

A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR NA LEI 11.340/2006.

BRUNO DELFINO SENTONE¹

SENTONE DELFINO, Bruno. **Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência na Lei 11.340/2006.** Artigo apresentado como requisito para obtenção do título de Especialista pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR, Universidade Norte do Paraná – UNOPAR.

RESUMO

O artigo versa de forma crítica sobre a natureza jurídica e processamento das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e suas manifestações na prática forense. A temática abrange o confronto de teses entre processualistas do direito Civil e Penal, na medida em que tentam definir qual a natureza jurídica das medidas de proteção que permite a máxima efetivação dos direitos fundamentais das mulheres vitimizadas. Expõem-se, para tanto, os contornos conceituais e características próprias do referido instituto, seu comportamento como espécie de medida cautelar, e os consectários do posicionamento adotado.

Palavras chave: Lei Maria da Penha, Medidas Protetivas de Urgência, Natureza Jurídica, Medidas Cautelares no Processo Penal, Direitos Fundamentais, Efetividade.

ABSTRACT

The article talks about the legal nature and the processing of protective measures of urgency which compel the aggressor and his manifestations in the forensic practice. The theme includes the confrontation of theses between proceduralists in the Civil and Penal Law, as they try to define which is the legal nature of the measures of protection that allow the maximum accomplishment of the fundamental rights of victimized women. It

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Ministério Público no Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR/ Londrina. Advogado.

is exposed, thus, the conceptual boundaries and particular features of the cited institution, its action as a kind of injunction, and the consequences of such adopted position.

Key words: Maria da Penha Law, Protective measures of urgency, Legal nature Injunctions in the Penal Process, Fundamental rights, Effectiveness.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA NATUREZA PROCESSUAL DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. 3. ACESSORIEDADE AO INQUÉRITO POLICIAL. 4. A NATUREZA CAUTELAR DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. 5. AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR. 6. DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

As medidas protetivas de urgência contidas na Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, instituíram mecanismos que visam coibir a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, mais especificamente a violência fundada no gênero.

O tratamento diferenciado que a lei denomina de violência de gênero funda-se no reconhecimento de uma raço cultural discriminatório, que coloca a mulher em uma situação de submissão e inferioridade em relação à figura masculina.

As medidas protetivas de urgência contidas nos artigos 22, 23 e 24 da mencionada Lei são exemplos desses instrumentos de proteção, que visam a resguardar os direitos das mulheres, reconhecidos como manifestação dos direitos humanos, conforme insculpido no artigo 6º da Lei Maria da Penha.

Partindo destas ponderações, o intuito do corrente trabalho é demonstrar que as medidas protetivas de urgência, em especial aquelas que obrigam o agressor, são espécies de medidas cautelares, algumas de natureza civil e outras de natureza penal, que devem ser utilizadas em prol das mulheres vitimizadas, deixando-se de lado o apego ao formalismo para concretizar a igualdade material tão preconizada pela Lei 11.340/2006.

Primeiramente, serão tecidas considerações acerca da divergência doutrinária quanto à natureza processual das medidas protetivas, elucidando os posicionamentos que tentam explicar o seu processamento.

Em um segundo momento, far-se-á esclarecimento sobre a necessidade de as medidas protetivas serem acessórias ao inquérito policial, com vistas a adaptar a realidade da estrutura judiciária brasileira ao trabalho realizado pela polícia investigativa, no intuito de atender de forma mais célere e eficaz as vítimas de violência doméstica.

Após, far-se-á uma análise das medidas protetivas como espécies de medidas cautelares, abordando os indicativos legais do posicionamento adotado e os argumentos jurídicos que o sustentam. Posteriormente, definida a natureza jurídica que melhor perfaz a proteção da dignidade da mulher, adentra-se na temática do presente estudo, oportunidade na qual serão feitas considerações sobre o funcionamento das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, assim como os desdobramentos práticos desta teoria, a partir de sua natureza jurídica.

Por derradeiro, são analisados os instrumentos coercitivos previstos na Lei Maria da Penha, em especial a prisão preventiva e os meios executivos previstos nos §§ 5º e 6º do art. 461 do Código de Processo Civil. Assim, em busca da efetividade das medidas protetivas, será apontada a escolha que, na prática, melhor atende a *ratio legis* da Lei Maria da Penha, principalmente quando a intenção é a proteção efetiva, e não apenas dogmática das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

2 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA NATUREZA PROCESSUAL DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Pouco tem se discutido na doutrina acerca da natureza processual das medidas protetivas de urgência. Preambularmente, neste capítulo, serão dispostos os posicionamentos que tentam explicar os contornos conceituais e as características do referido instituto.

Para Julia Maria Seichas Bechara² as medidas protetivas ostentam natureza jurídica de *tutela inibitória civil*, na medida em que, pautando-se pelas regras do artigo 273 do Código de Processo Civil, teriam natureza satisfativa e não cautelar, independente da propositura de uma ação principal. Logo, os consectários de seu posicionamento seriam a adoção do procedimento ordinário do CPC, a execução com fundamento no cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer e a inconstitucionalidade da prisão decretada para assegurar o cumprimento das medidas protetivas.

Segundo Bechara, a justificativa para o processamento das medidas nos moldes do CPC encontra seu fundamento nos artigos 13, que determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos decorrentes de violência doméstica; 14 e 33, que mencionam a competência cível dos juizados especializados; 15, que define as regras de competência do CPC para a apreciação da causa (distribuição no juizado do domicílio da vítima, agressor ou local do fato); e, enfim, 25 e 27, que tratam da intervenção do Ministério Público nas causas cíveis de igual origem e da assistência de advogado nesses atos processuais, respectivamente.³

Em sentido similar, os juristas Fredie Didier Junior e Rafael Oliveira⁴ sustentam que as medidas protetivas seriam exemplos de *medidas provisionais* elencadas no art. 888 do Código de Processo Civil⁵, de procedimento sumário, com caráter satisfativo, seguindo o rito dos artigos 273 e § 3º do art. 461 do CPC.⁶

² BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17614>>. Acesso em: 5 fev. 2011. p. 10.

