

NEOPROCESSUALISMO E A LEI “MARIA DA PENHA”: ACESSO DAS MULHERES À ORDEM JURÍDICA JUSTA

NEOCOSTITUZIONALISMO E LA LEGGE “MARIA DA PENHA”: L’ ACCESSO DELLE DONNE AL GIUSTO ORDINAMENTO GIURIDICO

*Pedro Gonzaga ALVES**

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Lei n.º 11.340/06 como instrumento jurídico efetivo na proteção dos direitos fundamentais do gênero; 2 Neoprocessualismo e o acesso das mulheres à ordem jurídica justa; 3 Medidas processuais de urgência previstas na Lei n.º 11.340/06 e a tutela efetiva dos direitos materiais das mulheres; 4 Jurisdição especializada: garantia da adequada prestação judicial ao sexo feminino; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, além de garantir o acesso formal à Justiça, deve ser interpretado no sentido de assegurar o acesso à ordem jurídica justa. Assim, a Lei n.º 11.340/06, com o escopo de tutelar efetivamente os direitos das mulheres e dotar de eficácia plena dispositivos da Constituição Federal, positivou instrumentos processuais de urgência e previu a instalação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Referidas medidas são adequadas, pois garantem a proteção dos direitos do sexo feminino de forma efetiva e célere. O presente artigo pretende demonstrar, por meio de pesquisa em fontes bibliográficas, que a inovação legislativa é necessária para se assegurar a igualdade substancial entre os sexos, visto que o tratamento processual comum demonstrava ser ineficaz na tutela dos direitos materiais do gênero. Em razão da histórica discriminação das mulheres e da violência doméstica ou familiar suportada pelo sexo feminino, ações afirmativas nesse sentido são necessárias para a inclusão, por meio do processo, das mulheres no sistema constitucional de garantias e direitos fundamentais.

RIASSUNTO: Il principio costituzionale di garantire l’ accesso alla giurisdizione, oltre difendere l’ accesso formale alla Giustizia, dev’ essere interpretato nel senso d’ assicurare l’ accesso alla ordine giuridica giusta. Così, con lo scopo di proteggere effettivamente i diritti delle donne e dotare di piena efficacia i dispositivi della

* Advogado. Mestrando do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Curso de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade do Norte do Paraná – UENP. Bolsista da CAPES. pegonzaga@hotmail.com. Artigo submetido em 18/05/2010. Aprovado em 16/12/2010.

Constituição Federal, a lei n.º 11.340/06 positivou os instrumentos processuais de urgência e prevê também a instalação dos Juízes da Violência Familiar contra a Mulher. Estas normas são convenientes, pois garantem uma forma efetiva e célere da proteção das mulheres. Como o tratamento processual comum demonstrava ser ineficaz quanto à proteção dos direitos materiais do gênero, o presente artigo pretende, através de uma pesquisa bibliográfica, demonstrar que a inovação legislativa é necessária para assegurar a igualdade essencial entre os sexos. Devido à histórica discriminação das mulheres e também à violência familiar que elas suportam, ações afirmativas neste sentido tornam-se necessárias para incluir, via processo, as mulheres no sistema constitucional de garantias e de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à ordem jurídica justa. Direitos fundamentais das mulheres. Lei “Maria da Penha”. Violência doméstica e familiar.

PAROLE-CHIAVI: Accesso alla ordine giuridica giusta. Diritti fondamentali delle donne. Legge “Maria da Penha”. Violenza familiare.

INTRODUÇÃO

Em decorrência da histórica discriminação do sexo feminino e da necessidade de se combater a violência doméstica e familiar dirigida contra as mulheres, promulgou-se a Lei “Maria da Penha”, a fim de se garantir a igualdade substancial, por meio de mecanismos processuais adequados.

A inovação legislativa obedeceu às previsões constitucionais e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, que objetivam tentar eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres.

Dessa forma, destacou-se que a Lei n.º 11.340/06 foi editada com o intuito de conferir efetividade jurídica plena às normas da Constituição Federal de eficácia limitada, que previam a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar.

Referida legislação é dotada de relevantes dispositivos de ordem processual, capazes de proteger os direitos materiais das mulheres, de forma concreta, assegurando o acesso à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, o presente artigo pretende evidenciar, por meio de pesquisa em fontes bibliográficas, que a Lei “Maria da Penha”, ao dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, coaduna-se com as diretrizes do neoprocessualismo.

