



DO ABSOLUTO AO RELATIVO: UMA DISCUSSÃO SOBRE OS LIMITES DA JURISDIÇÃO E DO EMPREGO DO PODER DE POLÍCIA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

FROM THE ABSOLUTE TO THE RELATIVE: A DISCUSSION ABOUT THE LIMITS OF JURISDICTION AND THE USE OF POLICE POWER IN FIGHTING DOMESTIC VIOLENCE

Daniela Martins da Cruz

Cintia Garabini Lages

RESUMO

O presente artigo tem por objeto de análise a constitucionalidade da Lei 13.827/2019, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a medida protetiva de urgência por autoridade não judicial, com a finalidade de resguardar os direitos à vida e à dignidade da mulher e seus dependentes em situação de risco atual ou iminente decorrente de violência doméstica ou familiar. Assumindo como marco teórico o princípio da prevalência dos direitos humanos e uma compreensão de construção e interconexão circular entre os sistemas de proteção de direitos nacional, regional e internacional, a pesquisa pretende contribuir para o debate acerca dos limites da função jurisdicional no marco da Constituição Federal de 1988 e dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo estado brasileiro e do reconhecimento do poder de polícia como instrumento de efetivação de direitos humanos fundamentais. A pesquisa, do tipo básico, adota como procedimento a revisão bibliográfica e a análise documental, caracterizando-se como qualitativa e dedutiva. A partir da reconstrução do sistema legal de proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, das recomendações estabelecidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao estado brasileiro, passou-se à análise dos argumentos a favor da inconstitucionalidade das medidas adotadas. Verificou-se que a defesa da invalidade das medidas com fundamento na cláusula de reserva jurisdicional desconsidera as demais funções do estado como funções aplicadora do direito e garantidora de direitos fundamentais, da mesma forma que não reconhece ao estado o poder de polícia necessário à efetivação destes mesmos direitos. Conclui-se pela constitucionalidade das medidas introduzidas pela Lei 13.827/2019, bem como da natureza administrativa dos instrumentos de uma política pública voltada à concretização dos direitos à dignidade da pessoa humana e do direito das mulheres a uma vida sem violência.

PALAVRAS-CHAVE: cláusula de reserva jurisdicional; poder de polícia; dignidade da pessoa humana; Lei Maria da Penha; violência doméstica.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the constitutionality of Law 13,827 / 2019, which introduced an emergency protective measure in the Brazilian legal system by a non-judicial authority with the purpose of safeguarding the rights to life and dignity of women and their dependents at current or imminent risk due to domestic or family violence. Taking as a theoretical framework the principle of the prevalence of human rights and a circular understanding between national, regional and international rights protection systems, the research aims to contribute to the debate about the limits of the jurisdictional function in the light of the 1988 Brazilian's Federal Constitution and the Human Rights Treaties ratified by the Brazilian state and the recognition of police power as an instrument to enforce fundamental human rights. The research, a basic one, adopts bibliographic review and document analysis as a procedure, being characterized as qualitative and deductive. From the reconstruction of the legal system for the protection of women in situations of domestic and family violence, from the recommendations established by the Inter-American Commission on Human Rights to the Brazilian state, the arguments in favor of the unconstitutionality of the measures adopted were analyzed. It was found that the defense of the invalidity of measures based on the jurisdictional reserve clause disregards other state functions as those that enforce the law and guarantee fundamental rights, in the same way that it does not recognize the state the police power necessary for the effectiveness these same rights. It concludes by recognizing the constitutionality of the measures introduced by Law 13,827 / 2019, as well it's administrative nature as instruments of a public policy aimed at realizing the rights to the dignity of the human person and the right of women to a life without violence.

KEYWORDS: jurisdictional clause; police power; human dignity; Maria da Penha's Law; domestic violence.

1. INTRODUÇÃO

A proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar passou a integrar, de modo mais incisivo, os debates sobre proteção de direitos humanos e políticas públicas de segurança no âmbito nacional após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão

integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, publicar relatório acerca da omissão do estado brasileiro no caso que ficou conhecido como Maria da Penha.¹

Ao analisar a denúncia apresentada por Maria da Penha, referida comissão estabeleceu, em relação ao estado brasileiro, uma série de recomendações, algumas de caráter amplo, relativas à adoção de procedimentos e políticas combativos da violência, e outras medidas de caráter pontual, relativas à denúncia concreta de violação de direitos humanos então apresentada.

As recomendações de caráter genérico geraram, no âmbito interno, a adoção de medidas legislativas pelo estado brasileiro, dentre as quais ganhou destaque a promulgação da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha (BRASIL, 2019b), que estabeleceu mecanismos judiciais e administrativos para combater a violência doméstica, criou o juizado especial de violência doméstica, adotou procedimento judicial simplificado para apuração e responsabilização dos ilícitos praticados, previu medidas protetivas a favor da mulher vítima em situação de violência doméstica e familiar, de modo a assegurar a efetivação dos compromissos assumidos pelo estado brasileiro na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher de 1979 (BRASIL, 2019a) e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência contra a Mulher, também denominada Convenção de Belém do Pará, de 1984 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2019b).

Outras leis seguiram à Lei Maria da Penha, com o mesmo objetivo, garantir um sistema público estatal amplo de proteção das mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, inclusive no âmbito da rede mundial de computadores. As inovações legislativas resultaram do reconhecimento das falhas presentes no sistema de prevenção e eliminação da violência, sobretudo daquelas correspondentes às lacunas normativas, e tiveram por fim a correção das mesmas. É nesse contexto que o presente artigo analisa as alterações introduzidas pela Lei 13.827/2019, que alterou a Lei Maria da Penha, introduzindo nesta o artigo 12 C, para o fim de *autorizar aplicação de medida protetiva de urgência por autoridade outra que não a judicial, antes da instauração de um processo judicial, na hipótese de “risco atual ou iminente à vida*

¹ O Caso Maria da Penha Maia Fernandes foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 20 de agosto de 1998 e deu origem às recomendações contra o estado brasileiro, nos termos do Relatório Anual 2000, Relatório no. 54, caso 12.051, datado de 04 de abril de 2001. O relatório encontra-se disponível no sítio eletrônico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no seguinte endereço: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes.” (BRASIL, 2019c)

Referida autorização legal estendida aos órgãos da Segurança Pública, delegado e policial, cuja atuação pressupõe a ausência de órgão judicial competente, com as restrições e garantias ali estabelecidas, e que tem por fim garantir de modo emergencial o direito à vida, à integridade física e psicológica da mulher que se encontre em grave situação de violência doméstica ou familiar, teve a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sob o argumento de suposta violação da cláusula de reserva jurisdicional. Ao autorizar a atuação do delegado e do policial, a lei estaria violando a competência exclusiva do Poder Judiciário de autorizar a invasão do domicílio do agressor, conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º. inciso XI. (BRASIL, 2020a).

