

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Penal Contemporâneo

Adriana Patrícia Cortopassi Coelho

**LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06):
discussão sobre a natureza jurídica das medidas protetivas no tocante à
vinculação a representação criminal como meio de acesso à justiça**

Belo Horizonte
2016

Adriana Patrícia Cortopassi Coelho

**LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06):
discussão sobre a natureza jurídica das medidas protetivas no tocante à
vinculação a representação criminal como meio de acesso à justiça**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Penal Contemporâneo da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Área de concentração: Direito Penal Contemporâneo

Belo Horizonte
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C6721 Coelho, Adriana Patrícia Cortopassi
Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06): discussão sobre a natureza jurídica das medidas protetivas no tocante à vinculação a representação criminal como meio de acesso à justiça / Adriana Patrícia Cortopassi Coelho. Belo Horizonte, 2016.
113 f. : il.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Violência contra as mulheres - Estatuto legal, leis, etc. 2. Violência familiar. 3. Direito penal. 4. Bem jurídico. 5. Princípio da proporcionalidade. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 396.2

Adriana Patrícia Cortopassi Coelho

**LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06):
discussão sobre a natureza jurídica das medidas protetivas no tocante à
vinculação a representação criminal como meio de acesso à justiça**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Penal Contemporâneo da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Penal Contemporâneo

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas – UFPE (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2016

Dedico este trabalho à memória de meu pai, Wilian, que tanto contribuiu para que eu desse continuidade aos meus trabalhos acadêmicos, à minha mãe pelo incentivo na busca dos meus ideais e ao meu marido por me dar apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e energias para concluir mais essa etapa da minha vida.

A minha mãe e ao meu marido pelo apoio incondicional.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Cláudio Brandão pelas orientações.

Aos colegas de trabalho e de mestrado que me apoiaram com informações nas trocas de conhecimento.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção.

RESUMO

O Brasil, em sua era de pós-modernidade, é caracterizado por ser um Estado Democrático de Direito capaz de proteger os direitos fundamentais do cidadão e garantir o pleno exercício da democracia, usufruindo da legislação vigente para atender as demandas do povo. Assim, a partindo da premissa da visão do neoconstitucionalismo brasileiro ante ao desenvolvimento do Direito Penal/processual constitucional, busca-se pesquisar sobre a lei 11.340/2006 no tocante as medidas protetivas como forma de acesso à justiça. A Lei 11.340/06, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, foi formulada a partir da evolução da temática da proteção a mulher, consoante o dispositivo legal, violentada ao longo dos anos sem uma proteção propriamente efetiva do poder público. Neste contexto, este trabalho preconiza o estudo do bem jurídico penal, este balizador da construção de um Direito Penal eficiente e democrático, sob uma perspectiva constitucional e criminal, na proteção da mulher vítima de violência de gênero. Aborda-se a sociedade contemporânea que a todo momento se depara com mudanças em seu contexto social colocando à tona desafios e paradigmas a serem enfrentados .No intuito de delimitar a aplicação, efetiva, destes princípios estudaremos aspectos que envolvem o bem jurídico penal, a cronologia histórica da lei n.º 11.340/06; o conceito de gênero; os quais permearam a intenção do legislador; a legislação garantista sob a perspectiva processual penal, condições da ação penal, aspectos gerais sobre o Estado Democrático de Direito e o princípio da proporcionalidade, como fundadores da construção sobre a temática da natureza jurídica das medidas protetivas como meio de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chaves: Bem jurídico penal. Violência de gênero e familiar. Princípio da Proporcionalidade. Medidas Protetivas

ABSTRACT

The Brazil in its era of postmodernity is characterized by being a democratic state capable of protecting the fundamental rights of citizens and ensure the full exercise of democracy, taking advantage of existing legislation to meet the demands of the people. Thus, on the premise of view of Brazilian neoconstitutionalism before the development of constitutional criminal / procedural law, seeks to research the law 11.340 / 2006 regarding the protective measures as a means of access to justice. Law 11.340 / 06, better known as "Maria da Penha Law", was formulated from the evolution of the theme of protecting the woman, according to the legal provision violated the long of years without a properly effective protection of public power. In this context, this work advocates the study of criminal law as well, this benchmark building an efficient and democratic criminal law, under a constitutional perspective and criminal, in the protection of women victims of gender violence. Approaches to contemporary society that all the time are faced with changes in their social context by putting forth challenges and paradigms to be faced .In order to define the application, effective, these principles will study aspects involving criminal law and the chronology historical of law No. 11,340 / 06; the concept of gender; which permeated the intention of the legislator; the guarantee legislation under the criminal procedural perspective, the criminal case conditions, general aspects of the democratic rule of law and the principle of proportionality, as founders of the construction on the subject of the legal nature of the protective measures as a means of enforcing rights and guarantees .

Keywords: Criminal legal interest. Gender violence and family. Principle of proportionality. Protective measures.

LISTA DE QUADROS

QUADRO 01 - Quantitativo de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher, por RISP, ano e semestre	60
QUADRO 02 - Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por grau de escolaridade, nas RISPs 01 a 18, por semestre	64
QUADRO 03 - Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher por faixa etária, nas RISPs 01 a 18, por semestre	66
QUADRO 04 - Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por relacionamento, nas RISPs 01 a 18 por semestre	66
QUADRO 05 - Quantitativo de ocorrências de violência doméstica e familiar contra a mulher, no Estado de Minas Gerais, entre janeiro e junho de 2016	67

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 01 - Quantitativo de registros de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, no Estado de Minas, por tipo de violência e semestre	63
GRÁFICO 02 Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por cor da pele, nas RISPs 01 a 18 por semestre, entre 2014 e 2016	64
GRÁFICO 03 Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por grau de escolaridade, nas RISPs 01 a 18 por semestre	65
GRÁFICO 04 Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por relacionamento, nas RISPs 01 a 18 por semestre	66

LISTA DE MAPAS

MAPA 01 - Quantitativo de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher nas RISPs do Estado, em 2016	61
MAPA 02 - Taxas de registros de violência doméstica e familiar (por 100.000 habitantes), por RISPs, em 2016	62

LISTA DE ABREVIATUAS E SIGLAS

Ampl. Ampliada
Art. Artigo
CF Constituição Federal
Cond. Condenação
CP Código
CPC Código de Processo Civil
CPP Código de Processo Penal
Ed. Editora
Ex. Exemplo
Fl. Folha
N.º Número
Org. Organizador
P. Página
REDS Registro de Evento de Defesa Social
Rev. Revisada
RISP Região Integrada de Segurança Pública
SEDS Secretaria de Estado de Defesa Social

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL	29
2.1 Apontamentos históricos	32
2.1.1 <i>Pré-iluminismo</i>	32
2.1.2 <i>Era das Luzes – O Iluminismo</i>	33
2.2 Bem jurídico penal no direito germânico	36
2.2.1 <i>Claus Roxin</i>	36
2.2.2 <i>Gallas</i>	38
2.3 Bem jurídico penal da Lei Maria da Penha.....	39
2.3.1 As <i>inovações trazidas pela lei Maria da Penha</i>	44
2.3.2 <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 – Supremo Tribunal Federal</i>	48
2.3.3 <i>Natureza Jurídica das Medidas Protetivas</i>	51
2.3.4 <i>Estatísticas básicas de violência doméstica em Minas Gerais</i>	57
2.3.4.1 <i>Violência Física</i>	57
2.3.4.2 <i>Violência psicológica</i>	58
2.3.4.3 <i>Violência Sexual</i>	58
2.3.4.4 <i>Violência patrimonial</i>	59
2.3.4.5 <i>Violência Moral</i>	59
2.3.4.6 <i>Outras violências</i>	59
2.3.5 <i>Projeto de Lei Complementar 07/2016</i>	67
3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	71
4 CONDIÇÕES DA AÇÃO – UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	79
4.1 Direito de Ação	79
4.2 Condições da ação.....	80
4.3 Legitimidade	81
4.4 Interesse de agir	82
4.5 Possibilidade Jurídica do Pedido	83
4.6 Condições da ação processual penal.....	85

4.6.1 <i>Punibilidade Concreta</i>	86
4.6.2 <i>Legitimidade de Parte</i>	87
4.6.3 <i>Justa causa</i>	88
4.7 Condições específicas da ação penal.....	89
4.8 Novo Código de Processo Civil: reflexões no direito processual penal	90
 5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	91
5.1 Questões Gerais sobre o Princípio da Proporcionalidade.....	91
5.1.1 <i>O subprincípio da adequação</i>	93
5.1.2 <i>O subprincípio da necessidade</i>	95
5.1.3 <i>O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito</i>	96
5.2 Princípio da proporcionalidade e a Constituição.....	97
5.3 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.....	97
5.3.1 <i>Princípio da Adequação no Direito Penal</i>	99
5.3.2 <i>O princípio da necessidade no Direito Penal</i>	100
5.3.3 <i>Princípio da proporcionalidade em sentido estrito no Direito Penal</i>	101
 6 CONCLUSÃO.....	103
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, em sua era de pós-modernidade, é caracterizado por ser um Estado Democrático de Direito capaz de proteger os direitos fundamentais do cidadão e garantir o pleno exercício da democracia, usufruindo da legislação vigente para atender as demandas do povo.

Assim, a partindo da premissa da visão do neoconstitucionalismo brasileiro ante ao desenvolvimento do Direito Penal/processual constitucional, busca-se pesquisar sobre a Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, no tocante as medidas protetivas como forma de acesso à justiça.

A Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, foi formulada a partir da evolução da temática da proteção a mulher, consoante o dispositivo legal, violentada ao longo dos anos sem uma proteção propriamente efetiva do poder público.

Dessa forma, por ausência de um contexto jurídico específico não há um entendimento pacificado no tocante a aplicação das medidas protetivas, e principalmente, sua natureza jurídica.

Saber se a natureza jurídica é assessoria ou inibitória ou mista faz-se importante a respeito de vincular ao procedimento jurisdicional e dar continuidade, garantir o acesso à justiça.

Neste contexto, este trabalho preconiza os princípios legais, ou seja, os alicerces do que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando os princípios da dignidade da pessoa humana, do acesso à justiça, da proporcionalidade, eficiência e da celeridade processual, sob uma perspectiva constitucional e criminal na proteção da violência de gênero.

Aborda-se a sociedade contemporânea a todo o momento se depara com mudanças em seu contexto social colocando à tona desafios e paradigmas a serem enfrentados, tomando-se como base a discussão sobre o bem jurídico penal.

No intuito de delimitar a aplicação, efetiva, destes princípios estudaremos aspectos que envolvem a base teórica sobre o bem jurídico penal e seus apontamentos históricos, além permear o contexto de criação da lei 11340/06, partindo-se da premissa sobre o conceito de gênero, a legislação garantista sob a

perspectiva processual penal, as condições da ação, até conseguirmos concluir a natureza jurídica das medidas protetivas.

Como forma de demonstrar a importância deste estudo, foi delineado uma estatística básica sobre violência doméstica em Minas Gerais, fontes estas extraídas de dados oficiais publicados em sites institucionais do governo mineiro.

Aliado a este contexto histórico, finda a presente dissertação com um breve estudo sobre o princípio da proporcionalidade, visto a primazia da segurança jurídica.

Neste panorama, a presente dissertação possui como objetivo geral compreender a situação jurídica das medidas protetivas contidas na lei Maria da Penha como forma de efetivar a proteção do bem jurídico penal e garantir maior acesso à justiça a luz do princípio da proporcionalidade.

Assim, delineia como objetivos específicos analisar e compreender os requisitos constitucionais e infraconstitucionais para concessão das medidas protetivas, o papel do bem jurídico penal diante da violência familiar de gênero.

É importante destacar que este trabalho foi motivado por questões que ultrapassam a concepção jurídica e principiológica do direito. A experiência como Delegada de Polícia na Delegacia Especializada de crimes contra a Mulher foi um incentivo para estudar e fundamentar a necessidade dar maior efetivação as medidas protetivas para a mulher vítima de violência de gênero. É muito frustrante, deixar pessoas sofrerem uma persecução criminal em uma seara na qual o Processo Penal muitas vezes faz intensificar o conflito familiar. Se o próprio legislador trata as ações penais como públicas condicionadas a representação ou como ações penais privadas, este pretende oportunizar a vítima o direito de iniciar a persecução criminal, sem, contudo, condicionar outros direitos necessários a segurança e a paz.

Verifica-se a necessidade de SE tratar as medidas protetivas muito além do que um simples instituto do Direito Penal e processual penal, mas sim, institutos que possuem uma finalidade também social.

Pontua-se primeiramente aspectos gerais sobre o bem jurídico penal, suas concepções dadas pelo direito e sua finalidade. Logo em seguida, explicita posicionamento de alguns autores sobre o tema e uma abordagem histórica.

Ainda sobre o bem jurídico faz-se um recorta ao tratar-se do bem jurídico na lei Maria da Penha, contextualizando com aspectos teóricos e com análises estatísticas simples sobre a incidência deste tipo de violência em âmbito familiar e doméstico.

Como não poderia ser diferente, aborda-se pontos principais do Estado Democrático de Direito, no qual o Direito Penal possui grande importância como delimitador do *ius puniendi* estatal.

Destaca-se a contextualização conceitual das condições da ação penal, pois estas permitem aferir sobre se determinada ação penal será admitida ou não, ante a observância de requisitos objetivos e subjetivos do direito.

Por último, discorre-se sobre o princípio da proporcionalidade tão vigente e atual em uma sociedade contemporânea e ao mesmo tempo dinâmica, fazendo-se imprescindível a verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

2 BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL

Vivemos em uma época permeada pela fidelização ao Estado Democrático de Direito, principalmente, quando estuda-se o Direito Penal, ramo que tem se evidenciado nos dias atuais diante da desvirtuação de sua característica milenar: a subsidiariedade e a fragmentariedade.

O conceito de bem jurídico penal, mesmo diante de diversas correntes filosóficas e penalistas possui como égide a limitação do poder de punir do Estado, visto pautar todas as esferas de atuação do Estado, isto é, desde a esfera legislativa, a executiva e o judiciário.

Segundo Santiago Mir. Puig (1994), em sua obra *“El Derecho Penal em el Estado Social Democrático de Derecho”*, aponta que o Direito Penal é um mal necessário, a medida de último instrumento para a proteção e garantia dos bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade, tidos pela Carta Maior como direito fundamentais.

Ter a noção de bem jurídico bem delineada é de fundamental importância para a delimitação da esfera de atuação e imposição sobre o *ius puniedi* estatal; porém como se trata de algo que envolve o próprio direito, o conceito de bem jurídico não é estático no tempo.

A dinâmica da sociedade, das relações humanas no tempo e no espaço, determina quais são os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal, tendo este o escopo de dotar de proteção os valores que sejam constitucionalmente legítimos no Estado.

O bem jurídico para Direito Penal está interligado ao princípio da ofensividade, que possui um viés ligado à necessidade das penas, tanto no âmbito da prevenção geral quanto na prevenção especial, haja vista que é pela existência da pena, da sanção a ser aplicada a um fato punível, não haveria sentido a existência do princípio da ofensividade e, com ele, a versão liberal da utilidade penal como restrição mínima necessária.

Neste sentido, pode-se citar o art. 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual preconiza que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites

senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. (FRANÇA, 1789).

Como salienta Ferrajoli,

Historicamente, este princípio tem tido um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração, quando menos teórica, de um Direito Penal mínimo, facilitando uma fundamentação não teológica nem ética, senão laica e jurídica, orientando-o para a função de defesa dos sujeitos mais frágeis por meio da tutela de direitos e interesses considerados necessários ou fundamentais (2002, p. 374).

Nesta mesma senda, D' Ávila aponta que:

Do modelo clássico de Direito Penal liberal ao Direito Penal contemporâneo, o tempo tem sido responsável pela afirmação de um Direito Penal de tutela (subsidiária) de bens jurídicos como paradigma de um ordenamento jurídico laico, democrático e pluralista, comprometido com o reconhecimento e atendimento de direitos e liberdades individuais. [...] tal assertiva exprime mais um horizonte compreensivo que [...] tem sido o responsável pela transmissão, e daí também afirmação, de um dos mais preciosos legados do pensamento penal liberal, o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos (2005, p. 40, grifos no original).

Nessa esteira, a finalidade do princípio da ofensividade seria a proteção dos direitos e interesses juridicamente protegidos pela lei penal.

O interesse jurídico se torna claro quando adquire relevância penal, designado bem jurídico. Assim, o princípio da ofensividade não apareceu do dia para a noite, mas fruto de uma gradual evolução do direito, onde as instituições jurídico-penais, condicionadas pelas transformações sociais, são fruto de um processo da história humana e de reflexão.

Dentro dos sistemas de controle social, o Direito Penal persegue os mesmos fins que busca a ordem social, servindo-se de instrumentos como normas de sanção e de processo.

Porém, não se pode pensar que ao Direito Penal deve ser atribuída a maior carga neste processo; por essa razão a sua utilização deve ser a *ultima ratio*, protegendo unicamente bens jurídicos relevantes, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, incluindo como base os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, em adequação a um sistema penal garantista (CHIRINO SANCHÉZ, 1989).

A visão do bem jurídico na perspectiva constitucional, sem perder de vista a função de limitação do poder punitivo do Estado, apresentou uma evolução da defesa dos bens jurídicos individuais para aqueles que apresentam um enfoque coletivo, ainda que sempre na ordem da tutela dos referidos bens à utilidade do ser humano (FERRAJOLI, 2002).

O Estado de Direito em seu sentido liberal passou a um Estado com sentido social, com todos os desafios que se apresentam na modernidade e as necessidades de uma tutela diferenciada nessa nova ordem, na qual a visão do Estado Liberal dá lugar a um enfoque de Estado Democrático de Direito, com o qual se pretende que a clássica e individualista visão do ser humano seja superada pela prevalência da justiça social e dos direitos dessa ordem que emanam nas novas sociedades (BEDIN, 2010).

Diante dessa perspectiva, temos um trabalho árduo sobre a busca da delimitação, do alcance do bem jurídico a partir de questões axiológicas de um Direito Penal constitucional.

Esta visão constitucional é fundamental para ser alicerce da legitimidade do Direito Penal no tocante ao seu papel delimitador de direitos fundamentais, principalmente, no que concerne à restrição da liberdade da pessoa.

A intervenção do Direito Penal afeta sempre direitos fundamentais do indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, o que supõe uma grave interferência do Estado na vida e no desenvolvimento da personalidade dos cidadãos.

Nesta perspectiva, o bem jurídico tem uma função limitadora transcendental, não se justificando a existência de uma norma penal sem que seja inerente o objetivo da proteção desse bem (ROXIN, 2006).

A Dogmática, atualmente, se debruça sobre qual deve ser a função do Direito Penal, se se trata de proteção de bens jurídicos ou da vigência da norma (COSTA, 2011).

Brandão (2014, p.113) leciona que o Direito Penal, dentre suas atribuições, exerce uma função de regular a vida social a partir do momento em que tutela valores fundamentais, dando o contorno explícito das condutas que seriam consideradas como proibidas e a respectiva sanção pela prática destas. Conclui que o bem jurídico encontra-se no tipo penal, sendo assim, objeto de proteção pelo direito.

O conceito de bem jurídico penal tem gerado discussões doutrinárias. Uma das correntes considera que o Direito Penal tem como objeto a proteção de bens jurídicos.

Desse modo, a lesão a bem jurídico somente autoriza a reação penal quando tal lesão tenha relevância social. Em sentido contrário está o magistério de Jakobs (1995), para o qual esta não é a missão do Direito Penal, mas sim, que o verdadeiro objeto do Direito Penal consiste na tutela da vigência ou estabilização da norma penal¹.

Assim sendo, cumpre apontar, sem pretensão de esgotamento do assunto, o que se entende por bem jurídico penal.

Um dos posicionamentos pode ser atribuído a Von Liszt, citado por Mir Puig (1990), que considera o bem jurídico como o interesse ou valor jurídico relevante, distinto do concreto objeto empírico no qual repousa.

Neste sentido, Jescheck aponta que:

Bem jurídico deve ser entendido como valor ideal da ordem social juridicamente protegido, em cuja manutenção tem interesse a comunidade e que não pode atribuir-se como a seu titular, tanto ao particular quanto à coletividade (1981, p. 353).

Tal concepção explicita um conteúdo sociológico, posto que o marco que aponta a criação dos bens jurídicos não é o mundo do Direito, mas o mundo social, do qual os obtém o legislador, por meio de uma decisão política coerente com o interesse social, tendo, pois, uma ampla base material.

Von Liszt, no que lhe acompanha Jescheck (1981), aponta o bem jurídico como os interesses vitais do indivíduo ou do coletivo social que se encontram tutelados pelo Direito Penal, destacando que estes bens não são exclusivos do Direito, mas, sim, dos indivíduos.

Este capítulo será desenvolvido em duas partes grande subdivisões, sendo a primeira uma busca sobre a evolução dogmática do bem jurídico penal e a segunda tratará sobre ofensividade, especificamente sobre o objeto em estudo: o bem jurídico protegido pela lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”.