Em razão disso, citado diploma normativo, objetiva adequar os procedimentos judiciais, com os direitos humanos previstos na Constituição, tutelando de modo efetivo os direitos do gênero, violados pela violência, conforme as singularidades e circunstâncias do caso concreto.

Como ação afirmativa a Lei n.º 11.340/06, além de prever a criação de uma

série de políticas públicas, voltadas para a emancipação feminina, possui o escopo de integrar à mulher à ordem jurídica justa, com mecanismo processuais adequados e aptos à garantirem a plena satisfação dos direitos substanciais transgredidos, de modo efetivo e célere.

A violência doméstica e familiar contra as mulheres é uma realidade que merece atenção de todas as instâncias da República, sendo imprescindível o estudo sistematizado e crítico dos mecanismos jurídicos existentes, de forma que se viabilizem as alternativas de redução da violência doméstica e suas inegáveis consequências para toda a sociedade.

1 A LEI N.º 11.340/06 COMO INSTRUMENTO JURÍDICO EFETIVO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO GÊNERO

Em virtude da superação do regime militar e a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, instaurou-se no Estado brasileiro uma nova ordem jurídica, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988.

De acordo com os ditames desta Lei Fundamental, o Brasil tornou-se um Estado Democrático e Social de Direito e, com o escopo de seguir a tendência mundial, os direitos fundamentais foram ampliados, tutelando-se, além dos direitos individuais e sociais, os direitos da solidariedade. (BREGA FILHO, 2002, p. 39).

A preocupação do Poder Constituinte Originário com os direitos humanos é salutar, tanto que, de modo minucioso, declarou-se em um capítulo específico os direitos fundamentais e os meios hábeis para sua proteção.

Assim, um dos princípios informadores de todo o arcabouço jurídico, é o princípio da dignidade humana, já constante no artigo 1.º, III, da Constituição da República.

Em harmonia com este princípio fundamental, exsurge um amplo rol protetivo, que visa garantir não apenas a vida, mas, também, a vida digna. Nesse sentido, Ingo W. Sarlet (2004, p. 110) esclarece que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos. [...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana [...].

Por esta razão, é preciso observar harmonicamente todas as normas e disposições constitucionais, sem perder de vista esse importante vetor axiológico.

Desse modo, em decorrência de um dos aspectos da dignidade humana, o artigo 5.º, I, da Constituição Federal, consagra o princípio da igualdade, o qual evidencia que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo vedada qualquer diferenciação arbitrária.

A mulher, não poderá sofrer qualquer discriminação, possuindo todos os direitos e prerrogativas legais instituídas ao homem, podendo, inclusive, haver discriminações positivas, no sentido de amortecer os desníveis sociais existentes entre os sexos, pois não há dignidade sem igualdade.

Vale colacionar a lição de Tove Stang Dahl (1993, p. 41) sobre a discriminação sexual:

O conceito “discriminação” é em si mesmo neutro. Nada existe de errado em tratar diferentemente duas qualidades ou dois fenómenos, desde que sejam diferentes e haja razões boas ou aceitáveis para o tratamento diferenciado. Em certas situações, este tratamento é mesmo um instrumento necessário para criar maior igualdade [...].

Ainda, em relação à discriminação, à autora arremata afirmando:

Distingue-se entre discriminação negativa positiva avaliando-se o seu objectivo e os seus efeitos. A discriminação negativa contra um dos sexos, directa ou indirectamente, significa sempre uma discriminação positiva em favor do outro e vice-versa. [...] A razão para assim ser é a de que a discriminação positiva em favor das mulheres tem frequentemente na sua origem uma posição inicial e continuada de fraqueza destas, que se pretende precisamente contrabalançar com acções afirmativas (DAHL, 1993, p. 45).

Depreende-se que a igualdade formal não é suficiente para se tutelar o conteúdo axiológico do princípio da isonomia, tendo em vista que se busca alcançar a igualdade substancial entre os sexos, sendo instituídas acções afirmativas, para inclusão das mulheres no sistema de direitos e garantias fundamentais.

O gênero feminino, além de gozar de uma posição igualitária e protetiva em relação aos homens, ganha relevo em face do reconhecimento da especial importância das relações familiares pela Constituição, conforme se observa no Título VIII, destinado à ordem social.

