



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

RAISSA ANDRADE SILVA

**A NATUREZA JURÍDICA E O PROCEDIMENTO DAS MEDIDAS
PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06**

CAMPINA GRANDE – PB

2013

RAISSA ANDRADE SILVA

**A NATUREZA JURÍDICA E O PROCEDIMENTO DAS MEDIDAS
PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof^o Msc. Luciano de Almeida Maracajá

CAMPINA GRANDE – PB

2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586n Silva, Raissa Andrade.
A natureza jurídica e o procedimento das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 [manuscrito] / Raissa Andrade Silva.– 2013.
65 f.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.
“Orientação: Prof. Me. Luciano de Almeida Maracajá, Departamento de Direito Público”.

1. Violência contra mulher. 2. Medida protetiva de urgência. 3. Violência doméstica. I. Título.

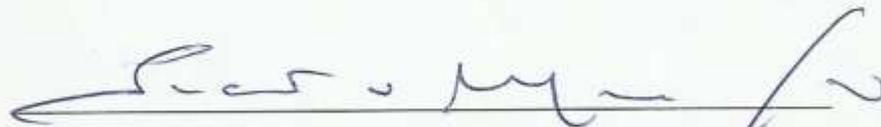
21. ed. CDD 362.83

RAISSA ANDRADE SILVA

**A NATUREZA JURÍDICA E O PROCEDIMENTO DAS MEDIDAS
PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06**

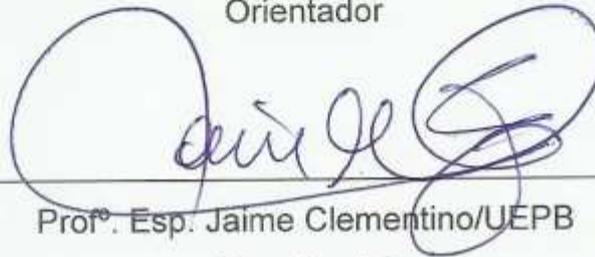
Monografia apresentada ao Curso
de Bacharelado em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba,
em cumprimento à exigência para
obtenção do grau de bacharel.

Aprovada em 06/09/2013



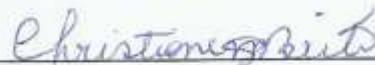
Prof^o Msc. Luciano de Almeida Maracajá/UEPB

Orientador



Prof^o. Esp. Jaime Clementino/UEPB

Examinador



Prof^a. Msc. Christiane Maria Brito Maracajá/UEPB

Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me deu força e coragem para enfrentar todos os embates na elaboração deste trabalho.

Aos meus pais que sempre me incentivaram na busca pelo conhecimento.

Ao orientador Prof. Luciano de Almeida Maracajá que com toda calma, sabedoria e paciência, me ajudou na explanação das minhas idéias e questionamentos.

A todos os professores do curso que compartilharam os seus conhecimentos e com toda a paciência transmitiram suas explicações enriquecedoras.

A todos que me incentivaram e me encorajaram na realização desse trabalho.

Às colegas de curso, Lorena, Gabriele e Raysa.

À grande amiga e professora, Samelly Xavier, que estimulou esta investigação e colaborou imensamente com a metodologia deste trabalho.

As amigas que nasceram dessa trajetória e que acompanharam minhas angústias, lutas e, solidárias, participavam com toda alegria dividindo comigo as risadas, as confidências e brincadeiras.

RESUMO

Ante a omissão legislativa em definir o procedimento pormenorizado das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06, o presente trabalho tem por objetivo geral estabelecer a sequência de atos adequada a sua concessão e, quando for o caso, após seu descumprimento, tomando por base a natureza jurídica desses instrumentos. Para tanto, foi realizada uma pesquisa qualitativa, documental, descritivo-interpretativa, fundamentando-se nos ensinamentos da doutrina e jurisprudência brasileiras. Assim, dividimos o trabalho em três partes. Na primeira parte foi apresentado o panorama histórico dos instrumentos de proteção à mulher antes da Lei 11.340/06 e após a edição do diploma legislativo, bem como o conceito e as espécies de medidas protetivas urgência. Na segunda parte foram apresentadas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência e o respectivo procedimento para sua concessão e manutenção, a partir dos estudos de Dias (2011), Cunha (2011), Bechara (2010) e Didier (2010). Na terceira parte, discutiu-se sobre a tipicidade e atipicidade do descumprimento das medidas protetivas de urgência, com base na jurisprudência dos tribunais nacionais, principalmente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Rio Grande Sul. Ante as ideias apresentadas, concluiu-se ser a natureza jurídica cautelar penal a mais adequada a tais instrumentos, o que levou a definição do procedimento das medidas protetivas de urgência nos moldes daqueles previstos para as cautelares penais, preservando-se as características próprias da sequência de atos previstas pela Lei 11.340/06. Aduziu-se ainda que o descumprimento das medidas protetivas de urgência é, em tese, conduta típica, muito embora só possa ensejar a aplicação de sanção penal nos moldes do art. 330 do Código Penal se não houver sido aplicadas as sanções cíveis prevista no art. 22, parágrafo 4º do referido diploma legislativo.

Palavras-chave: Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, procedimento, tipicidade e atipicidade do descumprimento.

ABSTRACT

Considering the legislative omission to determine the legal procedure for concession and maintenance of protection orders for the female gender in Law 11.340/06, the present paper aimed to establish the adequate acts sequency for the concession and non-observantion of those orders. Therefore, we did a qualitative, documental, descriptive and interpretative research, based on the brasilian doctrine and jurisprudence. Thus, we split the paper in three parts. In the first part, we presented the historical perspective of the instruments of protection for women before the law 11.340/06, as well as the definition and species of those orders of protection. In the second part, we presented the doctrinal and jurisprudencial tendencies over the legal nature of the orders of protection and its concession and maintanance procedure, from the teachings of Dias (2011), Cunha (2011), Bechara (2010) and Didier (2010). In the third part, we discuss the possibility to consider a crime the non-observation of those orders of protection, based on the jurisprudence of nacional courts, mainly the Court of Justice of Federal District and Rio Grande do Sul. We concluded that the orders of protection have a criminal precautionary nature, which led the choice of the precautionary procedure provided in the Criminal Procedure Code as the most appropriate, respecting the peculiarities stablished in Law 11.340/06. We concluded, as well, that the non-observation of those orders is, hypotetically, a crime, however only admits criminal penalty application in terms of article 330 of Criminal code if it has not been applied any civil penalties provided in art. 22, paragraph 4 of the legislation.

Palavras-chave: orders of protection legal nature, procedure, criminality of the non-observation.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Natureza cautelar penal, civil e administrativa das medidas protetivas de urgência para Denilson Feitoza (apud BECHARA, 2010)	53
Quadro 2 – Procedimentos das medidas protetivas de urgência conforme classificação doutrinária e jurisprudencial exposta no trabalho	55
Quadro 3 – Tipicidade e atipicidade do descumprimento das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.....	59

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
METODOLOGIA	12
CAPÍTULO 1: ASPECTOS GERAIS SOBRE A PROTEÇÃO À MULHER NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	14
<i>A Constituição Federal e a proteção à mulher</i>	14
<i>A situação da violência doméstica no Brasil antes da Lei 11.340/06</i>	15
<i>As medidas protetivas de urgência criadas pela Lei Maria da Penha</i>	18
<i>Espécies de Medidas Protetivas de urgência</i>	19
CAPÍTULO 2: NATUREZA JURÍDICA E PROCEDIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA	24
<i>Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência</i>	24
Natureza cautelar	25
Natureza satisfativa	30
<i>Procedimento das medidas protetivas de urgência</i>	34
CAPÍTULO 3: DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA	39
<i>Da efetivação das medidas protetivas de urgência</i>	39
<i>Prisão preventiva</i>	40
<i>Da tipificação do descumprimento das medidas protetivas de urgência</i>	44
Tipificação do descumprimento da medida protetiva como o crime previsto no art. 359 do Código Penal	45

Tipificação do descumprimento da medida protetiva como o crime previsto no art. 330	do	Código	Penal	
.....				47
Atipicidade do descumprimento da medida protetiva de urgência				48
CONSIDERAÇÕES FINAIS				52
REFERÊNCIAS				62

INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar que aflige a mulher no âmbito doméstico decorre da relação de poder favorecedora do sexo masculino que prospera ainda nos dias de hoje nas esferas familiar e social. Reiteradamente, vê-se em noticiários que os sujeitos que deveriam zelar pelo bem estar feminino são os mesmos que perpetram agressões morais, físicas, sexuais e patrimoniais contra os representantes deste gênero. Covardemente, a violência é costumeiramente praticada no âmbito doméstico, sem qualquer testemunha presencial que possa interferir a favor da ofendida.

Nesse diapasão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o gênero feminino como um grupo vulnerável e necessitado de atenção internacional. Por isso, exigiu dos países signatários da Convenção Americana dos Direitos do Homem providências para resguardar a integridade física das mulheres, que deveriam ser positivadas através de políticas públicas e da edição de normas especializadas para os direitos fundamentais.

Em resposta à Comissão, o poder legislativo brasileiro editou tardiamente a Lei 11.340/06. Este diploma legislativo perpetuou o princípio da isonomia¹ através da concessão de um tratamento jurídico diferenciado às mulheres vítimas de violência

¹ Segundo este princípio, aqueles que se encontram em situação de igualdade devem ser tratados igualmente e os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades.

doméstica, objetivando a redução da desigualdade fática de gênero. Para tanto, a Lei previu diversos instrumentos para resguardar a integridade física e psíquica da mulher, dentre eles, as medidas protetivas de urgências estabelecidas exemplificativamente em seus artigos 22 a 24.

Tais instrumentos foram tão bem recepcionados pelo direito brasileiro que posteriormente a sua aplicação passou a ser prevista no próprio direito processual penal para os grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade, principalmente naqueles casos agravados pela hipossuficiência.

Ocorre que, a despeito da importância atribuída às medidas protetivas de urgência, o legislador não previu um procedimento incontroverso para sua efetivação. A Lei 11.340/06 limitou-se a descrever um procedimento genérico para a aplicação

desses instrumentos, o que fez brotar o questionamento de qual seria a sequência de atos correta para sua concessão e manutenção.

Dentre as questões suscitadas pela omissão legislativa, temos a dúvida quanto à natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Apesar de parecer um problema meramente acadêmico, a definição da natureza jurídica desses instrumentos possibilita que se afirme com convicção o procedimento a que deverão ser submetidos. Do contrário, manter-se-á a desordem que temos hoje nos tribunais brasileiros: cada qual adota um procedimento diferenciado, fundamentando sua escolha em uma corrente diversa do tema.

Como resultado da inexistência de descrição pormenorizada do procedimento a que deve ser submetida a medida protetiva de urgência, também restaram questionamentos acerca das consequências do descumprimento desses instrumentos. Ocorre que a Lei 11.340/06 não referiu-se a tipicidade ou atipicidade da inobservância da determinação judicial, apesar de ter previsto a possibilidade de aplicação dos instrumentos coercitivos das obrigações de fazer do Código de Processo Civil (art. 461, parágrafos 5º e 6º) e a prisão preventiva do Código de Processo Penal (art. 313, inciso III²). Essa supressão incitou os operadores do direito a questionarem a possibilidade de processamento penal pelo descumprimento como crime de desobediência, seja em sua modalidade geral ou especializada, a parte de qualquer outro delito que tenha dado ensejo a concessão das medidas.

Ante tantos deslizes, restam afetados os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Tais princípios são violados à medida em que o réu desconhece o processo a que estará submetido, não podendo exercer plenamente sua defesa por ignorar os instrumentos adequados para influenciar o processo, não participando, assim, da tomada de decisão do magistrado.

Partindo desse pressuposto, tornou-se necessário o presente estudo que tem como objetivo geral definir o procedimento das medidas protetivas de urgência. Para tanto, foram relevantes os seguintes objetivos específicos: (a) classificar a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência e; (b) investigar a querela jurisprudencial

² Inicialmente, a Lei adicionou o inciso IV ao art. 313 do Código de Processo Penal. Com as alterações perpetradas pela Lei 12.403/11 nas prisões cautelares, esta modalidade de prisão preventiva passou a estar disposta no inciso III do mesmo dispositivo.

acerca da atipicidade ou tipicidade do descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Por razões metodológicas dividimos este trabalho em três capítulos. No primeiro, trataremos da situação da violência doméstica e familiar contra a mulher antes da Lei 11.340/06, referenciando os motivos que ensejaram sua edição. Nos remeteremos também aos instrumentos de proteção criados pelo diploma legislativo, conceituando-os e identificando suas espécies.

No segundo capítulo, serão abordadas as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Ao fim, será apontado qual o procedimento estabelecido por cada uma das correntes como o adequado à concessão tais instrumentos.

No terceiro capítulo, serão expostas as consequências legais do descumprimento das medidas protetivas de urgência e a tipicidade ou atipicidade da conduta.

METODOLOGIA

A metodologia científica é o estudo da sistematização dos caminhos percorridos quando da realização de uma pesquisa científica (FONSECA, 2002). Tendo isso em vista, faz-se necessário a descrição dos procedimentos utilizados para execução desta monografia.

Inicialmente, cumpre apontar que a presente pesquisa insere-se no campo do Direito Penal e Processual Penal, o que resulta também em sua inserção no ramo do Direito Público, posto que seu objeto de estudo são as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, com foco no procedimento a que as mesmas devem ser submetidas. Portanto, é de abordagem qualitativa, na medida em que não objetiva analisar a quantificação de dados sobre as medidas protetivas de urgência, mas analisá-las sob a ótica da lei, doutrina e jurisprudência no que se refere ao seu procedimento.

Quanto ao procedimento metodológico, cumpre indicar que esta pesquisa é de caráter documental, tendo em vista ser realizada a partir de uma documentação, contemporânea ou histórica, e que recorre a fontes diversificadas e dispersas, que busca realizar uma investigação (GERHARDT; SILVEIRA, 2007). Nesse sentido, foram utilizadas categorias como a lei, a jurisprudência e a doutrina para embasar o presente trabalho, levando-se em conta a importância de cada uma dessas fontes para a criação de normas jurídicas (REALE, 2001).

