superprotege a mulher agredida no lar, mas, para não gerar uma desigualdade ainda maior, deverá, quando possível, estender seus benefícios ao homem vítima das mesmas agressões domésticas.

Referindo-se ao ativismo judicial, discutiu-se, por intermédio da doutrina, se este parece ser instrumento positivo ou negativo para o sistema jurídico vigente. Há posições favoráveis e desfavoráveis, mas, é possível crer que, bem aplicado e com muita cautela e coerência, pode sim, trazer bons frutos para solucionar lides complexas dependentes de normas falhas ou incompletas.

Praticamente unânime o entendimento de que ativismo judicial é mais uma forma de interpretação da norma constitucional. Nesta interpretação, elevam-se ao máximo os princípios constitucionais, deixando de fazer valer regras que se tornaram inócuas e pouco eficientes para a realidade social. Se a norma nasce a partir das relações humanas, a lerdeza do legislador em adequá-las às novas realidades, obriga o Judiciário a agir, e este o faz, pois provocado, não poderá quedar-se inerte.

A decisão tomada como base deste estudo, é cuiabana, e inédita até então no Brasil, quando no ano de 2008, pela primeira vez, após a edição da Lei 11.340/2006, um homem, vítima de agressões domésticas e ameaças perpetradas por sua ex-mulher, teve concedidas em seu favor as medidas protetivas de urgência, que em tese, se prestariam para beneficiar e proteger exclusivamente a mulher em risco.

Fundamentando na analogia *in bonam partem*, o magistrado do Juizado Especial Criminal cuiabano, entendeu que se a Lei Maria da Penha criou institutos que beneficiam e protegem os bens jurídicos da mulher, não obsta que estes sirvam, também, para proteger os bens do homem em situação de agressões domésticas e ameaças. Isso porque, a lacuna em não mencionar o homem, não pode impedir que ele sofra ou continue sofrendo prejuízos materiais, psicológicos ou morais.

Sendo assim, em nome de um Estado Democrático de Direito, deverá o Judiciário agir sempre em busca da melhor aplicação das normas vigentes no sistema brasileiro. Se assim não for, a Carta da República acabará como mera norma abstrata e sem aplicação concreta, o que não parece ter sido a intenção do legislador constituinte ao promulgá-la em 1988.

O que se espera é a plena e concreta JUSTIÇA, que de acordo com o acima estudado, só poderá ocorrer quando a igualdade entre as pessoas for efetivamente alcançada! E esta

justificada sempre pela ausência de decisões discriminatórias e com a elevação dos direitos fundamentais do homem, visto que estes são os fundamentos maiores do Estado Democrático de Direito, sem o qual a sociedade viveria a mercê da sorte e sob os mandos de governo arbitrário. Com isso admitir que as normas constitucionais devem ser aplicadas diretamente ao caso concreto, sem que isso ofenda o sistema jurídico brasileiro.

Finalmente, afirmar que a incidência da norma constitucional diretamente ao caso concreto mostra o interesse do Judiciário em preservar e proteger os direitos fundamentais do homem. Caso contrário, os litígios ficarão a mercê de normas incapazes de solucionar, tanto o conflito entre as regras, como também a colisão entre princípios.

## REFERÊNCIAS

ALAMBERT, Zuleika. **Mulher uma trajetória épica**: esboço histórico – da antiguidade aos nossos dias. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado S/A IMESP, 1997.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direito fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Ordem dos Advogados do Brasil**. nº 04, jan./fev., 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 17/02/2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLEIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; et. al. (Coords). **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e Reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 1

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Revisão da tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugido – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

BRASIL. **ADPF 45/DF de 26 a 30 de abril de 2004**. Informativo elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Planalto. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 31 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8. do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/subsecretaria-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres/lei-maria-apenha/2.3-projeto-de-lei.pdf>>. Acesso em 6 nov. 2012.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CASTAN, Nicole. O Público e o Particular. In: CHARTIER, Roger (org.). **História da vida privada: da renascença ao século das luzes**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1991.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da Lei Maria da Penha, Nº 11.340/2006**. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. Coleção Estudos de Processo Penal Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 6.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (11.340/2006)**. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DORNELLES, Susana de Almeida; BERNARDES, Nara Maria Guazzelli. Homem pode virar ladrão e assassino, mas pelo menos não apanha nem sofre tanto como a mulher: gênero e violência na vida de mulheres adolescentes em situação de rua. In: STREY, Marlene Neves; AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; JAEGGER, Fernanda Pires (orgs.). **Violência, gênero e políticas públicas**. Coleção Gênero e Contemporaneidade, nº 2. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Método, 2008.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