Considerando que o texto da Carta Magna reza que a família é a base da sociedade, tendo peculiar proteção estatal, o legislador constituinte assegurou que o Estado criará mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações.

No Brasil, a violência doméstica é apontada, constantemente, em estatísticas¹ e os dados são preocupantes, visto que o problema é complexo, pois, na maioria dos casos, as mulheres vítimas de agressão, por temor quanto à estabilidade das relações familiares, não procuram reivindicar os seus direitos, por meio da denúncia, convivendo com o mal silenciosamente.

1 Segundo a Fundação Perseu Abramo, o resultado anual é de 2,1 milhões de mulheres agredidas no Brasil.

Dessa forma, com o intuito de dotar de eficácia plena o artigo 226, parágrafo 8.º, da Constituição Federal, promulgou-se a Lei 11.340/06, que acabou por criar os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além de prever uma série de medidas protetivas de urgência, constituindo importante ação afirmativa em favor do gênero.

Referida legislação alterou normas de natureza processual, a fim de estabelecer novas regras sobre competência, dispendo à respeito da forma e do trâmite das medidas cautelares, tudo com o objetivo de conferir efetividade, no trato do direito material violado das mulheres agredidas.

Não obstante, em razão da lesividade social da violência doméstica e familiar, excluiu-se a aplicação da Lei n.º 9.099/95, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, alterando, por conseguinte, o Código Penal, Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, com o escopo de tornar mais severa a punição do agressor e, por outro lado, assegurar sua reeducação, com matrícula em programas de recuperação. (NUCCI, 2006, p. 884).

A Lei “Maria da Penha” representa importante instrumento de proteção e tutela dos direitos das mulheres, visto que se coaduna com tratados internacionais² que versam sobre a matéria, bem como visa dotar de efetividade plena normas constitucionais de eficácia limitada.

Os direitos do gênero feminino, que antes estavam tutelados de forma comum na legislação infraconstitucional, hoje estão respaldados por lei especial, que constitui verdadeira discriminação positiva, no sentido de garantir a igualdade material entre os sexos e a efetiva libertação sexual das mulheres.

Outrossim, Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 124), ressaltando a imprescindibilidade da positivação de ações afirmativas destaca que:

Trata-se, portanto, de deslocar o leme da luta jurídica e de ressaltar a importância da construção de um espaço público politizado pelas mulheres como *sujeitos* pela via da *positividade* dos Direitos, particularmente do Direito Constitucional (recoberto e sustentado, obviamente, pelo plano das Declarações internacionais dos direitos da mulher) e conduzente a uma *construção positiva* (e não defensiva) da *cidadania*.

Nessa esteira, visou-se fortalecer o acesso substancial das mulheres à Justiça, com a finalidade de garantir sua inclusão no sistema de direitos fundamentais, por meio processual adequado, capaz de assegurar seus direitos materiais de forma efetiva e célere.

2 O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.

2 NEOPROCESSUALISMO E O ACESSO DAS MULHERES À ORDEM JURÍDICA JUSTA

A conjugação de fatores históricos, sociais e jurídicos acabou por redefinir a relação entre os poderes do Estado, passando o Poder Judiciário a ser reconhecido como parte fundamental do cenário político, tendo em vista que compete ao Supremo Tribunal Federal a proteção da Constituição da República e consequentemente dos direitos fundamentais positivados na ordem jurídica. (STRECK, 2001, p. 41)

Nesse sentido, no que tange ao aspecto histórico, constata-se que após a segunda guerra mundial, restou evidenciado que o positivismo exclusivamente formal, não seria mais suficiente para exprimir todo o direito, sendo necessário à inclusão de vetores axiológicos no ordenamento jurídico.

O Prof. Dr. Eduardo Cambi (2001, p. 94), esclarece que:

Nessa perspectiva, a Constituição deixa de ser mera fonte de validade formal das leis infraconstitucionais e passa a ser vista também como reserva axiológica da justiça. A Constituição, ao dar sentido axiológico ao ordenamento jurídico, permite que, na interpretação do direito e na sua concretização por intermédio do processo, a justiça seja realizada.

Sob a perspectiva social, é importante destacar o aprofundamento da complexidade das relações humanas e o recrudescimento da pluralidade dentro das sociedades.