Em função da controvérsia levantada acerca da validade da Lei 13.827/2019 e da legitimidade dos atos praticados pelas autoridades, tal como a lei os prevê, o presente artigo pretende contribuir para o debate acerca dos limites da função jurisdicional no marco da Constituição Federal de 1988 e dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo estado brasileiro. Como marco teórico para a presente reflexão, adota-se o princípio da prevalência dos direitos humanos.

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa do tipo básico e adota como procedimento para o levantamento de dados a revisão bibliográfica e a análise documental e o método de inferência dedutivo. Seu objetivo principal é o de analisar, de uma perspectiva sistemática a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais ratificados pelo estado brasileiro, bem como com o princípio da separação de poderes e da especialização funcional, com o fim de resguardar direitos humanos, no caso, a proteção da mulher em casos de violência, através da aplicação de medidas de urgência.

2. DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LÓGICA CIRCULAR DO RECONHECIMENTO DO DIREITO A UMA VIDA SEM VIOLÊNCIA PARA AS MULHERES

A luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres confunde-se com a história dos direitos humanos e seu processo histórico. Desde a indignada denúncia do processo educacional

incapacitante ao qual eram submetidas as mulheres, aprisionadas em modelo social onde o papel que lhes cabia era o de mero “enfeite” e que sustentava sua condição de não cidadãs, como denunciado por Mary Wollstonecraft na obra “Reivindicação dos Direitos das Mulheres”, publicada na Inglaterra em 1792, passando pela “Declaração de Sentimentos”, na qual Elizabeth Cady Stanton apresenta uma versão diferente da Declaração da Independência originalmente redigida por Thomas Jefferson, para incluir expressamente o reconhecimento “evidente” de direitos para homens e *mulheres*, sustentando o direito de voto destas, em 1848 nos Estados Unidos, chegando ao século XX, com a publicação em 1949 da obra “O segundo sexo” por Simone de Beauvoir, que, segundo as palavras da própria autora, buscou discutir as inúmeras questões relativas à condição de “outro” imposta à mulher pelos homens, o movimento feminista busca, em suas várias fases e em distintos lugares, o reconhecimento às mulheres da mesma dignidade deferida aos homens em um mundo definido por estes.

Os movimentos feministas sufragistas que se desenvolveram em âmbito nacional em diversos estados, tiveram por resultado a alteração da legislação interna, que passou a reconhecer à mulher o direito ao voto, e, por conseguinte, o status de cidadã. Assim o voto feminino foi reconhecido na Nova Zelândia (1893), na Suécia (1862), na Inglaterra (1918), nos Estados Unidos (1920), no Equador (1929) e no Brasil (1932), a título de exemplo.

No cenário internacional, o direito ao voto, como precursor da luta pelo reconhecimento de uma condição de igualdade em direitos e dignidade, tem início com a Carta das Nações Unidas (1945), que em seu artigo 8º. estabeleceu o direito de participação irrestrita das mulheres (e também, por óbvio, dos homens), em seus órgãos em condições de igualdade. (BRASIL, 2020b).

Outros importantes documentos internacionais marcam a história dos direitos das mulheres em âmbito internacional. No âmbito do sistema internacional, a ampliação dos direitos das mulheres dá-se com a aprovação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1979, referida Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Legislativo 93, de 14 de novembro de 1983, e do Decreto 89.406, de 1º de fevereiro de 1984. (BRASIL, 2020c). No entanto, apesar de ter sido ratificada por inúmeros países, a Convenção recebeu um significativo número de reservas que no que tange ao reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres na família, reforçando “o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e

privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família.” (PIOVESAN; PIMENTEL. 2011, p.105-106).

O alcance da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres vai além das garantias de igualdade e proteção, pois coloca aos Estados participantes a responsabilidade, o dever pela adoção de medidas legais, políticas “e incluem o dever de promover todas as medidas apropriadas no sentido de eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização, empresa e pelo próprio Estado.” (PIMENTEL, 2013, p.16).

No âmbito do Sistema Interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) foi cuidadosa ao estabelecer que seus Estados Partes reconhecessem e assumissem o compromisso de garantir direitos e liberdades a toda pessoa humana, considerando-se esta como todo ser humano, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões política ou de qualquer outra natureza.

Ainda no contexto regional, foi adotada em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - “Convenção de Belém do Pará”, representativa de um grande avanço no reconhecimento dos direitos das mulheres a uma vida sem violência, pois ampliou a definição de violência contra as mulheres como sendo “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada”, nos termos do seu artigo 1º.

A Convenção de Belém do Pará estabeleceu, pela primeira vez, o direito das mulheres viverem uma vida livre de violência, ao tratar a violência contra elas como uma violação aos direitos humanos. Nesse sentido, adotou um novo paradigma na luta internacional da concepção e de direitos humanos, considerando que o privado é público e, por consequência, cabe aos Estados assumirem a responsabilidade e o dever indelegável de erradicar e sancionar as situações de violência contra as mulheres. (BANDEIRA, ALMEIDA, 2015)

A Convenção de Belém do Pará, organizada em cinco capítulos e 25 artigos, reforça o compromisso firmado pelos Estados Partes na luta contra todas as formas de violência contra a mulher, razão pela qual estes convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

[...]

c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

[...]

e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2019b, grifos nossos).

O objetivo da Convenção é o de assegurar às mulheres uma vida livre de violência e ainda mostrar “de forma enfática, a violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres.” (PIOVESAN; PIMENTEL. 2011, p.108). Segundo Alice Bianchini, a ratificação da Convenção de Belém do Pará pelo estado brasileiro importou na assunção de uma agenda legislativa voltada à proteção dos direitos das mulheres, tanto no âmbito da esfera pública – estabelecimento de políticas públicas, incluindo medidas criminais, quanto no da esfera privada, casamento, família, filhos e trabalho.