2.1 Apontamentos históricos

2.1.1 Pré-iluminismo

¹ Para os fins deste trabalho, adotar-se-á a corrente que entende o Direito Penal como proteção a bens jurídicos.

Historicamente, na era da Roma Antiga, fase antecessora do período das luzes, havia um entrelaçamento entre o Direito Penal e a religião a fim de manter um sistema de controle social baseado na lei de Deus.

Neste contexto, havia uma indeterminação do que era realmente protegido pelo Direito, pelo Estado, devido às interpretações baseadas em leis divinas, do que seria certo ou errado, conforme preceitua Luiz Regis Prado.

Havia uma categorização de delitos públicos e delitos privados. Os primeiros, tido como públicos, seriam considerados ofensa ao direito da coletividade, tendo a pena um caráter público e sua persecução ocorria por meio da *provocatio ad populum*.

Os delitos privados eram de interesse somente dos atingidos, dos particulares, sendo regulados não pelo direito público, mas pelo direito privado, ou seja, a sanção era pessoal, imposta por aquele que sofreu o prejuízo, uma vingança privada.

2.1.2 Era das Luzes – O Iluminismo

A Revolução Francesa em 1789 foi um grande marco histórico para a mudança da ideologia absolutista (na qual o poder absoluto estava nas mãos do monarca e era regido por concepções religiosas), sendo pautada na tríade da liberdade, igualdade e fraternidade.

Documento marcante desta época foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a qual, segundo Sina (1962), limitava as proibições legais somente às ações que prejudicariam a sociedade, sendo uma consideração material do delito.

Esta era conhecida por era das luzes, foi marcada pela razão, pautada em limitação do poder do Estado, e mais precisamente, na limitação ao poder de punir. A visão iluminista baseava-se em uma perspectiva individual influenciada pelas obras de Montesquieu e Rousseau.

Ocorreu uma ruptura de ideologias, com a consequente substituição de um poder ligado à fé para o poder atrelada à razão. Nesse contexto, Rousseau, ao escrever sobre o contrato social, delineou sobre a concepção de delito, que seria visualizado pela a lesão a direitos subjetivos da pessoa.

Segundo Luiz Regis Prado,

Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva. (2003, p.28)

Sina (1962) afirma que a teoria do contrato social nesta época era necessária para conter a insegurança dos homens, organizando-se em sociedade e pautando em um Estado capaz de garantir as condições de vida em comum.

No século XIX, Feuerbach, influenciado por Kant, mas mantendo a ideia de lesão a direitos subjetivos, objetivou diferenciar direito, moral e Estado, a procura de um substrato material para o conceito de delito.

O direito natural é a base para se verificar se há violação às normas impostas pelo direito positivo. O homem, sob a perspectiva do contrato social, deve fornecer parte de sua liberdade para o Estado, pautando-se na ética e na razão.

Feuerbach, segundo Malarée (1992), parte da premissa que o exercício da liberdade de um ser racional não pode contradizer a liberdade de nenhum outro ser racional.

Ainda de acordo com este autor, a política criminal de Feuerbach foi basilar para o Código Penal de Baviera, de 1813:

Código Penal de Baviera de 1813, que se destaca, precisamente, pela falta de incriminação de condutas contra a religião e da moral, condutas que, em termos gerais, o ordenamento legal bávaro, recolhidos através de leis especiais no campo do direito administrativo e policial² (MALARÉE, 1992, p.15, tradução nossa)

A doutrina majoritária aponta avanços com a teoria da lesão de direitos subjetivos de Feuerbach, porém critica a visão minimalista atinente a somente contemplar bens jurídicos individuais, deixando de lado os bens jurídicos coletivos, supra individuais.

Esta visão individualista é justificada pelo contexto histórico da época, pois o foco era o homem como centro da terra, como único objeto de proteção do Estado.

Em 1834, Birnbaum, pioneiro da expressão bem jurídico, de acordo com a doutrina majoritária, em razão do artigo escrito em 1834, sob o título “Über das

²No original: “Código Penal de Baviera de 1813, que se destaca, precisamente, por la falta de incriminación de conductas en contra de la religión o de la moral, conductas que, en términos generales, el ordenamiento legal bávaro, recogió a través de leyes especiales en la esfera del derecho administrativo y de policiá”.

"Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens", trouxe uma perspectiva ampliada, isto é, a lesão ao bem jurídico não está somente na violação de direitos subjetivos, mas também na violação de direitos coletivos.

Dessa forma Birnbaum defendia o reconhecimento pelo legislador do bem jurídico, haja vista que preexistiam ao preceito normativo.

Luiz Regis Prado resume as ideias de Birnbaum assim:

Em um momento ulterior, Birnbaum (1843) – que introduziu o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo – observa ser decisivo para tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva (1997, p. 29).

Brandão (2014) pontua a importância da contribuição de Birnbaum ao afirmar que a proteção advinda do Direito Penal passou a ser vista com um caráter concreto, mais objetivo, com mais garantias contra o *ius puniedi* estatal.

A partir de uma posição positivista, Karl Binding utiliza um racionalismo centralizado na norma, no direito positivo livre de questões filosóficas ou metajurídica. Para Binding, o bem jurídico possui uma dimensão formal, isto é, bem jurídico é aquilo que está descrito na lei, inflando a importância do legislador na construção da tutela jurídica a ser protegida pelo Estado. O bem jurídico não é antecessor à norma, e sim, criado por ela, contrapondo-se à ideia de Birnbaum, que possuía uma visão jusnaturalista.

Ao final do século XIX, influenciado também pelo positivismo, Liszt vem defender a ideia de bem jurídico, mas, diferente de Binding, posiciona-se por um conceito material, isto é, o bem jurídico é preexistente, sendo que compete ao legislador elaborar um arcabouço normativo para proteção destes.

Brandão (2014) leciona que Liszt se propõe a defender os direitos inerentes à vida, ao ser humano, direitos que são inerentes a qualquer norma pré-existente. Assim, o bem jurídico trazido por Liszt deve ser o alicerce e o limitador do poder Estatal, através do Direito Penal.

Liszt, em sua obra "Tratado de Direito Penal Alemão", preconiza que:

É a vida e não o direito que produz o interesse; só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder

público. A necessidade origina a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero (1899, p. 94).

A perspectiva neokantiana, difundida no início do século XX, trabalha uma releitura da obra de Kant, por influência da Escola de Marburgo e da Escola de Baden, no tocante à superação da noção material de bem jurídico para a noção de valor, tratando os aspectos que sobrepõem a perspectiva do indivíduo, ou seja, um valor cultural, conforme ensina Luiz Regis Prado (1997, p.34)

Juarez Tavares aponta que nesta visão neokantiana elimina-se o sujeito e se trabalha com a totalidade de um perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, o qual surge e permanece sob a égide da norma.

2.2 Bem jurídico penal no direito germânico

A construção da dogmática acerca do que consiste o bem jurídico penal ultrapassa as fronteiras de diversos países, sendo um ponto peculiar e bastante debatido entre os maiores doutrinadores do Direito Penal.

Não se pretende aqui esgotar todas as feições sobre o bem jurídico e, consequentemente, sobre o princípio da ofensividade no Direito Penal e Processo Penal, e sim, buscar um alinhamento com a proposta desta dissertação, isto é, fundamentar a defesa do bem jurídico protegido pela lei “Maria da Penha”, lei n.^º 11.340, de 07 de agosto de 2006.

De acordo com Fábio Roberto D’Ávila, na obra “Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)”, este trabalha o pensamento jurídico-penal germânico a partir da visão de diversos autores, dentre ele Claus Roxin e Gallas.

2.2.1 Claus Roxin

Roxin, em seu artigo intitulado “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa” (2013), defende a função limitadora do Direito Penal a partir da construção dos bens jurídicos a serem tutelados por este ramo do direito.

Neste sentido, ao descrever o bem jurídico defende este instituto como uma diretriz político criminal, o qual pauta o poder legislativo em sua função típica, subsidiando, assim, a forma como o Direito Penal deve ser construído diante de uma perspectiva de proteção de um Estado de Direito. Assim, conceitua:

Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos (ROXIN, 2006, p.18-19).

Entretanto, pondera que não é pacífico na doutrina esta abordagem, exemplificando com o pensamento de Jakobs, visto que este defende ser o papel primordial do Direito Penal a aplicação de regras e não a proteção do bem jurídico tutelado.

A Dogmática, atualmente, se debruça sobre qual deve ser a função do Direito Penal, se se trata de proteção de bens jurídicos ou da vigência da norma (COSTA, 2011). Neste sentido, Jakobs (1995) assinala que não é fácil dizer quais bens jurídicos devem ser protegidos, dada as diferentes visões do ponto de vista público ou privado, em apartado. Mas, independentemente de quais pontos de vista sejam considerados, a ofensividade deverá ser medida com referência ao dano social da conduta lesiva.

Roxin critica esta visão, ao considerá-la um normativismo exacerbado, pois a pena imposta pela prática de um crime é necessária, mas não pode ser considerada um fim em si mesmo, descartando a ideia da função do próprio Direito Penal, assim discorre:

Porém, esta visão se apoia em um normativismo exacerbado. Certamente, a pena contribui para a estabilização da norma, ainda que – ao contrário de Jakobs – não seja seu único fim. Mas a estabilização da norma não é um fim em si mesmo, estando destinada, porém, a contribuir para que no futuro não se produzam lesões reais, individuais ou sociais (isto é, lesões a bens jurídicos). Consequentemente, serve, em última instância, à proteção de bens jurídicos, e careceria de sentido sem esse fim. Também se formularam críticas parecidas ante a concepção de Jakobs por autores espanhóis. Assim, Mir Puig escreve: “enquanto o conceito político-criminal de bem jurídico faz depender da legitimidade de uma norma penal que sirva à proteção de valores merecedores de proteção, a concepção de Jakobs, de certa forma, inverte este ponto de partida, e converte à norma em si em um objeto legítimo de proteção: de instrumento, que há de ser legitimado pelo seu fim, a norma passa a ser um fim legitimador por si mesmo”. Objeta, com razão, que, desta forma, se perde o efeito limitador do pensamento do bem jurídico (ROXIN, 2013, p. 04, tradução nossa)³.

³ No original: “Sin embargo, esta visión se apoya en un normativismo exacerbado. Ciertamente, la pena contribuye a la estabilización de la norma, aunque ello –en contra de Jakobs– no sea su único fin.^º Pero

A missão do Direito Penal é garantir para todos os seres humanos uma convivência livre e pacífica a partir da segurança dos direitos estabelecidos em âmbito constitucional e infraconstitucional.

Nessa seara, Roxin leciona que a proteção dos bens jurídicos deve ser entendida em todas as circunstâncias e propósitos que são necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização dos seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema de Estado construída sobre esse fim.

A restrição à liberdade, imposta pelo Direito Penal, deveria ser a minimamente imprescindível para tornar efetivas as liberdades dos demais cidadãos.

Estudos apontam que para uma efetiva proteção do bem jurídico, principalmente na seara penal, face os abusos reais que o poder punitivo estatal pode acarretar, ao desenvolver suas políticas de intervenção, no que tange aos conflitos sociais que desenvolvem o tecido social, faz-se a pretensão de canalizar o *jus puniendi* do Estado para a solução dos conflitos sociais que geram, também, dano social.

Pretende-se, assim, neutralizar as distorções da política penal, evitando-se a sua derivação em aspectos meramente moralizantes ou instrumentais relativos a outros tipos de políticas públicas.

Têm a pretensão de impulsionar-se, mas não estão associadas à defesa de bens jurídicos, razão pela qual a moral *strictu sensu* não é parâmetro de punibilidade, da mesma forma que condutas autorreferentes, pelas quais uma pessoa causa dano a si própria, sem causar danos a terceiros, não é objeto do Direito Penal, dado que, na perspectiva do princípio da ofensividade, não houve ofensa a bens jurídicos de terceiros na respectiva conduta (ROXIN, 2006).

2.2.2 *Gallas*

la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin. También han formulado críticas próximas frente a la concepción de Jakobs autores españoles. Así, Mir Puig escribe: 'Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico hace depender la legitimidad de una norma penal de que sirva a la protección de valores mercedores de protección, la concepción de Jakobs en cierto modo invierte este punto de partida, y convierte a la norma per se en un objeto legítimo de protección: de instrumento, que ha de ser legitimado por su fin, la norma pasa a ser un fin legitimador por sí mismo.' Objeta con razón que de este modo se pierde el efecto limitador del pensamiento del bien jurídico".

Gallas trabalha com a teoria do ilícito material na qual visa identificar o conteúdo social do fenômeno omissivo, buscando se este conteúdo além do ordenamento jurídico.

Nesta seara, trabalha os crimes omissivos sob uma perspectiva de perturbação da ordem social por uma atuação contra o mandamento jurídico de agir.

Assim, o bem jurídico trabalhado por Gallas reflete na atuação do garante ou na posição de um dever de impedir o resultado, enfatizando a questão da proteção do bem jurídico através do dever de agir.

Nesse contexto, Gallas sustenta que o conceito de bem jurídico, como posto atualmente, não mais satisfaz os anseios do Direito Penal em vigor, visto que a complexidade do bem jurídico avaliado concretamente ante a ausência de elementos pessoais que não se enquadram na visão da tutela protegida.

Como leciona Heleno Cláudio Fragoso:

GALLAS não considera o bem jurídico como objeto do delito, reduzindo-o a simples índice do desvalor jurídico do fato, afirmando que, em sua essência, apresenta-se o crime como ação contrária à comunidade (Gemeinschftswidrig) (1977, p. 09).

2.3 Bem jurídico penal da Lei Maria da Penha

A respeito das conquistas nacionais e internacionais no combate à violência contra a mulher, há marcos históricos indicativos de que esta busca se iniciou no ano de 1975 com as várias Conferências da Mulher, no México, em 1960, em Copenhague, 1985 em Nairóbi (1985), respectivamente, que demonstraram que a violência de gênero, ocorrida principalmente no âmbito familiar, é uma ofensa ao princípio da dignidade humana.

Dentre as discussões realizadas nesta conferência, foi proposto uma forma de responsabilizar os Estados-parte para que efetivassem os compromissos assumidos, como forma de dar maior proteção e eficácia às mulheres vítima de violência doméstica.

Diante deste cenário de violência, em dezembro do ano de 1979, através da Resolução n.º 34/180, a Assembleia das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a “Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”.

Esta convenção possui trinta artigos, os quais definem a discriminação contra mulheres e produz uma agenda de ações para colocar fim a discriminação de gênero.

É importante destacar que este documento é o primeiro tratado em matéria de direitos humanos que protege os direitos reprodutivos das mulheres, considerando os como aspectos relevantes a cultura e a tradição familiar como forças influentes para a estigmatização dos gêneros nas relações familiares e na vida em sociedade dos papéis delimitados.

Esta Convenção, incorporada ao Direito Brasileiro através do Decreto n.º 4.377, de 2002, traz em seu artigo 1 o significado da expressão sobre discriminação contra a mulher, sendo:

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo

No ano de 1992, ocorreu a Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual define a discriminação contra a mulher como violência baseada no sexo.

Em 1993, houve o Fórum Paralelo à Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, que permitiu a várias mulheres a se manifestarem e estimulou-se a realização de denúncias de seus agressores.

Ainda em 1993, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres a qual objetiva dar uma clara compreensão da violência contra as mulheres e os direitos a serem aplicados para assegurar a redução e consequente eliminação de qualquer tipo de violência contra as mulheres.

No ano de 1994, esta declaração subsidiou a construção da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, denominada a Convenção de Belém do Pará, sendo este, mecanismo Internacional adotado para abordar a violência de gênero.

Além do exposto, um marco no Brasil foi a Lei Maria da Penha (lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006) que, segundo Campos (2007, p. 44-61), tem sua trajetória histórica em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, que lutou durante vinte anos para que seu agressor fosse preso.

Maria da Penha Maia Fernandes é uma biofarmacêutica cearense, casada com um professor universitário chamado Marco Antônio Herredia Viveros e mãe de três filhas.

No ano de 1983, houve a primeira tentativa de homicídio perpetrada contra ela, pelo seu marido, com a utilização de arma de fogo, isto é, com um tiro nas costas enquanto ela dormia, deixando-a paraplégica.

A segunda tentativa de homicídio de Maria da Penha ocorreu poucos meses depois, ao ser empurrada da cadeira de rodas e eletrocutada no chuveiro.

O autor explica que as investigações das tentativas de homicídio começaram em junho do mesmo ano, contudo, a representação criminal apenas foi levada ao conhecimento do Ministério Pùblico Estadual para oferecimento da denúncia em setembro de 1984, tendo o primeiro julgamento somente ocorrido oito anos depois dos crimes.

Porém, no ano de 1991, os advogados do marido de Maria da Penha conseguiram anular o primeiro julgamento, sendo que em 1996, foi julgado como culpado e condenado há dez anos de prisão em regime fechado, apesar de não ter cumprimento imediato devido à interposição de recurso com efeito suspensivo.

Campos (2007, p. 44-61) observa que, depois de 15 anos de luta e consecutivas pressões internacionais, a Justiça brasileira ainda não tinha decidido sobre o caso, nem, tampouco, explicava os motivos da demora.

Maria da Penha resolveu escrever um livro, que possui o título “*Sobrevivi... posso contar*” (1994). Neste livro, relata as agressões sofridas por ela e pelas filhas.

Com a divulgação do livro, Maria da Penha conseguiu contato com o CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e o CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), os quais encaminharam, em 1998, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) uma petição contra o Estado brasileiro, relativa ao caso de impunidade em relação à violência doméstica e familiar sofrida por ela; este caso recebeu o n.º 12.051.

Maria da Penha juntou os seguintes documentos para demostrar a ineficiência do Estado brasileiro:

- O livro publicado pela vítima “*Sobrevivi, posso contar*”.
- O relatório da Delegacia de Roubos e Furtos sobre sua investigação.

- Os relatórios médicos sobre o tratamento que a vítima Maria da Penha teve de cumprir.
- Notícias de jornal sobre o caso e sobre a violência doméstica contra a mulher em geral no Brasil.
- A denúncia contra Heredia Viveiros feita pelo Ministério Público.
- O relatório do Instituto de Polícia Técnica, de 8 de outubro de 1983, e da Delegacia de Roubos e Furtos, dessa mesma data, ambos sobre a cena do crime e a arma encontrada.
- As declarações das empregadas domésticas, de 5 de janeiro de 1984.
- O pedido de antecedentes de Marco Antônio Heredia Viveiros, de 9 de fevereiro de 1984.
- O relatório do exame de saúde da vítima, de 10 de fevereiro de 1984.
- A sentença de pronúncia, de 31 de outubro de 1986, em que a Juíza de Direito da 1ª Vara declara procedente a denúncia.
- A condenação pelo Júri, de 4 de maio de 1991.
- A alegação do Procurador-Geral solicitando seja o recurso rejeitado, de 12 de dezembro de 1991.
- A anulação pelo Tribunal de Justiça do Estado, de 4 de maio de 1994, da condenação do Júri original.
- A decisão do Tribunal de Justiça do Estado, de 3 de abril de 1995, aceitando conhecer do recurso contra a sentença de pronúncia, mas negando-se a deliberar a seu respeito, e submetendo o acusado a novo julgamento por Tribunal Popular.
- A decisão do Júri do novo Tribunal Popular condenando o acusado, de 15 de março de 1996 (CAMPOS, 2000, p. 07).

Conforme Informe n.º 54, a Comissão conclui em seu relatório que a República Federativa do Brasil foi responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial com a tramitação negligente no caso de violência doméstica.

Reconheceu, também, que o Estado brasileiro tomou algumas medidas para reduzir o alcance da violência doméstica, mas que foram ineficientes a atuação policial e judicial com respeito a esta violência.

Por fim, reconheceu que o Brasil violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, bem como, em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou a República Federativa do Brasil o seguinte:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciais correspondentes.

3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana (CAMPOS, 2007, p.14).

Como é possível observar, após o acolhimento do pedido, o Brasil, dentre as punições recebidas, pode-se citar recomendações para que fosse desenvolvida uma legislação própria e adequada para atender a esse tipo de violência.

Em virtude disso, foi reunido um conjunto de entidades que definiram um anteprojeto de lei com as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres, determinando e estabelecendo, consecutivamente, instrumentos para prevenir e minimizar a violência doméstica, dando, inclusive, assistência às vítimas.

Então, no ano de 2006, entrou em vigor a lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, fazendo com que a violência doméstica e familiar contra a mulher não fosse mais tratada apenas como um crime de menor potencial ofensivo.

A lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, estabelece no seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição

Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros Tratados Internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica a Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

O referido artigo estabelece a criação de ferramentas e elementos que possam servir à coibição e prevenção da violência doméstica contra a mulher, além de determinar a criação de Juizados que tratem exclusivamente sobre esse tipo de violência. No art. 2º da lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006).

Nota-se no dispositivo do art. 2º da lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006 que toda mulher é possuidora dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, assim sendo, elas têm garantidas as oportunidades e facilidades para viver sem qualquer tipo de violência ou agressão.