Aliás, no que se refere a utilização da lei como material analítico para a presente monografia, o paradigma emergente apontado por Boaventura de Souza Santos (1987) foi de grande valia para definição de nossa pesquisa. O autor enquadra a natureza das ciências em três momentos: a) o paradigma da modernidade, quando uma só forma de conhecimento é considerada verdadeira; b) crise do paradigma dominante, momento em que há uma revisão sobre o rigor científico e; c) paradigma emergente, onde o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum, tornando-se local e total (GERHARDT; SILVEIRA, 2007). Nesse sentido, o diploma legislativo tem uma abrangência nacional('total'), enquanto suas interpretações são de caráter interpretativo('local'), o que torna o paradigma emergente o mais propenso às nossas reflexões.

Feitas essas considerações gerais, necessário se faz assinalar que o procedimento das medidas protetivas de urgência encontra-se na fase de crise do paradigma dominante, nos termos referenciados por Boaventura de Souza Santos (1987). Isso ocorre porque, se por um lado há uma crise sócio-política no âmbito da violência doméstica e de gênero que demanda a atuação legislativa e positivista do Estado; por outro, a lei, por si só, não foi capaz de delimitar o procedimento a ser seguido judicialmente quanto à concessão das medidas protetivas de urgência. Nesse diapasão, surgiu a necessidade de buscar-se suprimir a omissão legislativa através de outras fontes do direito, como a jurisprudência e a doutrina.

Dada a situação do paradigma das medidas protetivas de urgência, necessário se fez dividir o presente trabalho em três capítulos. No capítulo 1 foi feito um panorama geral sobre a situação da violência doméstica e familiar contra a mulher antes da previsão de instrumentos para sua proteção, situando o leitor no tema. Realizadas as introduções necessárias, no capítulo 2, foi procedida a apresentação das diversas correntes sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência e sua consequente definição sobre o procedimento para concessão dessas medidas.

Com a devida fundamentação sobre o procedimento inicial das medidas protetivas de urgência foi possível, no capítulo 3, discutir sobre o procedimento penal adequado quando do descumprimento das medidas protetivas de urgência, finalizando a pesquisa.

Diante do exposto, resta ressaltar que a investigação realizada se enquadra no gênero descritivo-interpretativista, visto que ao longo do trabalho são expostos e analisados diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o procedimento das medidas protetivas de urgência, vindo, ao final, a ser concluído – com base em nossas investigações – qual a sequência de atos mais adequada para o desenvolvimento dessas ferramentas.

CAPÍTULO 1

Aspectos gerais sobre a proteção à mulher no sistema jurídico brasileiro

1.1. *A Constituição Federal e a proteção à mulher*

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 prevê especial proteção à família em seu artigo 226, considerando que essa é a base da sociedade civil. Conforme aponta Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino (2013), tal proteção constitucional tem por objetivo assegurar a permanência e preservação da essência familiar contra qualquer tipo de lesão. Com esse dispositivo, garantiu-se especial proteção a três tipos de entidades familiares: (a) família matrimonial, formalizada através de casamento civil ou religioso; (b) família informal, formada a partir da união estável do casal e; (c) família monoparental, quando formada por um dos pais e seus descendentes. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já equiparou tal proteção à família formada por casal homoafetivo, na ADI 4.277 e ADF 132 (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2013).

Ato contínuo, a mesma norma constitucional consagrou em seu parágrafo 5º igualdade de direitos quanto à sociedade conjugal entre homem e mulher. A previsão teve por escopo distribuir ao casal as prerrogativas familiares antes unipessoais e autoritárias retidas pelo chefe de família, de forma que devem ser exercidas igualmente por ambos os sexos (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2013).

A despeito dessa previsão constitucional, a mentalidade da população vem sendo modificada a passos curtos. Continuamente tem-se atribuído ao homem o papel de chefe de família, conferindo-lhe o privilégio de decidir por todos os seus membros.

Conhecendo as agressões domésticas perpetradas pelo homem contra a família, o constituinte originário consagrou também no artigo 226, parágrafo 8º, o dever do Estado de assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A mulher, vítima frequente das explosões de seu par, seria posteriormente apresentada como membro merecedor de maior proteção. Contudo, conforme

veremos no tópico a seguir, foi somente com a pressão internacional que o Brasil passou a investir em políticas públicas para protegê-la.

1.2. A situação da violência doméstica no Brasil antes da Lei 11.340/06

Ao longo dos últimos anos o Brasil investiu em diversas políticas públicas destinadas à proteção da mulher nos vários setores da sociedade, em especial no seio familiar. É nesse meio que o gênero feminino se sujeita a maior quantidade de abusos, dentre os quais se elenca desde a violência psicológica à agressões físicas. No entanto, foi somente com a divulgação de um caso em particular que a devida atenção foi exigida e, então, proporcionada pelos setores públicos.

Trata-se do caso ocorrido em 1983 que envolveu a senhora Maria da Penha Maia Fernandes e seu então esposo M. A. H. V. Segundo relata a vítima, seu companheiro sempre teve personalidade agressiva, que se revelava ainda mais acentuada em relação à sua família. As investidas contra sua mulher e filhas eram frequentes, de modo Maria da Penha “não se atrevia, por temor, a tomar a iniciativa de separar-se”³.

Nesse sentido, após premeditar sua ação tentando convencer sua esposa a contratar um seguro de vida do qual seria o único beneficiário e fazê-la assinar, em branco, recibo de venda de seu veículo, em 29 de maio de 1983 M. A. H. V. desferiu um tiro de espingarda na coluna de Maria da Penha, deixando-a paraplégica (CUNHA, 2011). Não bastasse a gravidade da conduta, objetivou encobrir a agressão fazendo parecer que se tratava de um roubo, fato que tornou evidente sua dissimulação⁴.

Pouco tempo após o seu retorno do hospital, enquanto tomava banho, a vítima sofreu descarga elétrica em razão de artimanhas de seu esposo. Rogério Sanches Cunha (2011) aponta que o mesmo alegou que o choque elétrico não era suficiente a prejudicar sua incolumidade física. Por todos os motivos expostos, Maria da Penha separou-se judicialmente.

Diante dos dados que apontavam a premeditação do crime e dos indícios de materialidade e autoria colhidos durante o inquérito policial – dentre eles, a

³ CASO 12.051 MÉRITOS. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2013.

⁴ LEI MARIA DA PENHA. Disponível em: http://www.observe.ufba.br/lei_mariadapenha. Acesso em 25 de maio de 2013.

espingarda encontrada na residência que contraditava a declaração do réu de não possuir armas de fogo –, o agressor foi pronunciado em 31 de outubro de 1986 e encaminhado a júri somente em 1991, tendo sido condenado. Não obstante, em sede de recurso interposto intempestivamente, foi declarado procedente o pedido da defesa para anular o júri em razão de falha na elaboração dos quesitos. Assim sendo, foi submetido a novo julgamento em março de 1996, quando foi condenado a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão. Em razão dos recursos cabíveis, somente foi preso em 2002, dezenove anos após o crime.

A demora processual fez com que Maria da Penha, o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional e o Comitê Latino Americano e do Caribe pela Defesa dos Direitos da Mulher denunciasses, em 1998, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a ineficácia judicial e a demora em ministrar justiça⁵, fato que ensejou a elaboração do relatório 54/01.

Nesse relatório, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou as alegações feitas por Maria da Penha verdadeiras, com base no artigo 42 do Regulamento da Organização dos Estados Americanos, depois de reiteradas tentativas frustradas de obter informações sobre o processo junto ao Poder Judiciário brasileiro. Considerou, ainda, que a demora na prestação jurisdicional brasileira decorreu de ineficácia, negligência ou omissão das autoridades, bem como que, nesses termos, há violação a Convenção Americana dos Direitos Humanos, da qual o país é signatário. Para a Comissão, o desrespeito aos direitos de Maria da Penha era evidente, conforme demonstram os argumentos apresentados a seguir:

No caso em apreço, os tribunais brasileiros não chegaram a proferir uma sentença definitiva depois de 17 anos, e esse atraso vem se aproximando da possível impunidade definitiva por prescrição, com a conseqüente impossibilidade de ressarcimento que, de qualquer maneira, seria tardia. A Comissão considera que as decisões judiciais internas neste caso apresentam uma ineficácia, negligência ou omissão por parte das autoridades judiciais brasileira e uma demora injustificada no julgamento de um acusado, bem como põem em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito. Demonstram que o Estado não foi capaz de organizar sua estrutura para garantir esses direitos. Tudo isso é uma violação independente dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação com o artigo 1 da mesma, e dos artigos correspondentes da Declaração

⁵ CASO 12.051 MÉRITOS. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2013.

(Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013)

A Comissão analisou também o argumento apresentado de que as medidas tomadas pelo governo brasileiro para coibir e punir de modo geral a violência doméstica eram ineficazes, coletando dados para tanto. Do estudo, chegou-se a seguinte conclusão:

Nessa análise do padrão de resposta do Estado a esse tipo de violação, a Comissão também nota medidas positivas efetivamente tomadas nos campos legislativo, judiciário e administrativo. A Comissão salienta três iniciativas diretamente relacionadas com os tipos de situação exemplificados por este caso: 1) a criação de delegacias policiais especiais para o atendimento de denúncias de ataques a mulheres; 2) a criação de casas de refúgio para mulheres agredidas; e 3) a decisão da Corte Suprema de Justiça em 1991 que invalidou o conceito arcaico de “defesa da honra” como causal de justificação de crimes contra as esposas. **Essas iniciativas positivas, e outras similares, foram implementadas de maneira reduzida em relação à importância e urgência do problema, conforme se observou anteriormente. No caso emblemático em estudo, não tiveram efeito algum** (Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013) – grifo nosso.

Por todo o exposto, a Comissão considerou o Brasil tolerante no que diz respeito à violação de direitos humanos da mulher e à violência doméstica, fato que tornou explícito o descaso do país com a Convenção assinada. Vejamos:

Ante o exposto, a Comissão considera que se verificam neste caso as condições de violência doméstica e de tolerância por parte do Estado definidas na Convenção de Belém do Pará e que o Estado é responsável pelo não cumprimento de seus deveres estabelecidos nas alíneas b, d, e, f e g do artigo 7 dessa Convenção, em relação aos direitos por ela protegidos, entre os quais o direito a uma vida livre de violência (artigo 3), a que seja respeitada sua vida, sua integridade física, psíquica e moral e sua segurança pessoal, sua dignidade pessoal, igual proteção perante a lei e da lei; e a recurso simples e rápido perante os tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos (artigo 4,a,b,c,d,e,f,g) (Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 25 de maio de 2013).

Assim sendo, a Comissão estabeleceu recomendações a serem seguidas pelo Brasil, dentre elas a finalização do feito que tem como parte Maria da Penha; a realização de investigação séria com o objetivo de determinar a responsabilidade pelos atrasos e erros processuais ocorridos; a punição do responsável e; a

continuação do processo de implementação de políticas públicas visando coibir a violência doméstica de forma mais efetiva, tendo sido estabelecido o prazo de 60 dias para tanto.

Em cumprimento as recomendações da Organização dos Estados Americanos, o Brasil editou a Lei 11.340/06, apelidada de Lei Maria da Penha, com o fito de promover a proteção ao bem estar da mulher e coibir a violência doméstica e familiar contra a mesma, nos termos do art.1º do diploma legislativo:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Nesses termos, foram criadas diversas medidas que visam dar efetividade ao propósito da Lei de assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência (DIAS, 2011).

1.3. As medidas protetivas de urgência criadas pela Lei Maria da Penha

As medidas protetivas de urgência foram instrumentos criados pela Lei 11.340/06 com o fito de assegurar o bem estar da mulher. A relevância de tais medidas é admitida pela doutrina de tal forma que Guilherme de Souza Nucci (2006) aponta sua merecida extensão ao processo penal comum, sendo a vítima do gênero feminino ou não.

Nesse diapasão, foi editada a Lei 12.403/11 que modificou o art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal ao estender a possibilidade de aplicação das medidas protetivas de urgência à hipossuficientes como crianças, adolescentes, idosos, pessoas enfermas ou com deficiência. Vejamos:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
(...)

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, **para garantir a execução das medidas protetivas de urgência**; - grifo nosso.

Assim, a limitação de aplicação das medidas protetivas apenas em favor das mulheres em razão da violência doméstica e familiar foi abandonada e passou-se a utilizar este instrumento como essencial a qualquer vítima hipossuficiente dessa violência (CUNHA, 2011).

Maria Berenice Dias (2011) aponta ainda que as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha podem ser aplicadas com o fito de assegurar a proteção dos integrantes hipossuficientes da unidade familiar inclusive em causas cíveis que têm origem em situação de violência doméstica e familiar, observe:

Também nas demandas cíveis intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público, que têm origem em situação de violência doméstica, o magistrado pode determinar a adoção das providências necessárias à proteção da vítima e dos integrantes da unidade familiar, principalmente quando existirem filhos menores de idade (DIAS, 2011, p. 107).

Logo, a aplicação desse instrumento tem sido cada vez mais ampliada, objetivando a maior proteção dos membros hipossuficientes da unidade familiar. Esta ampliação se coaduna com a tese adotada pela doutrina de que tais medidas devem integrar o processo como um todo, não se limitando ao procedimento especial previsto na Lei Maria da Penha.

1.4. Espécies de Medidas Protetivas de urgência

A Lei Maria da Penha trata de forma separada a respeito das medidas protetivas que obrigam o agressor e que se destinam à ofendida. Não obstante, ambas possuem a mesma finalidade: proteger a vítima das investidas de seu desafeto.

O art. 22 da lei 11.340/06 elenca o rol de medidas protetivas de urgência destinadas ao agressor, conforme exposto abaixo:

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

- I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

A medida protetiva de suspensão da posse ou restrição do porte de armas foi criada em virtude da crescente utilização de armas de fogo para a prática de delitos contra a mulher. Nesse sentido, Rogério Sanches (2011) aponta que o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher editou moção indicando o seguinte:

“nas capitais brasileiras, 44,4% das mulheres vítimas de homicídio em 2002 foram mortas com armas de fogo (ISER, 2005: com dados do Datasus, 2002). Em homicídios e tentativas de homicídio com arma de fogo, mais da metade das mulheres vítimas (53%) conheciam seu agressor. E mais de um terço (37%) dessas mulheres tinham uma relação amorosa com seu agressor (ISER, 2005: com dados das Delegacias Legais do Rio de Janeiro, entre 2001 e 2005)” (SANCHES, 2011, p.125).