Do reconhecimento interno dos direitos políticos, decorrentes dos movimentos nacionais sufragistas à ratificação de convenções de direitos humanos, é possível identificar uma lógica circular de proteção de direitos. Os direitos políticos inicialmente assegurados no âmbito nacional, acabam por viabilizar o reconhecimento de outros direitos, dentre os quais o direito a uma vida sem violência. Contrariando uma lógica local, culturalmente reforçada por práticas costumeiras seculares que naturalizam a violência, a defesa dos direitos das mulheres encontra na esfera internacional suporte para o reconhecimento dos direitos das mulheres a uma vida digna. É nesse sentido, a partir de uma perspectiva circular, que se compreende no presente trabalho, o processo histórico de reconhecimento dos direitos humanos, em especial para o presente estudo, os direitos das mulheres.

Ressalte-se que esse processo circular também promove um alargamento dos direitos reconhecidos. Se, em um primeiro momento, os movimentos restringem-se ao reconhecimento do direito ao voto, em um segundo momento, eles se expandem, de forma a assumir tanto uma conotação internacional quanto novos objetos, diferenciando-se tematicamente. Por sua vez, direitos reconhecidos no plano externo, internacional ou regionalmente, impactam os estados e seus ordenamentos jurídicos, promovendo seu desenvolvimento e uma maior proteção dos

direitos dos homens e das mulheres, como ocorre com a adoção de novas leis instituidoras de políticas públicas de segurança da mulher.

Desta forma, o debate que se faz no contexto constitucional/legal se torna objeto de tratados, assume viés internacional. Assim, estruturam-se os sistemas internacional e regionais de defesa dos direitos humanos, com caráter complementar em relação aos direitos reconhecidos internamente, que, por sua vez, influenciam os sistemas internos.

Foi neste contexto de diálogo e interações recíprocas entre os órgãos internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos, que se desenvolveu o direito das mulheres brasileiras a uma vida sem violência. Nesse mesmo contexto, pode-se dizer, o estado brasileiro, influenciado diretamente pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e, sobretudo por recomendações estabelecidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, evoluiu tanto legislativamente quanto administrativamente, ao estruturar políticas públicas voltadas ao combate à violência doméstica e familiar.

3. DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS À LEI 13.827/2019: A EVOLUÇÃO DO SISTEMA LEGAL DE PROTEÇÃO CONTRA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Pode-se apontar como sendo o caso de maior repercussão na história dos direitos humanos das mulheres no Brasil, o da bioquímica Maria da Penha Maia Fernandes, analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão integrante do Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2019c).

Maria da Penha Maia Fernandes fora vítima de duas tentativas de homicídio por parte do seu então marido, Marco Antonio Heredia Viveiros, em maio e junho de 1983. Em razão da primeira tentativa de homicídio, Maria da Penha passou a sofrer de paraplegia irreversível, bem como outras enfermidades. A demora do estado brasileiro, através dos seus órgãos judiciários, em assegurar um processo judicial célere que declarasse de forma definitiva a responsabilidade penal do réu, motivou a apresentação de denúncia por parte de Maria da Penha contra o estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A denunciante alegou, à época, que passados mais de 15 anos, o processo penal não havia sido concluído. A primeira condenação fora anulada em razão do recebimento pelo órgão judiciário de um recurso

extemporâneo apresentado pelo réu, e a segunda condenação estava suspensa, à época, em decorrência do recebimento de recurso interposto perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Nos termos do Relatório 54 da CIDH, a denúncia foi feita em “face da tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas.” (CIDH, 2019c).

Ao final, a Comissão Interamericana responsabilizou o estado brasileiro por ter violado os direitos e as garantias judiciais que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece em seus artigos 8 e 25, “em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica”. (CIDH, 2019c).

Considerou ainda a Comissão que o estado brasileiro, não obstante ter tomado medidas visando a redução dos casos de violência doméstica, ainda é tolerante com tal situação, seja em razão da falta de efetividade da atuação dos órgãos de segurança, seja em razão da falta de atuação dos órgãos judiciários. O reconhecimento de um estado de tolerância injustificada em relação à situação de violência doméstica e familiar no Brasil, representado no caso em análise, levou a Comissão a estabelecer recomendações ao estado brasileiro de duas ordens distintas: recomendações específicas, atinentes ao caso; e recomendações amplas de enfrentamento da violência doméstica e familiar.

Dentre as recomendações de caráter amplo, estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que o estado brasileiro deveria “prosseguir e intensificar o processo de reforma que evitaria a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil”. (CIDH, 2019c).

Para tanto, o estado brasileiro deveria proceder (i) à adoção de medidas de capacitação de policiais e funcionário públicos envolvidos com a questão da violência, de modo a sensibilizá-los, (ii) a adoção de procedimentos judiciais simplificados mais, garantido o devido processo, (iii) a adoção de formas alternativas de solução de conflitos intrafamiliares, de sensibilização da gravidade e das consequências jurídicas decorrentes da violência doméstica, (iv) aumentar o número de delegacias especializadas no atendimento das mulheres e na defesa dos seus direitos, garantindo recursos orçamentários suficientes para tal e para a investigação de todas as denúncias, e auxílio ao Ministério Público para a sua atuação nos casos de violência, (v) a inclusão dos direitos das mulheres e a importância do respeito às mesmas nos planos

pedagógico das unidades curriculares. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2019c).

A partir das recomendações estabelecidas pela CIDH, a agenda feminista ganhou força no Brasil, sobretudo no âmbito legislativo, o que levou à aprovação da Lei 13.140, em 2006, - Lei Maria da Penha, que estabeleceu um conjunto de normas visando a estruturação de um pacto federativo para a desconstrução de uma cultura de violência contra as mulheres. (BRASIL, 2019b).

Neste sentido, a Lei Maria da Penha, ao reconhecer, nos termos do seu artigo 6º. que “a violência doméstica e familiar constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”, estabelece (i) conceito e rol exemplificativos das hipóteses configuradoras da violência doméstica, (ii) diretrizes estabelecedoras de medidas integradas de prevenção, envolvendo os entes políticos União, Estados, Distrito Federal e Municípios, (iii) atendimento da mulher por autoridade policial e pericial especializado, (iv) criação de juzizados especiais de violência doméstica e familiar no âmbito da justiça federal e estadual, para o processamento, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, (v) a estruturação das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e as que protegem a ofendida, (vi) a criminalização do descumprimento das medidas protetivas, (vii) atuação do Ministério Público, normas sobre assistência judiciária e atendimento multidisciplinar da mulher em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2019b).