**GÉNOS, EOS**. Disponível em: <<http://www.ciberduvidas.pt/pergunta.php?id=24833>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. 14. ed., rev., atual. e amp. Niterói: Editora Impetus, 2012. v. 1.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal – parte geral**. 27. ed., rev., atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

LEI Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Publicado em: 30 out. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha comentada**: Comentários a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Leme: Editora Mundo Jurídico, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MARTINS, Alessandra Beatriz. Discricionariedade Legislativa e Isonomia na Criação de Normas Penais. In: BORGES, Paulo Cesar Corrêa (coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal**: temas atuais. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. 3. tir. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (2. Turma Recursal). **Habeas corpus nº 6313/2008**. Relator: Desembargador Sebastião Barbosa Farias. Publicado em: 24 jun. 2009. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL\\_6313-2008%20HC\\_10843.pdf](http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL_6313-2008%20HC_10843.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. Noções básicas da teoria dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Método, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., atual.. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – direitos fundamentais**. 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MONSTESQUIEU, Charles-Louis. **Do espírito das leis**. 1. ed. Tradução publicada sob licença de Difusão Europeia do Livro. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização dos direitos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Método, 2008. v. 7.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias, gêneros e violências: desenvolvendo as tramas da transmissão transgeracional da violência de gênero. In: STREY, Marlene Neves; AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; JAEGER, Fernanda Pires (orgs.). **Violência, gênero e políticas públicas**. Coleção Gênero e Contemporaneidade, nº 2. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed., rev., atua. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Fábio. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Dirigente. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; et. al. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Ativismo judicial**: paradigmas atuais. 1. ed. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2011.

PATMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Martha Avancini. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1993.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal – parte geral: doutrina e jurisprudência**. 4. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Método, 2008. v.1.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Método, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. In: PRIORE, Mary Del (org.). **Histórias das mulheres no Brasil**. 10. ed., 1. reimp. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Editora UnB-Universidade de Brasília, 1981.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (3. Câmara Criminal). **Habeas corpus nº 70032045379/2009**. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. Publicado em 15 out. 2009. Disponível em: <[http://google7.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php3nome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70032045379%26num\\_processo%370032045379%26codEmenta%3D3167563+HC+70032045379&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70032045379&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=0802009&relator=Elba+Aparecida+Nicolli+Bastos](http://google7.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php3nome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032045379%26num_processo%370032045379%26codEmenta%3D3167563+HC+70032045379&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70032045379&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=0802009&relator=Elba+Aparecida+Nicolli+Bastos)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

ROSSET, Patrícia. Reflexões acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLEIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; et. al. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. tir. com acréscimos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. v. II.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo judicial**: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev., atual. e amp. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLEIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; et. al. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SILVA, Carmen da. **A arte de ser mulher**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S/A, 1966.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del (org.). **Histórias das mulheres no Brasil**. 10. ed., 1. reimp.. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração da construção do direito. 10. ed., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TELLES, Lygia Fagundes. Mulher, mulheres. In: PRIORE, Mary Del (org.). **Histórias das mulheres no Brasil**. 10. ed., 1. reimp. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

## ANEXOS

### ANEXO A

Por analogia

Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, pode ser aplicada por analogia para proteger os homens. O entendimento inovador é do juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá. Ele acatou os pedidos do autor da ação, que disse estar sofrendo agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte da sua ex-mulher. A lei foi criada para trazer segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar. No entanto, de acordo com o juiz, o homem não deve se envergonhar em buscar socorro junto ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. “É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel e não medir esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social”, ressaltou. De acordo com o juiz, há provas mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se dar as medidas protetivas de urgência solicitadas pelo autor. Com a decisão, a ex-mulher do autor está impedida de se aproximar dele a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho. Ela também não pode manter qualquer contato com ele, seja por telefone, e-mail ou qualquer outro meio direto ou indireto. Na mesma decisão, o juiz advertiu que, no caso do descumprimento, a ex-mulher pode ser enquadrada no crime de desobediência e até mesmo ser presa. O autor da ação anexou vários documentos no processo como registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo danificado por ela e diversos e-mails difamatórios e intimidatórios enviados. Por isso, ele solicitou a aplicação da Lei 11.340/2006. Isso porque não existe lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica. O juiz Mário Kono de Oliveira admitiu que, embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é a vítima por causa de “sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira”. Ele acrescentou ainda: “Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível (...). Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram atentar contra a vida de seu ex-companheiro, por simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso”, finalizou.