Partindo desse pressuposto, o legislador editou tipo penal complexo, no qual estão previstas as condutas “suspender” e “restringir”. O doutrinador acima referido aponta que o núcleo do tipo “suspender” implica na privação temporária do uso e porte da arma. Trata-se de decisão precária que deixará de produzir efeitos se não mais se justificar. Já o núcleo do tipo “restringir” implica a limitação do porte e/uso. Exemplo disso é a determinação de proibição da utilização da arma fora do serviço (para policiais, por exemplo).

Pelas razões acima expostas entende-se que esta medida protetiva está voltada ao porte e uso de arma legal, já que, se o uso e a posse são ilegais, por se tratar da configuração dos delitos previstos nos artigos 12, 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento, a autoridade policial deve atuar de pronto, determinado a destruição das armas.

Sendo o porte legal, a decisão de deferimento da medida deve ser comunicada ao *Sinarm* (Sistema nacional de armas), previsto na Lei 10.826/03, a

Polícia Federal, que é o órgão responsável por autorizar o porte de arma em todo o país e ao comando do Exército, se a arma for de uso restrito ou de propriedade de colecionadores, atiradores ou caçadores (CUNHA, 2011).

Se for o caso de agressor que tenha direito ao uso de arma de fogo nos termos do art. 6º da Lei 10.826/03, será necessária a comunicação ao órgão, corporação ou instituição a suspensão/restrição que se impôs. E então, “*o superior imediato do agressor fica responsável pelo cumprimento da determinação judicial sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou desobediência*” (DIAS, 2011, p. 2011)

Rogério Sanches Cunha (2011) indica ser essencial a determinação de busca e apreensão pelo magistrado, ainda que não diga a lei neste sentido. Para ele, é preciso assim agir para retirar a arma do alcance do ofensor, evitando que este possa, mesmo havendo medida protetiva em face de si, agir contra a (pretensa) vítima.

Em seguida a previsão de suspensão da posse ou restrição do porte de armas, o legislador elencou a possibilidade de determinação de afastamento do ofensor do lar, domicílio ou local de convivência. Esta medida alcança expressamente tanto as mulheres que sofrem a violência em razão do casamento como da união estável.

O texto legal não é novidade na proteção da mulher em face à violência doméstica, visto que o art. 69 da Lei 9.099/95 já trazia previsão semelhante antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, como transcrito abaixo:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. – grifo nosso.

Essa medida protetiva de urgência tem íntima relação com a medida prevista no art. 23, inciso IV da Lei 11.340/06 que prevê a possibilidade de determinação da separação de corpos. Não obstante, nesse segundo caso os doutrinadores

costumam divergir a respeito da possibilidade de sua aplicação à situação de união estável.

A despeito do respeitável questionamento doutrinário, a limitação de aplicação da medida a casais unidos matrimonialmente na forma civil não alcança à finalidade da lei, ao passo em que o operador do direito deixaria de proteger de forma semelhante a mulher que integra uma união estável ao negar a validade do instrumento.

Para Cunha (2011), o impasse é resolvido com a decisão do Superior Tribunal de Justiça que alarga o alcance dos institutos destinados ao casamento, na medida em que aponta o reconhecimento pela Constituição Federal da união estável como entidade familiar prestigiada pela mesma proteção conferida ao casamento⁶.

Ademais, partindo do pressuposto de que não mais compartilham o lar, o legislador elencou ainda a medida de distanciamento do agressor da vítima, podendo ser ampliada para alcançar testemunhas e familiares da mesma.

Essa medida pode alcançar, ainda, a residência da ofendida, bem como lugares outros que correspondam a seu dia a dia, como local de trabalho, escola, ou mesmo espaços de lazer. Dessa forma, ao verificar a presença da vítima, caberá ao agressor retirar-se do local, cumprindo medida judicial.

Rogério Sanches Cunha (2011) aponta que o juiz deverá proceder com cautela na determinação da medida protetiva de afastamento do agressor da vítima, visto que poderá ser utilizada de forma desproporcional para constranger ilegalmente o ofensor em sua liberdade de ir e vir.

É possível, ainda, a proibição de comunicação com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação com o fito de impedir que o sossego da mesma seja perturbado ou mesmo que determinados delitos, como ameaças, venham a se perpetrar por telefone.

No entanto, uma das medidas protetivas mais graves a serem determinadas pelo juiz é a de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes do agressor. Em verdade, tratam-se quaisquer incapazes alcançados pelo âmbito de convivência do ofensor.

O texto legal determina a oitiva de equipe multidisciplinar sobre o caso, mas como bem entende Maria Berenice Dias (2011), essa necessidade não afasta a

⁶ STJ, 4ª turma. REsp 10.113-SP, rel. Min. Sálvio de Figueira Teixeira, j. 04.06.1991, DJ 09.09.1991, p. 12.210.

concessão da medida em sede liminar sem a prévia oitiva, visto que a mesma pode ser procedida *a posteriori*.

Por fim, o legislador previu a possibilidade de concessão de alimentos provisórios em favor da vítima. Em sede de cognição sumária, o juiz poderá decidir diversamente do que foi estipulado na medida protetiva, pois a finalidade do instrumento é evitar que a sobrevivência da ofendida aguarde a resolução da querela entre os cônjuges/companheiros.

Além das medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, o art. 23 prevê outras, que se destinam não ao agressor, mas a ofendida, conforme exposto abaixo:

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

- I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV – determinar a separação de corpos.

Tais medidas assemelham-se bastante àquelas já tratadas no artigo 22, mantendo todas o mesmo objetivo: a proteção do bem estar da vítima. A única ressalva feita pela doutrina é que o inciso I do art. 23 prevê uma medida administrativa, visto que pode ser determinada pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, mas quando determinada pelo juiz, terá caráter jurisdicional.

Vale ressaltar que o rol de medidas protetivas previsto nos artigos 22 e 23 da Lei Maria da Penha é considerado como exemplificativo, posto que a doutrina entende que ao longo do diploma legislativo outros instrumentos são previstos para garantir o bem-estar da mulher. Dessa forma, poderá o magistrado determinar medidas protetivas outras que não as elencadas neste artigo, desde que vise precipuamente a proteção da vítima. Nesse sentido expõe Maria Berenice Dias (2011) a possibilidade de determinação da inclusão da vítima em programas assistenciais tem nítido viés protetivo (artigo 9º, parágrafo 1º), bem como do acesso prioritário à remoção da servidora pública e a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento da empregada privada do local de trabalho, por até seis meses (artigo 9º parágrafo 2º, incisos I e II).

CAPÍTULO 2

Natureza jurídica e procedimento das Medidas Protetivas de Urgência

2.1. *Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência*

O legislador brasileiro não especificou na Lei 11.340/06 o procedimento das medidas protetivas. Com a omissão legislativa, adotou-se o entendimento de que a medida protetiva tem natureza de tutela cautelar de urgência, divergindo a respeito de seu caráter cível ou penal. Discussões outras não foram realizadas e a jurisprudência passou a produzir decisões conflituosas dentro do mesmo tribunal, inclusive.

Não é aceitável que cada tribunal possua um procedimento diferenciado a respeito das medidas protetivas de urgência, já que, pelo princípio constitucional do devido processo legal deve-se garantir o contraditório e ampla defesa, em suas dimensões material e substancial àquele que está sendo processado. Ora, se até mesmo o órgão jurisdicional varia o procedimento aplicável às medidas protetivas, é evidente que o réu e seu causídico desconhecerão o ato jurídico adequado à sua defesa.

Nesses termos, procederemos à análise das naturezas jurídicas atribuídas pela doutrina às medidas protetivas através de seus elementos jurídicos, objetivando alcançar um consenso quanto aquela que seja mais adequada, considerando as dimensões objetiva, subjetiva e teleológica⁷.

2.1.1. Natureza cautelar

⁷ O princípio da adequação processual possui três dimensões: (a) objetiva: exige que o processo seja adequado ao direito que se busca tutelar; (b) exige que o processo seja adequado aos sujeitos que dele vão se valer e; (c) exige que o processo seja adequado a seus fins. (DIDIER, F. Curso de Processo Civil: volume 1. 9ª edição. Salvador: JusPodivm, 2012.)

Atribuem os artigos. 13 e 14⁸ da Lei Maria da Penha competência civil e criminal aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, conferindo a estes órgãos a possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil e Código de Processo Penal naquilo que não contrariar o diploma legislativo em comento.

Baseado nesse fato e partindo do pressuposto de que as medidas protetivas de urgência foram criadas com o objetivo de proteger a vítima contra as investidas de seu agressor, a doutrina e jurisprudência majoritárias tomaram esses instrumentos como medidas cautelares, divergindo apenas acerca de sua natureza jurídica cível ou criminal, conforme exposto nas seguintes ementas:

PROCESSUAL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ CRIMINAL COM FUNDAMENTO NA LEI MARIA DA PENHA – COMPETÊNCIA DA TURMA CRIMINAL.1. **O julgamento de recurso interposto contra decisão proferida em processo de medida cautelar submetida à jurisdição de Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica Familiar contra a Mulher, consubstanciada em medidas protetivas, é da competência de Turma Criminal.** 2. Conflito julgado procedente, declarando-se competente a 2ª Turma Criminal. Unânime. (20080020137058CCP, Relator ESTEVAM MAIA, Conselho Especial, julgado em 11/11/2008, DJ 28/01/2009 p. 47) – grifo nosso.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRELIMINAR: **APELO INTERPOSTO COM APOIO NAS REGRAS DO PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE, EM FACE DE ERRO JUSTIFICÁVEL** CAUSADO PELO PRÓPRIO SENTENCIANTE. MÉRITO: CONCESSÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OBSERVÂNCIA. NULIDADE. 1. **Apesar da natureza penal da decisão resistida, o recurso de apelo, interposto de acordo com as regras processuais civis, não pode ser considerado intempestivo se o próprio julgador que proferiu a sentença resolveu o feito com base no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil,** levando o apelante, portanto, a erro justificável (...) 3. Apelo conhecido e provido. (20060111217028APR,

8 Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher **aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil** e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que **não conflitam com o estabelecido nesta Lei.** – grifo nosso.

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, **órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal,** poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. – grifo nosso.

Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 2ª Turma Criminal, julgado em 02/04/2009, DJ 24/06/2009 p. 247) – grifo nosso.

A pequena amostra acima exposta revela, no primeiro caso, a tendência de se admitir as medidas da Lei Maria da Penha como criminais. No segundo caso, evidencia o caminho tortuoso de admiti-las como cautelares cíveis, sujeitas ao procedimento do Código de Processo Civil. Há ainda quem atribua às mesmas uma natureza jurídica mista, compreendendo que, de acordo com a medida protetiva, verificar-se-ia uma natureza cível, penal ou mesmo administrativa, como bem expõe Júlia Maria Seixas Bechara (2010) ao referir-se ao entendimento de Denílson Feitosa:

“Segundo o autor, ostentariam caráter penal as medidas do artigo 22, incisos I, II, III, alíneas “a”, “b” e “c”. Já as medidas do artigo 22, incisos IV e V, artigo 23, incisos III e IV, e artigo 24, incisos II, III e IV, teriam caráter cível. Ainda, guardariam caráter administrativo as disposições do artigo 23, incisos I e II, e artigo 24, inciso I.” (BECHARA, Júlia Maria Seixas. Violência doméstica e a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 19 de julho de 2013).

A citação acima explicita uma ambivalência inaceitável no ordenamento pátrio, haja vista que admiti-la implicaria, independentemente de previsão legal, o reconhecimento da existência de procedimentos diversos para o mesmo tipo jurídico, dificultando, sobremaneira, a atividade do operador do direito. Partindo desse pressuposto, surge a necessidade de desenvolvimento teórico das ideias de classificação cível e criminal para que o enquadramento num ou noutro tipo de natureza jurídica seja feito de forma homogênea.

Nesse sentido, sabemos que o processo cautelar cível tem por escopo garantir a eficácia de um processo principal de conhecimento ou de execução, não possuindo objetivo próprio. Constitui-se, assim, a relação de acessoriedade do processo cautelar ao processo cuja eficácia pretende assegurar (NEVES, 2013). Aponta Didier (2012) que a tutela cautelar cível é ainda temporária, visto que somente dura o tempo necessário à preservação do objeto que se impõe. Sendo assim, com a tutela satisfativa definitiva a tutela cautelar perderá o objeto.

Por sua vez, Humberto Theodoro Jr. (2007) expõe que a medida cautelar é a “providência concreta tomada pelo órgão judicial **para eliminar uma situação de**

perigo para direito ou interesse do litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal”. Alguns doutrinadores não visualizam com clareza a (possível) violação a integridade física ou psíquica da parte como cautelar cível, posto que partem do pressuposto de que tal conduta seria tipificada enquanto ilícito penal.

Por isso mesmo, há quem classifique as medidas protetivas de urgência como cautelares sujeitas ao processo penal. Vale lembrar, o processo cautelar penal, assim como o civil, não é autônomo. É acessório a um processo principal, mas não exige o Código de Processo Penal um processo exclusivamente cautelar para perfazer-se: se instrumentaliza através de medidas cautelares no próprio processo principal para assegurar o exercício da jurisdição, visando a correta apuração do fato delituoso, execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração, etc (BRASILEIRO, 2011, p. 1123).

Para Renato Brasileiro (2011), as medidas cautelares previstas no código de processo penal podem agrupar-se em 3 categorias: (a) medidas cautelares de natureza civil (reais) – relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação; (b) medidas cautelares relativas à prova, para efeito penal e/ou para efeito civil e; (c) medidas cautelares de natureza pessoal – tomadas contra o suposto autor durante o inquérito ou o processo, podem importar na perda da liberdade do acusado ou na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

A concessão de quaisquer dessas medidas importa a necessidade de preenchimento do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*⁹ — que exigem, respectivamente, indícios de materialidade e autoria delitiva de forma que a existência do delito possa ser evidenciada e o perigo na manutenção da “liberdade”¹⁰ do autor, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

As medidas protetivas de urgência, se consideradas medidas cautelares criminais, são classificadas enquanto cautelares de natureza pessoal, devendo

⁹ Equivalentes, respectivamente, a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e ao perigo na demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), exigidos nas cautelares cíveis.