Não obstante seu amplo conteúdo, a Lei Maria da Penha necessitou de ajustes e complementações ao longo do tempo, com a finalidade de estender seu âmbito de proteção legal, bem como suprir lacunas reconhecidas ao longo da sua aplicação. Desta forma, foram editadas várias leis federais com o mesmo objetivo, garantir um sistema público estatal amplo de proteção das mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, inclusive aquelas realizadas na rede mundial de computadores. Neste sentido foram editadas as Leis 12.015/2009, que estabeleceu nova configuração do Código Penal em relação aos crimes sexuais; a 13.104/2015, que alterou a redação do Código Penal e incluiu o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, passando a considerá-lo crime hediondo; a 13.718/2018 que introduziu os tipos penais da importunação sexual, tipificou a chamada pornografia de revanche e agravou as penas no caso de estupro coletivo e corretivo. Outras leis tiveram por

fim aperfeiçoar a Lei Maria da Penha, alterando seu texto.² Dentre estas, destaca-se a Lei 13.827/2019. (BRASIL, 2019c).

A Lei 13.827/19, objeto específico da presente análise, alterou o texto da Lei Maria da Penha, para autorizar a adoção de “medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça”, através da introdução de novo dispositivo à Lei Maria da Penha, o artigo 12- C.³ (BRASIL, 2019c).

Nos termos do mencionado dispositivo legal, na hipótese de “risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida”. Trata-se, portanto, de medida protetiva de urgência em face de risco provável e atual no qual se encontra a mulher e seus dependentes. Dois relevantes aspectos devem ser aqui considerados, primeiro, o caráter sucessivo da competência para o afastamento do agressor e precariedade da medida.

Neste sentido, a competência para adoção da medida, o afastamento do agressor do lar, foi atribuída, de forma sucessiva, à autoridade judicial, ao delegado de polícia ou ao policial, o que significa dizer que a adoção de medida por parte dos órgãos integrantes do sistema de segurança pública, delegado e policial, somente pode ser adotada diante da ausência da autoridade judicial e que o policial só poderá atuar na ausência do juiz competente e do delegado. Por sua vez, a precariedade da medida resulta na sua possibilidade de reversão quando da sua análise pelo Poder Judiciário. O afastamento do lar não é definitivo e não importa na

² Alterando a Lei 13.140/2007, foram editadas as seguintes leis federais: 13.505/2017; 13.641/2018; 13.772/2018; 13.836/2019; 13.871/2019; 13.880/2019; 13.882/2019, 13.894/2019

³ Art. 2º O Capítulo III do Título III da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 12-C:

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

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do **caput** deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.”

prisão cautelar do agressor, devendo ser comunicado ao juiz competente no prazo de 24 horas, que deliberará acerca da manutenção ou revogação da medida imposta. (BRASIL, 2019c). Neste sentido, a atribuição de competência ao delegado e ao policial apenas dá-se em face da ausência do órgão judiciário competente, e quando adotada a medida, esta necessariamente deverá ser objeto de análise daquele que, ao final, avaliará a sua regularidade, o juiz.

Entretanto, a possibilidade de adoção de medida restritiva por parte de autoridade policial, delegado ou policial, autorizada pela Lei 13827/2019 tem sido objeto de discussão no que tange a sua constitucionalidade. A problemática reside na seguinte questão: com o objetivo de garantir uma maior proteção à vítima com as medidas protetivas de urgência, foi dado poder à autoridade policial, delegado ou, na sua ausência, policial, para afastar do lar o agressor, entretanto, tal medida contrariaria o princípio da separação de poderes? Tal discussão pressupõe, em um primeiro momento, a reconstrução dos argumentos que sustentam o entendimento pela inconstitucionalidade da Lei 13.827/2019 e, conseqüentemente, da medida por esta adotada.

4. SOBRE A LEI 13827/3029 E OS ARGUMENTOS A FAVOR DA SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

A discussão em torno da constitucionalidade da Lei 13827/2019 e, conseqüentemente das alterações introduzidas na Lei Maria da Penha, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, através do ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade – ADI 6138, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, por parte da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB. (BRASIL, 2019g).

Na inicial da referida ação, aduz a AMB que a inconstitucionalidade da Lei 13.827/2019 residiria na criação de hipótese legal para que o delegado ou o policial praticassem atos da competência do Poder Judiciário, ofendendo o princípio da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da inviolabilidade do domicílio, previstos nos incisos XII, LIV e XI do artigo 5º da Constituição.

Para a autora, ao se observar o texto constitucional, o ingresso no domicílio sem o consentimento do morador só poderia ocorrer em caso de flagrante delito, desastre ou, durante o dia, mediante autorização judicial, e, de modo contrário, o dispositivo legal admite a

possibilidade do delegado ou policial o direito de restringir a liberdade do agressor sem o devido processo legal, e ainda argumentam que a inconstitucionalidade da lei ocorre em razão da violação da reserva absoluta de jurisdição.

Com efeito, não se pode cogitar da possibilidade de um policial ou delegado vir a “penetrar” no “lar, domicílio ou local de convivência”, sem ordem judicial, para retirar alguém do ambiente e ainda mantê-lo afastado, privando-o da sua liberdade, antes do devido processo legal.

(...)

A atividade jurisdicional que pressupõe a capacidade técnica de interpretar a lei para julgar, terá sido atribuída ao Delegado de Polícia ou, na sua ausência, ao Policial. Trata-se da institucionalização do Estado Policialesco, d.v. Estará justificada a edição de outras leis para, onde não houver juiz, Delegados ou Policiais decretarem prisão temporária, preventiva, conceder liberdade etc.

Será o desvirtuamento do Estado Democrático de Direito, pois ao invés de fazer com que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário, mediante o incremento de um maior número de magistrados, passa-se a atribuir atividades do Poder Judiciário a agentes públicos do Poder Executivo desprovidos do dever funcional de imparcialidade inerente, com ofensa ao princípio da separação de poderes (CF, art. 2º). (BRASIL, 2019g).

Assumindo o entendimento de que a interpretação do direito configura monopólio do Poder Judiciário e de que a função jurisdicional tem caráter absoluto, sustenta a autora a inconstitucionalidade da lei, descon siderando o contexto em que a discussão se situa: o direito humano fundamental das mulheres a uma vida sem violência e sem ameaças. O enfoque adotado pela AMB restringe-se a uma análise das competências funcionais dos órgãos do Poder Judiciário, como ver-se-á a seguir.