Leia a decisão:

Decisão interlocutória própria padronizável proferida fora de audiência. Autos de 1074/2008 Vistos, etc. Trata-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulada por CELSO BORDEGATTO, contra MÁRCIA CRISTINA FERREIRA DIAS, em autos de crime de ameaça, onde o requerente figura como vítima e a requerida como autora do fato. O pedido tem por fundamento fático, as várias agressões físicas, psicológicas e financeiras perpetradas pela autora dos fatos e sofridas pela vítima e, para tanto instrui o pedido com vários documentos como: registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo avariado pela vítima, e inúmeros e-mails difamatórios e intimidatórios enviados pela autora dos fatos à vítima. Por fundamento de direito requer a aplicação da Lei de nº 11.340, denominada “Lei Maria da Penha”, por analogia, já que inexistente lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica. Resumidamente, é o relatório. DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que

por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a “fêmea” a seus caprichos, à sua vilania e tirania. Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia, trouxeram inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu julgo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu transito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio, etc. Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível? A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Se não podemos aplicar a analogia *in malam partem*, não quer dizer que não podemos aplicá-la *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia *in bonam partem*: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10ª Ed. pág. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social. No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C.

Disponível em:

[http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei\\_maria\\_penha\\_aplicada\\_proteger\\_homem](http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem)

**ANEXO B**

2ª TURMA RECURSAL – "HABEAS CORPUS" Nº 6313/2008 CLASSE I - 1 - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL UNIFICADO DA CAPITAL

AUTORIDADE COATORA: MARIO ROBERTO KONO DE OLIVEIRA

IMPETRANTE(S): SERGIO BATISTELLA

IMPETRANTE(S): JORGE LUIZ SIQUEIRA FARIAS

IMPETRADO: JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL UNIFICADO DA CAPITAL

PACIENTE(S): MARCIA CRISTINA FERREIRA DIAS

Número do Protocolo : 6313/ 2008

Data de Julgamento : 09-06-2009

**E M E N T A**

HABEAS CÔRPUS. MEDIDAS PROTETIVAS, COM BASE NA LEI Nº. 11.340/2006, A CHAMADA LEI MARIA DA PENHA, EM FAVOR DO COMPANHEIRO DA PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEDIDOS DENEGADOS, SEJA PORQUE OS ATOS DA PACIENTE SÃO REPROVÁVEIS, POIS QUE CONTRÁRIOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO, SEJA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

Louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre Advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da Penha, arrimado no princípio da ANALOGIA, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta Norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo Magistrado que ousou desafiar a Lei. Com sua atitude, o Magistrado apontado como Autoridade Coatora, não só pôs fim às agruras do ex companheiro da paciente, como, de resto e reflexamente, acabou por aplicar a Lei em favor da mesma. O raciocínio tem sua lógica, levando-se em conta que, em um dado momento, cansado das investidas, o autor da representação poderia revidar e, em assim agindo, poderia colocar em risco a incolumidade física da paciente. Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos Impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contra o ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembremos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal).

**R E L A T Ó R I O**

DOUTOR SEBASTIÃO BARBOSA FARIAS

Egrégia Turma:

SERGIO BATISTELLA E JORGE LUIZ SIQUEIRA FARIAS,

Advogados devidamente inscritos na OAB/MT, respectivamente, sob o nº 9155 e 8145/A, vêm de impetrar o presente HÁBEAS CORPUS, em favor de MÁRCIA CRISTINA FERREIRA DIAS, qualificada, ao argumento, de que esta estaria sofrendo constrangimento ilegal, emanado do ato, que acoimam de ilegal, no Procedimento nº. 1074/2008, exarado pelo Excelentíssimo Doutor MARIO ROBERTO KONO DE OLIVEIRA, DD. Juiz de Direito, titular do Juizado Criminal Unificado da Capital. Sustentam que a paciente teve contra si uma representação, apresentada ao Juízo Impetrado, por CELSO BORDEGATTO, sob o fundamento de que a paciente teria cometido o delito capitulado no artigo 147, do Código Penal, requerendo, de imediato, a aplicação ao caso, da Lei Maria da Penha. Asseveram que o