³ BECHARA, op. cit., p. 07.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

⁵ Art. 888 do CPC: I - obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida; II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; III - a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; IV - o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita; VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

⁶ Fabrício Adriano Alves colaciona distinção, importante ao presente estudo, entre tutela de urgência, tutela cautelar e tutela antecipatória no Processo Civil: “É de fundamental importância, antes de analisar o que constituiu e caracteriza a tutela antecipada, diferenciá-la do instituto jurídico da tutela cautelar pois esta, assim como a tutela antecipatória, reveste-se da característica da sumarização. A tutela de urgência é mais abrangente que a tutela cautelar e volta-se a todas aquelas situações em que o decurso do tempo constitui um ônus extremamente pesado para as partes. A tutela de urgência tem um caráter preventivo, de maneira a evitar que a demora do processo permita à outra parte um comportamento que venha a causar um dano irreparável. É um gênero do qual a tutela antecipada constitui espécie. A tutela cautelar é

Nesta seara, seguindo o rito de concessão das medidas provisionais, as medidas protetivas guardariam a seguinte estrutura: 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, e) a obtenção da tutela provisional não exige o ajuizamento de uma “ação 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.⁷

Com uma posição mais comedida e visando resguardar a intenção legislativa, Alexandre Freitas Câmara⁸ considera que as medidas protetivas podem ter características de tutela antecipada ou medidas cautelares, sendo que o mais importante é a existência dos requisitos da tutela de urgência, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No que tange aos posicionamentos acima, inegáveis a sua magnitude, isso porque, dentre as medidas elencadas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, nem todas

uma espécie do gênero tutela de urgência. Sempre que houver tutela cautelar haverá urgência. Contudo, certas pretensões urgentes poderão ser satisfeitas por outros institutos processuais, diversos das medidas cautelares. Através dos procedimentos cautelares o Estado assegura a possibilidade de futura realização de direitos subjetivos, cujo o principal escopo é impedir que a demora na verificação exhaustiva quanto à existência de um direito leve ao perecimento desse mesmo direito ou do interesse de sua satisfação. Desde logo, fica claro que a tutela cautelar visa proteger a possibilidade de realização futura do direito e não apenas, proteger o processo de conhecimento, como durante muito tempo se acreditou. Sempre que determinada situação colocar em risco a satisfação futura de um direito alegado pela parte, incumbe ao Estado através da tutela cautelar, garantir a possibilidade de tal satisfação, ainda que não se tenha certeza quanto à existência ou inexistência desse direito. A tutela antecipada (ou tutela antecipatória), destina-se a satisfazer o próprio direito antes de ser proferida decisão final em determinado processo. Importante destacar que a tutela antecipatória satisfaz e não apenas assegura a satisfação futura de um direito. A antecipação da tutela, portanto, é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo.” (ALVES, Fabrício Adriano. A antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda: uma análise do art. 273, §6º, do Código de Processo Civil e correlações com a efetividade das tutelas legais. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 100).

⁷ DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, op. cit.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. A lei da violência doméstica e familiar contra a mulher e o processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.34, n. 168, 2009. p. 260.

apresentam o caráter cautelar de exigir a propositura de uma ação principal. Ademais, a Lei apresenta caráter muito mais cível do que penal. Tanto é assim que a Lei não prevê delitos, nem comina penas, razão pela qual não pode ser chamada de norma penal incriminadora.

Quanto à natureza satisfativa das medidas protetivas, é fato que algumas comungam desta característica, contudo, o entendimento que vem prevalecendo na doutrina e nos Tribunais é de que as medidas protetivas em sua amplitude são de natureza processual cautelar, ora seguindo o rito do Código de Processo Civil, ora do Código de Processo Penal.

Maria Berenice Dias, ao discorrer sobre o processamento das medidas protetivas, aduz que, ao ser encaminhado pela autoridade policial pedido de concessão de medida protetiva de urgência – quer de natureza criminal, quer de caráter cível ou familiar – o expediente é autuado como medida protetiva de urgência, ou expressão similar que permita identificar sua origem. Para a autora, não se está diante de processo crime e o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária (art. 13). Ainda que o pedido tenha sido formulado perante a autoridade policial, devem ser minimamente atendidos os pressupostos das medidas cautelares do processo civil, ou seja, podem ser deferidas *inaudita altera pars* ou após audiência de justificação e não prescindem da prova do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.⁹

Igualmente, Denilson Feitosa¹⁰ afirma que há procedimentos cíveis e criminais separados, conduzidos por juízes com competência cumulativa, cível ou criminal, quanto à matéria violência doméstica e familiar contra a mulher. Conclui dizendo que as medidas protetivas são, conforme o caso, medidas cautelares preparatórias, preventivas ou incidentes, em consonância com outras leis e suas próprias características. Para este autor a mudança de denominação de “protetivas” não lhes retirou o caráter. Por outro lado, há várias medidas na lei que têm, de modo geral, caráter dúplice, podendo ser utilizadas como medidas cautelares cíveis ou criminais.¹¹

No mesmo sentido é o escólio de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista, no qual asseveram que, para a concessão destas medidas, elas devem preencher os dois pressupostos tradicionalmente apontados pela doutrina, como espécie de cautelares: o *periculum in mora* (perigo da demora) e *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito).

⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 140.

¹⁰ FEITOSA, Denilson. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009. p. 626.

Adiante, complementam apontando a duplicidade de sua natureza: “Ocorre que várias dessas medidas possuem, inequivocamente, caráter civil”.¹²

Portanto, a doutrina majoritária comunga da idéia de que as medidas protetivas funcionam como medidas cautelares, que visam assegurar a integridade física e moral da vítima, desde que preenchidos os requisitos legais próprios desta tutela jurisdicional.