5. DA JURISDIÇÃO COMO ESPÉCIE DE FUNÇÃO APLICADORA DO DIREITO E SEU CARÁTER RELATIVO

O argumento central a favor da inconstitucionalidade da Lei 13.827/2019, reside na compreensão segundo a qual a atuação de delegados e policiais violaria a cláusula de reserva jurisdicional, que atribui aos órgãos do Poder Judiciário competência exclusiva para determinar a entrada no domicílio.

Se a lei tivesse restringido a aplicação da medida protetiva, o afastamento cautelar do agressor do “lar, domicílio ou local de convivência” apenas à autoridade judicial, excluindo as

autoridades policiais, não haveria vício de validade.⁴ Segundo o entendimento da AMB, a cláusula de reserva jurisdicional importaria na atribuição de competência exclusiva do Poder Judiciário, ao qual competiria a autorização de entrada no asilo do indivíduo. Com efeito, não se pode cogitar da possibilidade de um policial ou delegado vir a “penetrar” no “lar, domicílio ou local de convivência”, sem ordem judicial, para retirar alguém do ambiente e ainda mantê-lo afastado, privando-o da sua liberdade, antes do devido processo legal. A entrada do delegado ou do policial no lar sem autorização judicial prévia, importaria em violação da referida garantia de proteção do asilo.

O raciocínio da entidade representativa dos magistrados brasileiros parte, entretanto, de premissas equivocadas. Ao citar o inciso XI do artigo 5º, que garante a inviolabilidade do asilo, é desconsiderada a hipótese constitucional autorizadora do ingresso no lar por qualquer pessoa na hipótese de *flagrante delicto*. (BRASIL, 2020a). A Lei 13.837/2019 autoriza a entrada das entidades por ela referidas na hipótese de “risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes”, situação sugestiva de uma situação de ilicitude penal, ou seria razoável compreender tratar-se de situação de exercício regular de direito o de colocar em risco a vida ou a integridade física de alguém? (BRASIL, 2019c).

Ao assumir uma compreensão absolutizada da reserva jurisdicional, desconsidera a entidade autora vários elementos relevantes para a análise da constitucionalidade da lei, inclusive a situação de ilicitude confrontada pela autoridade policial, delegado ou policial. Não há que se falar em direito absoluto à inviolabilidade do lar e a própria Constituição Federal estabelece os casos da sua exceção. A relativização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio em caso de existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, precisa levar em conta dois argumentos. O primeiro é a autorização constitucional para a violação do domicílio em caso de ilicitude presente, hipótese pressuposta na autorização legislativa e desconsiderada pela entidade autora, e o segundo a possibilidade de pertencimento do lar àqueles que sofrem violência, não sendo o mesmo apenas do agressor. O conceito de lar não se confunde com o de título de domínio ou propriedade. O lar não é necessariamente do agressor, podendo pertencer à ofendida e a seus dependentes e, em uma situação de violência que coloque em risco a vida e

⁴ Art. 5º. Inciso XI - a casa asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em flagrante de delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

ou a integridade física destes, tem-se a hipótese autorizativa da Constituição para a violação do domicílio: o flagrante delito. Partir do pressuposto de que o lar pertence ao agressor significa assumir uma postura patriarcal em face do tema objeto de análise.

Mas a questão relativa à constitucionalidade das medidas adotadas pela lei em comento precisa refutar um segundo argumento apresentado nesta discussão, o de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, princípio previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal. (BRASIL, 2020a). O entendimento aqui adotado na defesa da inconstitucionalidade da Lei 13.728/2019 é o de uma reserva jurisdicional absoluta, onisciente, que tudo conhece, que se apresenta refratária a qualquer restrição a direito sem prévia autorização judicial, a exemplo do previsto pela Constituição Federal nos incisos XII e XIX.⁵ A questão colocada pela Associação dos Magistrados do Brasil e cujo enfrentamento se faz necessário para fins de determinação dos limites da atuação dos órgãos titulares de funções estatais é: pode-se assumir uma perspectiva absolutizada da jurisdição segundo a qual toda restrição a direitos individuais por parte do Estado deva sujeitar-se previamente a uma autorização por parte do Poder Judiciário?

Assumir a literalidade do inciso LIV do artigo 5º no sentido de se reconhecer uma função jurisdicional onipotente e onisciente, importa em desconsiderar que outros órgãos políticos, posto que integrantes do Estado, também exercem atribuições funcionais de aplicação do Direito ensejadoras de restrição a direitos.

A função jurisdicional, concebida como atividade declaratória do direito, exercida pelos órgãos do Poder Judiciário e substitutiva da vontade das partes, preparada pelo processo com as garantias modernas do contraditório e da ampla defesa, não se confunde com os atos de *imperium* realizados por órgãos administrativos no exercício de suas funções. Tais atos não possuem natureza declaratória do direito, ou a função de compor eventual lide, ou ainda, como diria Galeno Lacerda citado por Ovídio Batista da Silva (2007, p.20), neles “não há julgamento de questão”, pressuposto da jurisdição.

Ao lado da função jurisdicional, desenham-se no horizonte do estado moderno, outras funções especializadas, desempenhadas por órgãos independentes, a exemplo da legislativa e

⁵Artigo 5º, inciso XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
Artigo 5º, inciso XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado. (BRASIL, 2020a).

da executiva (MONTESQUIEU, 2014, p.233 e ss.) . A função legislativa, de caráter reconhecidamente inovador, opera através de um devido processo e disciplina, entre outras matérias, a forma de atuação da Administração Pública (princípio da legalidade). No exercício da função administrativa, o estado, de modo direto ou indireto, realiza diversos atos que resultam na concretização de normas jurídicas, uma vez que só pode agir de acordo com a Constituição e com as leis. Segundo Odete Medaur, a ação guiada pelo objetivo de realização do interesse comum, pode resultar na restrição a direitos e liberdades, de modo legítimo: trata-se do poder de polícia (1995, p.89).