Meritíssimo Juiz titular daquele Juizado, decidiu favoravelmente à representação, deferindo medidas protetivas insertas na referida Lei, determinando a expedição de Mandado em desfavor da paciente, advertindo-a de que o descumprimento da decisão daria ensejo ao crime de desobediência, podendo culminar até em prisão. Ponderam que o magistrado, “num furor legislativo aplicou as medidas protetivas prevista na Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, aplicáveis exclusivamente à mulher”. Requereram, diante dessa circunstância, a concessão da LIMINAR em favor da paciente, para que, de imediato, sejam afastadas as condições a ela impostas, haja vista que a polêmica decisão tem sido motivo de chacota nacional, estando presente em vários sites da internet, impingindo-lhe grande dissabor, além da nefasta ameaça de prisão, que paira sobre si. Requereram a final, a procedência da ação, para a concessão da ordem, para que a Lei Maria da Penha não seja aplicada contra a paciente, bem como que haja o trancamento de eventual ação penal, por lhe faltar justa causa. A liminar por que lutavam os impetrantes, em favor da paciente, não foi concedida, consoante despacho de fls.90/91 – TR -. O Meritíssimo Juiz, apontado como Autoridade Coatora prestou as informações que se veem às fls.95/96 – TR -; a Senhora Doutora Promotora de justiça veio deexarar parecer pela denegação da ordem. É o relatório.

P A R E C E R (ORAL)

O(a) Sr(a). Dr(a). Promotor(a) de Justiça

Ratifico o Parecer.

V O T O

DOUTOR SEBASTIÃO BARBOSA FARIAS - RELATOR(a)

Egrégia Turma:

Ao despachar a inicial deixei assente: A despeito da exposição de motivos que embasariam a concessão da liminar pretendida, entendo ser medida de bom senso não concedê-la, porque, efetivamente, não se constitui, a priori, coação ilegal, a decisão invectivada, salvo outras circunstâncias que venham a embasar a concessão da ordem, quando da análise do mérito. Permanece forte, ainda hoje, a primeira impressão. Em primeiro lugar louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre Advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da Penha, arrimado no princípio da ANALOGIA, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta Norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo Magistrado que ousou desafiar a Lei. Com sua atitude, o Magistrado apontado como Autoridade Coatora, não só pôs fim às agruras do ex companheiro da paciente, como, de resto e reflexamente, acabou por aplicar a Lei em favor da mesma. O raciocínio tem sua lógica, levando-se em conta que, em um dado momento, cansado das investidas, o autor da representação poderia revidar e, em assim agindo, poderia colocar em risco a incolumidade física da paciente. Os argumentos expendidos por sua Excelência, o Meritíssimo Juiz da causa são, ainda agora, irrespondíveis, senão vejamos: “A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a “fêmea” a seus caprichos, à sua vilania e tirania. Houve por bem a lei, atendendo a suplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou seu valor e sua eficácia trouxe inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu jugo, enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo trânsito em julgado. Entre elas a proteção à vida, à incolumidade física, ao patrimônio, etc. Embora em número consideravelmente menor, existem casos em, que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimento

da posse e da fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível? A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso código Penal: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”. Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu, quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina; “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães de Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stenvenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – direito Penal – Parte geral – 10ª Ed. Pág. 48). Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social. No presente caso, há elementos probantes mais que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir as medidas protetivas de urgências requeridas...”. Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos Impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contrárias ao ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembremos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal). Com essas considerações, denego a ordem de HABEAS CÔRPU, em consonância com o parecer Ministerial. É como voto.

#### A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos do "HABEAS CORPUS" Nº 6313/2008 CLASSE I - 1 - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL UNIFICADO DA CAPITAL. ACORDAM os Membros da 2ª TURMA RECURSAL dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do(a) DR. SEBASTIAO BARBOSA FARIAS, POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM NOS TERMOS DO VOTO

DO RELATOR., nos termos do voto do(a) relator(a) e dos demais constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente acórdão. A composição da Turma Julgadora foi a seguinte: DR. SEBASTIAO BARBOSA FARIAS (Relator), DR. NELSON DORIGATTI (1º Vogal) e DR. JOÃO BOSCO SOARES DA SILVA (2º Vogal).

Cuiabá, 09 de junho de 2009.

-----  
DR. SEBASTIAO BARBOSA FARIAS PRESIDENTE DA 2ª TURMA RECURSAL

-----  
DOUTOR SEBASTIÃO BARBOSA FARIAS - RELATOR(a)

-----  
PROMOTOR(a) DRA. ESTHER LOUISE ASVOLINSQUE PEIXOTO FERRAZ

**ANEXO C**

HABEAS CORPUS	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70032045379	COMARCA DE PORTO ALEGRE
MINISTERIO PÚBLICO	IMPETRANTE
FABIANA PERES DA LUZ	PACIENTE
JUIZ(A)DIR JUIZADO VIOLÊNCIA COATOR	
DOM E FAM COM PORTO ALEGRE	

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – MEDIDAS PROTETIVAS  
PROIBIÇÃO – LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER –  
INEXISTÊNCIA – DIREITOS E DEVERES.