O art. 3º da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, estabelece que são asseguradas à todas as mulheres o direito à vida, saúde, segurança, alimentação e obrigação do poder público criar políticas públicas que possam efetivar tais garantias, sendo dever, inclusive, da família. Dentre outros vários artigos que compõem a Lei Maria da Penha, esta visa estabelecer a proteção à mulher contra todos os tipos de violência doméstica e familiar.

2.3.1 As inovações trazidas pela lei Maria da Penha

Dentre as diversas contribuições da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006- Lei Maria da Penha - pode-se citar a introdução de tratamento especial das situações de violência contra a mulher, seja esta sexual, física, moral, psicológica ou patrimonial.

Além disso, outra contribuição foi o fato de esta lei garantir a devida punição para os agressores, estabelecendo que estes sejam presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada decorrente do descumprimento de medidas protetivas.

Nesse contexto, o legislador, a fim de atender aos anseios sociais diante da aplicação dos institutos despenalizadores e descarcerizadores, buscou estabelecer vedação ao procedimento sumaríssimo e a aplicação de penas alternativas aos agressores, isto é, a inaplicabilidade da lei 9.099/95, conforme art. 41 do referido diploma legal.

Esta previsão expressa trazida pela lei foi motivada pela prática reiterada dos juizados especiais em condenar o agressor de violência doméstica com doação de cestas básicas ou prestação de serviços à comunidade, nos casos de menor potencial ofensivo, como por exemplo nos casos de ameaça, vias de fato, lesão corporal leve, fatos típicos diários decorrentes do convívio doméstico ofensivo.

Nesse contexto, devido a esta vedação os crimes de lesão corporal leve passaram a ser lidos exclusivamente pelas disposições do Código Penal, isto é, o crime de lesão corporal, independente da pena, passa a ser, nos casos de violência doméstica e familiar, de ação penal pública incondicionada.

A Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006 também apresenta o caráter de não aceitar o princípio do equilíbrio, trazendo a visibilidade das desigualdades estruturais de poder que os homens acreditam ter sobre as mulheres e à vulnerabilidade social das mesmas, principalmente, no âmbito privado.

Assim, a lei Maria da Penha contribui na garantia da efetivação dos direitos das mulheres à vida, à segurança, à dignidade, ao respeito e a uma convivência familiar saudável, mantendo-a livre de toda e qualquer forma de violência, sendo esta, uma obrigação do Estado.

É importante destacar, conforme a Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, a respeito do dever do Estado em prover as garantias:

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada a conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a Inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, Integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo de serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual. (BRASIL, 2006).

Assim, entende-se que a mulher será assistida em casos de violência doméstica conforme os princípios da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e Sistema Único de Saúde (SUS), dentre outras políticas públicas.

É importante destacar que, referente a contribuição da Lei Maria da Penha na atenção às mulheres em situação de violência doméstica, a lei não apenas visa punir os agressores, mas, inclusive, o de conscientizar a sociedade de que uma vida mantida sob meios de dominação não fará com que elas se tornem dignas, mas, sim, a necessidade de uma vida sem violência.

Antes da criação da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, não existia lei específica sobre a violência doméstica. Além disso, observa-se que a violência doméstica não era vista como uma tratativa das relações entre as pessoas e, em casos deste tipo de violência, era aplicada a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais para julgar apenas os crimes que eram considerados de menor potencial ofensivo com pena máxima de dois anos.

Nos referidos Juizados apenas eram tratados os crimes, e a mulher que desejasse resolver o restante do caso que envolvia questões cíveis como pensão, separação, etc., deveria se dirigir à vara de família, devidamente acompanhada por um advogado ou defensor a fim de ajuizar uma ação referente a estes assuntos.

Ao verificar o conceito de violência doméstica antes da Lei Maria da Penha, buscou-se a definição dada por Bueno (1996, p. 83), a define como toda e qualquer ação de comportamento que cause intimidação, coação, ameaças à mulher, conforme segue:

Qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir dor física, sexual Ou mental, direta ou indiretamente, por maio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher. Tem por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la, humilha-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral (BUENO, 1996, p. 83).

Nota-se na definição do autor que violência doméstica pode ser considerada as ações de outrem contra a mulher que lhe cause humilhação, comprometa sua dignidade física, moral e psicológica, dentre outras formas de agressão.

Resultante da criação da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, o conceito de violência doméstica também avançou. Após a criação da Lei Maria da Penha, a definição de violência doméstica alcançou maior significação, sendo considerada qualquer tipo de comportamento que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, psicológico, moral, sexual, como segue descrito no art. 5º da referida Lei:

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

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

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

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

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

Nota-se que o conceito de violência doméstica passou por significativas mudanças, sendo percebido desde a própria definição do conceito quanto pela própria criação da Lei.

Com a publicação da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, Campos (2007) afirma que passou a ser tipificada e definida a violência doméstica e familiar contra a mulher que antes não existia, estabelecendo, assim, suas formas física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Com a introdução da referida lei, ficou também determinado que a violência doméstica contra a mulher ocorrerá independentemente de orientação sexual e foram retirados dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais a competência para julgar os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Para tanto, foram criados Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com a devida competência cível e criminal, abrangendo todas as questões.

A Lei Maria da Penha possui um capítulo exclusivo que prevê procedimentos da autoridade policial quando a tratativa for de casos em que as mulheres são vítimas de violência doméstica e familiar.

Após a publicação da lei, determinou-se que a mulher apenas pode apresentar renúncia perante o Juiz e esta fica expressamente proibida fazer a entrega da intimação ao agressor.

Além disso, permite a prisão em flagrante e preventiva do agressor com critérios complementares aos requisitos previstos no Código de Processo Penal, visto os riscos que a mulher pode se submeter quando aquele estiver em liberdade e não cumprir as medidas protetivas impostas pelo juiz de direito.

Ainda com a lei Maria da Penha, a mulher receberá a devida notificação dos atos processuais, principalmente no que se refere à entrada e saída da prisão do agressor, e, consecutivamente, receberá acompanhamento de um advogado, ou defensor, em todos os atos processuais.

2.3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 – Supremo Tribunal Federal

A criação da Lei Maria da Penha trouxe importantes inovações no trato legal da violência doméstica e familiar contra a mulher. Dentre tais inovações, encontra-se aquela contida no art. 41, dispondo que "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9099, de 26 de setembro de 1995".

A partir do advento da referida lei, houve a retomada da ação penal como pública incondicionada, ainda que para tratar casos de lesões leves, uma vez perpetradas na esfera da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A ação penal pública é, portanto, aplicada em casos em que há lesões corporais dolosas graves, gravíssimas e seguidas de morte; lesões corporais culposas; lesões corporais dolosas leves, não importando a condição da vítima; lesões corporais dolosas leves classificadas como violência doméstica e familiar praticada contra homens; e, por fim, ocorrendo lesões dolosas leves contra mulher no âmbito de violência doméstica ou familiar.

O Supremo Tribunal Federal (STF), aborda a matéria com o intuito de acabar com as divergências nas decisões judiciais a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4424.

Nesta ADI, controle concentrado de constitucionalidade que vincula toda a administração pública e também o judiciário, com exceção do próprio STF, este decide que o art. 41 da referida lei é constitucional, ou seja, todas as ações de violência cometidas contra a mulher no seio familiar não deverão ser aplicados os dispositivos da Lei n.º 9099/95 e, neste contexto, entende-se que os crimes de lesão corporal, seja qual for a sua gravidade, portanto, serão de ação pública incondicionada.

Esta decisão foi julgada no dia 09 de fevereiro de 2012 pelos ministros do STF, sendo julgada procedente a ação ajuizada em face dos artigos. 12, inc. I, art. 16 e art. 41 da Lei Maria da Penha.

Nessa senda, é importante enfatizar que o art. 16 possui sua vigência inalterada no tocante à necessidade de audiência preliminar, comumente chamada de justificação, para que a vítima compareça perante o juiz e demonstre seu interesse em não dar prosseguimento à ação penal pública condicionada a representação, visto que, para os crimes em que se exige a representação como no caso de ameaça e injúria, permanece a exigência da representação como condição objetiva de procedibilidade.

É importante ressaltar que não se aplica ao crime de lesão corporal a exigência de representação determinada pela na Lei 9.099/05, pois, conforme preceitua o art. 41 da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, os requisitos desta lei não são aplicáveis à Lei Maria da Penha, tanto de natureza material quanto processual.

Pode-se observar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou a compreensão de que a representação da ação pública em casos de violência doméstica contra a mulher não requer qualquer formalidade, sendo necessário somente que haja manifestação junto à autoridade policial para configurar a violência.⁴

A ação penal pública condicionada à representação refere-se à dependência da representação da vítima, conforme Código Processo Penal (CPP), artigos 24, 36 e 39 para que seja instaurado o inquérito policial, como art. 5º, parágrafo 4º, ou, ainda,

⁴ Penal. Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Agravo em Recurso Especial. Estupro com presunção de violência. Nulidades. Atestado de pobreza subscrito pela autoridade policial. Possibilidade (art. 32, § 2º, do CPP). Precedentes desta Corte. Representação subscrita pelo irmão. Legalidade. Ausência dos pais. Irmão que assumiu a guarda e segurança da menor. Possibilidade. Vícios na peça. Irrelevância. Ato que prescinde de formalidade. Comparecimento na delegacia que firmou a vontade inequívoca de representar. Ilegalidade na incidência do art. 225, § 1º, II, do CP. Prejudicialidade. Ação penal pública condicionada à representação. Agravo regimental improvido (BRASIL, 2015).

para o oferecimento da denúncia em situações em que não há necessidade do inquérito pelo fato de já não haver provas suficientes.

Assim, salienta-se que a vítima ou mesmo o seu representante legal em casos de ser agente incapaz, tem o direito de exercer o direito de ação, ou seja, da representação, em um prazo determinado de seis meses depois do conhecimento do autor do crime, como especificado no art. 38 do CPP e art. 103 do Código Penal (CP).

A representação é uma faculdade da vítima, sendo ela a única que pode decidir se dará ou não ao Estado os poderes para realizar a investigação de um crime e processar alguém.

Além do exposto, observa-se que a representação é passível de retratação; contudo, ela apenas pode ser feita até o oferecimento da denúncia. Depois do oferecimento da denúncia, a ação então passa a ser definitivamente dever do Ministério Público. Quando isso ocorre, a vítima não poderá mais tomar nenhuma decisão quanto aos fatores referentes ao processo.

Entretanto, a retratação pode ser revogada enquanto estiver dentro do prazo decadencial de seis meses a partir do conhecimento da autoria, quando é possível à vítima fazer a apresentação de uma nova representação, ainda que ela tenha se retratado da última.

Até o advento da Lei Maria da Penha, a retratação não tem mais conservado o efeito prejudicial às investigações policiais nem, tampouco, à apresentação da denúncia. Tal fato encontra harmonia no tratamento jurídico, principalmente, àquele de maior gravidade, isto porque o bem jurídico tutelado tem maior valorização da mulher como o principal foco para a harmonia familiar.

Assim, a retratação, após o advento da Lei Maria da Penha, a renúncia somente será conhecida em juízo em audiência especial designada para este fim, ou seja, será permitido a retratação após a instauração da persecução penal e desde que ocorra antes do recebimento da denúncia. Vale destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a esta audiência sobre a retratação da representação da vítima prevista no art. 16, da Lei Maria da Penha, somente ocorrerá se a vítima tiver indicado de alguma forma seu interesse em retratar.

Este é o entendimento da 5^a Turma do STJ, no HC 200991/PR:

I. Este Superior Tribunal de Justiça possui firme jurisprudência no sentido de que a ação penal, nos crimes previstos no artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, são de iniciativa pública condicionada à representação da vítima,

razão pela qual é possível, nessas hipóteses, a retratação da vítima, nos termos do artigo 16 da Lei n.º 11.340/06. Precedentes. II. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata a Lei Maria de Penha, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. III. O ato praticado pela ofendida, em sede de audiência realizada em juízo, antes do recebimento da denúncia, deve ser tido como uma retratação formal nos termos da Lei da Violência Doméstica, dada a sua regularidade procedural, atentando à própria finalidade da norma, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. IV. Como houve, na presente hipótese, a retratação da vítima nos termos do artigo 16 da Lei n.º 11.340/06, é inviável, por ausência da condição de procedibilidade, o prosseguimento da ação penal, motivo pelo qual deve ser restabelecida a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Foz do Iguaçu/PR. V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (BRASIL, 2011).

O desenvolvimento da ação está condicionado à vontade da parte interessada que se deve aos mais variados motivos de política criminal.

Além disso, deve-se destacar sobre a desordem que a ação penal pode provocar na vida da vítima, uma vez que a ação está condicionada a representação, assim observa-se que o próprio legislador não retirou este direito da vítima ao elaborar o tipo penal.

Assim, destaca-se que o prazo decadencial da representação deve respeitar o período de seis meses a serem consideradas a partir do conhecimento da autoria do fato, conforme estabelecido pelo art. 38⁵ do Código de Processo Penal (CPP), motivo pela qual o prazo é visto como processual. Isto porque trata-se do direito de ação, porém, possui efeitos obviamente penais por extinguir a punibilidade. Desta forma, a contagem deve se dar nos termos do art. 10⁶ do Código Penal, devendo incluir o dia do começo e excluindo o do final.

2.3.3 Natureza Jurídica das Medidas Protetivas

O capítulo III da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006este dispõe sobre as medidas protetivas, que permite à vítima de violência doméstica ou familiar um

⁵ Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixe ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. (BRASIL, 1941).

⁶ Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum. (BRASIL, 1984).

procedimento diferenciado para a obtenção de medidas jurisdicionais que lhe concedam tutela inibitória.

Segundo a doutrina dominante⁷ a Lei Maria da Penha possui aspectos de natureza cível e natureza criminal com objetivo maior de proteção da mulher vítima de todas as formas de violência prevista no art. 7º da lei.

Neste sentido, discute-se sobre a natureza jurídica das medidas protetivas, visto que, dependendo do enquadramento, há um procedimento a ser seguido.

De acordo com os artigos 22, 23 e 24 as medidas protetivas podem ser divididas entre aquelas que obrigam o ofensor e aquelas que favorecem a ofendida, sendo:

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

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

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

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Seção III

Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

⁷ César Roberto Bittencourt, Maria Berenice Dias.

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (Brasil, 2006)

A mulher pode requerer as medidas protetivas perante a Autoridade Policial ou Ministério Público, sendo que o juiz deve analisar em quarenta e oito horas o requerimento, independente da manifestação do Ministério Público sobre o deferimento, podendo ser cumuladas ou isoladas conforme a necessidade do caso concreto.

A Defensora Pública Júlia Maria Seixas Bechara (2010) classifica as medidas protetivas de urgência previstas na Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006 como de natureza inibitória, devendo ser adotado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Espírito Santo (2010, p. 23) destaca que “as medidas protetivas de urgência possuem a natureza das medidas cautelares do Processo Civil e são específicas para proteção da mulher vítima de violência doméstica”.

De acordo com Amaral (2012, p. 01), “a exigência de futura propositura de ação significaria nova desproteção à vítima, em atendimento a formalismo incompatível com o mecanismo de solicitação da ordem”.

Defende-se neste trabalho o caráter satisfativo e autônomo da medida protetiva de urgência da Lei Maria da Penha, pois esta, além de dispensar a realização de qualquer outro ato para produzir seus efeitos, terá duração até que se cesse a situação que a originou.

Neste sentido, as medidas de urgência requeridas perante a Autoridade Policial devem ser formalizadas e encaminhas para o juízo do domicílio da ofendida ou lugar do fato ou domicílio do agressor, consoante art. 15 da referida lei, não sendo imperioso a representação da vítima, nos casos de ação pública condicionada a representação, para instauração do inquérito, ou seja, acentua o caráter inibitório e ampliativo das medidas.

É interessante destacar que há entendimentos retrógrados na prática forense no tocante a exigência da representação para deferimento das medidas protetivas, como uma verdadeira condição de eficácia para aferir o grau de necessidade e vulnerabilidade da vítima.

Tal pensamento é totalmente contrário aos princípios constitucionais, principalmente no tocante ao acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, *in verbis*:

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Assim, acertadamente Feitoza leciona que as medidas protetivas possuem um caráter dúplice, isto é, penal e cível:

Assim, firmamos um primeiro ponto: há procedimentos cíveis e criminais separados, conduzidos por juízes com competência cumulativa, cível e criminal, quanto à matéria violência doméstica e familiar contra a mulher. As medidas protetivas, por sua vez, são, conforme o caso, medidas cautelares preparatórias, preventivas ou incidentes, como constatamos por suas características e por interpretação sistemática com outras leis. A mudança de denominação ("protetivas") não lhes retirou seu caráter. Por outro lado, há várias medidas protetivas, na Lei 11.340/2006, que têm, de modo geral, caráter dúplice, podendo ser utilizadas como medidas cautelares cíveis ou criminais (...) (2009, p. 626).

Apesar deste impasse sobre a natureza preponderante, visto a falta de técnica legislativa e omissão legal, da leitura dos artigos 22, 23 e 24 da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, não se visualiza nenhuma vinculação com a prática de crimes ou contravenções anteriores, podendo ser até, inclusive, uma violência de natureza atípica no tocante à ilicitude penal.

Amaral destaca (2012):

A Lei Maria da Penha preconiza que às Medidas Protetivas de Urgência aplica-se o disposto no caput e nos parágrafos 5º e 6º do artigo 461 do Código de Processo Civil (§4º, do Art. 22). Rezam esses dispositivos:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. Toda a organicidade e complexidade da tutela das obrigações de fazer e não fazer são por comando legal expresso aplicáveis às Medidas Protetivas de Urgência. O que seria totalmente incompatível com a natureza frugal do provimento cautelar. (AMARAL, 2012, p.02)

Em sintonia com este entendimento recentemente o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial (REsp 1.419.421), decidiu a admissão das medidas protetivas da Lei Maria da Penha em ação cível, sem a existência de inquérito policial ou Processo Penal contra o suposto agressor:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N.º 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n.º 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS. Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido (BRASIL, 2014).

Portanto, é possível aferir que as medidas protetivas da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, possuem natureza jurídica independente e podem ser ajuizadas

em qualquer foro, conforme expressa determinação legal, não vinculadas assim, à representação, ao inquérito policial ou mesmo a um processo principal.

Assim, uma vez concedida a medida, a finalidade das medidas cautelares é a cessação do perigo imediato para a mulher e para seus familiares.

A regra no ordenamento jurídico pátrio, conforme art. 308 do Código de Processo Civil, para a concessão de uma medida cautelar faz-se imprescindível a presença de uma ação principal, isto é, uma medida, sendo de caráter incidental no procedimento ou em caráter autônomo (este requer que no prazo máximo de 30 dias o ajuizamento da ação principal sob pena de ineficácia da medida). Portanto, tratam as medidas cautelares como acessórias.

Entretanto, esta exigência do procedimento comum cautelar não merece prosperar ante a ideologia da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, visto que a mulher teria grandes dificuldades de acesso à justiça além de agravar sua exposição perante a justiça e a sociedade.

Isto porque quando depois a mulher está submetida a uma situação de conflito intrafamiliar que proporciona medo diante das ameaças proferidos pelo agressor (a) ela procura a unidade policial para solicitar a medida protetiva como forma de afastar aquele potencial agressor. Porém, não tem sido concedido pelo poder judiciário as medidas protetivas se a mulher não representar criminalmente contra o autor.

Então, a mulher vê-se obrigada a presentar nos casos de ação penal pública condicionada a representação para a obtenção das medidas protetivas. Porém, quando aquele afastamento é suficiente para amenizar o conflito ou mesmo extinguí-lo, ela procura a unidade policial e manifesta seu desinteresse em continuar com a persecução criminal.

Diante da ausência do oferecimento da denúncia, o Delegado de Polícia que já movimentou a máquina pública para instaurar o inquérito policial, já ouviu o agressor e/ou testemunhas, vê-se obrigado a encerrar o inquérito por ausência de condição específica da ação (representação criminal) e remeter para o judiciário.

Dessa forma, observa-se com nitidez que condicionar as medidas protetivas a um processo criminal por considerá-la medida preparatória é totalmente ineficaz, visto que, busca-se a satisfação de medidas temporárias necessárias para reduzir o conflito, e não a condenação do agressor que, em linhas gerais, em nada irá contribuir para reduzir o conflito familiar ou de contexto doméstico.

2.3.4 Estatísticas básicas de violência doméstica em Minas Gerais

Em Minas Gerais, a Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS)⁸ publicou um estudo de criminalidade, no qual realiza um diagnóstico da violência doméstica no Estado, divididos por áreas de segurança pública, sendo cada uma das denominadas Região Integrada de Segurança Pública (RISP).

Este diagnóstico toma como base os registros de eventos de defesa social (REDS), comumente conhecidos como ocorrências policiais, os quais foram categorizados como violência física, violência psicológica, violência patrimonial, violência moral e violência sexual.