3 ACESSORIEDADE AO INQUÉRITO POLICIAL

Antes de se enveredar especificamente à temática da cautelaridade das medidas protetivas, urge serem feitas considerações sobre a necessidade de vinculação delas ao inquérito policial.

O argumento civilista sustenta que as mesmas independem da prática de uma infração penal (crime ou contravenção), podendo ser deferidas em expediente apartado, nos termos do artigo 18 da Lei 11.340/2006.

Todavia, na prática, o entendimento em exame representa o afastamento entre polícia judiciária e a mulher vítima de violência doméstica, eis que dificilmente a polícia levará a cabo uma notícia de violência que não constitua crime ou contravenção, até porque essa não é sua atribuição.

Nesta vereda, o art. 10 da Lei 11.340/2006 estatui que, na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a Autoridade Policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis. Ora, a Polícia Civil é sabidamente órgão componente do Sistema de Segurança Pública traçado pela Constituição Federal, dirigida por Delegados de Polícia, incumbindo-lhe a função estrita de apuração das infrações penais.

A primeira autoridade pública, eleita pela Lei 11.340/2006, a estrear na hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem revela, assim, que estamos em área reservada ao Direito Penal. Não é dado aos Delegados de Polícia

¹¹ Ibid., loc. cit.

¹² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 121.

exercer as atividades de postulação ao Poder Judiciário, nem de consultoria, assessoria e direção jurídicas.¹³

Não se nega, aqui, vigência ao art. 14 da Lei 11.340/2006 que dispõe que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher terão competência criminal e cível, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Mas destaca-se que a competência material cumulativa em nada interfere na atividade dos Delegados de Polícia cuja atribuição constitucional é a de apurar infrações penais nos termos dos artigos 144 da Constituição Federal e artigo 4 e seguintes do Código de Processo Penal.

Portanto, não encontra respaldo constitucional a tese que atribui aos Delegados de Polícia a competência para elaborar requerimentos de medidas protetivas apartados do inquérito policial.

Imagine-se um Delegado de Polícia elaborando uma petição inicial, nos termos do artigo 282 do Código de Processo Civil, noticiando ao magistrado a ocorrência de violência psicológica que não configure infração penal, com base apenas nas declarações da suposta vítima. Tal entendimento não condiz com a praticidade e eficiência preconizada pela Lei Maria da Penha. Ao revés: soa a retrocesso.

Um segundo argumento utilizado por aqueles que defendem a natureza eminentemente cível das medidas protetivas, assim como seu comportamento de tutela antecipada, é de que uma vez arquivado o inquérito policial ou extinta a ação penal não poderiam as medidas protetivas serem extintas, pois, se isso acontecesse, as vítimas restariam sem a devida proteção estatal.

Ora, se já foi extinta a punibilidade do indiciado ou réu, seja pela incidência da prescrição ou porque a vítima se retratou da representação, não cabe às medidas protetivas continuar com a restrição de direitos do acusado se este não representa mais um risco à integridade física e psicológica da mulher.¹⁴

Ademais, se a própria vítima se reconciliou com o acusado ou resolveu desistir das medidas protetivas por qualquer outra razão, não cabe ao Poder Judiciário manter as medidas em evidente contrariedade à vontade daquela.

¹³ AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Da irrisignação recursal contra o deferimento de medida protetiva de urgência na Lei Maria da Penha. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6810>. Acesso em: 07 fev. 2011.

¹⁴ Conforme acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Extinto o processo criminal, restam prejudicadas as medidas protetivas anteriormente deferidas. Descabe a manutenção das medidas protetivas se já foi extinta a punibilidade do indiciado, eis que a própria vítima renunciou ao direito de representação na audiência conciliatória” (TJRS, Ap. Crim. n. 70019552579, Rel. José Antônio Pitrez).

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que nos crimes de lesões corporais leves a ação penal é pública condicionada à representação da ofendida, ou seja, admite a retratação da representação até o recebimento da denúncia. Por questão de lógica, a revogação da medida requerida pela vítima igualmente deve ocorrer, vez que quem pode o mais, pode o menos.¹⁵

Destarte, o expediente civil apartado, independente do cometimento de delitos não perfaz a intenção legislativa, posto que, para a concessão célere e eficaz das medidas, deve ficar evidenciado, ao menos, indícios da prática de uma infração penal (crime ou contravenção), sob pena de se banalizar as medidas protetivas e tornar inviável o próprio trabalho das pessoas ligadas ao funcionamento da Vara Especializada (Juizado de Violência Doméstica e Familiar), uma vez que será ainda mais problemático separar a violência de gênero das demais espécies de violência, bem como aquela da denúncia caluniosa e do chamado “susto”, como querem algumas mulheres. Evidente que esse não foi o escopo do legislador.

Observa-se, desta feita, que as medidas protetivas devem ser deferidas em procedimento acessório ao inquérito policial; contudo, nada impede a sua decretação de forma incidental no decorrer do processo-crime, desde que comprovada a violência de gênero contra mulher.

4 A NATUREZA CAUTELAR DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Inserida a dicotomia entre os fundamentos processuais das medidas protetivas, bem como a imprescindível obrigação de estarem conexas ao inquérito policial, neste capítulo serão traçadas as diretrizes acerca da natureza jurídica que melhor perfaz a proteção da mulher vítima de violência doméstica, assim como as razões do posicionamento adotado.

Como é sabido, para que determinada medida adquira *status* de cautelar, é imprescindível a configuração de requisitos e pressupostos inerentes a esta natureza.

Elucida Cláudia Marlise Alberton¹⁶ que a concessão de toda e qualquer providência cautelar, típica ou não, depende da presença de dois pressupostos fundamentais: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, no processo civil, e os seus correspondentes *fumus comissi delicti* (indícios da existência de um delito) e *periculum libertatis* (perigo na liberdade do acusado) no processo penal.