Do ponto de vista jurídico, pode-se mencionar o reconhecimento da força normativa da Lei Magna, bem como a expansão da jurisdição constitucional, ensejando a discussão sobre uma nova hermenêutica, especialmente, no que diz na consolidação dos direitos fundamentais e ao acesso à ordem jurídica justa. (BARCELLOS, 2005, p. 16)

Nesta esteira, observa-se que a Carta Maior de 1988, constitucionalizou direitos que antes pertenciam à legislação infraconstitucional, a fim de contemplar direitos fundamentais referentes ao processo, instituindo em seu artigo 5.º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Decorrem deste princípio 2 (duas) conseqüências fundamentais: a) visa-se garantir o amplo acesso da população à Jurisdição, garantindo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; b) para se concretizar as diretrizes impostas por este princípio, não seria suficiente assegurar, apenas, o acesso universal dos cidadãos ao Judiciário, pois, é imprescindível, também, que o processo se desenvolva de forma justa, em observância aos direitos fundamentais expostos na Constituição.

Assim, não basta assegurar o ingresso das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar ao Poder Judiciário, para reivindicarem os seus direitos materiais violados, por meio do preenchimento dos requisitos formais das condições da ação. É preciso garantir o acesso à ordem jurídica justa, com a tutela efetiva dos seus

direitos substanciais.

A discriminação, historicamente, considerada do sexo feminino, demonstra que até mesmo este acesso formal, ainda, é precário no Brasil, pois inexiste na maioria dos Estados da Federação, atendimento multidisciplinar especializado para mulheres que sofrem com a violência. São poucos os municípios, por exemplo, que sediam Delegacias das Mulheres.

Além disso, a omissão estatal, referente à instalação das Defensorias Públicas, recrudescer a dificuldade das mulheres vitimizadas de obterem a tutela dos seus direitos, tornando a situação, ainda, mais dramática.

Por outro aspecto, com o intuito de mitigar os efeitos deletérios da violência doméstica e familiar, a Lei n.º 11.340/06 facilitou o acesso formal e material do gênero feminino à Jurisdição.

No que tange ao acesso formal, esta inovação legislativa previu o ajuizamento de medidas cautelares, sem maiores rigores técnicos e inexistindo a intervenção de advogado, assegurando, também, o acesso material, através da tutela específica dos direitos femininos, por meio da instituição do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que acaba por tornar o procedimento mais adequado, efetivo e célere, flexibilizando as regras processuais.

Dessa forma, as medidas de urgência previstas na Lei “Maria da Penha”, bem como a instituição de Juizado especializado, coadunam-se com o sistema principiológico da Constituição Federal, tendo em vista que, para se ter o acesso à ordem jurídica justa – princípio da inafastabilidade da Jurisdição - mister observar a incidência de outros princípios processuais fundamentais.

Esclarece Sampaio Júnior (2008, p. 148) que:

[...] é a imanente ligação deste princípio com o da efetividade, inclusive as últimas reformas de todo os ramos do processo visam assegurar a materialização das decisões judiciais, logo o direito de ação não deve subsumir ao mero ingresso da pessoa ao sistema judiciário, mas sim a uma ordem jurídica justa e efetiva no sentido de verdadeiramente propiciar a tutela dos direitos.

Em harmonia com o exposto, depreende-se que o princípio do acesso à Justiça deverá, em prestígio ao princípio da instrumentalidade do processo, privilegiar mecanismos que realizem, efetivamente, o direito material das mulheres existentes no ordenamento jurídico.

O Prof. Dr. Eduardo Cambi (2007, p. 104-105), com o escopo de enumerar as consequências do acesso material à justiça, destaca que:

[...] essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, a qual: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento

do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais. Por isso, para a noção de acesso à ordem jurídica justa converge o conjunto das garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual.

De acordo com esta perspectiva, as medidas de urgência estabelecidas na Lei n.º 11.30/06, transformam o processo em um instrumento apto a produzir, concretamente, os efeitos esperados.

Supera-se, assim, com o formalismo exacerbado, a fim de oferecer mecanismos adequados à tutelar os direitos materiais, assegurados pelo ordenamento jurídico, de forma célere, respeitando o princípio da duração razoável, exposto no artigo 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Vale colacionar a lição de José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 34):

Se o processo tem natureza pública, especialmente porque visa a alcançar objetivos de interesse público, importante encontrar meios aptos a permitir que a relação processual desenvolva-se da maneira mais adequada possível, possibilitando que o resultado seja obtido de forma rápida, segura e efetiva. Para tanto, a eliminação de formalidades inúteis constitui dado a ser levado em conta pelo legislador na regulamentação da técnica processual.