De acordo com o relatório temos os seguintes aspectos referente aos dados:

Os dados utilizados são provenientes do Universo “envolvido” (Armazém_Sids_Red). Foram consideradas, no período e área acima identificados, todas as ocorrências com os seguintes tipos de relacionamento vítima/autor: cônjuge/companheiro; ex-cônjuge/ex-companheiro; filho/enteado; irmão; namorado (a); relacionamento extraconjugal; pais/responsável legal; coabitação/hospitalidade. Dessa forma, a existência de violência doméstica/familiar é identificada levando-se em consideração as espécies de relacionamento entre vítima e autor que configuram relação doméstica ou familiar nos termos da lei. (SEDS,2016, p. 04)

Nesta linha, foram considerados os seguintes parâmetros para fins de restrição na base de pesquisa, salientando que a caracterização foi realizada de acordo com a natureza, não sendo precisamente a correspondência do tipo legal.

A seguir, passa-se a expor o diagnóstico supracitado.

2.3.4.1 Violência Física

É entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal da mulher.

- Lesão corporal
- Homicídio ou feminicídio
- Tortura

⁸ Disponível em http://seds.mg.gov.br/images/Diagnostico_Mulheres/Diagnostico_mulher_completo.pdf.

- Vias de fato/agressão

2.3.4.2 *Violência psicológica*

É entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

- Abandono material
- Ameaça
- Atrito verbal
- Constrangimento ilegal
- Maus tratos
- Perturbação do trabalho ou do sossego alheio
- Sequestro e cárcere privado
- Violação de domicílio

2.3.4.3 *Violência Sexual*

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

- Assédio Sexual
- Estupro

- Estupro de vulnerável
- Importunação ofensiva ao pudor
- Outras infrações contra a dignidade sexual e a família

2.3.4.4 Violência patrimonial

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

- Apropriação indébita
- Dano
- Estelionato
- Extorsão
- Extorsão mediante sequestro
- Furto
- Furto de coisa comum
- Roubo

2.3.4.5 Violência Moral

Entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

- Calúnia
- Difamação
- Injúria

2.3.4.6 Outras violências

Sobre esta denominação, foram consideradas todas as ocorrências registradas cuja natureza é descrita como Infrações contra a mulher (violência doméstica) sem distinção do tipo de ocorrência verificada.

Neste contexto, os dados abaixo elencados foram construídos a partir de taxas criadas tomando-se como base do comparativo entre número de ocorrências e o número de habitantes.

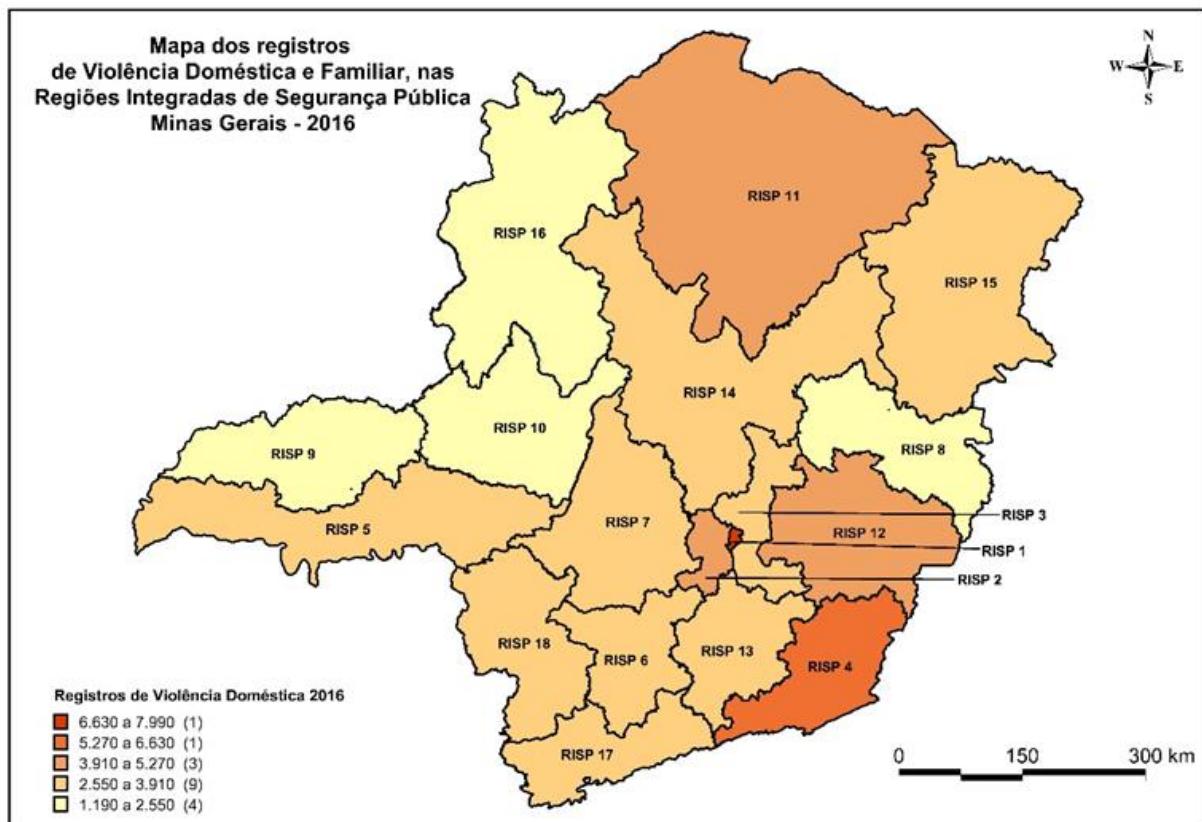
É importante pontuar que estas estatísticas são contabilizadas conforme a forma como se procedeu o registro, visto a presença de campos parametrizados, podendo ocorrer a falta de cômputo caso o relator da ocorrência não observe as peculiaridades do caso concreto ou os campos a serem devidamente preenchidos.

Esclarece-se que RISP (Região Integrada de Segurança Pública) são áreas compostas por diversos municípios, os quais são sede de Unidades Gestoras das Polícias, tanto civil quanto militares.

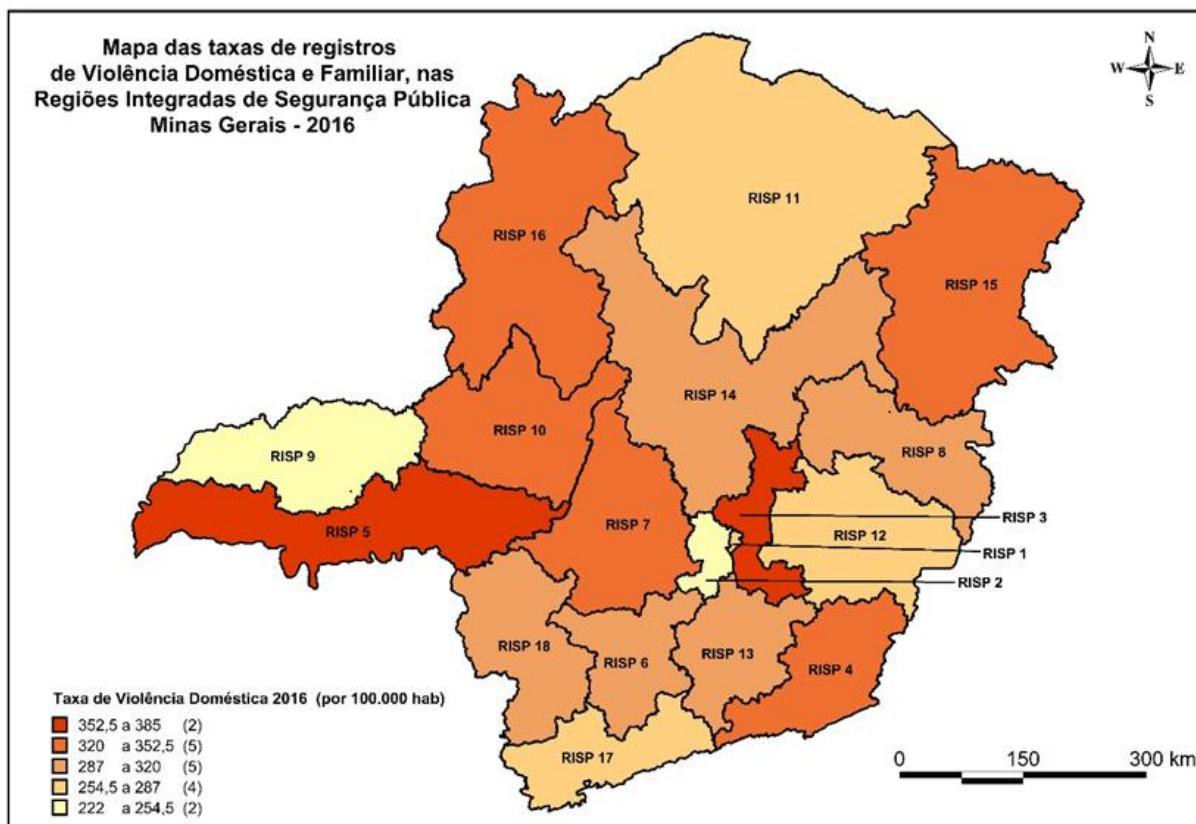
Tabela 1: Quantitativo de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher, por RISP, ano e semestre.

Região Integrada de Segurança Pública	1º Semestre 2014	2º Semestre 2014	TOTAL 2014	1º Semestre 2015	2º Semestre 2015	TOTAL 2015	1º Semestre 2016
RISP 01 - Belo Horizonte	8024	7993	16017	7505	7691	15196	7084
RISP 02 - Contagem	5755	5685	11440	5326	5557	10883	4915
RISP 03 - Vespasiano	3904	3827	7731	3772	3908	7680	3792
RISP 04 - Juiz de Fora	6067	5679	11746	5465	5722	11187	5515
RISP 05 - Uberaba	3038	3094	6132	3119	3194	6313	3040
RISP 06 - Lavras	3081	3007	6088	2848	2923	5771	2823
RISP 07 - Divinópolis	3643	3691	7334	3656	3991	7647	3700
RISP 08 - Governador Valadares	2546	2766	5312	2599	2712	5311	2432
RISP 09 - Uberlândia	3055	2714	5769	2594	2536	5130	2493
RISP 10 - Patos de Minas	1795	1820	3615	1932	1905	3837	1790
RISP 11 - Montes Claros	4083	4085	8168	3906	4274	8180	4049
RISP 12 - Ipatinga	4736	4791	9527	4806	5011	9817	4793
RISP 13 - Barbacena	2614	2446	5060	2548	2697	5245	2661
RISP 14 - Curvelo	3398	3527	6925	3432	3619	7051	3252
RISP 15 - Teófilo Otoni	3018	2939	5957	2875	2991	5866	3048
RISP 16 - Unaí	1426	1332	2758	1176	1260	2436	1191
RISP 17 - Pouso Alegre	2599	2619	5218	2487	2414	4901	2644
RISP 18 - Poços de Caldas	3430	3558	6988	3414	3432	6846	3345
MINAS GERAIS	66212	65573	131785	63460	65837	129297	62567

Mapa 1: Quantitativo de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher nas RISPs do Estado, em 2016.



Mapa 2: Taxas de registros de violência doméstica e familiar (por 100.000 habitantes), por RISPs, em 2016.

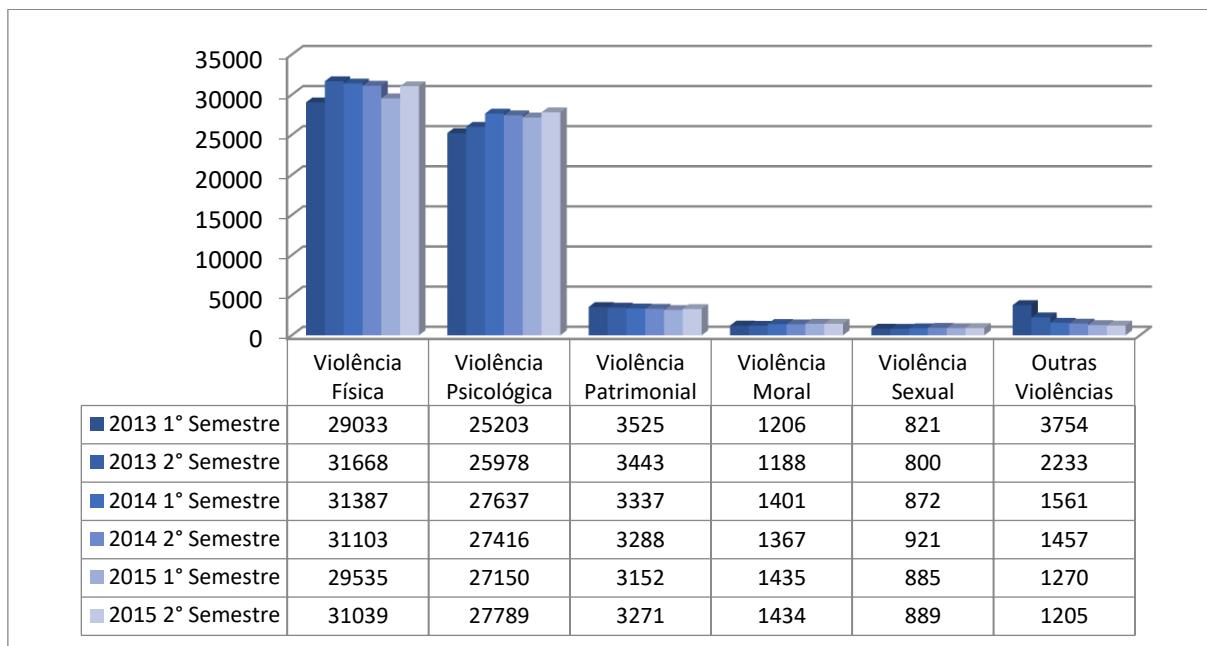


Observa-se, na Tabela 1, que fazendo-se uma comparação entre os primeiros semestres de cada ano, houve uma redução no número absoluto de registros. No entanto, essa redução não pôde ser verificada na comparação do segundo semestre de 2014 e 2015. A RISP 1 é a que apresenta maiores valores absolutos em relação as demais. A redução do valor total de Minas Gerais entre os anos de 2014 e 2015 pode ser observada, apesar de inicialmente parecer uma redução pequena.

O Mapa 1 expõe de forma clara a informação apresentada na Tabela 1 informando as RISPs com maior quantitativo de registro, observando-se o destaque para a RISP 1 em vermelho.

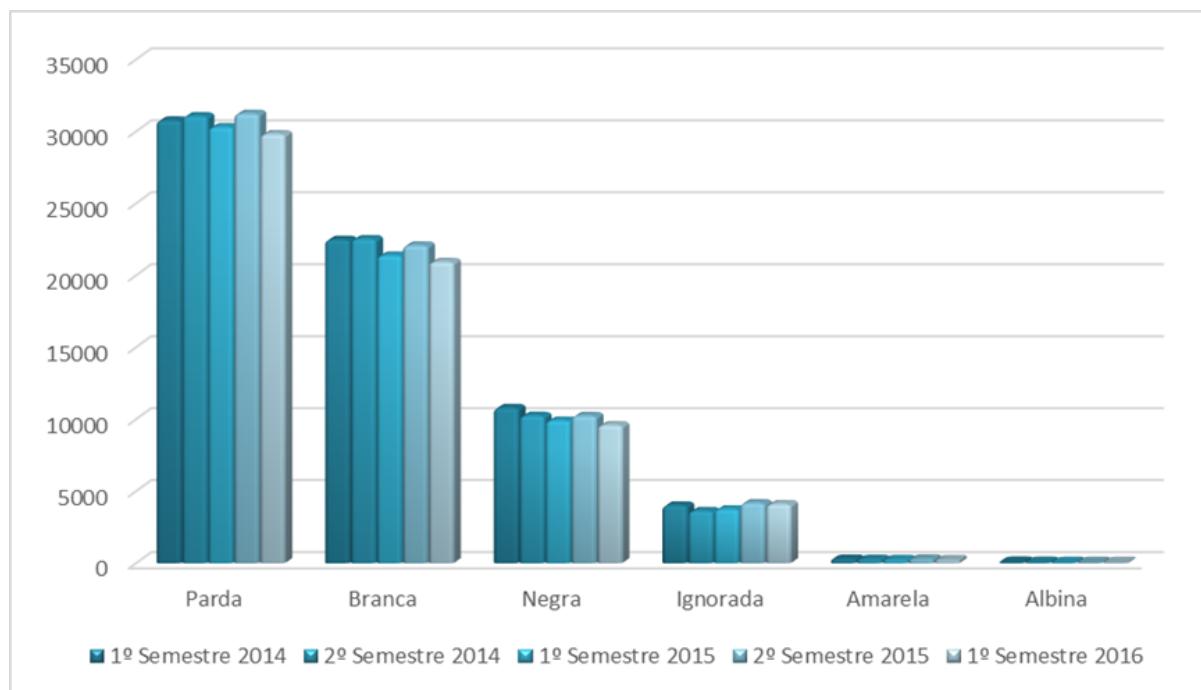
No Mapa 2, observa-se esta relação através da Taxa de registros de violência doméstica e familiar nas regiões integradas de segurança pública. Estes valores levam em consideração a população de cada região sendo a melhor alternativa para comparação de regiões e, desta forma, pode destacar as RISPs que apresentaram situações que requerem maior atenção. Destacam-se as RISPs 3 e 5 que apresentam maiores taxas de registros. As menores taxas são das RISPs 1 e 9.

Gráfico 1: Quantitativo de registros de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, no Estado de Minas, por tipo de violência e semestre



O gráfico 01 apresenta os dados distribuídos pelos principais tipos de violência doméstica e familiar sofridos por mulheres. Observa-se que a violência física é o tipo de maiores registros, seguido pela violência psicológica. Importante destacar ainda que, ao longo dos semestres, a violência psicológica se apresenta em uma tendência de crescimento.

Gráfico 2: Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por cor da pele, nas RISPs 01 a 18 por semestre, entre 2014 e 2016

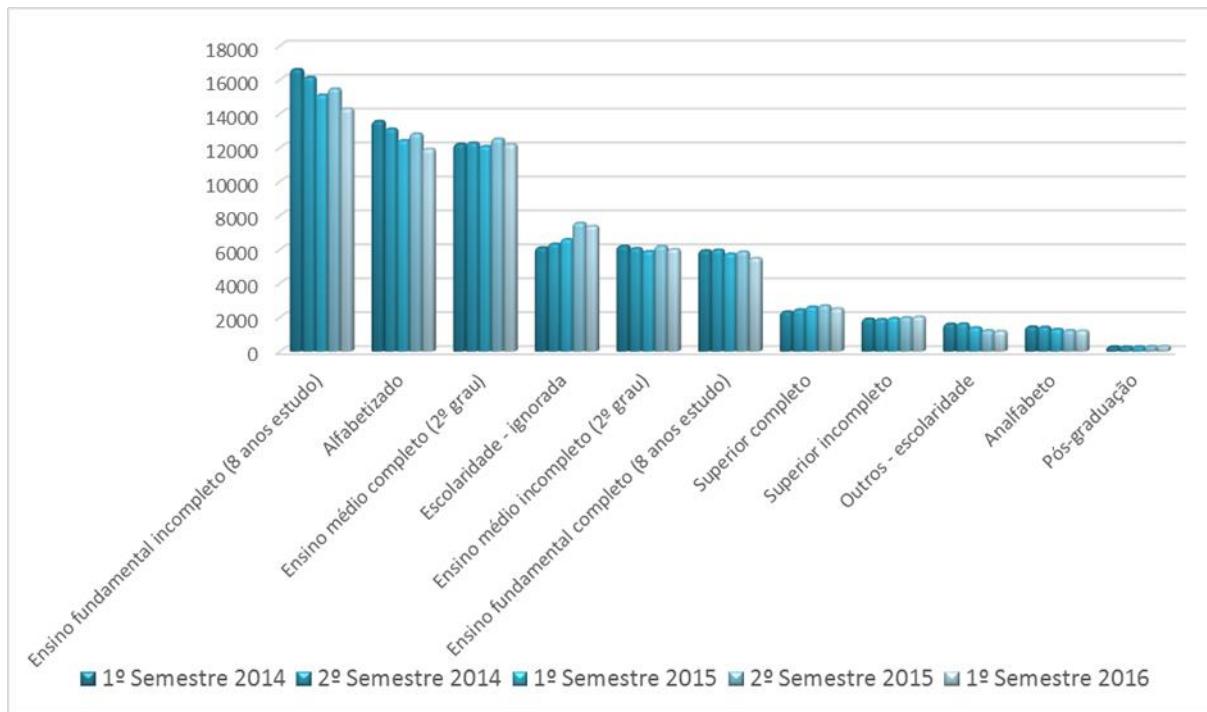


As mulheres consideradas de cor da pele parda são as que estão em maior número de casos de violência doméstica e familiar, seguidas das mulheres brancas e negras. Visualiza-se que as diferenças entre os valores estão na casa dos 10.000 registros de uma tipificação de cor de pele para outra.

