

PRINCÍPIOS SUPRANACIONAIS, CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

José Rubens Senefonte

Juiz de Direito no MS

Sumário:1. Introdução. 2. Os princípios Supranacionais. 3. O princípio da Prevenção. 4. Princípio Constitucional da Proteção. 5.A questão dos tratados sobre Direitos Humanos. 6. O princípio da Urgência. 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

As medidas protetivas de urgência de que trata o art. 22 da Lei n. 11.340/06 constituem um dos mais modernos institutos jurídicos em vigência, possuindo ancoragem em princípios supranacionais adotados na Convenção de Belém do Pará que entrou em vigor internacional em 03 de março de 1.995, consistindo a Convenção num instrumento pelo qual os Estados Partes signatários, reconhecendo que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos, além de ofensa a dignidade da pessoa humana, convieram em adotar em suas legislações internas medidas para prevenir, punir e erradicar toda forma de violência contra a mulher.

2. OS PRINCÍPIOS SUPRANACIONAIS

Ao tratar dos deveres dos Estados os membros da Organização dos Estados Americanos condenaram todas as formas de violência contra a mulher decorrentes de gênero e pactuaram a adoção de políticas urgentes com finalidade de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, assumindo cada

Estado Parte compromisso internacional recíproco de incorporação nas legislações internas das normas necessárias para garantir a eficácia da execução da Convenção, estabelecendo como fim imediato a ser atingido prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, de forma que a prevenção, a punição e a erradicação da violência contra a mulher, por serem normas imediatamente finalísticas, consistem em princípios conforme esclarece HUMBERTOAVILA, para quem “os princípios são normas imediatamente finalísticas para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção”¹, possuindo os princípios em discussão alcance supranacional em relação a cada Estado signatário por serem de observância uniforme pelos membros da Organização dos Estados Americanos que depositaram a carta de ratificação da convenção.

3. O PRINCIPIO DA PREVENÇÃO

Os princípios da prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher constituem a sustentação dos demais princípios supranacionais contidos na Convenção, notadamente os princípios da proteção e da urgência, ambos diretamente decorrentes do princípio da prevenção, uma vez que sem a proteção urgente solicitada pela mulher em situação de hipossuficiência por estar sendo vítima de agressão não há prevenção de violência decorrente de gênero, configurando negativa de vigência do art. 4, letra g, da Convenção, dispositivo que garante a proteção de todos os direitos humanos da mulher e assegura o direito de pedir e obter proteção judicial de forma rápida e simples como forma de prevenção da violência.

¹Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p.78/79.

4. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção contra a violência no âmbito das relações de família encontra-se previsto no art. 226, “caput” e §8º, da Constituição Federal, que dispõe ter a família especial proteção do Estado e estabelece o dever de criação de mecanismos para proibir a violência, sem referência específica em relação a proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar mas abrangendo a violência de gênero nas relações de família por não ser possível proteger a família sem estender a proteção aos seus membros, de forma que com o advento da Lei n. 11.340/06 o princípio constitucional da proteção agasalhou a hipótese específica da violência contra a mulher nas relações de família, passando a ser fundamento das medidas protetivas de urgência.

5. A QUESTÃO DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que introduziu o §3º ao art. 5º da Constituição Federal o Congresso Nacional foi autorizado a deliberar sobre a hierarquia constitucional dos tratados quando de sua incorporação ao direito interno para fins dos controles de constitucionalidade e ilegalidade, conforme cita ALEXANDRE DE MORAES esclarecendo que “a EC nº 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a possibilidade de incorporação com *status* ordinário (CF, art.49, I) ou com *status* constitucional (CF, §3º, art. 5º)”², surgindo a questão tormentosa dos tratados sobre direitos humanos aprovados anteriormente por decreto legislativo votado por maioria tal como aconteceu com o Pacto de São José da Costa Rica e com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A questão foi submetida ao Supremo

²Direito Constitucional, p. 665.

