

POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DO  
(NEO)CONSTITUCIONALISMO: A EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA LEI  
11.340/06

Lucas Soares e Silva\*  
Pedro Gonzaga Alves\*\*

**RESUMO**

Há tendência atual em se interpretar o direito à luz da Constituição, de maneira que sendo a Carta Magna dotada de imperatividade, devem os preceitos constitucionais ser meta observada por todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, a lei nº 11.340/06 foi publicada com o intuito de dotar de eficácia plena dispositivos constitucionais e tratados internacionais que visam a coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. As chamadas políticas públicas são instrumentos de efetivação da lei e, portanto, desses direitos fundamentais. Sem investimento estatal adequado, a violência doméstica continuará sendo um mal que assola os lares brasileiros. A corrente doutrinária denominada substancialista é a mais eficaz no que *pertine* à garantia da aplicação das políticas públicas. Segundo seu entendimento, em razão da força normativa e *vinculante* da Constituição, depreende-se que os direitos fundamentais das mulheres, constituem verdadeiros direitos públicos subjetivos, legal e, obrigatoriamente, tutelados pelo Poder Judiciário. O olhar atual que se tem quanto à violência nos lares brasileiros não se mostra eficiente para reduzir esta prática. Faz-se necessário implementar ações adequadas à redução das desigualdades sociais e tutela dos direitos humanos, por meio de investimento em educação, cultura e cidadania aos setores marginalizados, de forma que a lei “Maria da Penha” alcance seus objetivos.

Palavras-chave: Políticas públicas. Violência doméstica e familiar. Direitos fundamentais das mulheres.

**ABSTRACT**

There is a current trend in interpreting the law in relation to the Constitution, so that, being the Constitution endowed with imperativeness, the constitutional precepts must be observed throughout by all legal ordainment. In this sense, the law nº 11.340/06 was published with the intention of providing fully effective constitutional provisions and international treaties that

---

\* Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

\*\* Mestre em Ciência Jurídica, do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

seek to curb domestic and family violence against women. The so-called public policies are instruments of enforcement of the law and, therefore, of these fundamental rights. Without adequate government investment, domestic violence will continue to be an evil that plagues Brazilian homes. The doctrinal trend called substantialist is the most effective in what concerns to ensure the implementation of public policies. According to this understanding, on account of the normative and binding power of the constitution, it is evident that the fundamental rights of women are truly subjective public rights, legal and mandatory supervised by the judiciary. The current view on violence in Brazilian homes does not seem to be effective to reduce this practice. It is necessary to implement appropriate actions to reduce social inequalities and to protect human rights through investment in education, culture and citizenship in marginalized sectors, so that the law "Maria da Penha" reach their goals.

Key-words: Public policies. Domestic and familiar violence. Basic women rights.

**POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DO  
(NEO)CONSTITUCIONALISMO: A EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA LEI  
11.340/06**

**Lucas Soares e Silva  
Pedro Gonzaga Alves**

## **INTRODUÇÃO**

A lei nº 11.340/06, conhecida tanto popularmente quanto juridicamente por “Lei Maria da Penha”, está em vigor desde 22 de novembro de 2006, com proposta de modificar a triste realidade dos lares brasileiros, visto que a violência doméstica e familiar contra as mulheres é uma constante e os dados são assustadores. Segundo a Fundação Perseu Abramo, o resultado anual é de 2,1 milhões de mulheres agredidas no Brasil. A inovação legislativa obedeceu a previsões constitucionais e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, que objetivaram tentar eliminar as formas de discriminação contra as mulheres.

Procurou-se abordar a necessidade de elaboração das chamadas políticas públicas a partir do texto constitucional, já que se acredita que o atual contexto jurídico-social deve ser enfrentado tendo em conta a normatividade da Constituição. Apontou-se ainda de que forma a lei buscou efetivar os direitos fundamentais constitucionais.

Consolidado o entendimento de que as políticas públicas é o caminho necessário para a efetivação dos direitos do homem previstos na Carta Magna, demonstrou-se o papel instrumental da lei supracitada, na proteção dos direitos fundamentais do gênero.

No plano jurídico formal, a presente lei especial configurou um significativo avanço para a proteção dos direitos das mulheres. Contudo, destacou-se no terceiro tópico, a necessidade da aplicação de políticas públicas direcionadas para a efetivação empírica dos preceitos legais. Realizou-se uma análise (quarto capítulo) sobre o Poder Judiciário, observando se seria possível ou não, intervenção positiva deste poder, para garantir o cumprimento das disposições do mencionado diploma legal.