¹⁰ Antes da lei 12.403/11 as medidas cautelares de natureza pessoal restringiam-se as espécies de liberdade provisória (com ou sem fiança) e a prisão cautelar, por isso consagrou-se na doutrina a expressão “perigo na liberdade”. No entanto, quando nos referimos as medidas cautelares, compreende-se que esta expressão refere-se a demonstração de que a aplicação de tais medidas é necessária para resguardar a investigação ou a própria coletividade, que se vê em risco diante da possibilidade de reiteração delituosa.

preencher os requisitos acima apontados para sua concessão. Assim, terão como função a preservação dos meios e fins do processo em que se busca a realização da pretensão punitiva. Nesse sentido, Bruno Sentone (2011) aponta que:

A finalidade dos instrumentos ora analisados (medidas protetivas de urgência) é garantir a integridade das vítimas, assegurando o resultado do processo criminal, sem a necessidade de submeter os acusados às mazelas do sistema prisional. Caso contrário, quedar-se-iam sem razão o inquérito policial e a ação penal se não houvessem mecanismos garantidores da proteção da vítima, uma segura condenação e posterior execução da pena, não restando resultado útil a ser alcançado (SENTONE, Bruno Delfino. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor na lei 11.340/2006. Disponível em: http://www.fempaprp.org.br/artigos/upload_artigos/bruno-sentone.pdf. Acesso em 18 de julho de 2013.)

Assim, para a preservação dos meios e fins do processo as medidas cautelares teriam por objetivo a proteção à vítima da violência doméstica antes do agravamento desta, de maneira que seja assegurada utilidade da persecução penal à ofendida, não só enquanto meio repressivo, mas também preventivo relativamente à reiteração delitiva.

Em uma primeira análise, é aparentemente perfeito o encaixe entre o conteúdo abstrato das cautelares penais e os contornos da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, evitando-se a adoção de uma cautelar *sui generis* quando já existe instituto que melhor se adequa a classificação desse instrumento. Por isso mesmo, a jurisprudência dos tribunais vem, progressivamente, se pacificando neste sentido, conforme podemos ver abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. ART. 22, III, A E B, DA LEI N. 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA). RECURSO INADEQUADO DIANTE DA **NATUREZA CRIMINAL DAS REFERIDAS MEDIDAS**. APELAÇÃO CRIMINAL QUE SE MOSTRA APROPRIADA, A TEOR DO ART. 593, II, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. “Embora não haja má-fé por parte do ora recorrente, inaplicável no caso o princípio da fungibilidade recursal (art. 579 do CPP), pois além de o trâmite do recurso de Agravo de Instrumento e da Apelação Criminal serem manifestamente distintos, constata-se que o presente recurso foi interposto [...], fora, portanto, do prazo legal de 05 (cinco) dias previsto para a interposição do recurso de Apelação (art. 593, caput, do CPP), [...]”. (TJPR, AI de n. 477.610-3 de Irati, rel Juiz Convocado Mário helton Jorge, j. 04/09/08) (TJ-SC – AG: 252709 SC 2009.025270-9, Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 29/10/2009,

Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n.).
– grifo nosso.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MATÉRIA CRIMINAL. LEI MARIA DA PENHA. DEFERIMENTO E POSTERIOR **REVOGAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. MATÉRIA DE NATUREZA CRIMINAL.** IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO QUE REVOGOU MEDIDA PROTETIVA MEDIANTE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL ELEITA. Em matéria criminal, a interposição de agravo de instrumento somente tem lugar nos casos de inadmissão de recurso especial ou extraordinário, contra decisões do juízo de execuções penais e nas hipóteses de agravo regimental. No presente caso, tendo em vista que os agravados foram alvejados por decisão de natureza criminal, que uma vez revogada, expôs-se a apelação criminal, ante a não previsão legal de recurso próprio. Inteligência do art. 593, ii, do código de processo penal. (TJ-BA – AIRESP: 860332009 BA 0008603-3/2009, Relator: ABELARDO VIRGINIO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 05/10/2010, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL). – grifo nosso

Inobstante o aparentemente perfeito enquadramento jurídico das medidas protetivas em cautelares criminais, subsidiariamente o Código de Processo Civil ainda teria de ser aplicado quanto ao prazo para ajuizamento de uma ação principal. Dessa forma, estes instrumentos não poderiam, sozinhos, garantir a integridade física e psíquica da mulher, já que dependeriam da propositura da ação principal no prazo de 30 dias, sob pena de ineficácia.

Assim, entendendo que as medidas protetivas de urgência por si só devem garantir a segurança física e emocional da vítima, há quem diga¹¹ que para estes instrumentos não incidem as regras constantes nos artigos. 806 a 808 do CPC¹², tornando o ajuizamento de uma ação principal desnecessária. Aqueles que advogam esta tese classificam tais medidas como de natureza satisfativa.

¹¹ ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Reflexões sobre o processo civil na Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/reflexoes-sobre-o-processo-civil-na-lei-maria-da-penha-juiz-arnaldo-camanho-de-assis>>. Acesso em 18 de julho de 2013.

¹² Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

2.1.2. Natureza satisfativa

Alguns operadores do direito, objetivando atribuir às medidas protetivas certo grau de autonomia para que, sozinhas, pudessem resguardar a integridade física e psíquica da vítima, consideraram erroneamente tomada a prelação de que são esses instrumentos cautelares legais.

Já anunciava Arnaldo Camanho de Assis (2008) que as medidas protetivas de urgência não eram sinônimos de medidas cautelares, pois a intenção de assegurar o resultado útil de um processo principal não amolda-se ao objetivo de resguardar a integridade física e psíquica da mulher trazido por estes instrumentos.

Nesse sentido, Julia Maria Seixas Bechara (2010) considerou atécnica a divisão consagrada por Maria Berenice Dias e Rogério Sanches Cunha de que algumas medidas protetivas teriam natureza jurídica cautelar penal e outras cível, já que tal posicionamento não se coaduna com as características das medidas de urgência e vai de encontro a clareza e homogeneidade que um provimento jurisdicional de qualidade necessita¹³. Para demonstrar seu argumento, aponta:

Por conseguinte, imagine-se, por exemplo, o deferimento, em uma mesma decisão, de duas medidas protetivas, sendo uma considerada cível e a outra penal. Desejando recorrer, o apontado autor do fato deveria, seguindo a orientação acima, manejar dois recursos, sendo um dirigido à turma cível e o outro à turma criminal, no que encontraria óbice no princípio da unirrecorribilidade.

Ainda no mesmo exemplo, caso desobedecidas as ordens, a execução forçada da medida cível seguiria o rito do cumprimento de obrigação de fazer do Código de Processo Civil, ao passo que a medida criminal poderia ser assegurada pela prisão preventiva.

Parece pouco razoável admitir-se a ocorrência cotidiana de tais complicações. (BECHARA, Júlia Maria Seixas. Violência doméstica e a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 19 de julho de 2013).

¹³BECHARA, Júlia Maria Seixas. Violência doméstica e a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 19 de julho de 2013.

Diante do exposto, a classificação ambivalente das medidas protetivas faria com que para cada tipo de medida (criminal e civil) houvesse dois procedimentos distintos, ainda que os instrumentos tivessem sido deferidos na mesma decisão. Para um, prevaleceriam as disposições do Código de Processo Civil, sendo aplicado subsidiariamente o Código de Processo Penal, enquanto para o outro prevaleceriam as disposições do Código de Processo Penal, sendo aplicado subsidiariamente o disposto no Código de Processo Civil. Dessa forma, acertadamente se posiciona Júlia Maria Seixas Bechara (2010) como contrária a tal entendimento.

Ato contínuo, a defensora pública (BECHARA, 2010) também considera equivocada a classificação das medidas protetivas unicamente como criminais, pois vê entre o procedimento descrito na Lei Maria da Penha e o descrito no Código de Processo Penal diferenças evidentes, por entender que (1) para que as medidas protetivas de urgência tivessem natureza penal seria necessária a tipificação de condutas e/ou a previsão da consequente sanção por seu cometimento, o que não se verifica na Lei Maria da Penha; (2) o fato de que no mais das vezes esses instrumentos são concedidos em razão do cometimento de delitos não influi na classificação de sua natureza jurídica; (3) ser possível a formulação do pedido pelo delegado não influencia na natureza jurídica do instituto visto que, uma vez remetido ao judiciário é autuado em apartado e o delegado não mais terá acesso e; (4) a classificação das medidas protetivas como cautelares penais as vincularia ao processo criminal, o que impediria a sua concessão e manutenção na inexistência de um processo principal.

De forma contrária, considera que as medidas protetivas de urgência teriam natureza cível, visto que regula o conflito de interesses entre vítima e agressor. Nesse diapasão, aponta que os dispositivos que atribuem competência cível na Lei 11.340/06 aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher teriam seu conteúdo esvaziado se tais medidas fossem criminais.

Diante do exposto, a autora recria a classificação das medidas protetivas enquanto cautelares, demonstrando que a admissão de tal natureza jurídica implicaria na submissão dessas medidas aos requisitos mínimos do processo cautelar, dentre eles a instrumentalidade, temporariedade e não-satisfatividade, incompatíveis com o objetivo das medidas protetivas que é assegurar o bem estar

da vítima. Assim, classifica os instrumentos em análise como de natureza jurídica cível satisfativa.

Para Bechara (2010) o procedimento adequado seria o do processo de conhecimento previsto no Código de Processo Civil, sendo admitida eventual antecipação de tutela nos termos do art. 273 e cabível o agravo de instrumento como recurso da decisão que defere ou indefere o pedido. Por fim, deve o pedido ser julgado mediante sentença (nos termos dos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil), cujo recurso cabível seria a apelação. Aponta ainda o cabimento de fase de execução neste processo, em caso de descumprimento da protetiva. Conforme expõe da citação a seguir:

A ordem comporta execução – provisória ou definitiva – em caso de descumprimento. Para tanto, o artigo 22, § 4º, da lei em comento, estabelece como mecanismo de coerção o sistema de cumprimento de obrigações de fazer e não fazer previsto no artigo 461 do Código de Processo Civil. Com isso, possibilita a efetivação da tutela mediante imposição, por exemplo, de multa diária, providência, aliás, ainda sem previsão dentro da atual sistemática processual penal (BECHARA, Júlia Maria Seixas. Violência doméstica e a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 19 de julho de 2013).

Trata-se de um posicionamento de vanguarda, mas que já encontra correspondência na jurisprudência nacional, conforme se vê do acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás que decidiu neste sentido, conforme exposto a seguir:

Apelação Cível e Recurso Adesivo. Ação protetiva dos direitos da mulher com pedido de aplicação de medida cautelar. Deferimento de medidas protetivas. Natureza cível das medidas aplicadas à espécie. Aplicação das normas do CPC. Tempestividade do apelo. Caráter satisfativo. Desnecessidade de interposição da ação principal. Cassação da sentença. Recurso adesivo prejudicado. I – **Possuem as medidas protetivas impostas à espécie, previstas na Lei 11.343/2006, caráter eminentemente civil, devendo, pois, ser aplicado subsidiariamente ao caso em comento o Código de Processo Civil**, o qual dispõe ser de quinze dias o prazo para a interposição de recurso de apelação. II – **As medidas de proteção em apreço possuem natureza satisfativa, ou seja, encerram, por si mesmas e por sua natureza, a finalidade desejada, independentemente de propositura de qualquer outra ação, não havendo falar, pois, em necessidade de ajuizamento da demanda principal em trinta dias.** III – Cassada a sentença, como o provimento da apelação interposta, resta prejudicado o recurso adesivo. Apelo conhecido

e provido. Sentença cassada. Recurso Adesivo prejudicado. (TJ –GO AC 375874-48.2010.8.09.0063, Relator: Carlos Alberto França. Data de Julgamento: 22/05/2012. 2ª Câmara Cível. Data de Publicação: 12/06/2012) – grifo nosso.

A classificação deste instituto nos moldes expostos por Bechara (2010) revela um caminho mais tortuoso do que a classificação do instituto como cautelar, haja vista o procedimento e duração do processo de conhecimento. Outrossim, esse modelo é corroborado pelo direito comparado, pois, conforme se observa no “Violence Against Women Act” do sistema jurídico americano, as “orders of protection”, equivalentes às nossas medidas protetivas, independem de um processo penal principal e podem ser concedidas nas varas cíveis, desde que haja indícios suficientes da ocorrência de violência. Nesse caso, aponta Machado (s/d) que esta ação é classificada como “injunction”, equivalente a uma ação mandamental e claramente satisfativa no Brasil¹⁴.

Ocorre que classificar as medidas protetivas de urgência enquanto cautelar não obsta a compreensão de que tenham caráter satisfativo, conforme expõe Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2010)¹⁵. Para eles, as medidas protetivas de urgência se amoldariam ao rito das medidas provisionais, previsto no Código de Processo Civil de 1973 e com ampla aplicação antes de 1994, momento em que foi inserido no diploma legislativo o instituto da antecipação de tutela. O procedimento destas seria o seguinte:

a) as demandas processam-se pelo procedimento cautelar, conforme o parágrafo único do art. 889 do CPC; b) é possível a concessão de uma tutela de urgência de cognição sumária, independentemente do oferecimento de caução (art. 889 do CPC) ; c) o procedimento cautelar permite, também, a mitigação do princípio da congruência, podendo o magistrado conceder medida diversa da requerida, como técnica para a obtenção da tutela adequada ao caso concreto (art. 805 do CPC) ; d) é possível a concessão de medidas provisionais *ex officio*, com base no caput do art. 888 do CPC, consoante conhecida lição doutrinária ; e) a obtenção da tutela provisional não exige o ajuizamento de uma “ação

¹⁴ MACHADO, Eduardo Henrique. AS MEDIDAS PROTETIVAS (s/d). Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1040/R%20MP%20-%20Medida%20Protetiva%20-%20Eduardo%20Machado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 de Julho de 2013.

¹⁵ DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=449&tmp_secao=15&mp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=MGHU7WWNHQ35ESKL3MRL. Acesso em: 23 de julho de 2013.

principal”, em trinta dias, exatamente por não se tratar de providência cautelar; f) a decisão judicial que reconhece o direito à tutela provisional tem aptidão para ficar indiscutível pela coisa julgada material (DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=449&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=MGHU7WWNHQ35ESKL3MRL. Acesso em: 23 de julho de 2013).

Naturalmente, Didier (2010) ressalta que este modelo seria utilizado com as peculiaridades procedimentais trazidas pela Lei Maria da Penha, que serão percorridas a seguir. Entretanto, trata-se de um posicionamento muito particular que não ainda não encontrou suporte dentre os estudiosos do tema.