Não cabe neste ensaio discorrer sobre os requisitos e pressupostos das medidas cautelares, mas sim tentar demonstrar que as medidas protetivas elencadas no art. 22 da Lei Maria da Penha, ou seja, aquelas que obrigam o agressor, se coadunam com o comportamento exigido em uma cautelar.

Impende, neste momento, trazer à baila a lição explanada no capítulo anterior: a *ratio legis* atinge sua máxima efetividade quando as medidas protetivas são acessórias à prática de uma infração penal.

Como consequência necessária, *a, contrario sensu*, a cautelaridade não está no sentido de se resguardar o direito material da ação principal, isso porque o inquérito policial não depende das protetivas, mas sim o contrário.

Logo, partindo do pressuposto de que tais medidas objetivam dar uma resposta efetiva às vítimas de violência doméstica, isto é, resguardar a integridade física e psicológica das agressões sofridas, a cautelaridade evidencia-se como uma resposta alternativa à prisão que não represente um gravame incontornável na eventual reconciliação das partes.

Assim, o resultado útil do processo está em garantir que a mulher vítima de violência doméstica fique protegida, a ponto de se evitar um mal futuro que ofenda os bens jurídicos tutelados, isto é, sua vida e sua integridade.

Claro que este é o sentido precípua da cautelaridade. Nada impede que sendo a medida de natureza cível, vise, também, resguardar o resultado material de outro processo. No entanto, da situação emergencial de violência, a princípio, a mulher estará protegida.

Segundo Rômulo de Andrade Moreira¹⁷, algumas destas medidas são salutares, seja do ponto de vista de proteção da mulher, seja sob o aspecto descarcerizador que

¹⁶ ALBERTON, Cláudia Marlise. Tutelas de urgência, emergência e evidência – a questão da sumarização frente ao processo penal garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: 2004. p. 182-183.

¹⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em: 02 mar. 2011.

elas encerram, haja vista ser a aplicação de uma medida provisória não privativa de liberdade mais benéfica que a decretação de uma prisão preventiva ou temporária.

Complementa Marcelo Lessa Bastos¹⁸ que, se antecipando à reforma do Processo Penal, a Lei traz autênticas medidas cautelares alternativas à prisão, mescladas a outras medidas cautelares de caráter extrapenal e a medidas administrativas de proteção à mulher, agregadas nos arts. 11, 22, 23 e 24, os últimos sob o título de medidas protetivas de urgência.

Portanto, as medidas em análise devem funcionar como espécie de cautelares, ainda que satisfativas, na medida em que representam novas alternativas à tradicional bipolaridade do sistema cautelar penal brasileiro, que conhecia apenas dois extremos: a prisão cautelar ou a liberdade provisória. A lei criou novas medidas cautelares intermediárias, que permitem uma resposta mais efetiva e menos violenta do Estado, para situações que, a princípio, não constituiriam hipóteses de decretação da prisão preventiva.¹⁹

Analisando as cautelares em geral, salienta Antônio Scarance Fernandes²⁰ que são providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.

Deste modo, a finalidade dos instrumentos ora analisados 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.

¹⁸ BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Pena". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9006>>. Acesso em: 09 fev. 2011.

¹⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei Maria da Pena. Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10692>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

²⁰ FERNANDES, Antônio Scarance apud CUNHA; PINTO, op. cit., p. 136.

5 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR

Definida a natureza cautelar das medidas protetivas, cabe neste capítulo a análise de cada uma das cautelares típicas que obrigam o agressor, previstas no artigo art. 22 da Lei 11.340/2006²¹, sua finalidade e processamento.

Pode-se dizer que das medidas protetivas que obrigam o agressor (art. 22), todas elas são de natureza cautelar, pois cumprem a exata função de resguardar a integridade física e psicológica da mulher, bem jurídico maior tutelado pela Lei Maria da Penha, a fim de assegurar o resultado da ação penal.

Não se pode olvidar que cada uma destas medidas se comportam de maneira diferente, sendo que as numeradas nos incisos I, II, III, são de natureza penal, e as previstas nos incisos IV e V são de natureza civil, próprias do direito de família.

Prevista no inciso I, a suspensão da posse ou a restrição do porte de armas, é tida como uma medida preventiva que intenta combater os altos índices de crimes contra mulheres com o uso de arma de fogo.

Determinada a suspensão ou restrição, o órgão competente a ser comunicado é o SINARM (Sistema Nacional de Armas), da Lei 10.826/2003, assim como a Polícia Federal, uma vez que é o órgão encarregado de autorizar o porte de arma em todo território nacional. Cabe lembrar que, caso a arma seja de uso restrito ou propriedade de colecionadores, atiradores e caçadores, o Exército também deverá ser comunicado (art. 24 do Estatuto do Desarmamento).

A restrição ou a suspensão são utilizadas quando se trata de arma devidamente registrada e com autorização para seu porte, já que nas hipóteses em que o porte de

²¹ 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, 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) freqüentação 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.

arma for ilegal a conduta do agressor se agrava, enquadrando-se em um dos delitos previstos nos artigos 12, 14 ou 16 da Lei 10.826/2003.

Calha acentuar, também, que, embora a lei seja omissa, é salutar que a medida imposta pelo juiz venha acompanhada da respectiva ordem de busca e apreensão do objeto, posto que de nada adianta suspender a posse se a arma não for regularmente apreendida. Tomado o objeto, o fim a que se destina a restrição realizar-se-á, protegendo-se a mulher, em tese, de se ver em situação de risco por tal motivo.²²

Por fim, menciona o parágrafo segundo do artigo 22 que, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no *caput* e incisos do art. 6º da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), deve a autoridade judiciária providenciar que seja comunicado ao órgão, corporação ou instituição à qual pertença o agressor sobre as medidas protetivas de urgência concedidas, caso em que seu superior imediato ficará responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

Considerações peculiares não de feitas no que tange ao afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência (art. 22, inciso II).