Em razão da força imperativa da Constituição Federal e da tutela dos direitos fundamentais das mulheres (lei nº 11.340/06), abordou-se na quinta seção, se essas prerrogativas constituem direitos públicos subjetivos, viabilizando o ajuizamento de ações judiciais, para criação de políticas públicas, previstas no ordenamento jurídico. Tratando-se de ação afirmativa com intuito de efetivar a igualdade material entre os gêneros, bem como inibir condutas violentas dentro dos lares brasileiros, demonstrou-se a constitucionalidade da referida lei, assim como sua necessidade diante do triste contexto pelo qual se

passa.

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

## 1 A FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DO (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Segundo ensinamento de Alexy (2007, p. 45), “[...] os direitos do homem distinguem-se de outros direitos pela combinação de cinco marcas. Eles são direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos.”

A *preferencialidade*, um dos adjetivos dos direitos fundamentais ou segundo a denominação de Alexy, direitos do homem, implica em dizer que as relações jurídico-sociais, devem priorizar, respeitar, proteger e fomentá-los. Isso possibilita dizer que a observância dos direitos fundamentais é uma condição necessária à elaboração de políticas públicas.

Normalmente o Estado que enfrenta sérios problemas quanto à eficiência e suficiência de suas políticas, é aquele que atua planejando e decidindo com cunho meramente político, abandonando a necessidade de se efetivar o texto constitucional. Assim, não se pode concordar que o texto constitucional seja uma referência distante da prática. Entende-se que cada vez mais “[...] a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional [...]”, ou seja, a busca pela verdadeira democracia, se dará mediante realização de programas e políticas governamentais (KRELL, 2000, p. 26).

Ainda na explicação de Andréas J. Krell (2000, p. 27):

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, através de [sic] leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Portanto, as normas constitucionais programáticas sobre os direitos fundamentais que, normalmente são definidoras de metas e finalidades, deverão ter seu nível de concretização definido pelo legislador ordinário. Lembrando Pontes de Miranda, Krell (2000, p. 28) demonstra que “[...] as normas constitucionais programáticas são dirigidas aos três poderes estatais: elas informam os parlamentos ao editar leis, bem como a

Administração e o Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente”.

Sem dúvida, a exemplo da lei em análise, certas normas requerem uma política pertinente à efetivação de sua finalidade. Dessa forma, o primeiro intérprete da Constituição é o legislador que conferirá a forma e a medida a que o direito fundamental deve ser assegurado. Posterior e indiretamente, a Administração deverá também realizar a Constituição por meio da política escolhida para aplicar a lei.

Não cabe ao Poder Executivo somente executar as normas legislativas. Seu papel é a criação da própria política e os programas necessários à sua efetivação. Dois grandes impasses, porém, normalmente costumam ser a causa da ineficácia: a não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos e a não-execução dos respectivos orçamentos.

A Constituição, dotada de normatividade dá uma nova interpretação ao princípio da separação dos poderes, na medida em que impõe a ambos o dever de efetivação dos direitos fundamentais. Nesse ínterim, por consequência, questões ligadas ao cumprimento e formulação das respectivas políticas públicas não são exclusivas do governo e da administração, podendo e devendo ser controlada pelo Poder Judiciário.

Como instrumentos de ação dos governos, segundo a nova tendência de se interpretar o Direito (à luz da Constituição), a política pública deve ser planejada tendo como objetivo final a efetivação da norma constitucional. O administrador tem a difícil tarefa de buscar escolha racional e coletiva de prioridades, ou seja, de identificar o interesse público.

A Constituição brasileira, em seu parágrafo 8º, do artigo 226, protege a família e prevê a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. A “Lei Maria da Penha” (Lei 11.340/06) é medida do legislador ordinário contra a violência doméstica e violência contra mulher. O texto legal aponta diversas medidas que deverão ser incluídas nas políticas de governo, a fim de efetivar a lei. O governante que as ignora, portanto, fere a própria Constituição.

Observa-se que o legislador previu no caput do artigo 8º que: “A política pública que visa a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais”, o que impõe “[...] integração entre os entes públicos e a coletividade, articulando ações governamentais e não-governamentais, tendo por objetivo coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (SOUZA; KUMPEL, 2008, p. 88).

Na prática, o legislador indicou determinadas ações, que serão diretrizes para os entes públicos. Entretanto, elas não esgotam as medidas que poderão ser tomadas, ao longo dos anos,

que podem ser subdividas em preventivas e reagentes. Dessa forma, aprioristicamente, dentre as medidas preventivas, a lei propõe ações como: integrar operacionalmente órgãos preventivos e repressivos, criar outros órgãos na administração pública, alertar meios de comunicação social, aparelhar e implementar delegacias para atendimento qualificado, disseminar o conhecimento da legislação, implementar programas de educação, implementar programas de erradicação da violência contra a mulher e, por fim, criar aparato de segurança unificado e capacitar a máquina policial.