Tabela 2: Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por grau de escolaridade, nas RISPs 01 a 18, por semestre

Vítimas segundo o grau de escolaridade	1º Semestre 2014	2º Semestre 2014	Total 2014	1º Semestre 2015	2º Semestre 2015	Total 2015	1º Semestre 2016
Ensino fundamental incompleto (8 anos estudo)	16644	16179	32823	15136	15497	30633	14321
Alfabetizado	13585	13132	26717	12455	12844	25299	11943
Ensino médio completo (2º grau)	12239	12306	24545	12107	12545	24652	12215
Escolaridade - ignorada	6132	6350	12482	6623	7585	14208	7403
Ensino médio incompleto (2º grau)	6230	6090	12320	5915	6213	12128	6037
Ensino fundamental completo (8 anos estudo)	5961	5996	11957	5766	5890	11656	5508
Superior completo	2351	2481	4832	2648	2717	5365	2540
Superior incompleto	1934	1911	3845	1976	2020	3996	2058
Outros - escolaridade	1638	1652	3290	1427	1252	2679	1213
Analfabeto	1472	1454	2926	1330	1258	2588	1236
Pós-graduação	266	260	526	271	289	560	302
Total	68452	67811	136263	65654	68110	133764	64776

Gráfico 3: Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por grau de escolaridade, nas RISPs 01 a 18 por semestre



Observa-se, pelas informações da Tabela 2 e Gráfico 3, que o perfil de mulheres que mais sofrem violência tem níveis de escolaridade distintos, uma vez que, ao mesmo tempo, apresenta-se nas duas primeiras colocações mulheres com níveis de escolaridade menores de 8 anos, alfabetizado, ensino fundamental incompleto, seguidos de mulheres com ensino médio completo.

Verifica-se também que os valores entre as mulheres com ensino fundamental completo e ensino médio incompleto são bastante semelhantes, podendo evidenciar a proximidade destes perfis.

Pontua-se ainda que as mulheres com nível de escolaridade mais elevado, pós-graduado, apresentam ser as vítimas de menor frequência.

Desta forma pode-se dizer que há possível evidência de que o nível de escolaridade da mulher pode ser um fator importante para o diagnóstico dos casos de violência doméstica, tomando-se como parâmetro os dados oficiais apresentados.

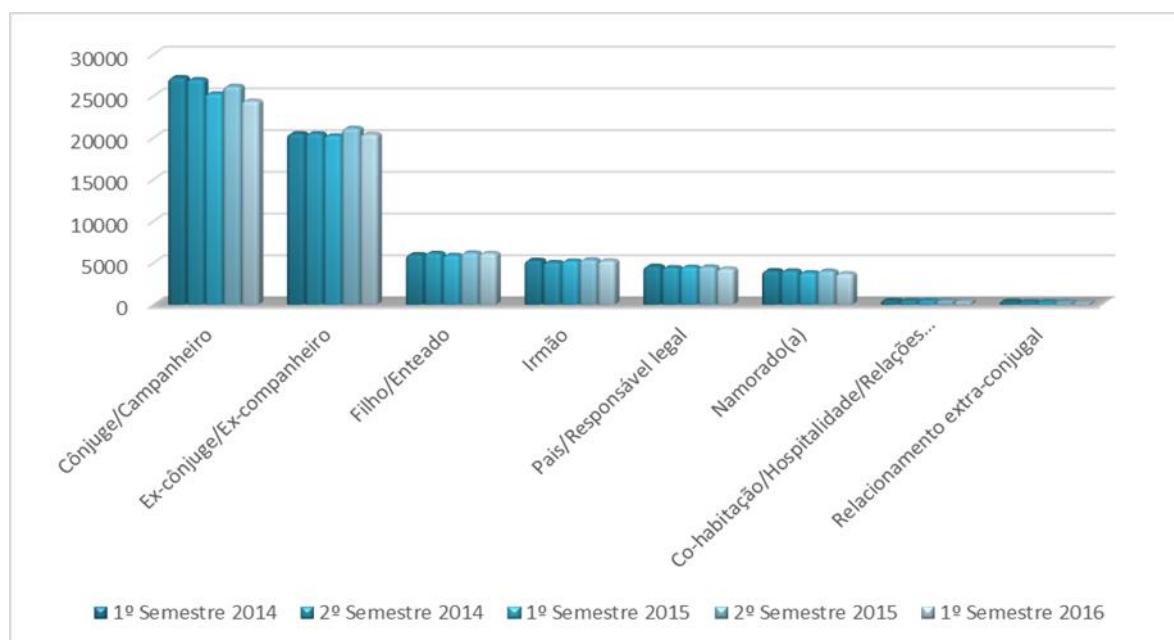
Tabela 3: Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher por faixa etária, nas RISPs 01 a 18, por semestre

Vítimas segundo a faixa etária	1º Semestre 2014	2º Semestre 2014	Total 2014	1º Semestre 2015	2º Semestre 2015	Total 2015	1º Semestre 2016
0 a 11 anos	1322	1303	2625	1245	1275	2520	1157
12 a 17 anos	4768	4630	9398	4341	4450	8791	4193
18 a 24 anos	13518	13185	26703	12736	13229	25965	12271
25 a 34 anos	21325	20989	42314	19868	20829	40697	19492
35 a 44 anos	14973	15124	30097	14994	15434	30428	15084
45 a 54 anos	7609	7563	15172	7457	7627	15084	7471
55 ou mais	4937	5017	9954	5013	5266	10279	5108
Total	68452	67811	136263	65654	68110	133764	64776

Tabela 4: Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por relacionamento, nas RISPs 01 a 18 por semestre

Relação vítima-autor	1º Semestre 2014	2º Semestre 2014	Total 2014	1º Semestre 2015	2º Semestre 2015	Total 2015	1º Semestre 2016
Cônjuge/Campanheiro	27218	26972	54190	25267	26170	51437	24393
Ex-cônjuge/Ex-companheiro	20492	20480	40972	20243	21136	41379	20410
Filho/Enteado	6002	6152	12154	5903	6199	12102	6142
Irmão	5322	5058	10380	5231	5364	10595	5238
Pais/Responsável legal	4598	4439	9037	4485	4513	8998	4285
Namorado(a)	4077	4045	8122	3830	4012	7842	3710
Co-habitação/Hospitalidade/Relações domés	430	405	835	427	430	857	360
Relacionamento extra-conjugal	313	260	573	268	286	554	238
Total	68452	67811	136263	65654	68110	133764	64776

Gráfico 4: Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por relacionamento, nas RISPs 01 a 18 por semestre



Os maiores índices de violência doméstica estão entre as mulheres adultas, nas faixas etárias entre 18 e 44 anos, sendo que em todos os períodos verificados, a faixa mais crítica é entre os 25 e 34 anos.

As mulheres são vitimadas pela violência doméstica na maior parte das vezes por seus cônjuges/companheiros, ou ex-cônjuges/ex-companheiros, como observado na Tabela 4 e Gráfico 4.

Os valores dessa violência causados por relacionamentos extraconjugais são expressivamente menores que os demais.

Tabela 5: Quantitativo de ocorrências de violência doméstica e familiar contra a mulher, no Estado de Minas Gerais, entre janeiro e junho de 2016.

Tipo de crime	Total
Todos os crimes	62.567
Crime de ameaça	24.745

Os dados da Tabela 5 mostram que 39,5% das ocorrências de violência doméstica e familiar são relacionadas a crime de ameaça.

2.3.5 Projeto de Lei Complementar 07/2016

O projeto de lei complementar 07/2016 trata-se de uma proposta de alteração da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, de autoria do Deputado Federal Sérgio Vidigal.

Este projeto dispõe sobre o direito da vítima de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e outras providências. Dentre as proposições a que tem gerado grandes debates doutrinários sobre a constitucionalidade desta alteração é a disposição prevista no art. 12-B, no qual preceitua a possibilidade de a autoridade policial aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência.

Para esta aplicação, deverá ser verificado no caso em concreto o risco atual ou iminente à vida ou a integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes.

Além disso, esta aplicação das medidas protetivas não seria extensível ao rol previsto nos artigos 22 e 23 do referido diploma legal, isto é, a autoridade policial somente poderia aplicar provisoriamente a proibição de determinadas condutas,

encaminhando a a ofendida e seus dependentes a programa oficial e recondução da vítima e seus dependentes ao domicílio após o afastamento do ofensor, *in verbis*:

Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o ofensor.

§ 1º O juiz deverá ser comunicado no prazo de vinte e quatro horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo.

§ 2º Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no caput, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do autor. § 3º A autoridade policial poderá requisitar os serviços públicos necessários à defesa da vítima e de seus dependentes.

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

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor (VIDIGAL, 2016).

A referida alteração já foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e também pela Câmara dos Deputados.

O debate doutrinário tem como polêmica a constitucionalidade da referida proposição no tocante a violação do princípio da reserva da jurisdição, visto que a aplicação das medidas protetivas seria matéria própria do Poder Judiciário, bem como a ausência de discussão com a sociedade civil e as instituições do sistema de justiça, conforme nota encaminhada pela Procuradoria Federal do Direito do Cidadão.

Esta alteração na lei Maria da Penha visa a tornar exequível o direito as medidas protetivas que a mulher possui em um prazo razoável, célere, objetivando dar maior eficácia ao próprio instituto.

Consoante a doutrina de Henrique Hoffmann e Pedro Rios Carneiro, há uma grande morosidade na proteção da vítima de violência doméstica por parte do poder judiciário, destacando:

(....) pelo relatório final da CPMI da Violência Doméstica, baseados em relatório de auditoria do TCU, revelam que a insuportável morosidade na proteção da vítima não é exceção, mas a regra. A depender da região, o prazo para a concessão das medidas é de 1 a 6 meses, ‘tempo absolutamente incompatível com a natureza mesma desse instrumento’, a impor ‘medidas cabíveis para a imediata reversão desse quadro. (HOLFFMANN, CARNEIROS, 2016, p.03)

Neste contexto, é assente na doutrina que o papel do delegado de polícia é de grande importância no tocante ao primeiro atendimento a vítima como forma de garantir o resguardo dos direitos fundamentais da mulher. Este embasamento teórico e prático tem como plano de fundo o que dispõe a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao evidenciar a possibilidade de as instâncias do Poder Executivo efetivarem decisões cautelares na promoção de direitos humanos, de direitos fundamentais, conforme aponta Ruchester Marreiros Barbosa.

Maria Berenice Dias, em seu artigo sobre medidas protetivas mais protetoras, defende a ideia trazida na proposta de lei, haja vista que, constatada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da mulher é indispensável a atuação da autoridade policial nesta garantia.

A autora frisa que esta intervenção do delegado já ocorre em outros diplomas normativos, como por exemplo, com a prisão em flagrante delito, concessão de liberdade provisória mediante fixação de fiança, busca pessoal, dentre outras, salientando que sempre é possível o controle judicial.

É importante pontuar que a cautelaridade da medidas executada pelo Poder Executivo não é novidade no ordenamento jurídico como Lei 8.112/90, artigo 147; Lei 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB): artigo 70, parágrafo 3º; Lei 9.472/97, artigo 175, parágrafo único; Lei 9.784/99, artigo 45; Lei 12.529/11, artigo 84; Lei 12.846/13, artigo 10, parágrafo 2º; e Lei 9.613/98, artigo 17-D, como enumera o delegado de polícia Ruchester Marreiros Barbosa.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Passados mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição pelo poder constituinte originário, muito se discute sobre os alicerces da nova ordem instituída, em especial o paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual se revela presente entre os dispositivos legais, seja de forma explícita ou através da hermenêutica constitucional.

De acordo com a doutrina dominante, a concepção de um Estado Democrático de Direito não é advinda simplesmente da junção de um estado de direito e um estado democrático, e sim, oriundo de um processo – em construção – de soberania popular juntamente com os direitos fundamentais intrínsecos ao ser humano.

Neste contexto, de acordo com Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas o Estado Democrático de Direito é um superconceito:

Assinala a doutrina constitucional nacional que o princípio do Estado democrático de direito é um “superconceito” (Mendes; Coelho; Branco, 2007:139), ou seja, dele se extraem os demais princípios constitucionais, dentre os quais os relativos ao Direito Penal. Todos os princípios penais se encontram, dessa forma, sub- metidos ao princípio constitucional do Estado democrático de direito. Em consequência, revela-se correto o entendimento doutrinário de que o Direito Penal “está limitado negativamente pela Constituição” (Reale, 2002:27). (2009, p. 378)

De acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes, a expressão Estado de Direito foi advinda da Prússia como forma de estabelecer o Estado Liberal, através da limitação da atuação estatal, restringindo-a à manutenção da ordem e da segurança jurídica. Segundo o autor:

No plano histórico, a expressão Estado Democrático de direito deriva da ideia originária da Prússia, o **Rechtssat**, como idealização da impessoalidade do poder político. Aqui é o Estado, e não o monarca, o detentor da soberania, submetendo todos, sem exceção ao seu império. É por excelência uma expressão do Estado liberal, limitando-se à defesa da ordem e da segurança jurídica, assume os direitos fundamentais (primeiramente como direitos negativos) como esfera da liberdade individual (2010, p. 216, grifo do autor).

Na proclamação do atual preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, texto antecedente que anuncia os postulados inseridos no corpo da Carta Magna, percebe-se a importante figura do Estado Democrático de Direito, o qual permeará todos os demais institutos jurídicos, servindo de fonte interpretativa das

legislações vigentes e sua aplicação atinente à realidade brasileira. Assim, preconiza o preâmbulo:

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (BRASIL, 1988)

Sem adentramos na discussão acerca da relevância jurídica do preâmbulo e seus reflexos políticos, é importante salientar que, para a Assembleia Nacional Constituinte, o Estado Democrático de Direito foi o ponto de partida fundamental para dimensionar a criação de um ordenamento jurídico coerente, elemento político-social, a ser utilizado como ferramenta basilar de ligação entre os parâmetros legais, como pode ser observado, também, no artigo 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Segundo o professor Sahid Maluf (1981) nos primórdios o Estado exercia seu poder encampado pelas teorias teológico-religiosas que defendiam que o poder era a manifestação da vontade divina e que desrespeitá-la seria desafiar o próprio Deus, sendo tal conduta a pior das heresias. A associação das funções políticas com as atividades religiosas viabilizou a difusão desse ideário místico que conferiu poderes ilimitados ao soberano e a submissão absoluta de seus súditos.

Segundo Sahid Maluf:

A autoridade real, disse Bossuet, é invencível, sendo-lhe único contrapeso o temor de Deus. É devida a obediência ao Rei ainda quando seja este injusto e infiel. Só no caso de agir o Rei contra Deus é que pode cessar o dever de obediência, mas ainda assim, “nenhum pretexto, nenhuma causa, qualquer que seja”, deve diminuir o respeito integral. A pessoa do Rei é sagrada, e em face das suas violências devem os súditos opor apenas advertências respeitosas, orando pela sua conversão. (1981, p.77).

O Estado Democrático de Direito é oriundo de transformações históricas, não é um resultado simples da mesclagem do Estado de liberal com o Estado do Social, abordagens vividas durante o século XVIII e XIX, respectivamente, mas sim, uma construção da democracia social e política com a crescente participação dos cidadãos nas atividades públicas.

O Estado Liberal que deu origem ao Estado de Direito, de concepção iluminista, defendia os direitos naturais inerentes ao homem, delimitando ao máximo o poder estatal, conferindo a este o poder de vigilância. Este Estado visava à garantia da esfera privada ante a não interveniência dos governantes na liberdade individual e na liberdade econômica. A tradicional ideia do liberalismo baseada na lei como ponto de partida para determinar a igualdade entre todos os indivíduos.

No entanto, o Estado Liberal não poderia prosperar por não abranger a realidade social, ou seja, uma realidade constituída com uma alarmante desigualdade material, injustiças nas relações tanto públicas como privadas, além da limitação da atividade estatal, só a proteção individual.

As ideias de cunho liberalista são reveladas por um dos principais filósofos do século XVII, John Locke (1632 – 1704), que desenvolveu uma teoria baseada na organização estatal a partir do princípio da legalidade. O direito à liberdade social e econômica era ponto central da teoria, a qual visava a uma restrição do Estado nas práticas privadas do indivíduo, preconizando o desenvolvimento econômico ante a não intervenção estatal.

No plano econômico, o filósofo escocês Adam Smith, na obra “A Riqueza das Nações”, defendeu a presença de uma “mão invisível” que detinha o papel de regular o mercado apenas com a lei da oferta e da demanda sendo desnecessária a atuação do Estado na economia. Essa teoria reflete a necessidade de expansão das atividades comerciais da classe burguesa e reinterpretava o papel do Estado na vida em sociedade. Ao ente público caberá apenas a manutenção da ordem pública e da propriedade privada, sendo mero protetor de direitos patrimoniais.

Assim, nasceram os chamados atualmente de Direitos de primeira geração, que são os direitos civis e os direitos políticos. Os Direitos de primeira geração são “faculdades ou atributos das pessoas e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (BONAVIDES, 2007, p. 563-564).

Os princípios do Estado liberal foram irradiados para várias partes do mundo e influenciaram significativamente a construção da estrutura de poder nos Estados existentes à sua época e àqueles que surgiram depois. No Brasil, o movimento iluminista foi responsável por movimentos de contestação do poder monárquico

português e, até mesmo, da condição de colônia lusitana. Entre eles destacam-se a inconfidência mineira, de 1789.

Com a aplicação da teoria do Estado “mínimo”, em que o ente político possui um papel reduzido de funções, a classe burguesa encontrou o ambiente propício para o desenvolvimento do capitalismo. Entretanto, a transformação de súditos em operários e a acentuação das diferenças entre os donos do capital e os que executavam trabalho trouxe grandes reflexos para toda a sociedade, o que colocou em crise o Estado Liberal.

O conceito de liberdade e de igualdade no contexto dos iluministas foi se tornando, paulatinamente, insuficiente diante das crescentes necessidades de trabalho para a satisfação dos desejos do capitalismo. A liberdade, representada na teoria liberal com bastante eloquência e de forma sedutora, na medida em que substitui o dever do indivíduo de venerar a um Estado opressor pelo máximo exercício do direito da autonomia da vontade, tornou-se fonte de acentuadas desigualdades sociais e, com isso, a exploração exorbitante de uma classe social sobre a outra.

A igualdade, caracterizada outrora por um tratamento uniforme do Estado para qualquer indivíduo, tornou-se um conceito vazio, na medida em que promovia verdadeira desigualdade pela omissão diante da realidade existente. A cerca dessa igualdade jurídica, Paulo Bonavides constata que:

Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome” (2007. p.61).

Sobre os fatores que levaram à crise do Estado liberal, o referido autor observa ainda que:

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar (2007, p.59).

Diante desse cenário, os homens novamente encontram, na luta por novos direitos, o caminho para diminuição das injustiças sociais a que estavam submetidos.

Entretanto, as desigualdades sociais, a relação de supremacia e de injustiça nas relações privadas e públicas acarretou no enfraquecimento do Estado Liberal, demonstrando ser ineficaz ante as necessidades da sociedade e da própria economia.

No século XIX, vários protestos de insatisfação e indignação foram surgindo, sendo um dos principais a Revolução Industrial, pois esta trouxe um grande marco para a alteração política e econômica no cenário mundial. Estas manifestações buscavam um apoio maior do Estado, exigindo-se deste uma maior atuação ante as explorações às quais a população operária estava sendo submetida.

O Estado Social, o *Welfare State*, surgiu devido à insuficiência do Estado Liberal, o qual preceituava o bem-estar social, a igualdade material estabelecida entre os empregados e os seus patrões, uma proteção ampliada dos direitos sociais, consolidadas através de empreendimentos voltados a políticas públicas, fortalecendo a figura da Administração estatal.

Neste momento histórico se consolida as diretrizes do Estado social e os Direitos sociais são incorporados em diversas constituições e erigidos à categoria de direitos fundamentais de todo cidadão. O Estado tornou-se o principal ator diante dos problemas sociais, econômicos e políticos, incumbido ao mesmo concretizar o novo conceito de igualdade social e de intervenção nas relações da economia global.

Para a manutenção do assistencialismo realizado pelo Estado Social com a finalidade de diminuição da pobreza e busca de uma igualdade material, o poder público elevou significativamente o gasto e a dívida públicos, ou seja, gastava-se mais do que arrecadava. Além disso havia uma insatisfação em relação a proximidade de salários entre as funções simples e as mais complexas, gerando um sentimento de injustiça. Outro ponto relevante é a crise do petróleo de 1973, quando nem mesmo o Estado conseguiu intervir de forma a evitá-la ou para diminuir seus impactos. Esses fatores, entre outros, ajudam e explicar a crise do Estado de bem-estar social.

Norberto Bobbio resume:

Primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses, nem os cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da Política, definidos como aqueles que podem ter acesso aos

cargos públicos, e que, quando excluídos os escravos e estrangeiros, mesmo numa democracia, são uma minoria (1992, p. 100).

Percebe-se que a limitação ante as necessidades do Estado e da sociedade não foram supridas pela concepção liberal, individualista, ou tampouco pela questão da igualdade pautada em um comunismo ligado exclusivamente às decisões estatais. Neste contexto, começaram a surgir manifestações para a criação de uma ideologia capaz de nortear a ordem jurídica da sociedade, a ideia de um Estado Democrático de Direito.

Uma das grandes questões acerca do Estado Democrático de Direito seria a legitimação do poder estatal. Assim, torna-se imprescindível a construção de um amparo legal capaz de ditar o direito, reconhecer as ações públicas e privadas, trazer uma dinâmica procedural capaz de firmar a existência dos direitos fundamentais, a Constituição.