No que concerne ao seu processamento, os operadores do direito não chegam a um acordo. Para alguns juristas a medida protetiva de afastamento do agressor do lar só difere da separação de corpos prevista no CPC porque naquela há violência de gênero contra mulher. Logo, ela demanda uma ação principal sob pena de ver esgotada sua eficácia em um curto prazo de tempo. Com isso, não poderia ser enquadrada como uma cautelar satisfativa, eis que depende de uma ação principal.

Por conseguinte, os defensores da tese acima alegam que o legislador procurou tratar a violência doméstica como um fenômeno único, independente da natureza da ação, e encerrou a dicotomia cível/criminal para a propositura de demandas. Logo, a competência para o julgamento das medidas protetivas e da ação principal é dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar.²³

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²⁴ aduzem que cabe ao magistrado apenas determinar a separação de corpos/afastamento do agressor do lar,

²² CUNHA; PINTO, op. cit., p. 138.

²³ KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, mar./abr., 2008. p. 287.

²⁴ CUNHA; PINTO, op. cit., p. 150-152.

sendo que a ação principal, de separação judicial, dissolução de sociedade de fato, nulidade ou anulação do casamento, deverá ser proposta perante a Vara de Família.

Não obstante a propriedade dos ensinamentos mencionados, a intenção em equiparar a separação de corpos ao afastamento do agressor do lar não parece ser a interpretação correta. Isso porque é inegável que o legislador quis tratar a violência doméstica como um fenômeno único. Todavia, se quisesse colocar em igualdade a separação de corpos e o afastamento do agressor do lar, não haveria sentido em que a Lei Maria da Penha fizesse previsão, em sede distinta, de providências com idêntico conteúdo.

Para Fredie Didier Jr. e Ronaldo Batista²⁵ a separação de corpos de que trata o art. 23, VI, é medida que tem eficácia meramente jurídica, uma vez que desconstitui o vínculo jurídico existente entre agressor e ofendida, quando casados, permitindo o início da contagem do prazo para o pedido de divórcio (art. 1.580, CC). Já as medidas de afastamento do agressor (art. 22, II) ou da ofendida (art. 23, III) têm nítida eficácia material, eis que visam ao afastamento de fato entre agressor e vítima, a fim de coibir os atos de violência. Nada impede, obviamente, que tais medidas sejam cumuladas.

Tendo em vista a diferença de naturezas jurídicas, conclui-se que a separação de corpos é cautelar civil e depende da propositura de uma ação principal. Já o afastamento do agressor do lar possui natureza eminentemente penal, razão pela qual o comportamento processual de ambas é diferente.

Diz-se penal porque não quis o legislador que o afastamento do agressor do lar dependesse de uma ação principal para surtir efeitos, até porque não pode o afastamento do agressor ficar condicionado a uma ação principal a ser proposta em 30 dias, sob pena de se equiparar um instituto ao outro.

Ademais, na maioria dos casos o afastamento do agressor do lar vem acompanhado de outras medidas protetivas, tais como a proibição de aproximação e contato da ofendida, testemunhas e familiares. Dessarte, como compatibilizar o afastamento do agressor do lar com as demais medidas, se ao término do prazo de 30 dias o agressor retornaria ao domicílio de que foi afastado em descumprimento da determinação de proibição de aproximação e contato?

²⁵ DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, op. cit.

A única solução plausível é considerar o afastamento do agressor do lar como medida cautelar de natureza *penal*, devendo produzir efeitos enquanto perdurar a situação de violência contra a mulher.

Conclui-se, portanto, que o afastamento do agressor do lar tem natureza penal, se comporta como uma cautelar satisfativa e deve perdurar enquanto existir a situação de violência contra a mulher, ao contrário da separação de corpos, que tem natureza civil e demanda uma ação principal para sua continuidade.

No que diz respeito ao distanciamento do agressor da ofendida, seus familiares e testemunhas, alíneas *a*, *b* e *c* do artigo 22, inciso III, esses dispositivos têm por objetivo preservar a incolumidade da vítima, tanto física quanto mental.

Assim como as medidas elencadas nos dois primeiros incisos, as alíneas *a*, *b* e *c* do artigo 22, também ostentam a mesma natureza penal, isso porque se comportam como cautelares satisfativas, que independem de uma ação principal, isto é, o seu objetivo primeiro é, além de proteger a vítima, assegurar o resultado útil do processo como espécie de alternativa ao encarceramento direto do agressor.

No que tange à restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores (art. 22, IV), é certo que possui natureza cautelar de direito de família, uma vez que se refere à regulamentação do direito de visitas, instituto próprio da aludida seara do direito civil.

Insta ressaltar que após a oitiva da equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar disponível, desde que evidenciado nos autos, é possível que o magistrado defira a restrição de visitas, e em casos mais graves, a suspensão delas.

O artigo 23, inciso V, diz respeito à prestação de alimentos provisórios ou provisionais. Como esta e a medida protetiva anterior possuem a mesma natureza, serão tratadas conjuntamente.

Em um primeiro momento, salienta-se que além dessas medidas se portarem como cautelares alternativas à prisão, pode-se identificar um segundo aspecto cautelar nestas providências, isso porque visam assegurar também o resultado do processo cível, seja de regulamentação do direito de visitas ou de separação judicial, reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, anulação ou nulidade do casamento, ação de alimentos propriamente dita, etc.

Sendo de natureza cível, a ação principal, destarte, deve ser proposta em um prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de perda da eficácia, nos termos dos artigos 796 e seguintes do CPC, a ser contado da data da efetivação da medida, à luz do art. 806 do mesmo diploma.