Nota-se, inicialmente, que o legislador pretende estabelecer uma integração operacional entre Poder Judiciário e Ministério Público, com diversos órgãos governamentais das áreas, sociais, saúde e educação. Isto significa dizer que grupos de trabalho deverão ser criados para decodificar a violência doméstica em determinado local. A criação de órgãos, por sua vez, implica na atuação específica por parte da administração no trato da violência doméstica. Assim, os órgãos já existentes, como as Delegacias de Atendimento à Mulher, deverão se adaptar e oferecer um atendimento qualificado para esse tipo de problema.

Recentemente a Academia Paulista de Magistrados lançou a *Cartilha Maria Penha*<sup>1</sup>, um material didático em quadrinhos que explica a lei e será distribuída gratuitamente nas escolas públicas do estado de São Paulo<sup>2</sup>. Essa medida é um claro exemplo do disseminar o conhecimento da legislação e implementar programas de educação. Dentre as medidas gerais reagentes, a lei sugere a inclusão em cadastro de programas assistenciais do governo, remoção prioritária ou afastamento semestral do trabalho e cumprimento do princípio da assistência à saúde qualificada. Previstas as medidas, cabe então ao Administrador decidir conforme o texto legal, efetivando, dessa forma, os direitos fundamentais explicitados pela norma em questão e, assim, construindo a verdadeira democracia esperada do Estado Democrático de Direito.

## **2 A LEI 11.340/06 COMO INSTRUMENTO JURÍDICO HÁBIL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO GÊNERO**

Em virtude da superação do regime militar (1964-1985) e convocação da Assembleia Nacional Constituinte, instaurou-se no Brasil uma nova ordem jurídica, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988. De acordo com os ditames da novel Carta Magna, o Estado brasileiro tornou-se um Estado Democrático de Direito e, com o escopo de seguir a tendência mundial. Os direitos fundamentais foram ampliados, tutelando-

---

<sup>1</sup> ACADEMIA Paulista de Magistrados. Cartilha Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.apmbr.com.br/>>. Acesso em 20 jun. 2012.

<sup>2</sup> ACADEMIA Paulista de Magistrados. Disponível em: <<http://www.apmbr.com.br/>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

se, além dos direitos individuais e sociais, os direitos da solidariedade (BREGA FILHO, 2002, p. 39). Assim, um dos princípios informadores de todo o arcabouço jurídico é o princípio da dignidade humana, já constante no artigo 1º, III, da Constituição da República. A preocupação do Poder Constituinte Originário com os direitos humanos é salutar, tanto que, de modo minucioso, foram declarados em capítulo específico, com meios hábeis para sua proteção.

Como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, exsurge um amplo rol protetivo que visa a garantir não apenas a vida, mas, também, vida digna (SARLET, 2007, p. 61-62). Por esta razão, é preciso observar harmonicamente todos os princípios e disposições constitucionais, sem perder de vista esse princípio fundamental da República. Desse modo, em obediência ao princípio da igualdade, o artigo 5.º, I, da Constituição Federal, evidencia que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo vedada qualquer diferenciação arbitrária. A legislação infraconstitucional poderá atenuar as diferenças oriundas em razão de qualquer prática discriminatória que tenha como parâmetro o sexo. A mulher não poderá sofrer qualquer discriminação, possuindo todos os direitos e prerrogativas legais instituídas ao homem, podendo, ainda, haver discriminações positivas, no sentido de amortecer desníveis sociais existentes entre os sexos.

Principalmente entre os anos 70 e 80, houve um claro processo de libertação sexual em relação às mulheres, tendo como um reflexo muito importante a criação de instituições feministas de apoio, como centros de acolhida para mulheres maltratadas – criados na Holanda, em 1974 – e de Delegacias de Mulheres – criadas no Brasil, em 1984 (ANDRADE, 2003, p. 82). A partir daquele momento, essas ações serviram para receber queixas específicas de violência do gênero, comprovando-se que maus-tratos e violência sexual contra mulheres (assédios, estupros e abusos em geral) ocorriam muito mais frequentemente do que se imaginava. Dessa forma, foi plantada a semente de que o sexo feminino, além de gozar de uma posição igualitária e protetiva em relação aos homens, ganharia relevo em face do reconhecimento constitucional da especial importância das relações familiares, conforme se observou no capítulo destinado à ordem social.