Postula Jürgen Habermas sobre a legitimação do direito:

É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido (2003, p. 100).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, contempla, a partir de seu preâmbulo e do art. 1º e em todo o seu corpo legal, o paradigma do Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, **reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Porém, como as decisões monocráticas não atingiam o círculo daqueles que as tomavam, a chamada “carência democrática de legitimação”, como definido por Habermas (2003), da inclusão política, da participação efetiva do povo, o

questionamento da autoridade, o Estado Social não conseguiu se sustentar em uma sociedade contemporânea.

Em suma, como Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini aponta, Habermas destaca a decadência dos paradigmas jurídicos do Estado Liberal e do Estado Social:

[...] o paradigma liberal foi reformulado a partir da crítica ao direito formal burguês, da inviabilidade de consecução de liberdades subjetivas aos sujeitos de direitos e, principalmente, da garantia material (cf. HABERMAS, 1997, V, II, p. 139). Já o Estado social baseava-se em uma estrutura paternalista, na qual o Estado possui papel de organizador de políticas compensatórias de proteção jurídicas, mas que impedem a própria participação dos sujeitos de direitos e restringem liberdades, o que gerou profundas críticas (PELLEGRINI, 2014, p.13).

Neste contexto, o ambiente foi viável para a apresentação de um novo paradigma, proceduralista, no qual o Estado Democrático de Direito se firma no preceito da democracia, uma “proposta constitucional para as sociedades políticas”, como salienta André Cordeiro Leal em seu livro “O Contraditório e a Fundamentação das Decisões”.

Assim, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estado Democrático de Direito foi integrado ao ordenamento como a fonte precursora dos direitos inerente ao homem, não sendo mais uma ideologia abstrata, mas sim, uma base sólida que permeia os atos da esfera privada e da esfera pública.

A partir desta instituição do Estado Democrático de Direito, a Carta Magna é a maior consagradora de liberdades e garantias individuais e sociais.

Aury Lopes Júnior (2016), em seu livro “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional” observa que uma Constituição autoritária vai corresponder um Processo Penal autoritário, porém se for democrática esta irá corresponder a um Processo Penal democrático.

O Direito Penal e o Processual penal, ramos do direito, são norteados por este paradigma proceduralista. Esta inserção é oriunda de uma construção gradativa de legislações que correspondiam à realidade da época em que foram moldadas, de acordo com os preceitos morais e socioeconômicos.

O autor Roque de Brito Alves destaca em seu artigo sobre o “Constituição e o Direito Penal” o Direito Penal é desenvolvido a partir da Constituição, pois por ser a lei Maior, “Carta de Direitos”, determina as margens limítrofes para a aplicação do *jus*

puniendi do Estatal; gera uma relação de reciprocidade entre os bens jurídicos tutelados pela norma penal:

[...] em primeiro lugar, por tratar-se do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, sob a premissa maior que no mesmo a Constituição é mais uma “Carta de Direitos” que “Carta de Poderes”[...]. Em segundo lugar, pela íntima relação entre os valores ou bens jurídicos que a norma penal tutela (vida, liberdade, honra, patrimônio, etc.) e os valores fundamentais do homem e da sociedade que estão garantidos pela Constituição, em relações bem evidentes nas lições de penalistas e constitucionalistas contemporâneos (ALVES, 2009).

Ao longo do século XX a humanidade viveu períodos de intenso terror, medo, angústia, incertezas, resultado das grandes tragédias das guerras mundiais. Na segunda metade deste mesmo século, depois da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional precisou organizar-se ideologicamente para dar maior solidez às relações humanísticas e fortalecer o sentimento de justiça.

Neste contexto, em 1948, a Organização das Nações Unidas promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi a bússola interpretativa para as legislações de diversos países, pois era necessário instituir-se um núcleo forte de direitos fundamentais para reerguer a sociedade dos Estados, sendo uma das maiores conquistas de toda civilização desde a Revolução Francesa.

No direito nacional e internacional, a dignidade da pessoa humana, por ser o princípio basilar, é âncora dos ordenamentos jurídicos, confere validade à norma e impõe limites à sua aplicação no exercício da jurisdição.

Conclui Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas:

O Estado democrático de direito é um modelo jurídico-político ideal de Estado máximo no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, mas deve ser um Estado mínimo no que tange à intervenção no âmbito da liberdade individual e da segurança jurídica. Caso contrário, arrisca-se a destruição do próprio Estado de direito em sentido forte (2009, p.392).

4 CONDIÇÕES DA AÇÃO – UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

4.1 Direito de Ação

Antes de adentramos no estudo específico das condições da ação faz-se imprescindível discorrer brevemente sobre o “direito de ação”.

De acordo com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, *verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assim segundo Didier (2013) este dispositivo de sede constitucional, consagra o direito fundamental de ação, da inafastabilidade da jurisdição, sendo considerado uma conquista histórica a partir do momento que fica proibida a autotutela privada e há a assunção do Estado do monopólio da jurisdição.

Ainda segundo o autor o direito de ação é um complexo de situações jurídicas, e na seara cível, um direito potestativo de provocar a jurisdição a fim de ser garantido a tutela jurisdicional, ou seja, direito à uma resposta do Estado-Juiz, neste sentido Didier resume:

[...] o direito de ação é um direito que enfeixa todas as situações jurídicas decorrentes do princípio do devido processo legal. Assim, é correto dizer que o direito de ação garante, dentre outras prestações, um processo adequado, paritário, tempestivo, leal e efetivo. No conteúdo eficacial do direito de ação, há, como se vê, direitos a uma prestação (2013, p. 226).

Na seara penal, o direito de ação perde, em regra, este caráter potestativo, não sendo uma opção pelo legitimado ativo, pois o *jus puniendi* pertence exclusivamente ao Estado, perdendo este caráter de direito, e caracterizando como um dever de ação conforme leciona Pacelli (2013).

O professor Aury Lopes Junior (2009) ao discorrer sobre o direito de ação ele diferencia ação de pretensão e de acusação. Ação seria um direito potestativo (ou dever) concedido ao Estado (particular nas ações penal privadas ou ao Ministério Público nas ações penais públicas) de ir aos tribunais e formular pretensão acusatória, vedando-se a autodefesa.

A pretensão acusatória, segundo Aury (2009), seria uma declaração petitória de que existe o direito potestativo de acusar e proceder à aplicação do poder punitivo do Estado. Neste sentido, trata-se de um direito de narrar um fato com aparência de

direito (*fumus commissi delicti*) e se solicita uma atuação efetiva do órgão jurisdicional em desfavor da pessoa contra a qual se acusa.

Nessa linha, a acusação (declaração petitória) é o ato típico e ordinário de iniciação processual, proposto por forma de petição, através do qual a parte faz uma declaração petitória solicitando que se inicie o processo e que comece sua tramitação. No Processo Penal Brasileiro, os instrumentos de petição inicial seriam a denúncia para o Ministério Público nas ações penais públicas e queixa para o ofendido ou seu representante legal (artigo 31 do Código de Processo Penal) nas ações privadas.

É importante ressaltar que, para Aury Lopes Junior (2009), há uma impropriedade técnica em dizer que a ação penal se subdivide em ação penal privada e em ação penal pública, pois, para ele, toda ação penal é pública, posto que é uma declaração petitória que provoca a atuação jurisdicional para instrumentalizar o Direito Penal e permitir a atuação punitiva estatal, haja vista que seu interesse é geral. Nesse sentido, o correto seria classificar em acusação penal pública e acusação privada, partindo-se da premissa da iniciativa e não propriamente da ação.

Frise-se a importância do estudo das condições da ação para a análise da intervenção mínima estatal, na seara criminal, pois, se não estiver entrelaçada todas as condições necessárias para o exercício da ação penal, o direito de punir estatal resta prejudicado, ante a prevalência do princípio constitucional do devido processo legal.

4.2 Condições da ação

Na análise das condições da ação serão traçadas, a partir da teoria geral do processo, as diretrizes centrais do que consistiriam as condições da ação, e logo após a sua adequação ao Processo Penal constitucional.

Sem adentrarmos na discussão sobre a origem e sobre as teorias da ação, partindo da premissa da teoria majoritária adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, segundo Freddie Didier Jr., o ordenamento jurídico pátrio adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo o qual:

[...] o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. São as chamadas condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman (JUNIOR, 2013).

Segundo Arruda Alvim:

As condições da ação são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito (1990, p.230).

Para Eugênio Pacelli as condições da ação seriam condicionamentos necessários para o exercício da provocação do poder jurisdicional, cuja não observância não vedaria o direito à jurisdição ou ao processo, mas sim, ao julgamento da pretensão de direito material a ela apresentada, ou seja, ao julgamento do mérito.

Assim, segundo Pacelli o mérito da ação penal condenatória deverá relacionar a existência de um fato (materialidade), ser este fato imputável ao acusado (autoria), constituir este fato uma ação típica, ilícita e culpável e não encontrar extinta a punibilidade.

Tomando como base o poder político constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição da República, Aury Lopes Júnior (2009) critica esta forma de classificação, isto é, como condicionar um direito fundamental? Neste sentido, o autor, partindo da expressão empregada por Jacinto Coutinho, classifica o direito de ação em “direito de dois tempos”.

O primeiro momento seria a dimensão constitucional do poder de invocar a tutela estatal. O segundo momento seria de natureza processual penal, momento este de verificação das condições da ação penal as quais subordinam o nascimento do processo, ou seja, condições necessárias para o seu regular exercício.

4.3 Legitimidade

É garantido a todos o direito constitucional de provocar a jurisdição, mas nem todos estão autorizados de forma eficaz a veicular qualquer pretensão relacionada ao objeto litigioso.

Assim, Freddie Didier, leciona que há a necessidade de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que autoriza a gerir o processo, ou seja, ter legitimidade *ad causam*.

A parte é legítima quando sua posição processual coincide com a situação legitimadora, decorrente de previsão legal e perante o respectivo objeto litigioso.

Segundo Moacyr Amaral Santos, em sua obra “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, legitimidade é:

O autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, a legitimação para agir em relação ao réu deverá corresponder a legitimação para contradizer deste em relação àquele. Ali, legitimação ativa; aqui, legitimação passiva (1990, p.167).

No direito processual penal brasileiro, com exceção do *habeas corpus* e da revisão criminal, a legitimidade ativa para promover a ação penal e o desenvolvimento da atividade persecutória é restringida a determinadas pessoas.

Consoante artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, a atividade penal é privativa do Estado por meio do Ministério Público, reservando de forma subsidiária, no caso de inéncia do *parquet* a iniciativa exclusiva do particular.

Há também, como exceção de legitimidade ativa, o particular na ação penal de iniciativa privada.

Neste ponto é interessante destacar que, para Pacelli (2013), a legitimidade *ad causam* do Processo Penal é diferente do Processo Civil, pois o Ministério Público, em regra como legitimado ativo, não é considerado titular da relação de direito material suscitada no juízo penal.

Aury Lopes Junior critica também sobre esta importação dos conceitos do Processo Civil, porém ressalta que, no tocante a legitimidade, este conceito pode ser aproveitado, visto que se trata de uma vinculação subjetiva (pertinência subjetiva) para o exercício da ação processual penal.

4.4 Interesse de agir

Interesse de agir assenta-se na ideia de auferir um resultado útil. Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco em seu livro Teoria Geral do Processo, p. 256, conceituam interesse de agir como:

[...] assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (...), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

Fredie Didier subdivide o interesse de agir em interesse-utilidade e interesse-necessidade.

O interesse-utilidade é aferido toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido, mesmo que parcial. O interesse-necessidade fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito.

Pacelli, ao estabelecer o interesse de agir como condição da ação, o diferencia do direito processual civil ao pontuar que, no Processo Penal, a persecução penal não se pode pensar em imposição de sanção penal senão após o devido processo legal, isto tratando-se de ação penal condenatória.

Entretanto, Pacelli relaciona o interesse-utilidade do Processo Civil com o Processo Penal, pois ambos visam a um mínimo de viabilidade de uma satisfação futura da pretensão, perspectiva de efetividade.

O interesse-utilidade é muito proveitoso no campo processual penal, pois, realizada a constatação nos próprios autos do procedimento de investigação da impossibilidade fática de imposição ao final do processo condenatório de uma sanção penal, verifica-se a inviabilidade da ação penal a ser proposta, visto ser demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual.

No tocante ao interesse-adequação Pacelli não vê aplicabilidade no Processo Penal condenatório, pois, mesmo que o pedido de imposição de determinada reprimenda não corresponda a cominação legal pertinente ao fato imputado ao agente, nada impede o recebimento da denúncia ou da queixa.

Aury Lopes Junior critica a condição da ação interesse de agir, ao pontuar ser inaplicável no Processo Penal, visto que este é marcado pelo princípio da necessidade. Nesta perspectiva para se impor uma pena, o processo é o caminho necessário e imprescindível. Assim Aury leciona:

A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. Por isso, pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do Processo Penal. Existe uma íntima e imprescritível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem Processo Penal senão para determinar o delito e impor uma pena. (2009, p. 352).

4.5 Possibilidade Jurídica do Pedido

Segundo Didier, a possibilidade jurídica do pedido vai além da previsão, *in abstracto*, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte, devendo ser entendida como uma inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Ressalta o autor que não necessita-se que o pedido seja permitido via *numerus clausus*, mas esteja dentro da lógica do ordenamento jurídico.

Neste mister, Vicente Filho Greco, quando trabalha a possibilidade jurídica do pedido, leciona:

[...] Com efeito, se a lei condiciona a atividade jurisdicional a certa exigência prévia, está, também, declarando que o interesse processual somente será adequado se o autor cumprir tais encargos. Aliás, Liebman, na última edição do *Manuale de diritto processuale civile*, não mais enumera a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, ampliando, pois, o conceito de interesse processual, especialmente na forma de interesse adequação, considerando como falta de interesse aquelas hipóteses em que a outra parte da doutrina classifica como de falta de possibilidade jurídica do pedido [...] (2003, p.86-87).

É importante frisar que Eugênio Pacelli, em oposição ao direito processual civil, leciona que a condição da possibilidade jurídica do pedido no Processo Penal assume outra visão. Pacelli contrapõe que a possibilidade jurídica do pedido não seria apenas a previsão do pedido no ordenamento jurídico, pois em ações penais condenatórias pedir uma pena de morte, mesmo não sendo pedido viável, nada impede que a ação penal se desenvolva regularmente, pois ao magistrado permite-se realizar a adequação do fato à norma penal correspondente, com a aplicação de sanção penal cominada no preceito secundário da norma, por força da *emendatio libelli* (artigo 383 do Código de Processo Penal).

Em regra, nas ações penais públicas condenatórias, se há pedido de condenação, independentemente da sanção pleiteada, a ação será julgada, ainda que o Ministério Público, após denunciar o acusado, em memoriais ou em sustentação oral, pleiteie a absolvição do acusado, a este pedido o juiz não estará vinculado, visto que cabe ao juiz, no momento da sentença, adequação do fato à norma, impondo, assim, solução ao problema.

Entretanto, nas ações penais privadas, o pedido de condenação é extremamente importante, haja vista que, conforme preceitua o artigo 60, inciso III do Código de Processo Penal, a ausência do pedido de condenação gera a perempção da ação ajuizada, proporcionando, assim, a extinção da punibilidade conforme artigo 107, inciso IV do Código Penal.

Neste sentido, na seara criminal, o pedido é muito restrito, não vinculando o juiz (com exceção da ausência do pedido de condenação nas ações penais de iniciativa privada), sendo valorizado para fim de condenação ou absolvição a *causa petendi*.

Além disso, pontua Pacelli (2013) que a atipicidade do fato é tratada como questão de mérito e não de admissibilidade (artigo 397 do Código de Processo Penal).

Aury Lopes Junior (2009) coaduna com o entendimento de Pacelli sobre a diferenciação da condição de ação referente a possibilidade jurídica do pedido, visto que será o pedido sempre de condenação, confundindo-se a temática com a absolvição sumária prevista no artigo 397 do Código de Processo Penal.

4.6 Condições da ação processual penal

Aury Lopes Junior propõe a estipulação de condições da ação penal próprias da ação penal, enumerando:

- 1) Pratica de fato aparentemente criminoso - *fumus commissi delicti*;
- 2) Punibilidade concreta;
- 3) Legitimidade de parte;
- 4) Justa causa.

3.6.1 Prática de fato aparentemente criminoso

De acordo com Aury Lopes Junior (2009, p. 354), para que a denúncia seja recebida deve-se a parte acusatória (seja o Ministério Público, seja o ofendido), descrever se o fato é típico, ilícito, culpável, ou seja, de acordo com a doutrina moderna de conceito analítico de crime.

Logicamente, que deve haver indícios de crime, pois o fato deverá ser analisado mediante um conjunto probatório levado ao contraditório e ampla defesa, respeitando, assim, o devido processo legal para, ao final, se restar provado, imputar a sanção penal ao condenado após o trânsito em julgado.

Nesta linha, deve-se ir além da análise da autoria e da materialidade quando do oferecimento da denúncia, pois, analisando a dogmática penal, constata-se que a autoria e a materialidade não formam o juízo de tipicidade, na medida que as normas

penais incriminadoras têm outros elementos constitutivos como elementos subjetivos, descritivos ou normativos.

Assim, Aury Lopes Junior leciona que se houver elementos probatórios de que o acusado agiu manifestamente ao abrigo de uma causa excludente de ilicitude deve a denúncia ou a queixa ser rejeitada tendo como base o artigo 395, II do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando
 I - for manifestamente inepta;
 II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
 ou
 III - faltar justa causa para o exercício da ação penal (BRASIL, 1941).

Na mesma sintonia, o autor também afirma que o juiz está autorizado a rejeitar a peça acusatória se haver prova de causa de exclusão da culpabilidade, como, por exemplo, erro de proibição, pois objetiva-se que, uma vez demonstrada e convencido o juiz, este estará amparado para rejeitar a denúncia ou queixa ou aceitar o arquivamento feito pelo Ministério Público.

Assim, o referido autor pauta esta condição da ação no princípio da proporcionalidade, pois é um princípio implícito na Constituição Federal, mas que figura como extremamente necessário para se verificar a necessidade de intervenção do Estado via Processo Penal, haja vista a nítida presença de causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

Neste sentido, a questão deve ser analisada se há uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade no momento em que é oferecida a peça acusatória, podendo o juiz rejeitá-la com base no artigo 395, II, do Código de Processo Penal, supracitado. Porém, após o recebimento da peça acusatória, se o convencimento do magistrado sobre a presença de causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade somente será auferido após a apresentação da resposta a acusação, a decisão será de absolvição sumária, conforme artigo 397 do Código de Processo Penal.

4.6.1 Punibilidade Concreta

Atualmente, consoante artigo 397, IV, do Código de Processo Penal, verificando o juiz a presença de uma causa de extinção da punibilidade prevista no

artigo 107 do Código Penal ou em leis especiais o juiz deverá absolver sumariamente o acusado.

Porém, Aury Lopes Junior amplia este momento de aferição da punibilidade para a fase anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, pois, se de plano o juiz verificar a presença de causa de exclusão da punibilidade, deverá rejeitar a peça acusatória.

4.6.2 *Legitimidade de Parte*

De acordo com a Constituição Federal em seu artigo 129, I, é legitimado privativo das proposições da ação penal pública o Ministério Público, e consoante o artigo 30 e 31 do Código de Processo Penal, nas ações de iniciativa privada, cabe a esta vítima ou aos seus representantes legais, isto é, conjugue ou companheira, ascendente, descendente e irmão.

É importante destacar que não se trata de substituição processual, uma legitimação extraordinária, como ocorre no Processo Civil, alegando que está postulando em nome próprio direito alheio (*jus puniendi* do Estado), pois se trata de uma mera pretensão acusatória seja pública ou privada, como dispõe Aury Lopes Junior (2009).

A legitimidade ativa seria a titularidade da ação penal sob o aspecto subjetivo, sendo do Ministério Público, nas ações penais oferecidas através de denúncia, ou do ofendido ou de seus representantes legais no caso de perseguição criminal por queixa. Ressalte-se que esta titularidade advém da própria lei e não somente do interesse processual.

A legitimidade passiva decorre da autoria ou participação do injusto típico, devendo-se observar aqueles que são inimputáveis, como, por exemplo, os menores de dezoito anos, referente ao processo criminal ordinário.

Assim, temos:

A ilegitimidade ativa ou passiva leva à rejeição da denúncia ou queixa nos termos do artigo 395, II, do CPP, ou ainda, permite o trancamento do processo através de *habeas corpus*, eis que se trata de processo manifestamente nulo (artigo 648, IV) por ilegitimidade da parte (artigo 564, II) (JUNIOR, p. 360).

Por fim, realizada a rejeição da denúncia ou da queixa por ilegitimidade da parte, esta decisão faz coisa julgada formal, não impedindo o ajuizamento de uma nova ação com a correção do polo, devendo se observar que nas ações de iniciativa privada há o prazo decadencial de seis meses contados do dia que o querelante venha saber quem é o autor.