Sendo assim, a competência especial, para o julgamento de questões que envolvam o objeto desta Lei, apresenta-se como garantia concreta de que os processos que versam sobre os interesses das mulheres agredidas, atenderão ao interesse público e social da pacificação dos conflitos e da justa composição da lide.

3 MEDIDAS PROCESSUAIS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI N.º 11.340/06 E A TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS MATERIAIS DAS MULHERES

Conforme exposto acima, a Lei n.º 11.340/06 disciplinou em capítulo próprio as medidas protetivas de urgência, com o objetivo de se preservar, eficazmente, a integridade física, moral e patrimonial das mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar, mitigando, assim, seus efeitos negativos, por meio da tempestiva intervenção judicial.

Referidas medidas cautelares estão divididas em 3 (três) seções distintas. A primeira seção dispõe sobre regras gerais sobre o rito procedimental das medidas de urgência. Já a segunda seção estabelece medidas que obrigam o agressor, sendo que a terceira seção contém normas de urgência que beneficiam à ofendida.

Estão previstas medidas de natureza criminal, cível ou familiar, não descuidando a Lei das medidas de cunho assistencial, como a inserção da vítima e

de seus dependentes em programas sociais e de proteção, bem como o encaminhamento à equipe multidisciplinar de atendimento.

Ainda sobre as medidas de urgência, Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 879) dispõe que:

São previstas nesta Lei medidas inéditas, que, em nosso entendimento, são positivas e mereceriam, inclusive, extensão ao processo penal comum [...]. A suspensão da posse ou porte de arma de fogo é válida, pois se pode evitar tragédia maior. [...] O afastamento do lar é, igualmente salutar. Seria uma medida de separação de corpos decorrente de crime [...]. A proibição de aproximação soa-nos, identicamente, correta [...]. Finalmente, as medidas de caráter civil, restringindo ou suspendendo o direito de visitas aos filhos menores e a prestação de alimentos, só podem melhorar a eficiência da aplicação da lei [...].

Embora a Lei “Maria da Penha” tenha tratado de modo minucioso sobre as medidas protetivas, é necessário salientar que tais disposições não são taxativas, visto que quaisquer outras medidas poderão ser adotadas, em favor do gênero, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2007, p. 78), afirma que:

Deter o agressor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole está a cargo tanto da polícia como do juiz e do próprio Ministério Público. Todos precisam agir de modo imediato e eficiente. A Lei traz providências que não se limitam às medidas protetivas de urgências previstas nos artigos 22 a 24. Encontram-se espalhadas em toda a Lei diversas medidas também voltadas à proteção da vítima que cabem ser chamadas de protetivas.

O próprio legislador, com o escopo de evitar qualquer dúvida hermenêutica, estabeleceu no artigo 22, parágrafo 1.º, da Lei n.º 11.340/06, que outras medidas previstas na legislação em vigor, poderão ser aplicadas, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem.

Em consonância com o viés protetivo e com a finalidade de assegurar o acesso das mulheres à ordem jurídica justa, citada Lei especial, não exige que as medidas cautelares sejam ajuizadas por advogado, tendo em vista que são requeridas pela vítima e reduzidas à termo na própria Delegacia de Polícia e remetidas ao Juízo competente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Essa inovação legislativa é salutar, pois simplificou a tutela dos direitos do gênero, dispensando o ingresso no Juízo Cível de uma ação cautelar, que além, de representar maior ônus financeiro para a vítima, visto que teria que arcar com honorários advocatícios e custas processuais, referida ação teria um trâmite mais complexo e de reduzida efetividade concreta.

Destacando a importância deste instituto de proteção, Leda Maria Hermann (2007, p. 158) declara que:

A mais significativa inovação da lei, no que diz respeito ao atendimento pela autoridade policial, está prevista no inciso III, do artigo 12. [...] tais medidas constituem providências emergenciais que podem ser pleiteadas judicialmente e devem ser examinadas pelo magistrado em prazo exíguo, por sua urgência natural. [...] A formalização do pleito, prevista no parágrafo 1.º e incisos do artigo 12, é simples e ágil, encaminhado pela autoridade policial.