Uma das regras de regência das relações familiares, que deixa em evidência o princípio da igualdade, é a constante no artigo 226, parágrafo 5º, da Carta Maior, instituindo que direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Considerando que o texto constitucional reza que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, o legislador constituinte assegurou a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Assim, para que a referida norma constitucional possa ter eficácia plena, requer que sejam implementadas políticas públicas eficazes, para

prevenirem e reprimirem condutas indesejáveis no seio familiar. Nesse passo, o que se quer dizer é que o problema da violência doméstica no Brasil foi enfrentado pelo legislador constituinte como um problema público, ou seja, determinados fatos até poucos definidos como privados, como a violência ocorrida em lares brasileiros, converteram-se, principalmente, devido a campanhas mobilizadas pelas próprias mulheres, em problemas públicos e, mais, seguindo forte política *neocriminalizadora*, muitos desses problemas adentraram a seara penal, tornando-se crimes. Portanto, a Constituição Federal deixou a cargo do legislador ordinário, bem como do Poder Executivo, criar leis e implementar políticas públicas, com finalidade de, senão solucionar, ao menos amenizar esse escandaloso problema social.

No Brasil, a violência doméstica é apontada, constantemente, em estatísticas e os dados são preocupantes. 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 seus direitos, por meio da denúncia, convivendo com o mal silenciosamente.

Com o intuito de dotar de eficácia plena o artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal, promulgou-se a lei 11.340/06, que acabou por criar os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, tornando mais gravosas condutas violentas dirigidas contra o gênero. Dessa forma, tais condutas agressivas foram excluídas da aplicação da lei nº 9.099/95, que tratou dos crimes de menor potencial ofensivo, alterando, por conseguinte, o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal (NUCCI, 2006, p. 884).

Apesar de não ser uma lei propriamente de matéria criminal, a “Lei Maria da Penha” se apoia no aspecto simbólico do Direito Penal e constitui um passo necessário no ordenamento jurídico pátrio, a fim de demonstrar que os problemas tutelados é de tal importância que não serão pública e socialmente toleráveis. Todavia, diante da ausência de políticas públicas, mencionadas na própria legislação e, a falta de recursos orçamentários, destinados, especialmente, para esse fim, tal mecanismo legal não passará de instrumento retórico e ideológico. Em síntese, para que a lei nº 11.340/06 seja, efetivamente, empregada na proteção dos direitos fundamentais, será necessário o patrocínio estatal, por intermédio de programas educativos, conscientizando todos os cidadãos, bem como imprescindível a implantação de núcleos multidisciplinares de proteção à família e à mulher, para respaldar, no plano fático, direitos e garantias concedidas às mulheres.

### **3 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO ESTADO: A IMPRESCINDIBILIDADE DE ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Em consonância com os termos da lei nº 11.340/06, depreende-se que existem vários dispositivos destinados a nortear

as ações governamentais, no que tange às políticas públicas direcionadas para a efetiva prevenção, proteção e erradicação dos casos envolvendo violência doméstica ou familiar contra as mulheres. O título V, da referida lei especial, dispõe sobre a criação de uma equipe atendimento multidisciplinar, que deverá atuar nos Juizados de Violência Doméstica ou Familiar, com o escopo de prestar atendimento psicológico, jurídico, social e médico, para as vítimas protegidas pela lei federal. Além disso, há outros artigos da mencionada lei que instituem o *modus operandi* da autoridade policial, para efetivo atendimento das necessidades da vítima. Exemplo expressivo consta do artigo 11 da lei em discussão, que estabelece um rol exemplificativo das possíveis providências que podem ser tomadas pelo delegado de polícia. Dentre elas, o encaminhamento da ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida. No entanto, citadas regras positivas em nada contribuirão para tutelar os direitos das mulheres, caso não haja adoção de políticas públicas sérias e permanentes, implementando no mundo empírico, previsões legais acima indicadas. Cobrar implementação de políticas públicas para efetivação da referida lei pode dar a falsa impressão de que só se olhou para este conflito social a partir dela. A análise, entretanto, não seria verdadeira, uma vez que políticas voltadas à diminuição da violência doméstica sempre estiveram em nosso contexto e deverão permanecer o tempo que for necessário. Ocorre, porém, que a lei trouxe parâmetros modernos a serem seguidos, além de proteger a mulher de forma especial, em conformidade com a necessidade brasileira. É evidente, todavia, que há limitações de ordem prática para realização destas políticas, como a questão financeira, orçamentária e respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal. Contudo, a não aplicação paulatina dos artigos legais mencionados, acarretará, lamentavelmente, um hiato entre a lei e a realidade social, gerando a sensação de impunidade, recrudescendo o sentimento comum entre muitos brasileiros de que as leis para nada servem. O cuidado da Administração deve ser no sentido de agir com coerência. Não se pode admitir que diante de uma triste realidade nada se faça para o fim do problema. Certas ações deverão e poderão ser aplicadas de imediato; outras, apontadas para o futuro, deverão se incorporar aos gastos públicos nas medidas das prioridades estatais. Nesse contexto, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 870), ressalta que:

Ora, sabe-se que nem mesmo a lei de proteção às vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99) vem sendo, eficientemente, aplicada, por falta de estrutura do Estado em sustentar os programas de proteção. O Estado que nem mesmo cuida de criar e sustentar Casas de Albergado, para condenados em regime aberto, disponibilizará verbas para esse programa? Só nos resta esperar que sim.