Quanto ao juízo competente para julgar o processo principal, há quem alegue ser o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher²⁶, uma vez que o grande alcance da competência unificada residiria na celeridade dos processos, na possibilidade da utilização de prova emprestada, na prestação jurisdicional mais eficaz e com menor ônus para a vítima que não mais precisará empreender difícil peregrinação de Juízo em Juízo, de Vara em Vara, para solucionar todos os problemas decorrentes das violações sofridas.²⁷

Em que pese à fundamentação acima, o art. 14 da Lei Maria da Penha menciona que a competência do Juizado, cível ou criminal, restringe-se a situações de violência doméstica e familiar contra a mulher; portanto, ao juiz cumpre adotar, no âmbito da apreciação liminar, apenas a medida de caráter emergencial.

Logo, a ação principal deve ser ajuizada perante a Vara de Família ou a Vara Cível, conforma as regras de organização judiciária.

Demais disso, na Vara de Família é elaborado estudo psicossocial do caso e os infantes são entrevistados, de modo a garantir sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

Endossando o posicionamento esposado, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²⁸ afirmam que, em sede de cognição sumária, o magistrado dos Juizados arbitrarão provisoriamente os alimentos e outro juiz, em cognição plena, competente para a ação principal, poderá rever esta decisão, face, por exemplo, à contestação do réu que trouxe farta documentação demonstrando excesso do primeiro *decisum*.

Além disso, fugiria ao espírito da lei que o juiz do Juizado apreciasse uma ação de anulação de casamento. Assim, o correto é a adoção de medidas protetivas de urgência com vistas à proteção da mulher marcadas pela possibilidade de reversão desta decisão pelo juiz competente, que no caso é o magistrado da Vara de Família.

Outrossim, configura-se demais temerário conceder uma destas medidas por prazo indeterminado, ou enquanto perdurar a situação de violência, como quer Freddie Didier Jr e Rafael Oliveira²⁹, isso porque a fiscalização dependerá da boa vontade da ofendida em comunicar o fim das agressões ou do interesse do agressor em ver cassada

²⁶ PGJ 200706685. Conflito Negativo de Competência 67993/2007 – Classe 4. Medida cautelar de Arrolamento de Bens 186/2007, Procurador de Justiça Mauro Viveiros, TJMS *in*: KATO, op. cit., p. 288.

²⁷ KATO, op. cit., p. 288-290.

²⁸ CUNHA; PINTO, op. cit., p. 144-145.

²⁹ DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, op. cit.

a decisão, correndo o risco da medida *emergencial* tornar-se *definitiva*, em total afronta à intenção legislativa.

Por todo o exposto, caberá ao Juizado a restrição ou suspensão do direito de visitas, assim como a fixação dos alimentos provisionais em caráter cautelar e emergencial, ficando a sua eficácia condicionada à propositura da ação principal nas Varas Cíveis ou de Família, em um prazo de 30 dias. Isso porque como o direito pleiteado envolve matéria de direito de família, que merece dilação probatória, pode ficar demonstrada a excessividade da medida ou a necessidade de sua manutenção, quando da análise pelo juízo competente para a ação principal.

Quanto ao tempo de duração das medidas protetivas, Sérgio Ricardo de Souza³⁰, em percuciente análise sobre o prazo de vigência das ordens de proteção e restrição, enfoca que a medida aplicada cautelarmente deve perdurar durante toda a vigência da ação penal ou cível respectiva, perecendo com o trânsito em julgado da sentença proferida no âmbito cível. Caso o juiz verifique, por ocasião da sentença condenatória penal, que a medida de natureza predominantemente penal continua sendo necessária, poderá prorrogá-la por tempo razoável, dentro do período de execução da pena imposta.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina³¹, em acórdão lavrado pelo desembargador Torres Marques, também já decidiu que as medidas protetivas de urgência fixadas em determinada ação não podem ser estendidas por tempo indeterminado. Assim, no momento da prolação de sentença condenatória ficam superadas as medidas protetivas de caráter predominantemente penal, esgotando-se a sua validade, salvo no caso de comprovada necessidade de prorrogação por tempo razoável, dentro do período de execução da pena imposta.

Conclui-se, por consequência, que as medidas protetivas não podem ser eternas, pois, apesar de serem satisfativas, são medidas cautelares emergenciais que visam proteger a mulher pelo tempo necessário à satisfação de sua segurança.

³⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 139.

³¹ HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. MARIA DA PENHA. AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. MEDIDAS DE URGÊNCIA QUE FORAM FIXADAS EM OUTRO PROCESSO COM SENTENÇA JÁ TRANSITADA EM JULGADO E CUJA PENA VEM SENDO CUMPRIDA PELO RÉU. RESTRIÇÕES QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS POR PRAZO INDETERMINADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus n. 2008.028250-3, de Garopaba, rel. Des. Torres Marques).

No que diz respeito àquelas que possuem natureza civil, proposta a ação principal no prazo de 30 dias, sua eficácia perdurará até o julgamento da ação principal e a fixação definitiva do direito de visitas ou do valor alimentício.

No que atine às protetivas de natureza penal, por independender de uma ação principal, o tempo de duração é limitado pela situação de violência sofrida pela mulher, ou seja, ela vigorará enquanto perdurar a situação que ensejou a determinação das medidas protetivas.

Calha acentuar, por oportuno, que independente da natureza jurídica, uma vez extinto o processo criminal, restam prejudicadas as medidas protetivas anteriormente deferidas, consoante exposto em tópico anterior.

6 DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS

Para que as medidas protetivas sejam cumpridas e se tornem instrumentos de coação aos agressores e de preservação da dignidade da mulher, é preciso se valer dos meios de execução previstos na Lei Maria da Penha.

Dentre os meios elencados para o cumprimento das protetivas destaca-se o instituto da prisão preventiva, sendo que o artigo 20 estabeleceu que em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor.

Esse dispositivo alterou o Código de Processo Penal, acrescentando no artigo 313 o inciso IV – “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”.

Para parte da doutrina essa inovação provavelmente será de pouca aplicabilidade, visto que confronta diretamente a chamada “política da pena mínima” em vigor no Brasil, ou seja, os magistrados raramente aplicam pena acima do mínimo estabelecido ao delito.