Apesar da flexibilização das normas processuais, o artigo 13 da mencionada Lei, afirma que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente, respeitando-se, ainda que de forma precária, os requisitos das ações cautelares.

Desse modo, Pedro Rui Fontoura Porto (2007, p. 45), esclarece que devem ser atendidos “os pressupostos das medidas cautelares do processo civil, ou seja, podem ser deferidas *inaudita altera pars* ou após audiência de justificação e não prescindem da prova do *fumus boni juris* e *periculum in mora*”.

Sobre os requisitos indispensáveis para a concessão das medidas cautelares, Luiz Guilherme Marioni (2008, p. 28), prelacona que:

O perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva. Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para evidenciar a necessidade de tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.

Muito embora seja preciso atender, minimamente, os requisitos da ação cautelar, com o escopo de serem deferidas as medidas de urgência, não se pode perder de vista que a Lei “Maria da Penha”, permitiu que este instrumento processual fosse requerido, na própria Delegacia de Polícia, dispensando, inclusive, a necessidade de advogado, fatores estes, que flexibilizam a dogmática procedimental e garantem a efetiva tutela dos direitos das mulheres.

Dessa forma, o preenchimento de certas formalidades, não deve constituir óbice, para o concreto amparo do Poder Judiciário ao direito material das vítimas.

Sustenta Maria Berenice Dias (2007, p. 141) que:

[...] não há como exigir que estejam atendidos todos os requisitos quer de

uma petição inicial, quer de um inquérito policial ou de uma denúncia. Às claras que haverá ausência de peças, falta de informações e de documentos, mas isso não é motivo para indeferir o pedido ou arquivá-lo.

É certo que a situação de perigo e urgência devem estar presentes, para se evitar injustiças e distorções, tendo em vista que a Lei n.º 11.340/06, não deverá ser aplicada para tutelar fins outros, que não sejam a efetiva proteção da mulher que se encontra em situação vulnerável.

O atendimento de interesses particulares das mulheres, como por exemplo, obter de forma simplificada e célere a separação judicial, deverão ser objeto de ações ordinárias na Vara de Família, pois os objetivos da Lei “Maria da Penha” são claros, e sua aplicação indevida poderá acarretar efeitos maléficos, nos casos em que sua incidência plena seja imprescindível.

Isto posto, depreende-se que a legislação em esboço, visou garantir o acesso das mulheres à ordem jurídica justa, visto que mitigou as formalidades processuais, para, efetivamente, assegurar a proteção do direito material do gênero vítima de violência, munindo-se de instrumentos jurídicos adequados à tutelar a dignidade feminina.

4 JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA: GARANTIA DA ADEQUADA PRESTAÇÃO JUDICIAL AO SEXO FEMININO

Não obstante as inovações processualísticas estabelecidas pela mencionada Lei especial, previu-se, também, a criação de um foro específico, para dirimir questões relativas à violência intrafamiliar, sendo instituído no artigo 14, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Dessa forma, foram alteradas as regras ordinárias de competência, pois cabe ao Juizado acima referido, processar, julgar e executar causas cíveis e criminais, que envolvam o objeto da Lei “Maria da Penha”.

É importante ressaltar que se aglutinaram, em um único Órgão Jurisdicional, as competências cíveis e criminais, de modo que a mulher vítima de agressão, não terá mais que ajuizar uma ação cautelar na esfera privada e acompanhar o processo penal no Juízo criminal, porque, com a união das competências, um só juiz poderá julgar esses litígios.

A Jurisdição, sendo entendida como a manifestação do poder estatal, para desempenhar a sua função de aplicar o direito aos casos empíricos, deverá ser distribuída entre os Órgãos Judiciais, com o objetivo dotar de efetividade seu dever de solucionar os conflitos de interesses.

Desse modo, a função Jurisdicional não deve se restringir à atuação concreta da lei, porque, segundo Cambi (2002, p. 67) à Jurisdição deverá estar vinculada às necessidades sociais:

Eleger como padrões de justiça normas constitucionais, significa adotar uma posição compromissória, a fim de se obter uma decisão judicial que

conjugue os valores do sistema jurídico e os valores sociopolíticos, conferindo à atividade judicial maior dinâmica na concretização do direito positivo [...].