Esses são apenas alguns exemplos de previsões

legislativas inoperantes na realidade fática, sendo importante salientar que o trabalho legiferante, por si só, não é suficiente para diminuir a prática da violência doméstica e familiar.

Não obstante as medidas protetivas arroladas, anteriormente, mister ressaltar que tais investimentos governamentais, ainda, serão insuficientes para coibir a violência e diminuir os casos de agressões no âmbito familiar, pois não basta tratar somente os reflexos violentos de uma sociedade fragmentada e desigual, é preciso cuidar, atentamente, das causas geradoras primárias.

Para que o Brasil deixe de ser uma democracia apenas formal e se torne uma democracia materialmente consolidada, é preciso que o Estado cumpra seu papel social e conscientizador de direitos, proporcionando a toda massa populacional excluída, educação e cultura, tutelando, dessa forma, os direitos humanos fundamentais, guiados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (WOLKMER, 1997, p. 221-222).

O que se pretende demonstrar é que o Estado, juntamente com suas manifestações legais, não está apto a solucionar os problemas comunitários, em especial a violência doméstica, pois não basta instituir formalmente medidas e prever criações de órgãos, para a real pacificação no âmbito familiar.

É preciso muito mais que isso, é necessário utilizar o Direito como mecanismo de transformação estrutural, como bem adverte Luiz Fernando Coelho (2003, p. 392):

Esta (transformação) somente ocorrerá mediante uma crescente tomada de consciência do conjunto da sociedade, aliada a uma atuação efetiva dos setores mais aptos, em que se incluem os atores jurídicos, os magistrados, os bacharéis, advogados, professores e estudantes de direito, envolvidos numa práxis.

Dessa forma, evidencia-se que a inovação legislativa, sem aplicação de políticas públicas de promoção da Lei nº 11.340/06, bem como a ausência ações governamentais direcionadas para o patrocínio da conscientização, educação e cultura, não é capaz de transformar a situação vivenciada nos lares brasileiros, fazendo com que a opressão seja uma constante nas vidas das mulheres hipossuficientes e incapazes de pagar altos honorários médicos e advocatícios, para terem seus direitos fundamentais respaldados.

#### **4 A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

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, sendo confiada à Justiça a

guarda da vontade geral, tendo em vista que compete ao Supremo Tribunal Federal a proteção da Constituição da República e, conseqüentemente, 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. 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 discussão sobre nova hermenêutica, capaz de colocar em evidência o exercício do poder pelo judiciário, especialmente, no que diz respeito à implementação de políticas públicas (BARCELLOS, 2005, p. 16). Isto posto, não há unanimidade na doutrina sobre a possibilidade do Poder Judiciário intervir na aplicação de políticas públicas, nos casos em que o Poder Executivo queda-se inerte ou adota postura ativa, em detrimento dos direitos do cidadão.

Os teóricos procedimentalistas como Habermas, criticam a invasão da política pelo Direito, negando a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, nas questões pertinentes à criação de políticas públicas, defendendo que, no Estado Democrático de Direito, compete à legislação política à função central. (APPIO, 2007, p. 41). Para esta doutrina o Poder Judiciário não pode controlar o mérito do ato administrativo, já que o aspecto é de competência discricionária do administrador e uma intervenção por parte do Judiciário significaria violação do princípio da separação dos poderes. Em contraposição a esta tese, substancialistas – como o Ministro Eros Roberto Grau –, defendem que o órgão julgante não poderá ter postura passiva perante a sociedade, podendo suprir a inércia do Poder Executivo, quando há recusa em efetivar direitos fundamentais. Entende-se, ainda, que o Judiciário poderá intervir quando o Executivo determine alguma ação que burle as garantias constitucionais do homem. (STRECK, 2001, p. 42-43)

No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, o voto do Ministro Relator Celso de Mello, deixa clara a posição da maioria dos magistrados daquela Suprema Corte:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas

(RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – , sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. Analisar o comportamento sociológico do papel do Estado e sobre a efetividade das leis promulgadas pelos Órgãos Oficiais, ante da ausência de políticas públicas direcionadas para prevenção, conscientização e educação de toda a sociedade. (BRASIL, 2008)