Finalmente, Sentone (2011) refere-se à posicionamento mais tradicional de Alexandre Freitas Câmara em que o doutrinador aponta a possibilidade de aplicação da medida protetiva de urgência como cautelar ou nos moldes da antecipação de tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, desde que em qualquer caso sejam preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Respeitosamente, admitir tal posicionamento seria permitir que a multiplicidade de procedimentos nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar se perpetuassem, o que foge à homogeneidade objetivada para o caso.

2.2. Procedimento das medidas protetivas de urgência

Em razão da névoa que envolve o tema no que diz respeito ao processo aplicável às medidas protetivas de urgência, exploraremos neste tópico o procedimento próprio previsto na Lei Maria da Penha, pincelando de maneira geral o caminho aplicável a cada corrente.

Naturalmente, em razão da gravidade que envolve os crimes cometidos com violência doméstica, é da responsabilidade da autoridade policial, do Ministério Público e do Juiz atuar para garantir a segurança da mulher e de sua prole, quando necessário. Verifica-se que este dever não se limita ao exposto nos artigos 18 a 24 da Lei, mas alcança todos os seus dispositivos que expõe instrumentos a serem utilizados à proteção do gênero feminino.

Nesse sentido, a redação do art. 19 da Lei Maria da Penha de que “as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do

Ministério Público ou a pedido da ofendida” não retira a possibilidade de a autoridade policial interceder a favor da vítima requerendo o deferimento de Medidas Protetivas de Urgência. Isso porque, na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o art. 10 da Lei atribui à autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência o **dever** de adotar, de imediato, as providências legais cabíveis, previsão que abrange a obrigação de requerer medidas protetivas de urgência (DIAS, 2011, p. 106).

O dispositivo acima referido evidencia também a necessidade de uma atuação direta e eficiente do Ministério Público, de forma que, reconhecido o perigo da situação em que se encontra a vítima, requisite imediatamente medidas protetivas de urgência capazes de assegurar seu bem estar.

Já o magistrado, em razão da inércia jurisdicional, somente pode atuar para a concessão de medidas protetivas se provocado pela vítima, pelo Ministério Público ou pela autoridade policial (art. 19 da Lei Maria da Penha). Para Maria Berenice Dias (2011, p. 107), provocado para agir no caso em concreto, o juiz poderá de ofício conceder medidas outras daquelas que foram requeridas pela ofendida. Nada obstará, também, que o juiz substitua a qualquer tempo as medidas protetivas já concedidas por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos na Lei forem ameaçados ou violados (Art. 19, parágrafo 2º, Lei 11.340/06).

Do exposto acima a corrente doutrinária que entende ser cautelar a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência infere que o momento para concessão deste instrumento não se limita àquele surgido no expediente recebido da autoridade policial, mas alcança também o desenvolvimento do inquérito, o seu recebimento e ainda o trâmite da ação penal (principal) (DIAS, 2011, p. 107).

Contudo, como o pedido é, em regra, realizado perante autoridade policial, é natural que não haja o preenchimento dos requisitos de uma peça jurídica, como uma petição inicial ou uma denúncia. A ausência de elementos probatórios será evidente, cabendo ao juiz determinar a produção ou a juntada de provas (DIAS, 2011, p. 181). Neste ponto, cumpre observar que as correntes doutrinárias acima expostas apontaram, em sua maioria, a necessidade do preenchimento dos requisitos das cautelares de direito civil notadamente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, condições que permitem a concessão do pedido se verificados, respectivamente, indícios de que os fatos alegados correspondem à realidade e

perigo de que a demanda perca o objeto em razão da demora. Já para Bechara (2010) os requisitos a serem preenchidos seriam os do art. 273, do CPC, que correspondem a verossimilhança das alegações e a inexistência de prova inequívoca do fato. De qualquer forma, preenchidos os requisitos, deve ser concedida a medida protetiva de urgência, inclusive sem necessidade de oitiva prévia do ofensor (*inaudita altera pars*) e de Manifestação do Ministério Público, nos termos do art. 19 § 1º da Lei.

A concessão da medida protetiva deve ser comunicada com urgência às partes envolvidas no processo. A Lei não discorre sobre a forma como o ato de comunicação ser procedido. Na prática forense, os tribunais de justiça procedem através de seus oficiais, mormente porque a maioria deles adota o procedimento do processo penal para a Lei 11.340/06. Contudo, Maria Berenice Dias (2011) entende ser possível a comunicação mediante carta, inclusive sem o Aviso de Recebimento, visto que a Lei não especifica tal necessidade. Com a devida vênia, discordamos de tal entendimento por visualizarmos nesta situação a necessidade de certeza quanto à informação do acusado, que será alcançada de forma mais confiável através do envio de carta com AR ou do trabalho dos oficiais de justiça. Quanto à decisão que denegue a medida protetiva, deverão ser cientificados a agressora, o seu defensor, se houver, e o Ministério Público.

Da decisão que indefira a medida protetiva é cabível recurso. No entanto, em razão da discussão que envolve a natureza jurídica das medidas protetivas os tribunais têm variado quanto ao recurso cabível neste caso, conforme podemos analisar nas ementas abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. ART. 22, III, A E B, DA LEI N. 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA). RECURSO INADEQUADO DIANTE DA NATUREZA CRIMINAL DAS REFERIDAS MEDIDAS. APELAÇÃO CRIMINAL QUE SE MOSTRA APROPRIADA, A TEOR DO ART. 593, II, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. “Embora não haja má-fé por parte do ora recorrente, inaplicável no caso o princípio da fungibilidade recursal (art. 579 do CPP), pois além de o trâmite do recurso de Agravo de Instrumento e da Apelação Criminal serem manifestamente distintos, constata-se que o presente recurso foi interposto [...], fora, portanto, do prazo legal de 05 (cinco) dias previsto para a interposição do recurso de Apelação (art. 593, caput, do CPP), [...]”. (TJPR, AI de n. 477.610-3 de Irati, rel Juiz Convocado Mário helton Jorge, j. 04/09/08). (TJ-SC – AI: 252709 SC 2009.025270-9, Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 29/10/2009, Primeira

Câmara Criminal, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n., da Capital) – grifo nosso.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DEFINIDAS NO ART. 22, III, ALÍNEAS A E B, DA LEI N. 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA). RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADEQUAÇÃO, DIANTE DA NATUREZA CRIMINAL DAS REFERIDAS MEDIDAS PROTETIVAS. CABIMENTO DE APELAÇÃO CRIME (ART. 539, II, DO CPP). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL (ART. 579 DO CPP). RECURSO NÃO CONHECIDO. (1) Dentre as medidas protetivas de urgência definidas no art. 22 da Lei n. 11.340/06, apenas as previstas nos incisos IV e V possuem natureza civil, impugnáveis por Agravo de Instrumento. Todas as demais, incluindo as que foram impostas ao ora agravante (art. 22, III, alíneas a e b), são cautelares de natureza eminentemente criminal, e, como tal, demandam impugnação por recurso expressamente previsto no Código de Processo Penal. (2) **A despeito da falta de previsão legal acerca do recurso cabível, a decisão que impõe ao ofensor as medidas protetivas de urgência definidas no art. 22, I, II e III, da Lei nº 11.340/06, é impugnável por Apelação Crime, nos termos do art. 593, II, in fine, do Código de Processo Penal, porque a decisão que impõe ao ofensor as medidas protetivas de urgência, embora não seja definitiva, possui força de definitiva, eis que põe fim a um procedimento cautelar que objetiva resguardar a integridade física da mulher vítima de violência doméstica e familiar (TJPR, Agravo de Instrumento n. 477.610-3, de Irati, rel. Juiz Convocado Mário Helton Jorge, j. 4-9-08). – grifo nosso.**

Das ementas acima referidas percebe-se que a parcela (majoritária) dos operadores do direito que optou pela natureza cautelar criminal das medidas protetivas de urgência entende ser a apelação criminal o recurso cabível em caso de indeferimento de tais instrumentos, já que não há previsão legal de cabimento do recurso em sentido estrito no art. 581, do CPP.

Não obstante, a posição doutrinária encabeçada por Júlia Maria Seixas Bechara (2010), aponta que a medida protetiva seria concedida no procedimento de tutela antecipada do art. 273 do Código de Processo Civil, do qual caberia recurso de agravo de instrumento ante a ausência de definitividade da mesma. Logo, tratando-se de um processo de conhecimento, o pedido deve ser julgado definitivamente através de sentença, nos moldes dos artigos 267 e 269 do CPC, decisão da qual será cabível apelação, dirigidas às turmas cíveis dos respectivos tribunais.

Apesar de não referenciarem especificamente a posição adotada pela defensora pública, alguns tribunais já seguem esse entendimento, como lê-se a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – LEI MARIA DA PENHA – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – AMEAÇA CONFIGURADA – CONCESSÃO – RECURSO PROVIDO. – As decisões que indeferem as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, não podem ser tidas como definitivas ou com força de definitivas, mas sim como interlocutórias, atacáveis por agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 13 da lei 11.340/06 c/c os arts. 162, § 2º e 522 e ss. Do Código de Processo Civil. – Os indícios de autoria e materialidade do delito de ameaça, no âmbito doméstico, bastam à concessão das medidas definidas no art. 22 da Lei Maria da Penha, havendo argumentos suficientes para a sua concessão, *inaudita altera pars*. (TJ-MG 101050931050280011 MG 1.0105.09.310502-8/001(1), Relator: ADILSON LAMOUNIER, Data de Julgamento: 26/01/2010, Data de Publicação: 10/02/2010) – grifo nosso.

LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. AFASTAMENTO DO LAR COMUM. Caracterizada a violência psicológica sofrida pela recorrente, na presença da filha do casal, imperioso se mostra o afastamento do agressor do lar comum visando resguardar a integridade física I da mulher. Aplicabilidade do art. 22, II da Lei 11.340/2006. **Agravo provido. (Agravo de Instrumento Nº 70022663157, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/12/2007)**
(TJ-RS – AI: 70022663157 RS, Relator: Maria Berenice Dias, Data de Julgamento: 19/12/2007, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/12/2007) – grifo nosso.

Ressalte-se que, na prática, o recurso que vem sendo melhor aceito pelos tribunais de justiça vem sendo a apelação criminal, em razão do número majoritário de operadores do direito que optaram por encarar as medidas protetivas de urgência como cautelares criminais.

Por fim, cumpre observar que dada a urgência que envolve os casos concretos submetidos à Lei Maria da Penha, o magistrado terá o prazo de 48 horas para deferir ou indeferir o pedido, sempre justificadamente. Nesse diapasão, se não se convencer dos fatos alegados no pedido poderá determinar a realização de audiência de justificação dentro do menor prazo possível para que, ouvidas as partes, tenha melhores condições de fundamentar a concessão ou o indeferimento do pedido (DIAS, 2011, p. 143).

CAPÍTULO 3

Das consequências do descumprimento das medidas protetivas de urgência

3.1. Da efetivação das medidas protetivas de urgência

As medidas protetivas de urgência são deferidas em desfavor do ofensor com o objetivo de garantir a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência doméstica. Em caso de descumprimento e, dessa forma, de retorno à situação de risco que ensejou a concessão do instrumento, o juiz poderá tomar determinadas medidas para garantir sua eficácia.

O art. 22, parágrafo 4º da Lei 11.340/06 faz referência às disposições do art. 461, parágrafos 5º e 6º do Código de Processo Civil como forma de assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência deste artigo, conforme observa-se a seguir:

Art. 22, §4º da Lei 11.340/06 - Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Art. 461, § 5º do Código de Processo Civil - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a **imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.**

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. – grifo nosso.

Assim, verificado o descumprimento das medidas protetivas revistas no art. 22 da Lei Maria da Penha o Juiz poderá determinar o cumprimento de medidas civis ou administrativas (astreintes, busca e apreensão, etc.) para o ofensor, se constatar que as mesmas são suficientes à evitar a reiteração delitiva e a garantir a proteção da mulher.

Na impossibilidade de resguardar a integridade física e psíquica da ofendida somente com tais instrumentos, prevê o art. 313, inciso III do Código de Processo Penal que, descumprida a medida protetiva de urgência concedida em desfavor do agressor, poderá ser decretada a prisão preventiva do mesmo.

3.2. *Prisão preventiva*

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante e do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, sendo que neste último caso pode ser decretada de ofício pelo juiz.

Em todo o caso, o decreto da prisão preventiva dependerá da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, bem como da verificação dos pressupostos do art. 312 e dos requisitos legais do art. 313 do Código de Processo Penal. Trata-se de medida excepcional (BRASILEIRO, 2011).

A parte final do art. 312 do CPP exige a prova da existência do crime, ou seja, a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria ou participação delitiva, condições que denotam, respectivamente, juízo de certeza e de probabilidade. Esses pressupostos materializam o *fumus comissi delicti*, requisito que conferirá um mínimo de segurança na decretação da cautelar e que também é exigido para a concessão de medidas cautelares diversas da prisão (TÁVORA, 2012, p. 579-580).

Já os pressupostos de decretação previstos na primeira parte do art. 312 do CPP materializam o *periculum libertatis*, elencando razões que justifiquem a restrição liberdade do agente. Este requisito é o perigo concreto que a permanência

do acusado em liberdade representa para as investigações, para a efetividade do direito penal e para a própria segurança da coletividade.

São quatro pressupostos que autorizam a prisão preventiva evidenciando o *periculum libertatis*: a) garantia da ordem pública: a corrente doutrinária majoritária entende que esta hipótese é verificada quando há perigo de reiteração delitiva pelo agente. Não obstante, é nítido que se trata de um conceito jurídico indeterminado; b) garantia da ordem econômica: é o risco de reiteração delitiva existente em relação ao crimes contra a ordem econômica e financeira; c) garantia de aplicação da lei penal: verifica-se quando dados concretos revelem que o acusado pretende evadir-se do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena; d) conveniência da instrução criminal: trata-se de hipótese que visa impedir que o acusado cause prejuízos a produção probatória (BRASILEIRO, 2011).

Não obstante, não basta o preenchimento destes requisitos para que a prisão preventiva seja decretada. É preciso também que ao menos uma das hipóteses do art. 313 do CPP seja observada, são elas: I- ser o crime doloso punido com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro anos); II- ser o agente reincidente; III- ter sido o crime praticado com violência doméstica e familiar contra os sujeitos vulneráveis elencados no dispositivo, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (TÁVORA, 2012).