4.6.3 Justa causa

Não há, no meio acadêmico, o conceito solidificado de justa causa, visto que no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, a justa causa é indicada como uma condição da ação processual penal, mas não é conceituada pelo referido diploma legal.

A autora Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em sua obra “Justa Causa para a Ação Penal” leciona que a justa causa exerce uma função mediadora entre a realidade social e a realidade jurídica, seria uma proteção contra o abuso de Direito. Ainda segundo Assis Moura a justa causa seria um ponto de apoio para toda a estrutura da ação processual penal, visto que se manifesta contra o uso abuso do direito de acusar.

A justa causa, além de condicionar a ação penal, condiciona também a prisão cautelar, a sentença penal condenatória e outras situações específicas que exigem preenchimento de determinados requisitos, isto é, justifica a própria intervenção penal.

Afrânio Silva Jardim indica que a justa causa estaria relacionada com a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, e com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal, a fim de se garantir um lastro probatório mínimo.

Nesse diapasão, a justa causa alinha-se com a aplicação do princípio da proporcionalidade, visto a proibição de excesso de intervenção, excesso entre os elementos que justifiquem a intervenção penal, de um lado e o custo do Processo Penal, de outro.

Verifica-se, dessa forma, que, na ausência de justa causa, a peça acusatória deverá ser rejeitada, sem que esta decisão implique julgamento do mérito, ou, se o juízo for após a apresentação da resposta a acusação, a falta de justa causa conduzirá a um julgamento antecipado de mérito, com a absolvição sumária do réu nos termos do artigo 397, III do Código de Processo Penal.

4.7 Condições específicas da ação penal

Alguns doutrinadores⁹ indicam que, além das condições gerais ou genéricas da ação processual penal acima elencadas, há também condições específicas ou condições de procedibilidade da ação penal, sendo a representação e a requisição do Ministro da Justiça nos crimes de ação penal pública condicionada a representação.

Ações penais públicas condicionadas a representação são a exceção do Processo Penal, pois, em regra, se nada dispuser a lei, os crimes são de ação penal pública incondicionada, tendo como titular para sua proposição o Ministério Público.

Dessa forma, quando a lei de forma expressa dispuser que determinado crime somente se processa mediante representação, mesmo sendo de natureza pública, a autoridade policial ou judiciária não poderá dar início ao procedimento/processo, por ausência de condição de procedibilidade essencial.

A representação é de titularidade do ofendido, ou, em sua ausência, de seus representantes legais, ou seja, cônjuge/companheiro (interpretação constitucional à luz do artigo 226 da Constituição Federal), ascendente, descendente e irmão, nesta ordem.

A ordem estabelecida pela lei, no artigo 31 do Código de Processo Penal, deve ser obedecida quando todos os legitimados tiverem interesse na propositura da ação; caso contrário, será legitimado quem tiver interesse para tal.

Nessa linha, a representação, no processo criminal, possui um prazo decadencial de seis meses, conforme preceitua o artigo 38 do Código de Processo Penal, para ser oferecida, contando-se o prazo desde o conhecimento da autoria do fato, caso contrário, ocorrerá a extinção da punibilidade.

O art. 25 do Código de Processo Penal dispõe que a representação é irretratável após oferecida a denúncia; assim, antes do oferecimento da denúncia, é possível a retratação da representação.

A requisição do Ministro da Justiça não se trata de uma verdadeira requisição, pois a requisição é uma ordem da qual não pode se desvincilar, sendo considerada uma informação para o Ministério Público, haja vista que, mesmo com a “requisição”

⁹ PACELLI, JARDIM.

do Ministro da Justiça, o Ministério Público deve ter sua *opinio delicti* formada sobre o fato, consoante ensinamento de Eugênio Pacelli.

De forma esparsa na legislação penal, há outras condições específicas ou de procedibilidade da ação penal, como, por exemplo, o trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento no crime do art. 236, parágrafo único, do Código Penal.

4.8 Novo Código de Processo Civil: reflexões no direito processual penal

Em dezoito de março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, que foi promulgado em março de 2015. Este novo diploma trouxe diversas inovações no âmbito processual civil, vindo a refletir em alguns aspectos na seara criminal, dentre eles a percepção de um novo modelo do que seria considerado condições da ação.

Sobre as mudanças, pode-se destacar que a impossibilidade jurídica do pedido passou a ser tratada como causa de decisão de mérito e não de admissibilidade; e, no tocante a legitimidade *ad causam* e interesse de agir, agora passaram a ser consideradas como pressupostos processuais, isto é, abandonou-se a terminologia de condições da ação na literalidade do Novo Código Processual Civil.

A polêmica sobre o tratamento processual das condições da ação no Processo Civil não acarretou nenhuma mudança no código de Processo Penal segundo Afrânio Silva Jardim e Aury Lopes Junior (2009), visto que o próprio diploma processual penal ainda traz expressamente a referências as condições da ação no art. 395, II, *in verbis*:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
 I - for manifestamente inepta;
 II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
 ou
 III - faltar justa causa para o exercício da ação penal (BRASIL, 1941).

Tal celeuma não interfere diretamente na questão prática, na análise do procedimento, pois são requisitos a serem analisados obrigatoriamente antes da resolução de mérito a ser dada na decisão final do processo, afirmando ainda Afrânio Silva Jardim que estamos diante de uma questão lógica, decorrente do sistema processual e não depende do legislador.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não é o propósito deste trabalho fazer um estudo aprofundado do princípio da proporcionalidade. Como se verá a seguir, trata-se de princípio de matiz constitucional e que irradia no ordenamento jurídico como um todo, mas que leva a reflexões distintas nos diversos ramos do saber jurídico. Se busca mostrar aqui suas principais características e como tal princípio atua no Direito Penal, sem pretensão de esgotar a matéria.

5.1 Questões Gerais sobre o Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade¹⁰, dentro do contexto constitucional, é uma pequena peça dentro de um conceito maior. Certo é que a doutrina e a jurisprudência já reconhecem o *status* constitucional do referido princípio, divergindo, contudo, quanto ao seu fundamento. É o que aponta Mendes, ao dispor que:

Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo (2016, p. 216).

Nesta perspectiva, a definição do seu fundamento diria respeito aos seus resultados. Se se aduz a sua fundamentação a partir dos direitos fundamentais, seu âmbito protetivo diria respeito ao relacionamento entre cidadãos e Estado, ao passo que a sua atuação como corolário do Estado de Direito alcançaria não só a relação

¹⁰ Muito embora não seja o objetivo deste trabalho, vale aqui destacar o posicionamento de Ávila a respeito da proporcionalidade, adiantando que esta não é a posição aqui adotada. O referido autor faz uma separação, quanto às normas jurídicas, entre regras, princípios e postulados normativos. Para ele, enquanto os princípios buscam “[...] promover a realização de um estado de coisas” (2005, p. 88), os postulados normativos, enquanto metanormas – “[...]deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras” (2005, p. 89) –, “[...] são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios. (2005, pág. 130). O autor aponta que a proporcionalidade, juntamente com a razoabilidade, se situa no âmbito dos postulados normativos, posto que estão “[...] longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato” (2005, pág. 90).

entre Estado e cidadãos, mas também haveria uma projeção na relação entre os poderes (MENDES, 2016).

A ideia de proporcionalidade está intimamente ligada à ideia de justiça, no sentido da inutilidade, desnecessidade e desbalanceamento do exercício de direitos fundamentais. Quando se fala em inutilidade, faz-se referência ao resultado infrutífero ao fim que se deseja perseguir; a desnecessidade aponta para a possibilidade da busca de outros caminhos mais amenos e capazes de alcançar esse objetivo com elevado grau de efetividade; e o desbalanceamento, ou desproporção, referindo-se à existência, de forma inequívoca, de mais prejuízos que benefícios ao grupamento de bens, direitos e interesses em tela. Nesse sentido, Sampaio assim leciona:

Embora já estivesse presente na clássica ideia de justiça como proporção ou equilíbrio e, recentemente, com a adequação justa das penas aos ilícitos [...], a proporcionalidade hoje apresenta um conceito muito mais complexo e que serve para aferir se uma dada intervenção no âmbito dos direitos fundamentais é legítima ou indevida. Em geral, diz-se proporcional a intervenção que não é excessiva tampouco insuficiente. Excessiva para restringir um direito; insuficiente para realizá-lo (2013, p. 450).

Em uma primeira abordagem mais ampla, o princípio da proporcionalidade guarda grande semelhança com a, denominada por Alexy, “Lei da Ponderação”, a qual preconiza que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (2008, p. 167)¹¹. Assim, conforme esse preceito, o sacrifício imposto a um princípio (bem, direito, etc), para a satisfação de outro, somente se justificaria à proporção que essa limitação não seja excessiva, ou seja, é minimamente indispensável para obstar a satisfação do princípio, neste cenário, considerado como mais importante.

Neste contexto, é possível aferir, pois, o desdobramento do princípio da proporcionalidade em subprincípios, também chamados de máximas, a saber: adequação, necessidade (mandamento menos gravoso) e proporcionalidade em

¹¹ Como esclarece o autor, “A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele. Se não fosse possível emitir juízos racionais sobre, em primeiro lugar, a intensidade da interferência, em segundo lugar, o grau da importância da razão justificadora da interferência e, em terceiro lugar, a relação de uma com o outro” (ALEXY, 2014).

sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) (ALEXY, 2008)¹². Cada um destes desdobramentos tem por finalidade a imposição de uma condição necessária, de tal sorte que, caso a medida não satisfizer todos os parâmetros de um deles, não poderá ser considerada justificada. Em outras palavras, fracassada a aplicação de quaisquer deles, é legítimo determinar que seja afastada qualquer tentativa de ponderação, haja vista não haver se alcançado as exigências do princípio da proporcionalidade. A seguir se tratará, de forma breve, de cada um deles.

5.1.1 *O subprincípio da adequação*

Este desdobramento, que será referido doravante como subprincípio, traz, no seu conteúdo, a exigência de que toda intervenção havida nos direitos fundamentais deve congruente com a busca de uma finalidade constitucional autêntica (PULIDO, 2005). Existe aqui uma exigência dupla: primeira, que o fim que se busca com a medida adotada e que culmina com a restrição ou limitação do direito tenha legitimidade constitucional; segunda, que haja a adequabilidade (ou idoneidade) na medida adotada para o logro de tal finalidade. É a que alude Sampaio, ao se referir à idoneidade, no sentido de que “[...] a medida restritiva deve ser, pelo menos em tese, capaz de realizar a finalidade a que se propõe: promover outra norma, mais exatamente, objeto ou bens constitucionais. [...] essa máxima inclui o pressuposto da finalidade legítima ou constitucional” (2013, p. 451).

Em relação à legitimidade constitucional, ou fim constitucional legítimo, o viés do seu alcance dependerá do aspecto a ser analisado. Tal função operará de uma forma em se tratando de exame de proporcionalidade (e, portanto, de um juízo de constitucionalidade da ponderação) feito pelo legislador, - ou seja, a primazia de bens e direitos sobre outros é uma decisão legislativa -, ou se diz respeito a um conflito existente entre indivíduos ou entre esses e o poder público (SANCHÍS, 2002).

No que tange à primeira situação (decisão legislativa), não se trata de uma decisão positiva a ser levada a cabo pelo legislador, como um fim a ser alcançado, mas sim de uma limitação, ou sentido negativo, dado que os direitos estão prescritos

¹² Sampaio se refere a estes desdobramentos nos seguintes termos: “idoneidade (ou adequação, aptidão), necessidade (ou exigibilidade, alternativa menos prejudicial) e a ponderação (ou proporcionalidade estrita) (2013, p. 451). Muito embora possa haver denominação diferenciada quanto aos termos, o seu conteúdo não possui diferença digna de nota. Mendes (2016, p. 225), por outro lado, adota a nomenclatura utilizada por Alexy.

na Constituição. Assim, por exemplo, o legislador se veria compelido a não impor determinado culto religioso dado que o texto constitucional garante a liberdade religiosa (SANCHÍS, 2002). Como discorre Alexy:

Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas. Nesse sentido, ele ajustase à idéia de uma ordem-moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui algumas coisas - a saber: aquilo que não é adequado - sem, com isso, determinar tudo (ALEXY, 2008, p. 590).

Desse modo, o sentido negativo diz respeito à impossibilidade de o legislador perseguir um fim que a Constituição consignou, expressa ou implicitamente, como proibido. Se a finalidade buscada se tratar de uma lacuna constitucional, não se enquadrando como proibições expressas, essa condição encontrar-se-á satisfeita. Assim o é em respeito à ao princípio democrático e à autonomia do legislador, posto que a este deve ser dada a devida deferência, afinal, o produto de sua atividade está revestido da presunção de constitucionalidade. Destarte, os fins excluídos da alçada do legislador dizem respeito apenas àqueles que não encontram guarida no texto constitucional. Como analisa Sanchís, “ou a lei adentra o âmbito e então será inválida, ou não o faz e então o assunto não dirá respeito ao regime de direitos” (2002, p. 63, tradução nossa)¹³.

Nessa esteira, a decisão legislativa tem como fundamento uma finalidade constitucional permitida (e, pois, legítima) e consistirá em priorizar a um direito ou bens constitucionais em situação conflitante, a exemplo da confrontação entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade). Nesses casos, não se discute a legitimidade do fundamento, dado que este está contido na Constituição, sendo que a decisão legislativa tem como pressuposto exatamente a satisfação de um dos bens ou direitos em situação conflitante. O que é preciso ser posto à análise é se as demandas das partes encontram ou não suporte nos direitos fundamentais ou em direitos constitucionais implícita ou explicitamente consignados no seu texto (SANCHÍS, 2002).

A idoneidade, ou adequação propriamente dita, concerne à necessidade de que a medida adotada traga utilidade (ou seja apta) à busca pela finalidade constitucional

¹³ No original: “[...] o bien la ley penetra en el recinto prohibido y entonces es inválida, o bien no lo hace y entonces el asunto nada tiene que ver con el régimen de los derechos”.

almejada (fim legítimo). Tal afirmação pressupõe que a constrição a um bem ou direito previsto na Constituição somente se justificaria se, dentre outras possibilidades, esta ocorre para a busca de uma finalidade, ou promoção da norma, atinja um fim constitucional legítimo (SAMPAIO, 2013). Se a medida não é idônea ou justificada para a obtenção desse fim, a constrição não encontra guarda. Trata-se de “[...] uma avaliação abstrata e pouco exigente. Basta, em tese, que o seja” (SAMPAIO, 2013, p. 451).

5.1.2 *O subprincípio da necessidade*

Atendidas às exigências do subprincípio da adequação, o próximo elemento a ser analisado será a determinação de que a constrição do direito ou bem constitucionalmente protegido que tal medida entende indispensável será realmente necessário. Isso porque “[...] o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*” (MENDES, 2016, p. 225). Significa, em outras palavras, que, para que a constrição aconteça, é necessário que não exista nenhuma outra opção menos onerosa e com o mesmo grau de adequação para o alcance do fim constitucionalmente legítimo. Ou seja, “ela [necessidade] exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso” (ALEXY, 2008, p. 590). Para Alexy, a necessidade é a máxima expressão da eficiência de Pareto¹⁴. Segundo o autor, “em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição” (2008, p. 591). Como também leciona Sampaio, “se não existir, de maneira evidente, medida menos gravosa ou menos restritiva, a máxima estará atendida” (2013, p. 452).

A exigência da necessidade não será superada se ocorrem algumas das seguintes situações: primeira, a presença de alternativas diversas para se alcançar a finalidade pretendida; segunda, que algumas dessas alternativas seja a menos onerosa; terceira, que estas alternativas menos onerosas possuam o mesmo grau de

¹⁴ “A eficiência, ou ótimo de Pareto, é um conceito econômico desenvolvido por Vilfredo Pareto. Segundo esse conceito, uma situação econômica seria ótima quando não puder mais ser melhorada, ou quando não se puder melhorar um dos fatores sem o detimento de outro fator participante” (DANI; OLIVEIRA; BARROS, 2010, p. 323).

adequação da medida pretendida (SANCHÍS, 2002). Somente se não se verificarem essas situações é que a exigência da necessidade estará satisfeita.

5.1.3 *O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*

Tendo sido cumpridas as exigências da adequação e da necessidade, o próximo passo, ainda no conteúdo do princípio da proporcionalidade, diz respeito à análise da proporcionalidade em sentido estrito. O conteúdo deste princípio diz respeito a se o grau de satisfatoriedade do bem ou direito constitucional prevalecente equipondera a constrição (ou lesão) o desabono do outro bem ou direito (SANCHÍS, 2002). Esta máxima encontra completa acomodação na intitulada “lei da ponderação”.

Como observa Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito - a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade - expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação:

Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro (2008, p. 593).

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito se assenta sobre a regra racional segundo a qual será correta ou se justifica a decisão se a vantagem obtida suplanta os custos que esta induz. Alexy afirma, ainda, que o grau de satisfatoriedade ou de constrição dos bens e direitos distintos em conflito é realizado conforme um escalonamento triplo “leve”, ‘moderado’ e ‘sério’” (2008, p. 595). O referido autor aduz também que tal escalonamento não se trata de um regramento rígido, reconhecendo que escalas com maiores fragmentações poderão ser utilizadas, ponderando que, na grande maioria dos casos, o escalonamento triplo seria suficiente para a resolução do problema. Nessa esteira, o juízo de valor realizado na ponderação é feito no caso concreto, e não em abstrato, já que são princípios ou bens de mesma hierarquia, restando prejudica este juízo *a priori* (ALEXY, 2008)¹⁵.

¹⁵ Alexy sintetiza a aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas três máximas, da seguinte forma: A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio” (2008, p. 294).

Neste sentido, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas:

Os princípios penais positivos, verdadeiras fontes do Direito Penal, têm por função integrar e conferir coerência aos sistemas jurídicos e são classificados em fundamentais ou derivados. São exemplos de princípios penais fundamentais: o princípio da culpabilidade e o da legalidade penal. Exemplos de princípios penais derivados: o princípio da proporcionalidade, o princípio da intervenção mínima e o princípio da subsidiariedade. O princípio da legalidade penal serve de fundamento a outros princípios penais constitucionais. Todos os princípios penais estão, assim, relacionados. Por conseguinte, a recusa do princípio da legalidade penal abala todo o edifício no qual está estruturado o Direito Penal do Estado de direito (2009, p. 365)

5.2 Princípio da proporcionalidade e a Constituição

A maioria da doutrina situa o princípio da proporcionalidade como princípio de status constitucional. Não se verifica a sua positivação no texto da Constituição, se tratando, portanto, de princípio implícito. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra a sua fundamentação em diversos dispositivos constitucionais¹⁶.

Como salienta Sampaio:

Os fundamentos constitucionais da proporcionalidade são encontrados na necessidade de convivência e realização dos direitos fundamentais numa sociedade livre e democrática, associada às exigências do Estado Democrático de direito de não arbitrariedade e de racionalidade nos processos interventivos e decisórios, além de emanações de diversos enunciados normativos constitucionais, notadamente, no caso brasileiro, o devido processo legal (art. 5º, LIV) para a proporcionalidade como excesso, e a aplicação imediata dos direitos (art. 5º, § 1º) para a proporcionalidade como falta (2013, p.451).

Outros autores, a exemplo de Mendes (2016), o situam apenas no contexto constitucional do devido processo legal, indo além, ao aponta-lo como “princípio geral de direito” (MENDES, 2016, p. 223).

5.3 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal

Como já apontado acima, o princípio da proporcionalidade se manifesta em três máximas, ou subprincípios, quais sejam, adequação (ou idoneidade), necessidade e

¹⁶ Neste sentido, ver Mendes (2016, p. 227 a 230).

proporcionalidade em sentido estrito¹⁷. Contudo, impende apontar que na esfera do Direito Penal o princípio da proporcionalidade tem um alcance mais restrito, entretanto não com menor importância do que nos demais ramos do Direito, visto que da relação das normas penais se pode inferir que a finalidade que procuram alcançar é a proteção do bem jurídico frente à lesão ou perigo de lesão, posto sob a tutela da norma penal, bem como pelo nível de reprovabilidade, ética e socialmente, da conduta delitiva (CORREA).

O fundamento do *jus puniendi* do Estado pode ser encontrado na própria Constituição, atuando como fator limitador desse poder de punir. Assim, o texto constitucional institui diversos mecanismos, tendo como núcleo a dignidade da pessoa humana como fator norteador dessa atuação estatal. Como salienta Gomes, “Da conjugação do Direito penal com a Constituição podemos (e devemos) extrair a conclusão [...] dos mais relevantes princípios constitucionais penais, que funcionam como limites internos do poder punitivo” (2004, p. 112), sendo que estes princípios encontram-se explícita ou implicitamente descritos no texto constitucional. Como exemplifica o referido autor, princípios como intervenção mínima, exclusiva proteção dos bens jurídicos, igualdade, da responsabilidade pessoal, da proibição da pena indigna, dentre outros, são exemplos da manifestação, emanada da Constituição, da limitação ao direito de punir do Estado (GOMES, 2004).