Ocorre também, como foi dito, que o administrador público deve agir com coerência, ou seja, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, o administrador que ignora problemas sociais da população, nada fazendo no combate à exclusão social, à violência e no asseguramento das garantias fundamentais, em um lugar onde eles são intensos e as garantias praticamente inexistem, não governa com razoabilidade e proporcionalidade. Segundo este pensamento, mesmo que o Poder Judiciário esteja impedido de interferir no mérito da decisão administrativa ou da “indecisão” administrativa, está apto a controlar a liberdade do governante quanto à razoabilidade e proporcionalidade de seus atos. Com o intuito de conferir maior efetividade a lei nº 11.340/06, resta evidente que o Poder Judiciário, de acordo com o exposto acima, poderia ordenar medidas para a real implementação das políticas públicas, previstas no texto da mencionada lei, porque o combate à violência doméstica e familiar é assunto constitucional, já que envolve direitos fundamentais. Nesse ínterim, ressalta-se que a “Lei Maria da Penha” foi criada para concretizar norma de eficácia limitada, albergada no artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal. Porém, tem se entendido que há limites quanto à ingerência do Poder Judiciário, visto que a judicialização das políticas públicas deveria observar as delimitações de competências, dispostas na Constituição, em prestígio ao princípio da tripartição dos poderes.

É preciso atentar-se para preceitos estabelecidos pela teoria da “reserva do possível”, sustentada por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (1999), quando preconizam que a realização de direitos econômicos, sociais e culturais, dependem, na maioria das situações, de recursos financeiros subordinados às possibilidades orçamentárias do Estado. Importante ressaltar, porém, que a teoria da reserva do possível não deverá adotar parâmetros subjetivos pelo administrador público, devendo estar jungida a critérios objetivos, razoavelmente, comprovados.

Com a finalidade de elucidar a questão, interessante transcrever o entendimento do autor Américo Bedê Júnior (2005, p. 79):

[...] a reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão judicial. Não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de

uma Constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

Será preciso observar, também, os juízos de oportunidade e conveniência que orientam a administração pública.

Embora a discricionariedade não seja confundida com arbitrariedade, o regramento não abrange todos os aspectos de atuação do Poder Executivo, conferindo ao administrador público o poder de optar por uma dentre as várias opções possíveis (DI PIETRO, 2006, p. 222).

Deverá ser analisado o caso concreto e as condições reais apresentadas, para se poder afirmar com segurança, que a ingerência do judiciário foi feita de maneira democrática e equilibrada, evitando-se, assim, a violação do princípio da separação dos poderes. Desse modo, com o intuito de implantar as políticas públicas dispostas na “Lei Maria da Penha” é preciso que a Administração se atenha ao combate aos entraves burocráticos e orçamentários, a fim de priorizar a efetivação dos direitos fundamentais contidos na legislação, cabendo ao Poder Judiciário zelar pelo cumprimento das políticas públicas prioritárias, de que tanto necessita grande parcela da sociedade excluída dos mais básicos direitos.

## **5 DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS DAS MULHERES E A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Em razão do declínio do Estado absolutista e ascensão do liberalismo, surgiu a necessidade de se mitigar o âmbito de atuação dos poderes estatais, por meio da positivação no texto constitucional, dos direitos e garantias fundamentais. Para conferir maior proteção aos direitos do cidadão, contra o arbítrio estatal, dotou-se de normatividade o conteúdo disposto na Lei Maior, preservando, efetivamente, direitos humanos. Toda lei ou ato administrativo deveria retirar sua eficácia e validade dos mandamentos constitucionais, de forma que a legislação infraconstitucional não afrontasse os termos vinculantes da Magna Carta. Nesse diapasão, o constitucionalismo brasileiro, positivou no artigo 5º, parágrafo 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais teriam aplicação imediata. Por outras palavras, os direitos fundamentais são dotados de força imperativa e vinculante, sendo passível sua tutela por qualquer juiz ou tribunal.

Buscando estabelecer mecanismos processuais adequados a proteger os direitos fundamentais, a Constituição de 1988 previu o controle de constitucionalidade por ação ou omissão, ação de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção, além da ação civil pública. Caso a Constituição da República não possuísse essas características cogentes, seus ditames não passariam de meras exortações de cunho programático, visto que os Poderes Executivo e Legislativo não

iriam se sujeitar à incidência de suas normas. Assim, as políticas públicas estatuídas pela lei nº 11.340/06, constituíram verdadeiros direitos públicos subjetivos das mulheres, sendo passíveis de ser pleiteadas no judiciário, em caso de inércia do Poder Público, pois referem-se a direitos fundamentais do gênero feminino. Embora haja uma tendência à igualdade dos gêneros, fato que revestiria a lei em estudo de inconstitucionalidade, o pensamento que se deve ter é exatamente o contrário. A lei é constitucional justamente por se tratar de uma ação afirmativa que visa a igualar os gêneros, em direitos e garantias. As políticas sugeridas por ela, se cumpridas, em tese, representará no futuro sua própria desnecessidade, tendo sempre eficácia medida em si mesma. Imaginando que um dia exista igualdade substancial entre homens e mulheres e que estes se respeitem e a violência doméstica inexista, tal lei não terá mais serventia. Sob essa visão, trata-se de uma lei constitucional que caminha lentamente para a inconstitucionalidade.