Nessa esteira, para que a Jurisdição consiga atingir os seus escopos, é preciso que sejam fixadas regras de competência. Sendo o Poder Jurisdicional uno e indivisível, ele será exercido por meio da distribuição de competência, que segundo Arruda Alvim (2006, pp. 251-252):

Pela competência, atribui-se a função jurisdicional a um ou mais órgãos do Poder Judiciário, o que possibilita àquele ou àqueles órgãos, com exclusividade, o exercício desse poder, a partir do momento em que nele se fixe a competência, com a propositura da ação e com a ocorrência da prevenção. [...] A competência, pois, é decorrência de uma especificação gradual e sucessiva do poder jurisdicional, que possibilita a sua concretização, num dado órgão do Poder Judiciário, relativamente a uma espécie ou mais de causas.

Assim, o Brasil adotou a teoria de Chiovenda, sobre a fixação de competência, sendo empregados 3 (três) critérios básicos: a) o critério territorial; b) o critério funcional e; c) o critério objetivo. (CÂMARA, 2006, p. 99)

O critério territorial diz respeito à dimensão do território atribuído à atividade de cada um dos órgãos Jurisdicionais. O segundo diz respeito às funções desempenhadas pelo Órgão Jurisdicional no processo, como por exemplo, Órgão de competência recursal, executório, dentre outros.

Por fim, é o terceiro critério que ganha relevo no presente estudo, pois está relacionado com a competência para julgamento de causas, de acordo com o objeto do litígio.

Nesse íterim, a atividade Jurisdicional é dividida entre juízes, em conformidade com as especificações da lide, analisando-se o conteúdo da demanda, sendo que o Juízo, de acordo com a divisão de competências, seria especializado na solução de conflitos da mesma natureza.

Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 43), esclarece que:

Esse critério está vinculado com a natureza da causa. Tem-se em conta, especialmente, a qualidade da relação jurídica deduzida, como ocorre com as questões de menores, de família, relativas à Fazenda Pública, criminais, comerciais etc.

Apesar do Juizado de Violência Doméstica ou Doméstica e Familiar contra a Mulher, reunir ações com objetos distintos, o fato gerador da demanda é um só, mas que acarretam reflexos jurídicos em diferentes ramos do Direito.

Nessa perspectiva, a criação deste novo Órgão Jurisdicional especial, não

fere os princípios regentes do critério de competência objetivo, em razão da identidade dos fatos subsumidos ao julgamento.

Não obstante a união de causas cíveis e criminais em um único Órgão, mister ressaltar que a origem fática é a mesma e, que em virtude das nefastas conseqüências sociais, devem ser julgadas de forma especial, pelo Juizado de Violência Doméstica ou Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Citado Juizado irá reunir causas da mesma natureza, cuja similitude está estritamente ligada à violência praticada contra à mulher, no seio doméstico ou familiar.

Mister colacionar a posição de Giuseppe Chiovenda (1998, p. 213), à respeito da criação de um Órgão Judicial específico, para julgar lides da mesma natureza:

Várias razões podem determinar a constituição de órgãos especiais de jurisdição. Tal pode ser a formação de relações novas, as quais, não se adaptando bem às normas jurídicas já estabelecidas, têm necessidade de se definir e formular de modo autônomo [...]. Esse não é, porém, senão um fator, nem sempre necessário, do fenômeno. De uma parte, efetivamente, por vezes os novos órgãos não têm de ocupar-se de relações novas, mas de relações já abundantemente definidas pelo direito vigente [...]

Em harmonia com o exposto, constata-se que a instituição do Juizado pela Lei “Maria da Penha”, não tem por finalidade tutelar direito novo, mas, sim, contemplar a segunda hipótese tratada por Chiovenda, que diz respeito à relações jurídicas solucionadas, em números significativos, pelo Poder Judiciário.

Como decorrência do progressivo aumento dos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra o gênero, bem como da inefetividade da tutela dos direitos das mulheres, pelos Órgãos Judiciais comuns, previu-se na Lei n.º 11.340/06, a criação desta Vara Jurisdicional específica.

Este Juizado possui o objetivo de facilitar o acesso do sexo feminino à ordem jurídica justa, simplificando os procedimentos, para conferir maior efetividade aos direitos das vítimas de agressão, sendo reunidas em um único Órgão Judicial, competências distintas, que eram exercidas de maneira independente.