Afirma Medaur que o poder de polícia, cuja expressão foi cunhada no direito brasileiro a partir dos trabalhos de Rui Barbosa e Aurelino Leal, é um dos temas mais relevantes do Direito Público (1995, p. 92). No mesmo sentido, ressalta Cretella Júnior que o poder de polícia se situa entre “a tendência intervencionista do Estado moderno que procura, em nome do princípio da legalidade, limitar as atividades do cidadão, de outro lado, da conscientização que o homem, em sociedade, tem do rol de direitos de que é detentor e da infinidade de instrumentos jurídicos que pode invocar para a proteção e garantia desses mesmos direitos”. (1985, p.21).

O poder de polícia encontra-se, desta forma, entre estes dois extremos: o interesse público, representado pela sociedade e pelo bem comum, e o privado, representado pelos direitos e liberdades assegurados ao homem, e o paradoxo de que a proteção do direito de um sujeito ou coletividade importa na restrição de outro direito, de outro sujeito ou coletividade. Como afirma Caio Tácito, o poder de polícia pode ser definido como “o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.” Sua legitimidade decorre da “própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade”. (1952, p. 08).

Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais. (TACITO, 1952, p. 08)

Odete Medaur registra ainda que o conceito de poder de polícia se expandiu ao longo do tempo. De uma concepção clássica, liberal segundo a qual o poder de polícia corresponde ao “dever preexistente do indivíduo de não perturbar a boa ordem da coisa pública”, passou o

mesmo, no decorrer do Estado Social a incorporar elementos da ordem econômica e social, não apenas por meio de estabelecimentos de novas condutas negativas, proibições, mas pela imposição de condutas positivas. Desta forma, seu sentido foi alargado, deixando de lado uma feição negativa para assumir uma feição também positiva. (1995, p. 92 e ss.) A concepção de poder de polícia adotada pelo Direito brasileiro, tal como regulado pelo Código Tributário Nacional, estabelecido pela Lei 5.172/66, assume tanto um viés negativo quanto positivo, como se verifica da redação do seu artigo 78:

atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula **a prática de ato ou abstenção de fato**, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos. (BRASIL, 2020c, grifo nosso)

Entretanto, se o poder de polícia autoriza o Estado a limitar direito fundamental como forma de garantia de outro direito, individual ou coletivo, inclusive o de caráter econômico e social, tal limitação apresenta requisitos de validade sem os quais o seu exercício revelar-se-ia como mera violência. Neste sentido, o poder de polícia deve ser exercido por autoridade competente, conforme expressa previsão legal, em observância ao devido processo legal, motivado e, na hipótese de discricionariedade, não pode importar em prática de abuso ou desvio do poder.

Assim, o reconhecimento em favor da Administração Pública do poder de limitar o exercício de direitos e liberdades individuais para a realização do interesse público, não se faz destituído de limites, mas antes pressupõe uma autorização legislativa, como forma de controle, como aduz Caio Tácito:

O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir. A competência é sempre condição vinculada dos atos administrativos, decorrentes necessariamente de prévia enunciação legal. A sua verificação constitui, portanto, outro limite à latitude da ação de polícia que somente poderá emanar de autoridade legalmente habilitada. (1952, p. 8).

Como notas características do poder de polícia, Odete Medauar elenca: a) ser o mesmo atividade de natureza administrativa; b) subordinado à ordem jurídica, sobretudo pelos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade; c) produz como resultado a limitação

direta a direitos reconhecidos aos particulares; d) promove o enquadramento de uma atividade do particular, da qual o Estado não assume responsabilidade; e) significa um obstáculo ao exercício pleno do direito por parte do particular, ou ainda a eliminação de uma faculdade relativa ao exercício do direito; f) situa-se na face autoridade da Administração Pública, atuando através de prescrições, como expressão do poder de império do estado; g) inclui o controle das prescrições e das sanções impostas (MEDAUAR, 1995, p.95).

Por sua vez, o regime jurídico do poder de polícia caracteriza-se como a) função administrativa, pertencente ao Direito Público, b) regida pelos princípios constitucionais da Administração Pública, c) não significando a imposição de uma proibição geral e absoluta, mas devendo ser interpretado, quando diante de dúvida ou incerteza acerca da sua extensão, sempre a favor da liberdade individual, d) as limitações aos direitos individuais e coletivos devem apresentar-se proporcionais (terminologia preferida pelos franceses, espanhóis e alemães) ou razoáveis (terminologia privilegiada pelos norte-americanos e argentinos), em relação aos fins e motivos que almeja, e) a limitação deve ser motivada, f) sua adoção deve observar o devido processo legal, assim como sua aplicação, g) a restrição a direitos fundamentais não pode nunca ser compreendida como sua abolição, nem mesmo na hipótese de decretação do estado de sítio e de defesa, medidas consideradas extensão excepcional do poder de polícia (MEDAUAR, 1995, p. 95).

A restrição imposta pela Lei 13.827/2019 apresenta todos os elementos caracterizadores do poder de polícia desenhados por Medauar (1995, p.95), quais sejam, não caracteriza medida jurisdicional, mas administrativa relativa a uma restrição de direito individual (do agressor) asseguradora do direito individual de outro (vítima da violência doméstica ou familiar); autorização da medida por órgão legislativo competente, observando o princípio da legalidade, o que se depreende da Lei 13.827/2019, produto de um devido processo legislativo; a medida produz como resultado imediato a limitação direta, mas não definitiva, de direitos reconhecidos aos particulares; importando no estabelecimento de um obstáculo ao exercício pleno do direito por parte do particular, na hipótese, o direito à sua permanência imediata no lar, a medida situa-se na face autoridade da Administração Pública, atuando através de prescrição, a retirada do agressor do lar, como expressão do poder de império do estado; a lei inclui o controle da medida adotada através da obrigatoriedade da sua comunicação ao juiz competente no prazo de 24 horas, o qual decidirá sobre a sua manutenção ou revogação, devendo ser dada, concomitantemente, ciência ao Ministério Público.

Desta forma, não há que se falar em violação à cláusula de reserva jurisdicional, posto não ser esta a única possibilidade de restrição legítima a direito no contexto do Estado Democrático de Direito. Ademais, deve-se ressaltar que a medida relativa ao afastamento imediato do agressor do lar obrigatoriamente é submetida à análise do órgão judiciário competente. Sua adoção justifica-se em razão da premência da garantia do direito à vida e à integridade física da mulher e seus dependentes. Trata-se uma simples questão de prioridade, afinal, violado o direito à vida e à integridade física, a atividade jurisdicional relativa ao afastamento do lar apresentar-se-ia inútil.