Ações afirmativas existem para efetivar, substancialmente, princípios constitucionais, como o da igualdade entre os sexos, além da própria dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais normativados, que por sua natureza devem ter aplicação imediata. Tratando-se de normas constitucionais de eficácia limitada e de princípios abstratos, leis ordinárias definirão ações concretas a serem executadas.

Sob a ótica neoconstitucional, não basta a previsão de direitos e garantias fundamentais no Texto Maior, é também útil e exigível, portanto esperado, medidas a fim de concretizar tais previsões. A efetividade de direitos e garantias fundamentais deve partir de ações de governo, bem como da atuação legislativa e judicial. Esta é, senão, a essência dessa nova visão do Direito: ter preceitos constitucionais como norte de todo ordenamento jurídico. A citada legislação cumpriu a exigência da Carta Magna disposta no artigo 226, parágrafo 8º, por ser norma de eficácia limitada, dependeria de lei infraconstitucional, para disciplinar e criar mecanismos competentes, capazes de coibir a violência no âmbito das relações familiares. Nestes termos, como a Lei “Maria da Penha” disciplinou norma constitucional de eficácia limitada e tutelou direitos fundamentais dotados de normatividade, tais prerrogativas correspondem a direitos públicos subjetivos, podendo ser concretizados pelo Poder Judiciário. Corroborando com o entendimento que defende o caráter público subjetivo dos direitos sociais fundamentais, a autora Alessandra Gotti Bontempo (2008, p. 238), esclarece que:

De fato, os direitos sociais consagrados pela Constituição de 1988 – ainda que de cunho programático – possuem, em sua grande maioria, os requisitos necessários à configuração de direitos públicos subjetivos, qual seja: a) a existência de direitos positivados; b) de deveres correlatos de implementá-los; e c) a existência de remédios jurídicos constitucionais capazes de exigir sua concretização.

Depreende-se que os direitos femininos estabelecidos pela Constituição e de modo específico na Lei nº 11.340/06, preenchem os requisitos exigidos para a caracterização como direitos públicos subjetivos.

Já o autor Eduardo Appio (2007, p. 153), afirma que, somente, os direitos fundamentais com conteúdo bem delimitado e preciso, é que poderão ser reivindicados no Poder Judiciário, tendo em vista que a implementação de políticas públicas depende, em regra, da postura positiva dos Órgãos da Administração, veja-se:

Impõe-se, portanto, uma clara distinção entre os casos em que o direito subjetivo público está previsto de forma vaga, demandando, portanto, um verdadeiro ato de vontade da administração e os casos nos quais a norma que outorga um direito subjetivo público possui um elevado grau de concretização, de molde a permitir a tutela jurisdicional direta deste direito, a exemplo do que sucede em relação ao art. 208, I, da Constituição brasileira de 1988.

Constata-se, contudo, conforme discutido, que os direitos fundamentais das mulheres não estão dispostos de forma abstrata e vaga pelas normas da Constituição Federal, pois, além de possuírem eficácia imediata, conforme reza o artigo 5º, parágrafo 1º, mencionados direitos foram tutelados de maneira bem delimitada e específica pela Lei “Maria da Penha”.

Cabe lembrar que os direitos fundamentais são históricos e, portanto, transmudam no tempo, nascem de certas circunstâncias, “[...] caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. (BOBBIO, 1992, p. 5). Desta feita, não há motivo plausível que inviabilize a adoção de políticas públicas pelo Judiciário, nos casos em que tais direitos são postulados por meio de ações judiciais. É evidente que o ativismo judicial indiscriminado, acarretará o arbítrio do Poder judiciário, pela excessiva discricionariedade, ao arrepio das bases democráticas que fundamentam o Estado Democrático de Direito. A judicialização das relações políticas e sociais deve ser comedida. O Poder Judiciário não pode simplesmente passar a ser produtor de normas, bem como decidir quanto a estas ou aquelas políticas a serem adotadas. Fato é que, diante de certos casos gritantes não poderá ficar inerte. O ideal seria que o Estado viabilizasse e garantisse maior participação popular na gerência dos bens públicos, por meio de conselhos deliberativos, assegurando melhor representatividade dos cidadãos. Ocorre que a necessidade de tutela dos direitos fundamentais das mulheres é urgente e, poucos Estados da Federação instalaram, empiricamente, os Juizados de Violência Doméstica, em flagrante desrespeito aos preceitos constitucionais e legais. Praticamente, 2 (dois) anos se passaram e pouco se concretizou nesse sentido. Não há notícia de qualquer espécie de responsabilização do

Estado por sua inércia. Enquanto isso, milhares de mulheres são covardemente espancadas todos os dias, tendo que conviver com a humilhação, em razão do Estado estar relegando seus direitos para segundo plano. A intervenção judicial é imprescindível, esclarecendo o autor Américo Bedê Júnior, 2005, p. 45):

Ora, a Carta Magna, ao prever que compete ao STF a guarda da Constituição, automaticamente determina que haja mecanismos para o cumprimento dessa missão, não sendo possível invocar a separação de funções como limite (impedimento) ao pleno exercício da missão constitucional do Poder Judiciário.