Nessa perspectiva, a pena cominada pelo legislador deverá guardar a devida proporção entre o ato delitivo e a relevância social do fato. É preciso, portanto, que a fixação das penas deva guardar a devida proporção, não sendo possível a admissão de penas irrationais ou excessivas no tocante à prevenção almejada pela norma penal (MIR PUIG, 2007). O princípio da proporcionalidade em sentido amplo encontra guarida nesse modelo, como salienta Mir Puig, ao dispor que “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo parece um mecanismo adequado para fundamentar o controle de constitucionalidade da intervenção penal do Estado” (2009, p. 1.361, tradução nossa)¹⁸. Acrescenta ainda:

¹⁷ Muitos autores, ao discorrerem sobre os limites do *jus puniendi* do Estado, situam o princípio da proporcionalidade como o parâmetro entre a proporção da pena e a gravidade do delito cometido, a exemplo de Ferrajoli (2014, p. 366 e ss.) e Zaffaroni (2002, p. 130 e ss.), como bem aponta CORREA (1999). Este posicionamento, como se verá, coincide com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Adota-se neste trabalho a corrente que entende a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo no Direito Penal, o que abarca, portanto, suas três máximas, e que serão abordadas em tópico próprio.

¹⁸ No original: “el principio de proporcionalidad en sentido amplio parece un cauce adecuado para fundamentar y controlar la constitucionalidad de la intervención penal del Estado”.

Entendido em seu sentido amplo, o princípio da proporcionalidade é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais como o impositor dos limites materiais que dizem respeito a toda ação do Estado que afete os direitos fundamentais. Geralmente apresenta-se como “*limite dos limites*”, como um limite que encontram as limitações de direitos por parte do Estado. Posto que toda intervenção penal – desde a tipificação do delito até a imposição da pena e sua execução – limita direitos, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo seria, portanto, um limite constitucional *material* fundamental, que condiciona a legitimidade da intervenção penal atendendo a sua gravidade (2009, p. 1.361, 1.362, tradução nossa, grifos presentes no original)¹⁹.

Assim sendo, a ação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo no Direito Penal terá desdobramentos distintos, de acordo com cada subprincípio que o compõe. O subprincípio da adequação (ou idoneidade) diz respeito à aptidão do Direito Penal para a proteção do bem jurídico e se as medidas por ele adotadas, tanto na determinação das penas quanto nas medidas de segurança impostas, são apropriadas para a consecução da finalidade pretendida (CORREA, 1999). O subprincípio da necessidade se substancializa, de um lado, “no princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos e, por outra, no princípio da intervenção mínima com os postulados que o integram: *ultima ratio* e caráter fragmentário do Direito Penal” (CORREA, 1999, p. 147, tradução nossa)²⁰. E, por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito guarda correlação, como já dito, com o princípio da proporcionalidade das penas. Sobre cada um desses aspectos passar-se-á a discorrer.

5.3.1 Princípio da Adequação no Direito Penal

O princípio da adequação demanda que tanto o injusto quanto o injusto e seu resultado jurídico sejam capazes de atingir a finalidade protetiva do bem jurídico. Sua

¹⁹ No original: “Entendido en su sentido amplio, el principio de proporcionalidad es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales. Suele presentarse como “*límite de las limites*”, como un límite que han de encontrar las limitaciones de derechos por parte del Estado. Puesto que toda intervención penal - desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución - limita derechos, el principio de proporcionalidad en sentido amplio sería, por tanto, un límite constitucional *material*/fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad”.

²⁰ No original: “en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los dos postulados que lo integran: *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho penal”.

matriz decorre do Estado Social de Direito, sendo que o Direito Penal se legitima socialmente no momento em que a sua ingerência se mostrar útil (MIR PUIG, 2009). A adequação traz como pressuposto um juízo político-criminal da função de garantia ante as intervenções do Estado nos direitos fundamentais, cuja limitação deve ter justificação social. Como salienta Correa, “a missão do Estado não é tutelar moralmente a seus cidadãos” (1999, p. 151, tradução nossa)²¹.

Assim, “o Direito Penal pode e deve unicamente intervir quando for minimamente eficaz e idôneo para a prevenção do delito, devendo-se evitar sua intervenção quando político-criminalmente este se mostrar inoperante, ineficaz ou inadequado, ou, quando utilizado, se mostre contraproducente para a prevenção dos delitos” (2009, p. 151-152, tradução nossa)²². Como leciona Mir Puig, “um Estado que respeite os direitos de todos os seus cidadãos deve ter em mente não só os direitos das (possíveis e efetivas) vítimas de delitos, mas também o sacrifício que implica os direitos do delinquente na proteção das vítimas através de uma pena (ou de uma medida de segurança” (2009, p. 1.373, tradução nossa).

Nessa esteira, os critérios da intervenção penal para a proteção do bem jurídico devem considerar quatro elementos: se o bem jurídico é merecedor de proteção, se existe a necessidade de proteção, se é capaz de ser protegido e, por último, se possui a importância social devida (Mir Puig, 2007). É com fundamento nessa capacidade de proteção é que se torna possível se falar sobre adequação (ou adequação do Direito Penal), capacidade esta que deve ser analisada considerando-se as reais condições do sistema penal (CORREA, 1999).

5.3.2 *O princípio da necessidade no Direito Penal*

O princípio da necessidade no Direito Penal também é denominado como “princípio da intervenção mínima”, ou da “subsidiariedade” (CORREA, 1999), tem como finalidade a otimização do grau de eficácia dos direitos individuais em face das restrições ao seu exercício impostas pelo Estado. Nessa esteira, referido subprincípio

²¹ No original: “La misión del Estado no es tutelar moralmente a sus ciudadanos”.

²² No original: “el Derecho penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su intervención cuando político-criminalmente éste se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado o cuando incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos”.

tem como finalidade precípua obrigar o Estado ao juízo de comparação quanto às restrições impostas ao exercício dos direitos fundamentais, no sentido de sua suficiência para o alcance do fim desejado, de modo a se elencar aquelas que podem alcançar tal finalidade de forma menos gravosa. Por essa razão, tal princípio tem estreita ligação com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Como aponta Correa, “o Direito Penal é necessário quando assim exige a proteção de bens jurídicos, muito embora nem todo bem jurídico converta-se em um bem jurídico pena²³” (1999, p. 159, tradução nossa).

Assim, trata-se de um subprincípio que visa à otimização do grau de eficácia dos direitos fundamentais que sofrem limitação, dado que impõe o afastamento de medidas que possam ser substituídas por outras menos gravosas. Através do princípio da necessidade, tem-se um mecanismo por meio do qual se reduz a lesividade da intromissão da restrição imposta pelo Direito Penal no âmbito dos direitos e liberdades individuais (Mir Puig, 2007). Na lição de Correa, “constitui uma das garantias do Direito Penal moderno que não só explica a função do Direito Penal (proteção de bens jurídicos), mas também limita e circunscreve a intervenção punitiva do Estado²⁴” (1999, p. 160-161, tradução nossa).

5.3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito no Direito Penal

Como já explanado anteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é aplicado quando já atendidas as exigências da adequação e da necessidade. Na esfera penal, é possível fazer uma relação de identidade entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com o princípio da proporcionalidade das penas. Nessa perspectiva, esse princípio impõe um juízo de proporcionalidade entre o delito praticado (ou injusto penal) e a definição da pena em abstrato pelo legislador (em um primeiro momento) e também entre o injusto e aplicação da pena pelo juiz quando da aplicação da norma penal estabelecida (em um segundo momento) (MIR PUIG, 2009).

Assim, é possível dizer que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito possui um âmbito de aplicação abstrato, destinado ao legislador (no juízo de valor

²³ No original: “El Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de bienes jurídicos, si bien no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico penal”.

²⁴ No original: “Constituye una de las garantías del Derecho penal moderno que no sólo explica la función del Derecho penal (protección de bienes jurídicos), sino que limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado”.

entre o injusto penal e a definição da pena em abstrato) e um âmbito de aplicação concreto, com foco na aplicação da pena pelo juiz. Na lição de Correa, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é “o princípio através do qual se rechaça o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade abstrata) ou a imposição de penas (proporcionalidade concreta) que careçam de toda relação valorativa com a conduta, contemplado na totalidade dos seus aspectos²⁵” (1999, p. 277, tradução nossa), acrescentando que “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito implica uma relação de proporcionalidade entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena no momento legislativo; no momento judicial, que a pena seja proporcional à gravidade da conduta concreta cometida²⁶” (1999, p. 278, tradução nossa).

²⁵ No original: “el principio a través del cual se rechaza el establecimiento de cominaciones legales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos”.

²⁶ No original: “el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena en el momento legislativo; en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho concreto cometido”.

6 CONCLUSÃO

A presente dissertação tem como finalidade o estudo do bem jurídico penal e a violência de gênero no contexto familiar e doméstico, cotejados na Lei 11340/06, “Lei Maria da Penha”, compreendendo a importância de se observá-los no tocante a esfera constitucional e infraconstitucional em nosso ordenamento jurídico, baseando-se a sistemática que envolve o Estado Democrático de Direito.

Os princípios são a essência do direito, nenhuma norma é interpretada sem alusão destes, tendo em vista que são suportes atemporais característicos do Direito Contemporâneo, sendo a chave de ligação entre a realidade e a lei.

Discorreu-se sobre a violência doméstica voltada para o público feminino, o qual sofreu durante anos a imposição de uma cultura machista, com contornos religiosos sem uma maior preocupação do Estado em garantir a não reincidência ou mesmo a prática da infração penal no âmbito familiar.

Foca-se no cruzamento entre bases conceituais sobre o bem jurídico penal, como delimitador do poder punitivo estatal e também norteador das inovações legislativas, a fim de fundamentar uma construção lógica e proporcional aos ditames constitucionais, principalmente, no que concerne aos direitos fundamentais.

Neste sentido, discute-se muito sobre a aplicação das medidas protetivas, e principalmente, sua natureza jurídica, haja vista que a lei “Maria da Penha” não possui definitivamente delimitado o ramo do direito abordado, e sim, mescla várias disposições jurídicas, como por exemplo natureza penal e cível.

Dessa forma, por ausência de um contexto jurídico específico não há um entendimento pacificado no tocante a aplicação das medidas protetivas, e principalmente, sua natureza jurídica.

Saber se a natureza jurídica é assessoria ou inibitória ou mista faz-se importante a respeito de vincular ao procedimento jurisdicional e dar continuidade, garantir o acesso à justiça.

Assim, é perceptível que as medidas protetivas possuem um caráter inibitório, não se atrelando a questões formais, as quais envolvem o caráter de cautelaridade do processo, e consequentemente, sua disponibilização ante o contexto de violência doméstica e familiar.

Assim percebe-se que as mulheres ao requerem medidas protetivas, ainda que se desinteressem em prosseguir com a ação penal – sendo esta pública condicionada a representação ou ação privada - devem ter o direito de acesso à justiça garantido, e não limitado por questões processuais que não qualificam a natureza do pedido realizado.

Ante o exposto, a investigação extrai-se conclusões pontuais, a saber:

1. O bem jurídico penal é de fundamental importância para a delimitação da esfera de atuação e imposição de sobre o *ius puniedi* estatal, pois observa-se que não é estático no tempo e não possuem somente o viés de orientação para o legislador, como também é uma garantia para o cidadão e legitima a atuação do Estado. Assim, o bem jurídico penal exerce esta função regulatória da vida social a partir da tutela dos valores fundamentais ao delinear as condutas a serem proibidas pelo direito.
2. A noção de bem jurídico vem desde os primórdios da Roma Antiga e passando por construções com o passar do tempo, adequando-se as necessidades da sociedade contemporânea.
3. O bem jurídico na lei Maria da Penha é a vida, a integridade física e psicológica da mulher quando submetida a violência familiar e de gênero. Assim, há um tratamento diferenciado diante da complexidade que se envolve, englobando uma proteção penal, cível, trabalhista e administrativa.
4. A lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, foi uma inovação jurídica definida como uma das formas de cumprimentos das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos diante da condenação do Brasil por violar direitos humanos inerentes a violência contra a mulher.
5. Sobre a natureza jurídica das medidas protetivas previstas na lei Maria da Penha restou evidente que não se trata de simples medidas cautelares, e sim, medidas satisfativas, visto não estarem atreladas a representação criminal, como forma de garantia dos direitos fundamentais e do acesso à justiça.
6. Dados estatísticos demonstram que a violência de gênero atinge todas as camadas da sociedade independente do grau de instrução e da localidade, porém evidencia-se em determinados lugares e posições sociais, como por exemplo em Belo Horizonte (maior população feminina, maior facilidade de acesso aos canais de comunicação e atendimento, dentre outros) , mulheres

jovens e com baixo grau de instrução possuem um lato índice de serem vítimas de violência, além disso a violência mais expressiva é ocorre durante a constância conjugal, e por fim, que do total de ocorrências registradas de violência doméstica contra a mulher, quarenta por cento são registradas como ameaça.

7. Pelo Estudo do Estado Democrático de Direito é possível perceber os contrastes históricos, do Estado Liberal, do Estado Social, para um Estado Democrático de Direito, tendo como parâmetro garantir a proteção dos direitos fundamentais do cidadão.
8. Relacionando-se com as condições da ação penal, cientes que esta sofreu uma alteração sob o ponto de vista interpretativo no Processo Civil brasileiro, o Processo Penal por ser um ramo do direito específico, há necessidade de se verificar a presença das condições da ação, tanto as genéricas quanto as específicas.
9. Trabalha-se a questão do interesse de agir e a justa causa para a ação penal, visto que, na ausência de representação criminal para os crimes de ação penal pública condicionada, não há o preenchimento das condições da ação e consequentemente tornar-se inviável a persecução criminal, por opção do legislador.
10. Por fim, o princípio da proporcionalidade, princípio este balizador da hermenêutica constitucional diante da necessidade de se ponderar o caso concreto com a previsão normativa, com o objetivo de atender os fins jurídicos e sociais, ou seja, a proteção dos direitos fundamentais intimamente ligada aos ideais de justiça.

Portanto, para se ter o reconhecimento de um Estado Democrático de Direito, o poder público precisa desburocratizar o acesso à justiça, a fim de aproximar-se mais da verdade material e não apenas processual buscando a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana das mulheres vítima do lar e, agora, também do sistema público jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

AGAZZI, Anna Carla. Aplicabilidade e Interpretação da Norma Constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 14, janeiro/março 1996.

ALVES. Roque de Brito. Constituição e o Direito Penal. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20E%20DIREITO%20PENAL%20Roque%20de%20Brito%20Alves.pdf>. Acesso em 10/08/2016 às 15h13 horas.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 1990, Vol. I.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, 3^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. Vol. I.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Mulher não precisa fazer BO para obter medida protetiva. Revista Consultor Jurídico, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/carlos-amaral-mulher-nao-bo-obter-medidaprotetiva>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. São Paulo: Forense, 1984. p.364.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **PLC 7 de 2016 efetiva direitos fundamentais na Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jun-21/plc-2016-efetiva-direitos-fundamentais-lei-maria-penha#_ednref acesso em 20 jul. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECHARA, Julia Maria Seixas. **Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.º 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17614>>. Acesso em: 3 fev. 2016

BEDIN, Gilmar Antônio. Estado de Direito e seus Quatro Grandes Desafios na América Latina na Atualidade: uma leitura a partir da realidade brasileira. **Seqüência**, n.º 61, p. 171-194, dez. 2010, Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n61p171>>. Acesso em: 15 jan.º 2016.

BERNARDO. Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil: Breves Reflexões. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, N.º 8 - Junho de 2006. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acesso em: 12 jul.2016

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional.11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. (O tempo e a norma). Almedina, 2012.

BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício Leitão (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: GEN, Forense, 2009. xviii, 613 p. ISBN 9788530928223.

BRASIL.; CAHALI, Yussef Said (Org.). **Código civil; Código de Processo Civil; Código comercial; Legislação civil; Processual civil e empresarial; Constituição Federal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1982 p. (RT mini códigos)

BRASIL. Lei n.º 11.340, 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. **Casa Civil**, Brasília, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20.jan 2016

BRASIL.; PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia (Org.). **Código de Processo Penal: constituição federal e legislação complementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. xxviii, 550 p. em várias pág. (Legislação brasileira)

BRASIL.; PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Código de Processo Penal (1941). Código de Processo Penal e Constituição Federal.** 50. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. xxxiii, 685, 160 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 200991/PR. Relator Gilson Dipp. Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 ago. 2011. Disponível: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1123526> Acesso em 20 jan.^º 2016

ESPÍRITO SANTO, Cláudia do. Reflexões Aspectos práticos da aplicação da Lei Maria da Penha. Revista da Esmese, Sergipe, n.^º 13, p. 17-31, 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/13.pdf>>. Acesso em: 20 jan.^º 2016

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

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de e CARNEIRO, Pedro Rios. **Concessão de medidas protetivas na delegacia é avanço necessário.** Artigo publicado na revista eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/concessao-medidas-protetivas-delegacia-avanco-necessario#_ftnref5>, acesso em 20/6/2016.

CAVALCANTI, Anna Carmem Medeiros. A duração razoável do Processo Penal frente ao artigo 5º, LVXXIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.jfpb.gov.br/esmafe/Pdf_Doutrina/A%20dura%C3%A7%C3%A3o%20razo%C3%A1vel%20do%20processo%20penal%20frente%20ao%20artigo%205%C2%A1.pdf. Acesso em: 20 jun.^º 2016

CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. Política Criminal, Criminalización, Descriminalización y Medios Sustitutivos a la Prisión.^º Análisis Concreto de la Problemática Contravencional. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.** Ano 1, Número 1, dez. 1989. Disponível em <<http://stjtam.gob.mx/Cursos/libros/0000104.pdf>>. Acesso em 15 jan.^º 2016.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos. **Revista da EMERJ**, v. 14, n.^º 53, 2011, Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_7.pdf>. Acesso em 05 fev. 2016

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

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.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Medida protetivas mais protetoras. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/\(cod2_13014\)Medidas_protetivas_ma_is_protetoras.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/(cod2_13014)Medidas_protetivas_ma_is_protetoras.pdf). Acesso em: 20 jul. 2016

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Dey Rey, 2004.

ESPÍRITO SANTO, Cláudia do. Reflexões Aspectos práticos da aplicação da Lei Maria da Penha. Revista da Esmese, Sergipe, n.º 13, p. 17-31, 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/13.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acesso em 03/02/2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Bahia: Editora JusPodvim, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, 17^a ed., 1^º vol., pg. 86-87

GALUPPO, Marcelo Campos. **O princípio jurídico da igualdade e a auto compreensão do Estado Democrático de Direito. Direito, discurso e democracia**. Belo Horizonte: UFMG, 1998. Tese de Doutorado.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais**: a busca de uma exegese emancipadora. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA, Sérgio. **O princípio da proporcionalidade na Pós-Modernidade**. Revista Eletrônica de Direito de Estado. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia n.º 02, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05 fev. 2016

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Barcelona: Tirant Le Blanch, 1989.

MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho**: El objeto protegido por la norma penal. Santiago de Chile: Editora Jurídica ConoSur, 1992.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Héleno Cláudio. **Direito Penal e Direitos Humanos**, Rio de Janeiro. ed. Forense, 1977, disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arg_pdf/heleno_artigos/arquivo60.pdf . Acesso em 05 fev. 2016

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Barcelona: Tirant Le Blanch, 1989.

JARDIM, Afrânio Silva. **O novo código de Processo Civil e as condições da ação**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-as-condicoes-da-acao-por-afranio-silva-jardim/> . Acesso em 29 de jun.º de 2016

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal (Parte General)**. Fundamentos y Teoría de la Imputación.º Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2ª ed. rev. corrig. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Volumen II. Barcelona: Bosch, 1981.

JUNIOR. Freddie Didier. Curso de Processual Civil: **Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Ed. 15ª. Salvador: Editora JusPodivim, 2013

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**. Ed.: 4ª. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Ediouro, 1986.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MELLO, Adriana Ramos de. **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MIR PUIG, Santiago. **Funciones de la Pena y Teoría del Delito, en el Estado Social y Democrático**. Barcelona: Bosch, 1982.

MIR PUIG, Santiago. Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi. **Estudios Penales y Criminológicos**. v. XVI, 1991, Santiago de Compostela. Disponível em <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4205/1/pg_204-217_penales14.pdf>. Acesso em 20 jan.º 2016.

PACELLI Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Ed. 17ª. São Paulo: Ed: Atlas, 2013.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do Estado democrático de Direito e as teorias do processo**. Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC – Minas, 2004, p. 13.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Dey Rey, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento da crítica legislativa sometido a examen.º Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> acesso em 21/02/2016

SINA P.: (1962) Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, Basilea, Helbing & Lüthi

BEDIN, Gilmar Antônio. Estado de Direito e seus Quatro Grandes Desafios na América Latina na Atualidade: uma leitura a partir da realidade brasileira. **Seqüência**, n.º 61, p. 171-194, dez. 2010, Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n61p171>>. Acesso em: 15 jan.º 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146

VIDIGAL, Sérgio. Projeto de lei n.º 07, de 2016. Acrescenta dispositivos à Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125364> Acesso em: 10 jul. 2016