Por fim, a defesa da validade da medida incorporada pela Lei 13.827/2019 desafia também uma outra perspectiva desconsiderada por aqueles que defendem uma suposta inconstitucionalidade baseada no argumento da violação do direito fundamental ao asilo, ou no argumento do caráter absoluto da cláusula de reserva jurisdicional: o fato da medida objeto de análise configurar instrumento de política pública de direitos fundamentais de uma minoria secularmente submetida a uma situação de violência no âmbito doméstico e familiar, prática cultural típica de uma sociedade de caráter patriarcal e historicamente tolerada pelo Estado brasileiro, que tenta ser revertida a partir das medidas administrativas adotadas pelo Poder Legislativo em função dos compromissos assumidos pelo estado brasileiro quando da ratificação de tratados de direitos humanos, em especial a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1948) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção Belém do Pará (1994), bem como as recomendações estabelecidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao estado brasileiro.

Ao conceber-se as medidas estabelecidas pela Lei 13.827/1029 como instrumentos de efetivação de direitos humanos, estas sujeitam-se a uma lógica interpretativa própria dos direitos humanos, como discutir-se-á a seguir.

6. O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS VERSUS UMA LEITURA LIMITADA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Segundo Leonardo Boff, “cada um lê com os olhos que tem. E interpreta a partir de onde os pés pisam.” (2014). A discussão ora enfrentada foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal

pela Associação dos Magistrados do Brasil, uma instituição que representa os interesses de uma classe muito bem definida, os magistrados brasileiros, e cuja legitimidade para o exercício do direito de ação no controle concentrado de constitucionalidade exige a demonstração de um interesse de agir, denominado de pertinência temática.

Assim, é a pertinência temática, o interesse da classe que norteia, a princípio, o debate em torno da constitucionalidade dos dispositivos da Lei 13.827/2019 perante o Supremo Tribunal Federal. Os argumentos apresentados pela entidade autora, centrados na violação do asilo do indivíduo e do devido processo legal, sem o qual não pode haver restrição a direitos, foram enfrentados nos tópicos anteriores, e revelam o ponto de vista da entidade, a defesa das prerrogativas dos magistrados, a partir de uma concepção absoluta de jurisdição.

Neste tópico, pretende-se apresentar um outro olhar, a partir de uma outra perspectiva e que engloba um outro viés interpretativo no debate acerca da constitucionalidade da Lei 13.827/2019, o da prevalência dos direitos humanos.

A Lei 13.827/2019 corresponde a um dos vários atos legislativos resultantes do processo histórico de construção do conjunto de normas nacionais e internacionais protetivas dos direitos humanos das mulheres (BRASIL, 2019c).

Partindo da lógica circular aqui assumida, em que os processos nacionais de reconhecimento de direitos fundamentais influenciam o reconhecimento de novos direitos humanos no âmbito internacional e sua extensão a outros espaços nacionais, da mesma forma como estes promovem o desenvolvimento de novos direitos, procedimentos, técnicas e competências para sua execução no âmbito interno, nacional, é que se defende que a análise acerca da (in)constitucionalidade da Lei 13.827/2019, seja feita a partir do horizonte de sentido desta lei que se apresenta como objeto de análise, horizonte este distinto e mais amplo do que aquele apresentado pela AMB.

A assunção da Lei 13.827/2019 como meio assegurador dos direitos humanos e fundamentais, que privilegia a vida e a dignidade da mulher em situação de violência doméstica e familiar, em detrimento da manutenção de uma prerrogativa funcional dos órgãos judiciários nacionais, impõe uma interpretação segundo a qual os direitos humanos prevalecem sobre argumentos outros.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece em seu artigo 29 alínea “a” que nenhuma disposição da mesma pode ser interpretada no sentido de permitir a quem quer

que seja a supressão do gozo ou do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela mesma. Também proíbe, em sua alínea “b” a limitação dos referidos direitos com base no direito interno ou outro direito convencionado. (CIDH, 2019a).

Desta forma, analisando a discussão acerca da validade/convencionalidade da Lei 13.827/2019 da perspectiva dos direitos humanos, conclui-se ser paradoxal a argumentação segundo a qual um direito fundamental - inviolabilidade do domicílio - possa ser fundamento para o não reconhecimento de direitos humanos, direito à proteção contra uma vida sem violência, direito à vida, direito à preservação da integridade física.

Segundo este princípio devem prevalecer os direitos da pessoa humana ainda que estes estejam previstos em atos normativos domésticos. Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

O **Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da *norma mais favorável* (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs**. (BRASIL, 2019f).

A dignidade da pessoa humana, registre-se, figura como fundamento do estado brasileiro (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), assim como o princípio da prevalência dos direitos humanos encontra previsão expressa no seu artigo 4º, inciso II da Constituição, que rege a atuação do Estado brasileiro no âmbito internacional. Como afirma Sidney Guerra:

Assim, os valores da dignidade da pessoa humana se apresentam como parâmetros axiológicos a orientar o texto constitucional brasileiro, devendo-se acrescentar a ideia que vem estampada no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais. Ademais, as normas de proteção dos direitos da pessoa humana não se exaurem no direito interno do Estado; ao contrário, existem direitos que são incorporados na ordem jurídica estatal em razão dos tratados internacionais, fazendo inclusive que ocorra uma transmutação hermenêutica dos direitos fundamentais. (GUERRA, 2007, p.359)

Analisar a constitucionalidade da Lei 13.827/2019 à luz de parte do inciso XI do artigo 5º, (i) desconsiderado a autorização de violação do domicílio em caso de flagrante delito, (ii) adotando uma compreensão absolutizada da separação de poderes, a partir da desconsideração

das demais funções estatais que pressupõe uma lógica interpretativa intrínseca, e (iii) ignorando os direitos humanos e fundamentais protegidos pela lei objeto de controle consubstancia uma verdadeira prática interpretativa “cherry picking”, uma leitura da constituição e dos direitos por ela reconhecidos pela metade, a metade que “interessa” àqueles que de alguma forma consideram uma vantagem ao final desse processo.

Entretanto, não há prejuízo ao controle judicial da providência ou à inafastabilidade da jurisdição. À semelhança do que ocorre com a prisão em flagrante decretada pelo delegado, o juiz deverá ser comunicado da medida no prazo de 24 horas e poderá manter ou rever a medida aplicada, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo. A garantia de direitos fundamentais e humanos não importa, no presente caso, em violação de competências ou prerrogativas asseguradas a membros do Poder Judiciário.