Resta nítido que a tutela desses direitos não poderá esperar o longo processo histórico de consagração da democracia material no Brasil, até mesmo porque eles são concretos e dotados de normatividade, devendo, desde já, o judiciário cumprir com a sua missão constitucional de guardar a Lei Maior, coibindo qualquer ofensa aos seus princípios fundamentais.

## 6 CONCLUSÃO

Certo é, portanto, que o Direito da atualidade deve ser enfrentado à luz do texto constitucional. Somente por via da busca incessante pela efetivação de direitos e garantias fundamentais é que se atingirá a substancialidade dos princípios constitucionais, como a igualdade de gêneros e a dignidade da pessoa humana. De acordo com o exposto, verificou-se que a publicação da lei nº 11.340/06, constituiu importante avanço no que tange à proteção do gênero, pois foram estabelecidas medidas protetivas mais rápidas e eficazes para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, além de introduzir diretrizes básicas, no que se refere às políticas públicas. Contudo, sem a adoção de medidas reais na proteção e garantia de seus direitos, referida legislação não teria qualquer alcance prático, pois estaria condicionada a que o Poder Executivo criasse órgãos e instituições que amparassem, efetivamente, os direitos abrangidos pela norma. A lei por si só não esgotaria a intenção do constituinte. Trata-se, em verdade, de mecanismo apto a indicar quais ações deverão ser tomadas pelo administrador público, a fim de efetivar os direitos fundamentais protegidos por ela. Nota-se a transitoriedade dessa necessidade, no momento intensa, que poderá no futuro deixar de existir. Nesse sentido, mister investir em educação, cultura e conscientização de toda a sociedade, com o objetivo de levar cidadania a uma parcela da população vitimada pela exclusão de direitos básicos. Tem-se percebido, e o tratamento legal assim reconhece, que ações governamentais voltadas apenas para o tratamento dos reflexos violentos de uma comunidade fragmentada, não permite resultados eficientes. A própria lei aponta medidas repressivas à violência doméstica, porém não se limita a esse aspecto.

O Direito vigente, em sua construção mais recente, pode

e deve ser utilizado como instrumento de transformação, com destaque para inclusão social, de forma a contribuir para a real pacificação da sociedade. Para atingir esse objetivo, imprescindível que haja uma ação integrada dos Poderes Constituídos da República, visando a simplificar efeitos deletérios da burocracia exacerbada, bem como, disponibilizar recursos orçamentários para a concreta aplicação das previsões legais.

Demonstra-se, portanto, a tendência neoconstitucional do Direito, uma vez que passa a ser norte de ambos os Poderes, a Constituição Federal, dotada de normatividade e força vinculante. Busca-se, de forma imediata, por meio de leis e políticas públicas a efetivação material de preceitos fundamentais e não mero assecuramento jurídico. Isto posto, para garantir promoção dos direitos fundamentais e aplicação dos dispositivos dispostos na lei nº 11.340/06, o Poder Judiciário deverá adotar a corrente doutrinária substancialista, viabilizando a intervenção judicial nas políticas públicas, para tutelar, de modo mais concreto, os direitos das mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar.

Os direitos fundamentais das mulheres constituem verdadeiros direitos públicos subjetivos, sendo possível à utilização de instrumentos processuais adequados, para que políticas públicas, abstratamente, previstas, sejam transformadas em serviço público concreto e eficiente no atendimento do gênero.

Importante salientar que, o Estado deverá propiciar maior participação comunitária na gestão pública, privilegiando a representatividade popular, em respeito aos preceitos democráticos. Nesse sentido, cabe ao judiciário, dentro de sua esfera de competência, zelar pelo cumprimento da Constituição, coibindo abusos e até mesmo implementando direitos essenciais, em caso de inércia do Poder Público, sem que essa interferência constitua arbitrariedade, antes, em prestígio ao princípio da separação dos poderes.

Por fim, somente o investimento na redução das desigualdades sociais, o que se faz com dedicação governamental à educação e cultura, a violência familiar e doméstica poderá ser contida. Trata-se, pois, de impedir que instrumentos legislativos se tornem apenas mais uma promessa, ou instrumentos de retórica, no caminho da efetivação dos direitos fundamentais, tão almejada pela sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da

- globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2008.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 30 maio 2008.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 1999.
- KRELL, Andréas J. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o direito público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SOUZA, Luiz Antônio de; KUMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.