Guilherme de Souza Nucci³² adverte que o autor de uma violência praticada contra a mulher não raras vezes comete delito incompatível com a custódia cautelar, tais como ameaça e lesão corporal, o que inviabilizaria a sua decretação, até porque estaria

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 877.

configurada violência abominável contra o réu, que ficaria cautelarmente detido por mais tempo do que a pena futura a ser aplicada.

Marcelo Lessa Bastos³³ também resiste a essa novidade ao afirmar que se trata do *periculum libertatis* e ainda se a prisão é necessária antes da existência da ação penal a prisão cabível é a temporária, regida pela Lei n. 7960/89.

Ainda que haja certa reação ao novo sistema previsto na Lei 11.340/2006, há que se levar em conta que a intenção precípua da Lei Maria da Penha foi a de tutelar a dignidade humana da mulher vítima de violência doméstica, eis que o Estado Democrático de Direito presente na realidade jurídica pátria conduz à identificação do bem jurídico maior a ser preservado, que é a pessoa humana.³⁴

Essa posição é defendida por Rodrigo da Silva Perez Araújo³⁵, quando salienta que a prisão cautelar do agressor é, sem dúvida, garantia do direito fundamental da mulher vitimada em sua integridade – implícita ao direito fundamental à vida e não há reprovação que se possa fazer por se estar a comprimir o direito a liberdade do agente.

Por isso, sob a égide do neocostitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, que buscam a concretude dos direitos fundamentais, o dispositivo que prevê a prisão preventiva do agressor para assegurar o cumprimento das medidas protetivas é perfeitamente constitucional, eis que se mostra, na prática, um instrumento útil para tornar efetivas as medidas de proteção, assim como tem a intenção de evitar qualquer violação aos direitos da mulher e assegurar a sua integridade física e psíquica.

Desse modo, uma vez que a mulher vítima de violência doméstica e familiar que já foi beneficiada com a adoção de medidas protetivas que foram ineficazes à sua tutela, mostra-se perfeitamente cabível a decretação da prisão preventiva do agressor.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, por outro lado, destacam com propriedade um importante cuidado a ser tomado antes da decretação da prisão preventiva, pois se a medida protetiva é de caráter civil, a decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, violará o disposto nos artigos 312 e 313 do CPP, que tratam, por óbvio, da prática de crimes. E, pior, afrontará o princípio constitucional

³³ BASTOS, op. cit.

³⁴ SUMARIVA, Gracieli Firmino da Silva. *Lei Maria da Penha e a Prisão Preventiva*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/26122>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

³⁵ ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. Violência doméstica: possibilidade jurídica da nova hipótese de prisão preventiva à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1268, 21 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9304>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

insculpido no art. 5º, LXVII, que autoriza a prisão civil apenas nas hipóteses de dívida de alimentos ou depositário infiel.³⁶

Dessarte, o magistrado deve tomar muito cuidado no momento em que analisar o pedido de decretação de prisão preventiva, porque as medidas protetivas que obrigam o agressor elencadas no art. 22, incisos IV e V, possuem natureza cível, devendo a execução destas serem feitas com base no § 4º do artigo 22 da Lei Maria da Penha.

De acordo com o predito § 4º, aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art. 461 do Código de Processo Civil. Desse modo, visando a assegurar o cumprimento das medidas protetivas, 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.

Para Rogério Sanches, a prisão preventiva para ser decretada deve vir acompanhada da prática de um crime. Segundo o jurista, para as hipóteses não-penais de desobediência da ordem, deve o juiz lançar mão da tutela específica (art. 22, § 4º), que se presta a conferir efetividade à decisão que tenha por objeto obrigação de fazer. Imagina-se a possibilidade de decretação da preventiva ao marido que, contrariando ordem judicial, insiste em telefonar para a esposa (em conduta capaz de configurar uma contravenção, segundo o art. 65 da própria lei), situação que afrontaria, de uma só vez, o art. 312 do CPP (que prevê prisão preventiva apenas para crimes) e o próprio texto constitucional, ao se instalar uma nova modalidade de prisão civil.³⁷

Em que pese o entendimento acima, entende-se que a decretação da prisão deve ser analisada diante das particularidades do caso concreto. Isso porque o descumprimento das medidas protetivas não necessariamente precisa vir acompanhado da prática de um crime para que a sua prisão preventiva seja decretada, apesar de que na prática quase sempre o vem. Isso porque o escopo da Lei Maria da Penha ao inserir no artigo 313 do CPP, o inciso IV, deixou claro que a sua intenção era resguardar a mulher vítima de violência doméstica, que já teve deferida em seu favor medidas protetivas que continuam a ser descumpridas.

No caso do agressor que descumpriu as medidas protetivas, está claro que o mesmo não demonstra respeito às determinações e procedimentos oficiais pendentes à

³⁶ CUNHA; PINTO, op. cit., p. 82.

³⁷ Ibid., p. 122.

proteção da vítima e, dependendo do caso, a medida mais eficaz para o cumprimento das medidas é a sua prisão cautelar.

Nessa mesma toada, doutrina e jurisprudência majoritárias vêm firmando o entendimento de que o descumprimento das medidas protetivas configura o crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal. Nesse caso, em situações de extrema urgência, existe a possibilidade de se considerar a prisão em flagrante do agressor, uma vez que como o crime de desobediência se sujeita ao rito do Juizado Especial Criminal e o art. 41 da Lei 11.340/2006 veda a aplicação da Lei 9.099/95, seria possível pensar na prisão em flagrante daquele que violar ordem judicial.