7. DO RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS ADOTADAS PELA LEI 13.827/2019 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar acerca da constitucionalidade no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6138, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB, que alegou a violação ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, liberdade do indivíduo sem observância do devido processo legal e, por fim, da reserva de jurisdição estabelecida pela Constituição Federal de 1988 aos órgãos do Poder Judiciário.

O relator da referida ação, Ministro Alexandre de Moraes, após reconstruir o conjunto de normas internacionais aplicáveis à matéria, adotou o entendimento segundo o qual a:

autorização para que delegados de polícia e policiais procedam na forma do artigo impugnado é resposta legislativa adequada e necessária, embora excepcional, ao rompimento do ciclo de violência doméstica em suas fases mais agudas, amplamente justificável em razão da contingencial impossibilidade de obtenção de tutela jurisdicional em tempo hábil; (BRASIL, 2022, p. 60).

Ressaltou o relator que a medida protetiva de urgência de natureza administrativa pode ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário, razão pela qual não há que se falar em cerceamento da jurisdição. Ressaltou também a autorização constitucional excepcional para o ingresso no domicílio para prestação de socorro. As alterações introduzidas pela Lei 13827/2019 não

enfraquece, tampouco esvazia as políticas públicas até então adotadas. Ao contrário, afirma o Ministro Alexandre de Moraes que a nova medida promove um incremento no nível de proteção conferido às mulheres vítimas de violência.

No mesmo sentido, o entendimento adotado pelos demais ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Edson Fachin ressaltou a excepcionalidade da medida e sua adequação em face da urgência em fazer cessar uma situação de violação de direitos fundamentais. Aponto também a autoexecutoriedade de que os atos administrativos podem gozar, na hipótese de expressa previsão legal, como no caso em estudo.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido formulado pela AMB, declarando, de modo unânime, a constitucionalidade da Lei 13.827/2019.

8 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou discutir, à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos e de uma compreensão circular do processo de expansão destes direitos, decorrente da influência recíproca dos sistemas nacional, regional e internacional, a constitucionalidade das medidas incorporadas ao ordenamento jurídico pela Lei 13.827/2019 no que tange à proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Os argumentos apresentados pela AMB no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade – ADI 6831, que possibilitarão ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade da referida lei cingem-se a uma leitura isolada e absolutizada da função jurisdicional, desconsiderando o contexto em que a referida medida se encontra.

A Lei 13.827/2019, ao autorizar o afastamento do agressor do lar em caso de risco à vida da mulher e dos seus dependentes pelo delegado, na ausência do juiz competente, ou pelo policial, na ausência de ambos, juiz e delegado, emprega medida administrativa, não jurisdicional, fundada no poder de polícia do estado com o fim de assegurar uma política pública efetivadora de direitos humanos.

Não há que se falar em uma função jurisdicional absolutizada, nem de um pretenso monopólio hermenêutico por parte do Poder Judiciário e seus membros, na medida em que toda aplicação do direito pressupõe sua compreensão. Lado outro, a lei objeto de consideração introduz medida administrativa que garante efetividade ao direito da mulher a uma vida sem

violência, conferindo ao princípio da dignidade da pessoa humana concretude necessária e desejada.

Desta forma, conclui-se que a constitucionalidade das medidas introduzidas pela Lei 13.827/2019 decorrem da prevalência dos direitos humanos como princípio norteador do estado brasileiro, não apenas decorrente da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, inciso II, mas também da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo mesmo ratificada.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria e ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e da Lei Maria da Penha. *Rev. Estud. Fem.* [conectados]. 2015, vol.23, n.2, pp.501-517. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200501&lng=en&tlng=en&gathStatIcon=true>. Acesso em: 02 ago.2019.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Alteração na Lei Maria da Penha efetiva garantias, mas viola a Constituição.** Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/ruchester-mudanca-maria-penha-efetiva-garantias-viola-cf>. > Acesso em: 29 jun.2019.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana.** Petrópolis/Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014. Edição do Kindle.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 mar. 2020a.

BRASIL. **Decreto no. 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 03 jul.2019a.

BRASIL. Lei no. 5172, 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: Acesso em 20.03.2020c.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher;

dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 01 jul.2019b.

BRASIL. **Lei 13.827 de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso em: 01 jul.2019c.

BRASIL. **Mapa da Violência contra a Mulher – 2018**. Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher- Câmara dos Deputados. Disponível em: < https://pt.org.br/wp-content/uploads/2019/02/mapa-da-violencia_pagina-cmulher-compactado.pdf >. Acesso em: 29 jun.2019d.

BRASIL. **Senado Federal**. Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais. N. 1 (2016) - Brasília : Observatório da Mulher contra a Violência, 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/529424>. Acesso em: 30 jun.2019e.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (2ª. Turma). Habeas Corpus 91.361/SP. Relator: Min. Celso de Mello, 06.fev.2009. Brasília: STF, [2009]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717> Acesso em 05/03/2019f.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.138. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6138&processo=6138>. Acesso em: 01 jul.2019g.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Tribunal Pleno) Recurso extraordinário 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, 03.dez. 2008. Brasília: STF, [2008]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em 26 de jun.2019h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno) Ação Direta de Inconstitucionalidade 6138. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 23.dez. 2022. Brasília: STF, [2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351681143&ext=.pdf>

BIANCHINI, Alice. MAZZUOLI, Valério. **Controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha** . Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2597882/control-de-convencionalidade-da-lei-maria-da-penha-alice-bianchini-e-valerio-mazzuoli>. Acesso em: 26 jun.2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. [Convenção (1969)] **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 03 jul.2019a.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra A Mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 03 jul.2019b.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório N° 54/01. CASO 12.051, MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. BRASIL**. 4 de abril de 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. >Acesso em: 29 jun.2019.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Polícia e poder de polícia**. Revista de Direito Administrativo. Volume 162. Out. dez, 1985, p. 10-34. Revista de Direito Administrativo.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional público**. 3.ed. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Poder de Polícia**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Volume 199, jan/mar, p. 89-96; 1995. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46490>. Acesso em: 10/03/2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2007.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, jan. 1952. ISSN 22385177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238/11154>. Acesso em 15 Fev. 2020.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos das mulheres**. São Paulo: Edipro, 2015.