Interessante a lição de Nucci (2006, p. 873) sobre este assunto:

Evitando-se a dissociação da Justiça, obrigando-se a mulher agredida a percorrer tanto o juízo criminal como o juízo cível, para resolver, definitivamente, seu problema com o agressor, unem-se as competências e um só magistrado está apto a tanto. No mesmo processo, torna-se viável punir o agressor, na órbita criminal, tomando-se medidas de natureza civil, como a separação judicial.

Contudo, é importante frisar que referida Lei especial previu a possibilidade

do Juízo criminal atuar nas causas em comento, com sua competência ampliada, enquanto os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, não forem, empiricamente, instalados nos Estados da Federação.

Indicada previsão legislativa, proporciona maior efetividade aos direitos materiais das mulheres, porque, possui a finalidade de adaptar a prestação Jurisdicional, às reais necessidades do caso concreto, visto que o sexo feminino não pode esperar que os Juizados sejam, faticamente, instalados pelos Estados da Federação.

O autor José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 53), tecendo considerações sobre o princípio da adaptabilidade da tutela jurisdicional, destaca que:

Trata-se de tema intimamente vinculado ao direito material, que, na verdade, determina o limite da atuação jurisdicional. Ali está fixada a extensão do direito a ser reconhecido e atuado pelo juiz, que não deve ficar aquém, mas também não ir além do permitido pelo ordenamento material.

Diante do exposto, constata-se que a Jurisdição deve se adaptar, de acordo com as necessidades e peculiaridades do direito material.

Para que a Lei “Maria da Penha” atinja os seus objetivos, será imprescindível a criação desses Juizados específicos, a fim de tutelar, efetivamente, os direitos materiais das mulheres.

Enquanto não forem instalados, o Juízo criminal deverá desempenhar essa função, em consonância ao princípio da adaptabilidade da tutela judicial e, sobretudo, para cumprir com o mandamento constitucional de garantir o acesso à ordem jurídica justa.

CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, depreende-se que para se alcançar a igualdade substancial entre os sexos, o Estado deverá despendar tratamento desigual, por meio de ações afirmativas, que fortaleçam os mecanismos jurídicos existentes, no sentido de assegurar a emancipação feminina e a tutela concreta dos seus direitos fundamentais.

A Lei “Maria da Penha” constitui importante instrumento de realização dos preceitos constitucionais, tendo em vista que dota de eficácia plena, regras de normatividade limitada, positivando em seu bojo, uma série de ações discriminatórias que visam garantir a igualdade material entre os sexos.

Sob o enfoque processual, referida legislação consagra diversas medidas protetivas de urgência, que objetivam tutelar os direitos materiais das mulheres vítimas de agressão, de forma adequada e efetiva, pois dispensam a intervenção de advogado, além de poderem ser requeridas na própria Delegacia de Polícia, em regime cautelar célere, garantindo, assim, a eficácia real da medida.

Não obstante, citado diploma normativo prevê a instalação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres, inovando, positivamente, sobre as regras ordinárias de competência.

A criação deste Juizado especial, demonstra ser adequado para o tratamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, visto que reúnem ações civis e criminais em um único órgão, fator que, além de não ferir o critério objetivo de fixação de competência, assegura o acesso das mulheres à ordem jurídica justa.

A função Jurisdicional deve ser desenvolvida de maneira dinâmica e compromissória com os direitos fundamentais, evitando-se a aplicação neutra do direito vigente, pois o processo deve ser um instrumento apto à proteger o direito material, como se ele fosse realizado espontaneamente, em respeito aos valores sociais e políticos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, com a instituição das medidas cautelares, a Lei “Maria da Penha” concretiza, não, apenas, o acesso formal das mulheres à Jurisdição, mas, também, garante o ingresso do gênero à ordem jurídica justa, conforme os princípios do neoprocessualismo, pois os seus direitos são assegurados de forma adequada, efetiva e célere, em observância às normas processuais constantes na Constituição da República.

A Lei n.º 11.34/06 representa uma etapa necessária na democracia brasileira, porque é preciso alcançar a igualdade real entre os sexos, sendo que as formas processuais previstas são capazes de tutelar os direitos das mulheres, por meio de uma Jurisdição comprometida com a realização da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *A Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 19/08/2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998.

DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei n.º 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha: lei com nome de mulher*. Campinas: Servanda, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo Cautelar*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: Nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.