1- Não se vislumbra constrangimento ilegal no despacho que deferiu as medidas protetivas a favor da mulher, advertindo-a de que também não pode aproximar-se do ex-companheiro, usar o telefone para comunicar-se ou ir à sua casa, sob pena de revogação da proteção.

2- O direito é uma via de duas mãos e a finalidade do dispositivo do §8º, artigo 226 da CF que fundamenta a Lei 11.340/06 é que o Estado coíba a violência no âmbito das relações familiares, protegendo todos que a integram. ORDEM DENEGADA.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em denegar a ordem.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (PRESIDENTE) E DES. ODONE SANGUINÉ.

Porto Alegre, 08 de outubro de 2009.

DES.<sup>a</sup> ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS,  
Relatora.

**RELATÓRIO**

DES.<sup>a</sup> ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):

O Ministério Público impetrou o presente HC em favor de FABIANA PERES DA LUZ, tendo em vista ter o MM. Magistrado, quando do deferimento das medidas protetivas em seu favor, também a proibido de manter qualquer contato com o demandado (folha 25 e verso), restringindo indevidamente seu direito à locomoção, sujeitando-a, inclusive, a imediata perda das medidas protetivas, e, com isso, favorecendo Luís Leandro, pessoa do sexo masculino, não levando em consideração os fins da lei e que protege a mulher, demonstrando não ter conhecimento da conduta violenta do demandado.

A liminar foi indeferida (folha 28v).

Em parecer escrito, o Procurador de Justiça opinou pela denegação da ordem (folhas 45/47).

É o relatório.

## VOTOS

DES.<sup>a</sup> ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):

A Dra. CLAUDIA REGINA LENZ ROSA, Promotora de Justiça, ingressou com Habeas corpus em favor de FABIANA PERES DA LUZ que ajuizou medidas protetivas contra seu ex-companheiro Luis Leandro Silva Nunes, que vem reiteradamente ofendendo-a e ameaçando-a, mas como no despacho deferitório a eminente Magistrada, instituiu proibições idênticas à mulher, entende que viola seu direito, considerando que a lei cria políticas afirmativas para a mulher e que a proibição limita seu direito de ir e vir.

Conforme se vê (fl. 42), a Dra. Osnilda Pisa, MM. Juíza, deferiu as medidas protetivas em favor da mulher, mas em contrapartida “*proibiu-a de aproximar-se do demandado, da residência e do local de trabalho dele e, em caso de encontrá-lo em público de forma involuntária, manter-se afastada, bem como não manter qualquer tipo de contato pessoal, por telefone ou qualquer outro meio de comunicação, sob penas legais, inclusive a imediata perda da validade das medidas deferidas em seu favor*” e, contra esta proibição é que se insurge o MP em favor da demandante.

A ordem vai denegada.

2- Não vejo constrangimento ilegal no despacho, embora, entenda que melhor se adequaria às limitações, restrições impostas à mulher no despacho na forma de “advertência” como refere o Dr. Procurador de Justiça e não proibição.

Não se pode esquecer que o direito é uma via de mão dupla, se de um lado a parte tem *direitos*, de outra tem *deveres e obrigações* que se descumpridos tornam duvidoso e litigioso seu próprio direito.

A Lei 11.340/06 está embasada no artigo 226 da Constituição Federal que no seu §8º dispõe:

*“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.”*

O dispositivo significa que todos os integrantes da família são sujeitos da proteção do Estado contra a violência dentro do contexto familiar e, assim como atualmente criada a Lei para proteger a mulher da violência doméstica, poderá, no futuro, constatada a necessidade de medidas legais proteger outros integrantes, crianças, velhos e outros integrantes em situação de desigualdade em razão de gênero, idade, etc.

O que se depreende é que a Constituição Federal deixou claro o propósito de *assegurar a harmonia, a tranqüilidade* entre os membros da família, todos os integrantes.

Ora, com a criação da Lei 11.340/06 a política de proteção abrangeu a mulher que por questões de gênero vem sofrendo as discriminações e agressões, estabelecendo medidas protetivas a seu favor preservando-a desta violência.