Tribunal Federal recentemente em relação à prisão do depositário infiel, vedada pelo Pacto de São José da Costa Rica, mas autorizada pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do... depositário infiel”, merecendo destacar parte do voto do Ministro GILMAR MENDES que no julgamento enfatizou que “não cabe mais a prisão civil do depositário infiel, porque os tratados e convenções internacionais que cuidam de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário e que foram por ele ratificados, têm caráter supralegal (HC 97.251)”, esclarecendo UADI LAMMÊGO BULOS que “isso significa que tais acordos e tratados têm *status* superior ao das leis ordinárias (infraconstitucionais), porém abaixo dos dispositivos contidos na própria Constituição da República, exceto se ratificados em votação semelhante à que são submetidas as propostas de emenda constitucional”³, nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, que concede aos tratados sobre direitos humanos *status* de norma constitucional. No julgamento do caso o Supremo Tribunal Federal, enfatizando diversos aspectos periféricos, dentre eles a supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos, afastou norma constitucional prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal e editou a súmula vinculante n.25: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, reconhecendo implicitamente o *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos. Como havia conflito entre a Constituição e tratado internacional de proteção de direitos humanos o Supremo Tribunal Federal adotou a solução indicada por FLAVIA PIOVESAN cuja lição elucidada que “o critério a ser adotados e orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacional ... Em outras

³Curso de Direito Constitucional, p. 641.

palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana”⁴.Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher a disposição supranacional que determina a aplicação da norma mais benéfica a mulher em caso de conflito encontra-se expressamente contida no art. 13: Nenhuma das disposições desta Convenção poderá ser interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna dos Estados Partes que ofereça proteção ou garantias iguais ou maiores para os direitos da mulher, bem como salvaguardas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher. Sendo assim, em caso de menor proteção na legislação interna haverá conflito cuja solução deve ser orientada pelo critério da supralegalidade ou da norma que melhor proteja a mulher vítima de violência, aplicando-se a Convenção por oferecer maior proteção a vítima e em prestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana.Na hipótese do conflito em discussão, entre tratado sobre direitos humanos e norma constitucional não podia ser outra a solução adotada pelo Ministro GILMAR MENDES ao proferir seu voto no HC 97.251 por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que embasa todos os direitos humanos e fundamenta o Estado Brasileiro com *status* de princípio fundamental, conforme estabelece o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.Portanto, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um princípio fundamental, com precedência absoluta em caso de colisão com outros que não possuem o mesmo *status*, concluímos que se trata de um princípio absoluto do Estado brasileiro, ao lado dos demais princípios fundamentais elencados no art. 1º da Constituição Federal, conforme ensina ROBERT ALEXY esclarecendo que “isso significa que sua realização não conhece limite jurídico, apenas limites fáticos”⁵.

⁴Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p. 101/102.

⁵Teoria dos Direitos Fundamentais, p.111.

6. O PRINCÍPIO DA URGÊNCIA

O princípio da urgência encontra-se expressamente previsto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispondo a convenção no item 4 que toda mulher tem “direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos”, tendo o princípio *status* supranacional e legal, porque igualmente previsto no art. 22 da Lei n. 11.340/06, que ao tratar das medidas protetivas que obrigam o agressor determina ao juiz aplicar de imediato as medidas protetivas na hipótese de constatação de prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, razão pela qual são denominadas medidas protetivas de urgência.

7. CONCLUSÕES

7.1- A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1.996 estando em vigência no Brasil desde 1.996 e partir de 2.006 juntamente com a lei. 11.340/06, que instrumentalizou a Convenção, de forma que havendo conflito entre a Convenção e a Constituição Federal ou a Lei n. 11.340/06 o controle da constitucionalidade ou da legalidade das disposições em conflito poderá ser difuso, incidentalmente.

7.2 - A Lei n. 11.340/06 contém disposições avançadas e complexas em razão da natureza dirigente da Convenção que vinculou a atuação do legislador brasileiro, razão pela surgem conflitos de interpretação que resultam em polêmicas jurisprudenciais, dando ao operador do Direito sensação de insegurança jurídica em razão de constantes mudanças de entendimento nos tribunais.

7.3- As medidas protetivas de urgência devem ser deferidas de imediato pelo juiz, com a simples comprovação na polícia da existência de violência contra a mulher, por estarem as medidas protetivas de urgência amparadas por normas e princípios supranacionais, constitucionais e legais.

8. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NERY Junior, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.