A redação do art. 313, inciso III do Código de Processo Penal foi alterada pela Lei 12.403/11. Antes desse diploma legislativo, a previsão estava disposta no art. 313, inciso IV do CPP e alcançava apenas a proteção à mulher, nos termos do art. 42 da Lei 11.340/06, tendo sido alargada para a efetivação da proteção de outros sujeitos presumidamente vulneráveis. Assim sendo, a despeito da existência de quatro hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, a nós somente importa o inciso III deste artigo, que prevê:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

(...)

III - **se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher**, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, **para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.** - grifo nosso.

A primeira alteração promovida no art. 313 do Código de Processo Penal foi realizada com o objetivo de dar maior efetividade às medidas protetivas de urgência de proteção da mulher. Reconhecida a importância destas medidas, o legislador procurou incorporar ao direito penal comum, no que se refere aos sujeitos vulneráveis, a mesma previsão, alargando-a para alcançar crianças, adolescentes, idosos, deficientes e enfermos.

O descumprimento da medida protetiva de urgência e sua consequente prisão preventiva foi alteração legislativa de grande importância para o gênero feminino, visto que a previsão deste instrumento sem a respectiva correspondência de uma sanção pelo seu descumprimento que atemorizasse suficientemente o ofensor, o estimulava a continuar agredindo moral e fisicamente a vítima do caso concreto (CUNHA, 2011).

Porém, há quem diga que esta previsão legal é absurda e inconstitucional posto que permite a aplicação da prisão preventiva em qualquer infração, ainda que punível somente com detenção, somente sendo necessária a verificação dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do descumprimento das medidas protetivas de urgência¹⁶.

Rogério Sanches Cunha (2011) também comunga do mesmo entendimento, mas ressalva a necessidade de que sejam verificados também os requisitos do *periculum libertatis* consubstanciados na garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido, Renato Brasileiro (2011) aponta que para os tribunais o descumprimento das medidas protetivas de urgência não autoriza, por si só, a decretação da prisão preventiva, sendo sempre necessária a verificação do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, consubstanciados nos pressupostos do art. 312, primeira e segunda parte, do CPP. Nesse sentido, diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça têm seguido este entendimento, conforme se expõe representativamente com a ementa abaixo:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO.

¹⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A lei Maria da Penha e suas Inconstitucionalidades (2007). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10291/a-lei-maria-da-penha-e-suas-inconstitucionalidades>. Acesso em: 26 de julho de 2013.

MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.** 4. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. NECESSIDADE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DA VÍTIMA.** 5. ORDEM NÃO CONHECIDA. (...) 4. A análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias afim de justificar a segregação preventiva deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do writ, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada. Dessa forma, **se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.** 5. No caso, sendo verdadeiro o que se afirma no decreto construtivo, a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva. Deveras, as recomendações são no sentido de que se proceda à verificação da idoneidade dessas afirmações no juízo de maior alcance - juízo de primeiro grau. 6. **Nos termos do inciso III do art. 313 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006, a prisão preventiva do acusado poderá ser decretada "se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência", exatamente a hipótese dos autos.** 7. Ordem não conhecida. (STJ - HC: 246481 DF 2012/0128216-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 18/09/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/09/2012) – grifo nosso.

Apesar disso, para Guilherme de Souza Nucci (2010) há delitos que não admitem a decretação da prisão preventiva, em razão de que a pena a ser-lhes aplicada ser menor do que o tempo médio de duração de uma prisão cautelar, levando em consideração a política judiciária de aplicação da pena mínima do delito. O doutrinador aponta como exemplo a pena prevista para os delitos de lesão corporal (três meses a três anos) e de ameaça (um a seis meses).

Inobstante, Renato Brasileiro (2011) verifica que pouco importa o quantum de pena cominado ao delito, pois não há vinculação entre o inciso I e o inciso III do art. 313 do Código de Processo Penal. Logo, ainda que o tempo de prisão preventiva seja superior ao período de pena mínima do delito supostamente praticado pelo

agente, cumpridos os requisitos e pressupostos legais, deverá ser a mesma aplicada.

Ademais, cumpre ressaltar que, apesar de comungarmos do entendimento de que todas as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha possuem caráter de cautelar criminal, faz-se oportuno referirmo-nos ao entendimento adotado por alguns doutrinadores, como já apontado no capítulo anterior, que compartilham da compreensão de que algumas ou mesmo todas as medidas possuem natureza jurídica cível, o que vai de encontro às disposições da legislação quanto a possibilidade de prisão preventiva nos termos do Código de Processo Penal.

Para Rogério Sanches Cunha (2011) as medidas protetivas de urgência são dotadas de bipolaridade, assumindo, algumas, caráter cível e outras, criminal. Sendo assim, para as medidas de natureza civil a aplicação da prisão preventiva não pressuporia a prática de um crime, de forma que as disposições dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal fossem violadas quando da aplicação desta cautelar. Assim sendo, a prisão preventiva aplicada às medidas protetivas de natureza civil seria uma modalidade de prisão civil não prevista na Constituição Federal e, portanto, inconstitucional na medida em que o rol do qual faz parte a prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel é taxativo e não meramente exemplificativo.

Compreendendo as medidas protetivas de urgência como de caráter cível e satisfativo, a defensora pública do Distrito Federal Júlia Maria de Seixas Bechara (2010) também entende pela inconstitucionalidade da previsão de prisão preventiva para o caso de descumprimento do instrumento. Aponta, ainda, que a execução da medida deveria ser garantida apenas através dos instrumentos previstos no art. 461 do Código de Processo Civil, em referência ao que prevê o artigo 22, § 4º, da Lei 11.340/2006.

Para nós, entretanto, a previsão da prisão preventiva em consequência aos descumprimento das medidas protetivas de urgência, desde que que preenchidos os pressupostos e requisitos legais, nada mais é do que decorrente da natureza cautelar criminal desses instrumentos, que visam resguardar a integridade física e psíquica da vítima, como expusemos no capítulo anterior. Portanto, não há que se falar em espécie de prisão civil ou mesmo em inconstitucionalidade, se houver

adequação e necessidade da determinação judicial para resguardar a segurança da ofendida. Se, entretanto, for possível a aplicação efetiva de um outro instrumento que resguarde a saúde da mulher, isto deverá ser feito na medida em que a prisão preventiva é medida de *ultima ratio* (PRADO, 2007).

3.3. Da tipificação do descumprimento das medidas protetivas de urgência

Conforme apontado no tópico acima, o descumprimento das medidas protetivas de urgência pode resultar na decretação da prisão em flagrante do agressor, desde que preenchidos os requisitos legais dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Porém, o descumprimento da medida protetiva de urgência também enseja a discussão jurisprudencial sobre a possibilidade de tipificação do fato como um delito a parte daquele que deu origem a concessão da medida protetiva em desfavor do acusado.

Com a discussão jurisprudencial surgiram três teses sobre a questão: a) a primeira, minoritária, tipificou o descumprimento da medida protetiva de urgência como o crime desobediência a ordem judicial previsto no art. 359 do Código Penal; b) a segunda tipifica o fato nos termos do art. 330 do Código Penal, que prevê de forma genérica o crime de desobediência a ordem de funcionário público e; c) a terceira entende pela impossibilidade de tipificação do descumprimento como crime de desobediência. Nos tópicos seguintes analisaremos minuciosamente cada corrente jurisprudencial.

3.2.1. Tipificação do descumprimento da medida protetiva como o crime previsto no art. 359 do Código Penal

Reiteradamente, os juízes de primeira instância corroboraram a tipificação feita pelo Ministério Público do descumprimento da medida protetiva como a conduta delituosa prevista no art. 359 do Código Penal, que dispõe:

Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito
Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:
Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

Trata-se de uma desobediência específica, que exige o exercício de uma função, atividade, direito, autoridade ou múnus do qual o agente foi privado por decisão judicial. Apesar do núcleo do tipo remeter ao verbo “exercer” que remonta a habitualidade no descumprimento (NUCCI, 2010), aponta Rogério Greco (2012) que este delito é um crime instantâneo, bastando a prática da atividade suspensa ou privada uma única vez para que se configure o tipo penal.

Quanto à decisão judicial, Nucci (2010) aponta que ela somente precisará ser definitiva se disser respeito aos efeitos da condenação, porém, se se tratar de outras decisões judiciais, provisórias ou cautelares, não haverá necessidade de trânsito em julgado. Ademais, aduz o autor que mesmo o descumprimento de decisões judiciais civis pode se enquadrar neste dispositivo.

De forma contrária, a jurisprudência dos tribunais compreende que para que haja o enquadramento da conduta nesta figura típica, necessário será o trânsito em julgado da decisão que suspendeu ou privou o agente de seu direito, conferindo ânimo definitivo a determinação judicial. Como a jurisprudência majoritária compreende a medida protetiva como de natureza cautelar, conforme nosso próprio entendimento, não há nesta decisão força de definitividade. Por esse motivo, reiteradamente os tribunais têm rechaçado a tipificação penal do delito no art. 359 do Código Penal, conforme se vê na ementa a seguir:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU DENUNCIADO COMO INCURSO NAS PENAS DO ARTIGO 359 DO CÓDIGO PENAL. EMENDATIO LIBELLI. CONDENAÇÃO NO ARTIGO 330 DO CP. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. INVIABILIDADE. NEGADO PROVIMENTO. 1. **O crime de desobediência previsto no artigo 330 do código penal se caracteriza pelo descumprimento de ordem legal de funcionário público, enquanto que o crime previsto no art. 359 do mesmo diploma legal pressupõe que o sujeito descumpra decisão judicial, que lhe afaste de função, atividade, direito, autoridade ou múnus suspenso ou privado por decisão judicial, o que não foi o caso dos autos.** 2. **O descumprimento de determinação judicial que impôs medida protetiva de urgência em face da Lei Maria da Penha é de natureza cautelar, e insere-se nas disposições do artigo 330, do código penal.** 3. Negado provimento ao recurso. (TJ-DF - apr: 328952420098070003, Relator: João Timoteo de Oliveira, data de julgamento: 07/04/2011, 2ª turma criminal, data de publicação: 18/04/2011, dj-e pág. 222) – grifo nosso.

Ademais, tem-se entendido que o exercício da conduta que foi privada ou suspensa ao agressor não se enquadra naquelas descritas no tipo penal como

função, atividade, direito, autoridade ou múnus. Tome-se como exemplo a proibição de aproximação do ofensor em relação à agredida. Nesse sentido, apresenta-se a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. DESOBEDIÊNCIA. AMEAÇA. ARTIGOS 359 E 147 DO CP. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 1. AMEAÇA. Em delitos praticados em âmbito doméstico, a palavra da vítima tem especial relevância para o deslinde do feito. Crime de ameaça cometido pelo denunciado contra sua ex-mulher, tendo a palavra desta sido corroborada pelas outras testemunhas. 2. DESOBEDIÊNCIA. **A hipótese de descumprimento de medida protetiva de urgência não se enquadra na tipicidade do art. 359, do Código Penal, na medida em que este somente cogita de desobediência específica concernente ao exercício de função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial.** (TJ-RS, Relator: Odone Sanguiné, Data de Julgamento: 09/06/2011, Terceira Câmara Criminal) – grifo nosso.

Por estes motivos, não perdurou a compreensão de que o descumprimento das medidas protetivas de urgência se enquadra na conduta típica descrita no art. 359 do Código Penal e, assim, alguns tribunais vem enquadrando-a na conduta tipificada no art. 330 do mesmo diploma legislativo, que prevê uma forma mais genérica do crime de desobediência.

3.2.1. Tipificação do descumprimento da medida protetiva como o crime previsto no art. 330 do Código Penal

O art. 330 do Código Penal tipifica a conduta de desobediência à funcionário público nos seguintes termos:

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Trata-se de uma espécie de desobediência genérica, em que não é exigida qualquer finalidade específica do agente ou característica própria sua. No entanto, será necessário que o autor da ordem seja funcionário público no exercício de suas funções e ainda dentro de sua competência, bem como que seja o suposto agente cientificado da ordem legal.

Aqui, compreende-se a decisão judicial concessiva da medida protetiva como ordem legal do magistrado e, seu conseqüente descumprimento, como figura típica prevista no artigo em comento. Este entendimento encontra amparo na doutrina de

Rogério Greco (2012) e em reiteradas decisões, conforme exposto pelas ementas a seguir:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. TIPICIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. **O descumprimento de decisão judicial, proferida em sede de medidas protetivas de urgência (lei nº 11.340/06), caracteriza o delito de desobediência previsto no artigo 330 do código penal.** 2. A previsão de multa para o caso de descumprimento de medidas protetivas não impede que o agente seja também denunciado pelo crime tipificado no art. 330 do cp, pois as esferas civil e penal são independentes. 3. Presentes, na espécie, os indícios da autoria e materialidade do crime de desobediência, havendo, portanto, justa causa para o prosseguimento do feito, incabível a rejeição da peça acusatória. 4. Recurso provido para receber a denúncia e determinar o prosseguimento do feito. (TJ-DF - RSE: 20120710293200 DF 0028325-75.2012.8.07.0007, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 11/07/2013, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/07/2013 . Pág.: 188). – grifo nosso.

APELAÇÃO CRIMINAL – DESOBEDIÊNCIA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA – FATO TÍPICO – DANO – BENS DA VÍTIMA ESTRAGADOS – QUALIFICADORA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA – NÃO DECOTAÇÃO – SUFICIÊNCIA DE PROVAS. 1. **O descumprimento de ordem judicial que impõe medidas protetivas de urgência, sem justificativa plausível, configura crime de desobediência.** 2. Tendo o réu, com uso de violência ou grave ameaça, estragado bens da vítima, deve ser condenado pelo crime de ano qualificado. (TJ-MG, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0103.12.000609-5/001, Rel. Des. Eduardo Machado, j. 25/06/2013, pub. 01/07/2013). – grifo nosso.

Faz-se oportuno apontar que a subsunção do fato à norma do art. 330 do Código Penal depende da inexistência de outro tipo de punição administrativa ou civil prevista para a conduta praticada pelo agente (NUCCI, 2010). É nesse sentido que há uma terceira corrente que posiciona-se contrariamente tipificação penal do descumprimento da medida protetiva enquanto a conduta prevista no art. 330 do Código Penal, tendo em vista a existência de previsão legal de multa ou prisão preventiva para o caso.