Na vida real, ninguém desconhece, pelos menos os juízes que dia a dia tratam dos litígios familiares, mormente envolvendo a mulher que em alguns casos, embora exceção, busca o judiciário para obter a proteção da lei ao ser vítima de qualquer forma de “violência, moral, física, psíquica ou econômica” por menor que seja e tão logo a obtenha, a interpreta como um salvo-conduto para aproximar-se do ex-companheiro, seja fisicamente ou por qualquer meio de comunicação, inclusive, pelos grupos de relacionamento da Internet, estimulando a reação, o prosseguimento da desavença, provocando o descumprimento das proibições estabelecidas pelo Juízo e a conseqüente prisão por desobediência.

Ora, o Judiciário não pode ser usado como meio de vingança ou represália de qualquer cidadão e, cientes os Juízes que na prática, mormente, em processos de violência doméstica, onde as relações são dinâmicas e impossíveis de serem fiscalizadas, necessário que seja feita a ressalva de que o direito de cada um termina, exatamente, quando começa o do outro e sendo bilateral, ambos tem obrigações e deveres a obrigação de respeitá-lo, a fim de preservar o direito buscado judicialmente.

Assim, feitas estas constatações, pode o juiz no despacho que conceder as medidas protetivas advertir a mulher, beneficiária de medidas protetivas, que também está obrigada a manter distância de seu cônjuge e respeitá-lo, ressaltando que se tem o direito de mantê-lo afastado, também tem o dever de respeitar as medidas práticas de proteção conferidas, sob pena de revogação.

Ora, independente do termo usado se mais adequado ou não a proibição ou advertência, evidente que a beneficiada deverá estar ciente das conseqüências e efeitos se de sua parte provocar voluntariamente o descumprimento das medidas impostas ao ex-companheiro, aproximando-se dele ou mantendo os contatos que a ele são vedados.

Ante o acima exposto não vislumbro ilegalidade no despacho judicial da Dra. Osnilda Pisa, MM. Juíza de Direito da Vara de Violência Doméstica. ORDEM DENEGADA.

DES. ODONE SANGUINÉ - De acordo com o Relator.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (PRESIDENTE) - De acordo com o Relator.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO - Presidente - Habeas Corpus nº 70032045379,

Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM."

## ANEXO D

### JUIZ APLICA LEI MARIA DA PENHA A FAVOR DE RAPAZ E PROÍBE APROXIMAÇÃO DE EX-NAMORADA

---

por AB — publicado em 12/11/2012 17:35

O juiz do 2º Juizado Criminal do Gama usou, analogicamente, a Lei Maria da Penha, para determinar a aplicação de uma medida proibitiva de aproximação e contato contra ex-namorada que, após o término do relacionamento, assumiu comportamento agressivo em relação ao rapaz. A ação corre em segredo de justiça e já foi designada audiência preliminar para ouvir as partes.

O autor alega que namorou a ré por aproximadamente 6 meses, quando romperam a relação. Inconformada, a ex-namorada iniciou uma série de perseguições e agressões, que incluem o apedrejamento da residência e do carro da vítima, envio de mensagens eletrônicas e postagens nas redes sociais, difamando-o e constrangendo-o; ameaças de incêndio criminoso a sua residência e ao filho menor do autor, além de dizer que iria se cortar toda e procurar a delegacia, acusando-o do feito. Além dos dissabores e aborrecimentos sofridos, e visando acautelá-lo a fim de não ser acusado de algo que não cometeu, o autor pleiteou medida protetiva de urgência, buscando se ver livre das perturbações da ex-namorada. O autor juntou, ainda, boletins de ocorrência policial que corroboram com sua versão dos fatos. Ao analisar o feito, o juiz entendeu estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão de medida cautelar para prevenir novas práticas criminosas da agressora contra a vítima. Aplicando, analogicamente, o disposto no art. 22, III, "a" e "b" da Lei 11.340/2006, o magistrado deferiu a medida requerida, a fim de proibir a aproximação e contato da agressora com o requerente, seja por carta, telefone, internet ou qualquer outra forma de comunicação, devendo ficar afastada, no mínimo, por 150m. O juiz determinou, ainda, multa de 1.000,00 reais em caso de descumprimento, além de responsabilização civil e criminal por crime de desobediência e outros que vierem a ser cometidos, além de eventual prisão cautelar para garantia da ordem pública, caso seja descumprida a decisão.

Disponível: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2012/novembro/juiz-aplica-lei-maria-da-penha-a-favor-de-rapaz-e-proibe-ex-namorada-de-se-aproximar-dele>