3.2.3. Atipicidade do descumprimento da medida protetiva de urgência

Conforme exposto anteriormente, para a caracterização do delito previsto no art. 330 do Código Penal faz-se necessária a inexistência de previsão de sanção de natureza civil ou administrativa para a prática daquela conduta, conforme expõe Nelson Hungria citado por Nucci (2010a):

Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se devera reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10 ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 1061.)

Logo, apesar de as esferas criminal, civil e administrativa serem independentes entre si, se não houver a ressalva expressa de possibilidade de cumulação da penalidade prevista em lei com a tipificação e conseqüente processamento da conduta nos termos do art. 330 do Código Penal, não será possível a subsunção do fato a norma tipificadora.

Neste sentido, podemos tomar como exemplo a previsão do art. 219 do Código Processo Penal, que estabelece à testemunha ausente injustificadamente no dia e hora da audiência certas conseqüências, dentre as quais pode-se enumerar: 1- a condução coercitiva da mesma; 2- o pagamento de multa; 3- a responsabilização criminal pelo crime de desobediência e; 4 – os pagamentos relativos às custas da diligência de condução coercitiva. Assim, no caso da testemunha ausente do processo penal, é possível o processamento pela conduta prevista no art. 330 do Código Penal a despeito da previsão de sanção administrativa (multa) em razão da disposição de que as conseqüências são cumulativas (TÁVORA, 2013; NUCCI, 2010a).

Ocorre que a Lei 11.340/06 dispôs em seu art. 22, parágrafo 4º, sobre a possibilidade de determinação judicial dos instrumentos administrativos e civis previstos nos parágrafos 5º e 6º do Código de Processo Civil, como forma de assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência, se tal for suficiente para evitar o seu descumprimento ou a reiteração do seu descumprimento. Ademais, inseriu a hipótese de prisão preventiva pela inobservância das medidas protetivas de urgência no art. 313, inciso IV do Código de Processo Penal (hoje disposto no inciso III da mesma lei em razão da redação dada pela Lei 12.403/11), sem fazer referência a qualquer ressalva a tipificação legal no art. 330 do Código Penal.

Notadamente, a prisão preventiva não se enquadra nas hipóteses de sanção cível ou administrativa mas, tomando por base também as medidas previstas no Código de Processo Civil e referenciadas pela Lei Maria da Penha, a jurisprudência dos tribunais brasileiros, principalmente do Rio Grande do Sul, tem decidido pela atipicidade da conduta em razão da previsão de sanção pelo descumprimento da protetiva sem ressalva a tipificação no art. 330 do Código Penal, conforme lê-se das ementas abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 1. REPRESENTAÇÃO. (...) CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CPP. DESRESPEITO ÀS DETERMINAÇÕES DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. ATIPICIDADE. 2.1. Crime de desobediência que apenas ocorre quando inexistente alguma lei extrapenal cominação de sanção civil ou administrativa. Pelo contrário, se a norma penal ressaltar expressamente a cumulação dessa eventual penalidade com a pena imposta ao art. 330 do CP, subsiste o crime de desobediência, como ocorre, por exemplo, com a testemunha faltosa que, segundo o art. 219, do CPP, sujeita-se a prisão administrativa e pagamento de custas da diligência intimatória, em concurso com a pena pelo crime de desobediência. 2.2. A lei sobre violência doméstica não faz qualquer ressalva e, ademais, expressamente acrescentou ao inciso IV, do art. 313, do CPP, a decretação da prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Portanto, se descumprida a ordem judicial consistente em cumprir determinada medida protetiva de urgência, será cabível requisitar auxílio da força policial, nos termos do § 3º, do art. 22, da Lei 11.340/2006, bem assim decretar a prisão preventiva nos termos do art. 20 da Lei Maria da Penha. Destarte, a existência de sanção processual cautelar consistente na prisão preventiva, isto é, privação antecipada da liberdade do agressor que descumprir a ordem judicial, bem assim a ausência de ressalva expressa de cumulação das sanções penal e extrapenal, afastam o crime de desobediência. (...) (Apelação Crime Nº 70036984334, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 17/03/2011). – grifo nosso.

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESOBEDIÊNCIA. O descumprimento de medida protetiva imposta em razão da Lei Maria da Penha possui cláusula resolutiva própria, consistente na prisão preventiva do infrator. O agente que desobedece a medida protetiva já foi notificado previamente de que seu comportamento importará em prisão. Assim, não há a desobediência na forma prevista nos arts. 330 ou 359 do Código Penal, mas situação que implica na observância da sanção respectiva prevista na Lei nº 11.340/06. (TJ-RS - ACR: 70049971559 RS , Relator: Manuel José Martinez Lucas, Data de Julgamento: 03/10/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/10/2012) – grifo nosso.

Observa-se que, a despeito da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ser adepta da tipificação do descumprimento da medida protetiva no art. 330 do Código Penal, recentemente a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF decidiu pela atipicidade do fato, conforme se lê na ementa abaixo:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. PROCESSO PENAL LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. SENTENÇA MANTIDA. 1. **O descumprimento de medida protetiva não implica na prática de crime de desobediência, uma vez que a lei 11.340/06 concebeu sanções próprias para os casos em que tal ocorrer.** 2. Recurso conhecido e não provido. (TJ-DF Apelação Criminal no Juizado Especial: APJ 20120510043092. Relator: João Batista Gonçalves da Silva. Data de Julgamento: 04/06/2013. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF). – grifo nosso.

A despeito disso, parece-nos que no Tribunal de Justiça do Distrito Federal continuará a ser aplicado o entendimento da 3ª Turma Criminal, já consolidado. Ademais, deve-se levar em consideração que os recursos do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher são dirigidos ao Tribunal de Justiça, sendo isolada a aplicação da Lei para sujeitos vulneráveis nos Juizados Criminais, quando então o recurso seria dirigido às Turmas Recursais.

Apesar desta posição ganhar força gradualmente, verifica-se que há uma resistência dentre os operadores do direito para a aplicação deste entendimento. Isto porque a atipicidade da conduta poderia ensejar o descrédito do instituto da medida protetiva, conforme expõe decisão de Juízo de primeiro grau do Tribunal de Justiça da Paraíba:

A possibilidade de decretação da prisão cautelar preventiva do ofensor que desrespeita a ordem proibitiva afigura-se como medida cautelar de resguardo à própria integridade física e psíquica da vítima, evidenciando-se como medida necessária a fazer cessar, em caráter urgencial, a violência praticada. Porém, não serve ao intuito sancionatório do descumprimento pelo réu, o que autoriza a persecução criminal pela prática de conduta criminosa outra. (Decisão disponível no processo nº 0011583-38.2012.815.0011)

Depreende-se do trecho acima exposto que as respostas legais de estabelecimento de astreintes, busca e apreensão, prisão preventiva do réu, dentre outras, determinadas em razão do descumprimento da medida protetiva de urgência

são cautelares, estabelecidas com o propósito de proteção à vítima. Desta feita, descumprida a imposição judicial não haveria a aplicação de sanção efetiva ao réu, daí a necessidade de processamento do agente nos termos do art. 330 do Código Penal.

É certo que a aplicação de tais instrumentos é feita com a finalidade de resguardar a integridade física, psíquica e mesmo patrimonial da vítima, evitando a reiteração da prática das modalidades de violência doméstica descritas no art. 7º da Lei 11.340/06. Porém, a admissão da responsabilização civil e administrativa do ofensor acompanhada do seu processamento nos termos do art. 330 do Código Penal implicaria em *bis in idem*.

Não se discute aqui, a independência das instâncias civil, administrativa e penal. É consenso que o processamento em uma instância não impede o da outra, entretanto, a doutrina brasileira majoritária entende que no caso do crime de desobediência descrito no art. 330 do Código Penal, não pode haver a aplicação de sanção das esferas administrativa e/ou civil cumuladas com a esfera criminal se não há ressalva do caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho verificou-se que em resposta aos anseios sociais e às exigências da Comissão Americana de Direitos Humanos, o Brasil editou a Lei 11.340/06. Este diploma legislativo inovou o direito brasileiro ao implantar as medidas protetivas de urgência para garantir a integridade física e psíquica à mulher vítima de violência doméstica. A disposição legal foi reconhecida como uma conquista muito importante, por isso passou a ser prevista no processo penal comum para grupos de pessoas vulneráveis, como idosos e crianças, por exemplo.

A despeito da inovação legal implementada pela Lei Maria da Penha, o preceito foi omissivo em questões cruciais para a operabilidade das medidas protetivas de urgência. É certo que a Lei Maria da Penha apontou de forma genérica o papel de cada autoridade ao tomar conhecimentos da violência doméstica. Não obstante, o diploma legislativo não delineou um procedimento pormenorizado que descrevesse com precisão a sequência de atos a qual as medidas protetivas de urgência deveriam estar submetidas.

Buscando suprimir a lacuna legal, a doutrina brasileira tentou definir a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. A partir da classificação estabelecida pela natureza jurídica, seria possível determinar o procedimento a que tais instrumentos deveriam se submeter.

Contudo, os doutrinadores e operadores do direito manifestaram-se de forma diversa sobre o tema. A doutrina majoritária, representada por Rogério Sanches Cunha (2011) e Maria Berenice Dias (2011), posicionou-se pela cautelaridade das medidas protetivas de urgência, atribuindo natureza ambivalente civil e criminal aos instrumentos. Já para Denilson Feitoza (*apud* BECHARA, 2010) as medidas dispostas nos artigos 22, incisos I, II, III, alíneas “a”, “b” e “c” possuem natureza criminal e as medidas do artigo 22, incisos IV e V, artigo 23, incisos III e IV, e artigo 24, incisos II, III e IV, natureza cível. Por fim, teriam natureza administrativa as medidas do artigo 23, incisos I e II, e artigo 24, inciso I. Observe abaixo a tabela demonstrativa do posicionamento de Denilson Feitoza (*apud* BECHARA, 2010):

Quadro 1 – Natureza cautelar penal, civil e administrativa das medidas protetivas de urgência para Denilson Feitoza (*apud* BECHARA, 2010).

Natureza Penal	Natureza civil	Natureza administrativa
Suspensão da posse ou restrição do porte de armas;	Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe multidisciplinar ou serviço similar;	Encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;	Prestação de alimentos provisionais ou provisórios;	Determinação da recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
Proibição de: a) Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas; b) Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida	Afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;	Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
	Determinação de separação de corpos;	
	Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum;	
	Suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;	
	Prestação de caução provisória mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.	

Os autores que adotam a tese da ambivalência das medidas protetivas de urgência apontam que para aquelas de natureza penal aplicar-se-á o rito cautelar do processo penal, enquanto para aquelas de natureza civil, aplicar-se-á o rito cautelar do processo civil. Em ambos os procedimentos verificar-se-ia a dependência do processo cautelar ao processo principal e a temporariedade das decisões.

No entanto, observou-se que a sujeição a dois procedimentos distintos ou a possibilidade de escolha do tribunal acerca de que procedimento a medida protetiva de urgência pode seguir, afronta os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Isso ocorre porque o processo a que se submeterá o réu não é previamente conhecido por ele, o que afeta a sua possibilidade de influir na tomada de decisão do magistrado por desconhecer os meios e o momento de defesa.

Sendo assim, averiguou-se que os tribunais tem reiteradamente adotado a tese de que as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha tem natureza cautelar penal. Neste caso, aplicam-se as disposições do Código de Processo Penal no que se refere ao procedimento, observando a relação de acessoriedade do processo cautelar ao principal e a temporariedade das decisões nele emanadas.

Considerando que as medidas protetivas de urgência são instrumentos que devem garantir a proteção da mulher vítima de violência doméstica em decisão definitiva e independentemente de um processo principal, Júlia Maria Seixas Bechara (2010) e Arnaldo Camanho de Assis (s/d) se posicionaram pela natureza satisfativa do provimento jurisdicional desses instrumentos.

Dessa forma, a defensora pública compreendeu que o procedimento a que devem se submeter as medidas protetivas de urgência é o processo de conhecimento previsto no Código de Processo Civil, sendo passível de antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do diploma legislativo. Ademais, poderia seguir o rito de execução desde que houvesse o descumprimento da determinação judicial.

Por sua vez, Fredie Didier e Rafael Oliveira (2010) apontam que a classificação das medidas protetivas de urgência enquanto cautelares não obsta a sua natureza satisfativa, visto que as mesmas se submeteriam ao procedimento das medidas provisionais em vigor no processo civil brasileiro antes da previsão do instituto da antecipação de tutela.

Já Alexandre Freitas Câmara (*apud* SENTONE, 2011) se posiciona pela possibilidade de aplicação da medida protetiva de urgência como cautelar ou nos moldes da antecipação de tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, desde que em qualquer caso sejam preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Respeitosamente, admitir tal posicionamento seria permitir que a multiplicidade de procedimentos nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar se perpetuassem, o que foge à homogeneidade objetivada para o caso.

Na tabela abaixo, estrutura-se cada um de tais procedimentos doutrinários e jurisprudenciais. Vejamos:

Quadro 2 – Procedimentos das medidas protetivas de urgência conforme classificação doutrinária e jurisprudencial exposta no trabalho¹⁷.

Natureza Cautelar	Natureza Satisfativa
Rogério Sanches Cunha (2011), Maria Berenice Dias (2011) e Denílson Feitoza (<i>apud</i> BECHARA, 2010): ambivalência das medidas protetivas. Submissão ao procedimento cautelar do Código de Processo Civil quando classificadas como cíveis e ao procedimento cautelar do Código de Processo Penal, quando classificadas como criminais.	Júlia Maria Seixas Bechara (2010): natureza cível satisfativa. Submetem-se ao processo de conhecimento do Código de Processo Civil, sendo possível a antecipação da tutela nos moldes do art. 273. Em caso de descumprimento, submetem-se ao processo de execução.
Jurisprudência dos Tribunais de Justiça: Cautelares criminais. Submissão ao procedimento cautelar do Código de Processo Penal, observadas as peculiaridades do procedimento previsto na Lei 11.340/06.	Fredie Didier e Rafael Oliveira (2010): natureza satisfativa e cautelar. Submissão ao procedimento das medidas provisionais do Código de Processo Civil existentes antes da previsão do instituto da antecipação de tutela.
	Alexandre Freitas Câmara (<i>apud</i> SENTONE, 2011): ambivalência da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Podem ser elas cautelares cíveis ou de natureza satisfativa, submetendo-se, em cada caso, ao procedimento cautelar do Código de Processo Civil ou ao procedimento de antecipação de tutela, desde que em

¹⁷ Buscamos nesse quadro retomar esteticamente o posicionamento das diversas correntes doutrinárias apresentadas no capítulo 2.

	qualquer caso sejam preenchidos os requisitos do <i>fumus boni iuris</i> e <i>periculum in mora</i> .
--	---

É inegável que posicionar-se a favor do caráter satisfativo das medidas protetivas de urgência implicaria vários pontos favoráveis as vítimas, como a inexistência de um processo principal do qual fosse o instrumento dependente. Observá-la como um processo de conhecimento implicaria ainda a possibilidade de transformá-la em uma obrigação de fazer a ser sempre observada pelo agressor.

No entanto, parece-nos que este não foi o objetivo da norma. A compreensão de que se trata de uma cautelar permite um procedimento simplificado e rápido, com a garantia de que a imposição feita ao acusado seja rediscutida sempre que surjam fatos novos. O mesmo pode se dizer a respeito de seu indeferimento, visto que o magistrado poderá reformar sua decisão para conceder a medida em favor da vítima sempre que, através dos fatos novos que lhe forem apresentados, verificar que há real perigo a saúde física ou mental da mulher.

Atribuir às medidas protetivas natureza cível satisfativa e submetê-las a um processo de conhecimento passível de execução torna muito mais complexo um provimento jurisdicional que visa assegurar imediatamente a segurança da vítima, atrapalhando a prestação jurisdicional e atribuindo-lhe definitividade. Logo, nos parece errado compreendê-las dessa forma.

Também afasta-se da intenção legislativa o posicionamento de Fredie Didier (2010) que se remonta a um instituto de pouco uso desde 1994 no direito processual civil que é o das medidas provisionais. A nós, parece que o legislador não traria ao sistema jurídico um instrumento tão moderno referindo-se à um procedimento tão antiquado.

Para a solução deste problema, devemos nos remeter ao direito comparado mas adequá-lo ao sistema jurídico brasileiro: se o direito americano entende que suas “orders of protection” poderão ser concedidas nas varas cíveis, desde que haja indícios suficientes da ocorrência de violência, há, neste ponto, o reconhecimento da ocorrência de um delito, sendo que sua concessão depende da verificação deste ilícito. Trata-se aqui de um ilícito penal e não cível, pois exige a violência contra a mulher, nos termos do art. 7º da Lei 11.340/06.

Todas as formas de violência contra a mulher expostas no dispositivo remetem-se a condutas tipificadas no Código Penal ou na Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei 3.688). Como exemplo podemos citar a lesão corporal, vias de fato, perturbação à tranquilidade alheia, cárcere privado, calúnia, difamação, injúria, constrangimento ilegal, estupro, furto, dentre tantas outras condutas previstas na legislação penal e que configuram a violência descrita no dispositivo. Sendo assim, patente é a demonstração da natureza penal de todas as medidas protetivas de urgência no próprio art. 7º da Lei 11.340/06.

Outrossim, a cautelaridade das medidas protetivas é evidenciada pela finalidade do instituto de garantir a integridade das vítimas, sendo nada mais que a especialização do objetivo das cautelares criminais de coibir a reiteração delitiva, neste caso contra a mesma ofendida, e resguardar a ordem pública.

Sendo assim, a concessão das medidas protetivas de urgência depende de fato da existência de um delito e admitir seu deferimento independentemente da persecução penal correspondente seria um mero paliativo que estimularia, principalmente nas infrações penais que dependem de representação, a conduta criminosa. Em um primeiro momento poder-se-ia admitir a efetividade do instrumento na proteção da vítima que teve concedida em seu favor uma medida protetiva, mas impossível seria fazê-lo em relação a outras mulheres, tão hipossuficientes como aquela que requereu o pedido, mas desejou não representar criminalmente contra seu ofensor.

Feito o posicionamento acerca da natureza das medidas protetivas de urgência e de seu conseqüente procedimento, em um primeiro momento, surgiu a necessidade de discutir as conseqüências do descumprimento da decisão judicial que determina o cumprimento das medidas.

Verificou-se que a Lei 11.340/06 prevê em seu art. 22, parágrafo 4º, que, verificado o descumprimento das medidas protetivas de urgência, o Juiz poderá determinar ao agressor o cumprimento das medidas civis ou administrativas previstas no art. 461, parágrafos 5º e 6º do Código de Processo Civil, se constatar que as mesmas são suficientes à evitar a reiteração delitiva e a garantir a proteção da mulher.

Por outro lado, constatou-se que o descumprimento das medidas protetivas pode ensejar a prisão preventiva do ofensor como medida de *ultima ratio*. Já

cumprida a hipótese do art. 313, inciso III do Código de Processo Penal que enseja a prisão do agressor pelo descumprimento do instrumento de proteção à vítima hipossuficiente, será necessário também que sejam preenchidos os pressupostos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* previstos no artigo 312 do mesmo diploma legislativo.

Instou observar que surgiram três correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade de processamento do descumprimento das medidas protetivas, a despeito da previsão de consequências civis e administrativas em razão do fato.

Inicialmente, os membros dos Ministérios Públicos estaduais tipificaram a conduta naquela prevista no artigo 359 do Código Penal. Esse dispositivo prevê uma desobediência específica, que exige o exercício de uma função, atividade, direito, autoridade ou múnus do qual o agente foi privado por decisão judicial para que o tipo penal se configure.

No entanto, os tribunais de justiça e alguns juízes de primeiro grau têm rechaçado a classificação da conduta de descumprimento de medida protetiva enquanto a desobediência do artigo 359 do Código Penal. Isso porque apesar de a doutrina entender que não há necessidade da ordem judicial ter força definitiva, os tribunais tem se posicionado neste sentido. Como a maioria entende que as medidas protetivas de urgência tem natureza cautelar, a definitividade é afastada desta decisão.

Ademais, tem-se entendido que o exercício da conduta que foi privada ou suspensa ao agressor não se enquadra naquelas descritas no tipo penal como função, atividade, direito, autoridade ou múnus. Por esse motivo, a jurisprudência dos tribunais tem se posicionado pela classificação do descumprimento enquanto conduta descrita no artigo 330 do Código Penal.

O artigo 330 do Código Penal prevê uma espécie genérica de desobediência a ordem legal emanada de funcionário público no exercício de suas funções. Para que este delito se configure, a ordem legal deverá ser cientificada ao suposto agente.

Ocorre que verificou-se que a doutrina e a jurisprudência dos tribunais já se posicionaram no sentido de que a subsunção do fato à norma do art. 330 do Código Penal depende da inexistência de outro tipo de punição administrativa ou civil

prevista para a conduta praticada pelo agente. É nesse sentido que há uma terceira corrente que posiciona-se contrariamente tipificação penal do descumprimento da medida protetiva enquanto a conduta prevista no art. 330 do Código Penal, tendo em vista a existência de previsão legal de multa ou prisão preventiva para o caso.

A terceira corrente analisada ao longo deste trabalho apresenta maior força nos tribunais do sul brasileiro, principalmente no Rio Grande do Sul. Compreendendo que não seria possível a tipificação penal do descumprimento da medida protetiva no artigo 330 do Código Penal, essa corrente considera o descumprimento conduta atípica. A atipicidade do fato estaria explicada pela existência de sanção administrativa e civil (art. 461, parágrafos 5º e 6º do Código de Processo Civil) para o descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Entendem seus defensores que a aplicação cumulativa da pena prevista no artigo 330 do Código Penal com essas sanções importaria em *bis in idem* em prejuízo ao agressor.

Abaixo, esquematizamos as correntes apresentadas para melhor compreensão do leitor.

Quadro 3 – Tipicidade e atipicidade do descumprimento das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.

Artigo 359 do CP	Artigo 330 do CP	Atipicidade
<ul style="list-style-type: none"> • Adotada inicialmente pelo Ministério Público; • Não perdurou porque os tribunais exigem definitividade da decisão para que se configure o crime deste artigo, característica ausente nas medidas protetivas de urgência, já que são cautelares; • Também não perdurou porque a conduta afastada pela medida protetiva não se enquadra em função, atividade, direito, autoridade ou múnus descrita no núcleo do 	<ul style="list-style-type: none"> • Adotada pela jurisprudência majoritária e por Rogério Greco; • Tipifica o descumprimento das medidas protetivas de urgência como o descumprimento de ordem legal de funcionário público; • Apresenta mais uma punição ao agente da violência doméstica coadunando-se com os objetivos da Lei 11.340/06; • Apresenta punição <i>bis in idem</i> para o agressor, 	<ul style="list-style-type: none"> • Adotada principalmente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; • Considera atípico o descumprimento das medidas protetivas de urgência por já existir no art. 22, parágrafo 4º da Lei 11.340/06 a previsão de sanção administrativa e civil para a conduta, compreendendo que a tipificação penal no artigo 330 do CP seria <i>bis in idem</i>.

tipo respectivo.	por já existir punição administrativa e civil.	
------------------	--	--

Visando coadunar o Código Penal à Lei Maria da Penha e buscando alcançar o objetivo desta de punir mais seriamente o agressor, parece-nos louvável a tentativa de tipificação legal do descumprimento das medidas protetivas de urgência no artigo 330 daquele diploma.

Ocorre que mesmo colocando a violência doméstica em primeiro plano para que o Legislativo, Executivo e Judiciário possam coibi-la devidamente, o agressor continua tendo direitos básicos. A vedação ao *bis in idem* é princípio básico do sistema-jurídico penal, embora não esteja assegurado constitucionalmente. Portanto, o agente da violência doméstica possui o direito de não ser punido duas vezes pela mesma conduta.

O assunto em pauta não é a independência das instâncias civil, administrativa e penal. É consenso que o processamento em uma instância não impede o da outra, entretanto, a doutrina brasileira majoritária entende que no caso do crime de desobediência descrito no artigo 330 do Código Penal, não pode haver a aplicação de sanção das esferas administrativa e/ou civil cumuladas com a esfera criminal se não há ressalva do caso.

No entanto, reiteradamente, as sanções administrativas e cíveis previstas na Lei 11.340/06 não tem sido infligidas. Afinal, somente teriam aplicação quando fossem suficientes a evitar a reiteração do descumprimento das medidas protetivas de urgência. Do contrário, é cabível a decretação da prisão preventiva do agressor nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Ora, conforme exposto no capítulo 3, a prisão preventiva não é sanção. É instrumento utilizado para garantir, neste caso específico, a integridade física e psíquica da vítima, como uma hipótese especializada da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública.

Nesse diapasão, não há que se falar em *bis in idem* se as sanções administrativas ou cíveis previstas não foram impostas, mormente porque não eram suficientes, no caso concreto, a impedir a reiteração da conduta afastada por ordem judicial. Tendo sido aplicada somente a prisão preventiva para afastar a reiteração do descumprimento não há *bis in idem* no processamento e eventual condenação da conduta nos moldes do artigo 330 do Código Penal.

Reiterando o exposto, há duas conclusões: (1) se, com o descumprimento das medidas protetivas de urgência aplicou-se as sanções previstas no artigo 22, parágrafo 4º da Lei 11.340/06, o processamento da conduta nos moldes do artigo 330 do Código Penal é inviabilizado em razão da vedação de *bis in idem*; (2) Se, por outro lado, as penas previstas no dispositivo não forem suficientes para resguardar a vítima, e houve a necessidade de decretação da prisão preventiva do agressor, não há porque se falar em *bis in idem* pelo processamento e eventual condenação do mesmo nos termos do artigo 330 do Código Penal.

Em suma, parece-nos que essa última posição se coaduna melhor com os objetivos da Lei Maria da Penha e também com os princípios básicos do Direito Penal, uma vez que se por um lado garante uma punição mais severa pelas reiteradas faltas do ofensor, por outro respeita os direitos do agente.

REFERÊNCIAS

ASSIS, A. C. de. *Reflexões sobre o processo civil na Lei Maria da Penha* (s/d). Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/reflexoes-sobre-o-processo-civil-na-lei-maria-da-penha-juiz-arnoldo-camanho-de-assis>>. Acesso em 18 de julho de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: Vade Mecum Saraiva. 15 edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: Vade Mecum Saraiva. 15 edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: Vade Mecum Saraiva. 15 edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: Vade Mecum Saraiva. 15 edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. In: Vade Mecum Saraiva. 15 edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 11.340, de 07 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. In: *Vade Mecum Saraiva*. 15 edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECHARA, J. M. S. *Violência doméstica e a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência* (2010). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 19 de julho de 2013

CASO 12.051 MÉRITOS (s/d). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2013.

CUNHA JÚNIOR, D. da; NOVELINO, M. *Constituição Federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CUNHA, R. S. *Código penal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2013.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. *Violência doméstica – Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, M. B. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER, F. *Curso de Processo Civil: volume 1*. 9ª edição. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER, F.; OLIVEIRA, R. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher) (2010). Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=449&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=MGHU7WWNHQ35ESKL3MRL. Acesso em: 23 de julho de 2013.

FONSECA, J. J. S. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GERHARD, T. E.; SILVEIRA, D. T. *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GRECO, R. *Código Penal Comentado*. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2012.

LEI MARIA DA PENHA (s/d). Disponível em: http://www.observe.ufba.br/lei_mariadapenha. Acesso em 25 de maio de 2013.

LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal volume I*. 1ª edição. Niterói: Impetus, 2011.

MACHADO, E. H. *As medidas protetivas* (s/d). Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1040/R%20MP%20-%20Medida%20Protetiva%20-%20Eduardo%20Machado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 de Julho de 2013.

MOREIRA, R. de A. *A Lei Maria da Penha e suas Inconstitucionalidades* (2007). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10291/a-lei-maria-da-penha-e-suas-inconstitucionalidades>. Acesso em: 26 de julho de 2013.

PRADO, F. L. Z. do. *A prisão preventiva na Lei Maria da Penha* (2007). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigos/2007/10>. Acesso em: 29 de julho de 2013.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁVORA, N.; ROQUE, F. *Código de Processo Penal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2013.

TÁVORA, N. *Curso de direito processo penal*. 7ª edição. Salvador: JusPodivm, 2012.

NUCCI, G. de S. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Ed. RT, 2010a.

NUCCI, G. de S. *Leis penais e processuais comentadas*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

SANTOS, B. S. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento, 1987.

SENTONE, B. D. *A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor na lei 11.340/2006* (2011). Disponível em: http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/bruno-sentone.pdf. Acesso em 18 de julho de 2013.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. V. II. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.