O pensamento não é tão simples assim. Suponha-se um caso hipotético em que os sujeitos são casados e desde o início do relacionamento a mulher sofre com as ameaças e agressões do marido. Após um episódio de violência física, ela registra o Boletim de Ocorrência e requisita as medidas protetivas de urgência ainda na Delegacia. Deferido o pedido e intimado o agressor (frise-se que a sua intimação deve ser comprovada), este insiste em se aproximar da ofendida e a manter contato com ela. Aqui se verifica que a fixação de multas pelo descumprimento não é aconselhada, isso pela dificuldade de se verificar o número de vezes em que houve a violação das medidas de proteção e de se calcular a multa em cima destes dados.

Além disso, na prática, a pena de multa fica muito mais difícil de ser executada e pode não ter a eficácia pretendida pela vítima cuja integridade física está em risco.

Desse modo, ante a urgência da situação e o desrespeito do agressor face à decisão judicial, a medida eficaz a ser tomada é a decretação da prisão preventiva, ou até mesmo, como no caso em tela, a possibilidade da prisão em flagrante pelo crime de desobediência, uma vez que indiretamente o referido delito está ligado aos dispositivos da Lei Maria da Penha.

Assim, para se alcançar a máxima efetivação dos direitos fundamentais da mulher, deve se analisar o caso concreto antes de se adotar um ou outro posicionamento.

Por exemplo, em se tratando de proteção de natureza civil, apenas a tutela específica é possível, eis que não há que se falar na ocorrência do crime de desobediência, pois este só ocorre quando o conteúdo do comando possui natureza eminentemente penal³⁸. Já quando a natureza da protetiva for penal, o crime de desobediência estará configurado, podendo, conforme o caso, vir acompanhado da

³⁸ NORONHA, Magalhães apud MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.3. p. 354.

prisão em flagrante do agressor, decretação de sua prisão preventiva, ou se o mecanismo mais eficiente é a imposição da tutela específica quando uma das restrições envolverem obrigação de fazer.

A corrente majoritária³⁹ adota a posição de que o descumprimento das medidas de proteção configura o crime de desobediência e enseja a imediata decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 313, IV do CPP.⁴⁰ Na prática, esta posição tem se mostrado mais eficaz ante a dificuldade de se prender em flagrante o agressor que descumpriu as medidas protetivas, principalmente pela falta de preparo policial ou de seu efetivo, assim como a execução da tutela específica ainda se mostra insipiente sob a égide do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra mulher.

7 CONCLUSÃO

Em sede de considerações finais, diante da pesquisa realizada, pode-se concluir que, à míngua de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, as discussões que envolvem a natureza jurídica das medidas protetivas são relativamente novas, especialmente no que tange àquelas que obrigam o agressor. Ainda não há verdadeira sistematização da matéria, lembrando que persistem debates acerca do tema selecionado.

Consoante já exposto, entende-se que as medidas protetivas de urgência, em especial aquelas que obrigam o agressor, comportam-se como espécie de medidas cautelares, ora seguindo o rito do Código de Processo Civil, ora do Código de Processo Penal, de acordo com a sua natureza jurídica. Ressalte-se que as protetivas podem ser deferidas durante a fase inquisitorial, por requerimento da ofendida ou do Ministério Público, ou no curso da ação penal, uma vez constatada a violência de gênero contra a mulher.

³⁹ Neste sentido: TJRS - Recurso Crime: RC 71002245611 RS; TJDFT – Apelação Criminal 20090310148035APR.

⁴⁰ CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ARTIGO 330, CP. MEDIDAS PROTETIVAS. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO. SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDIMENSIONADA. Réu que deixa de cumprir medida protetiva de não se aproximar da vítima, imposta judicialmente, comete o crime de desobediência, vez que tinha ciência inequívoca da ordem. Comprovadas a materialidade e autoria do delito, é de ser mantida a condenação. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Crime nº 71002245611. Turma Recursal Criminal. Relator: Clademir José Ceolin Missaggia, julgado em: 28.09.2009).

Pertinente ressaltar que independente de sua natureza jurídica, as protetivas devem ser acessórias ao inquérito policial, sob pena de desvirtuarem o escopo legislativo e se convolver em um instrumento de difícil controle e fiscalização pela Polícia e Poder Judiciário.

Além disso, ficou evidenciado a natureza jurídica de cada uma das medidas protetivas que obrigam o agressor, sendo as alinhadas no art. 22, incisos I, II e III, alíneas *a*, *b* e *c* as de natureza eminentemente penal, cuja função precípua é proteger a vida e integridade física e psicológica da mulher, na medida em que visam garantir o bem jurídico tutelado pelo processo criminal e descarcerizar condutas que não se compatibilizam, de imediato, com a decretação da prisão.

Já as protetivas elencadas no art. 22, incisos IV e V possuem natureza cível, próprias do direito de família, cujo comportamento processual além de resguardar a dignidade da mulher vitimizada, busca proteger também os seus dependentes e garantir o melhor interesse do menor.

Verifica-se, ademais, que a Lei Maria da Penha criou importantes mecanismos para dar efetividade às medidas protetivas. Para tanto, resta claro que o instrumento previsto em seu § 4º, artigo 22, se faz necessário quando as medidas protetivas sejam de natureza civil, ou de natureza penal.

Já quando as protetivas possuem caráter penal, a prisão preventiva se mostrou um importante mecanismo em prol da isonomia dos direitos das mulheres e a chave mestra na concretude de seus direitos violados.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Cláudia Marlise. Tutelas de urgência, emergência e evidência – a questão da sumarização frente ao processo penal garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: 2004

ALVES, Fabrício Adriano. A antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda: uma análise do art. 273, §6º, do Código de Processo Civil e correlações com a efetividade das tutelas legais. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito*. Curitiba: Juruá, 2007

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Da irresignação recursal contra o deferimento de medida protetiva de urgência na Lei Maria da Penha. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande. Disponível em: <<http://www.ambito>

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6810. Acesso em: 07 fev. 2011.

ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. Violência doméstica: possibilidade jurídica da nova hipótese de prisão preventiva à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1268, 21 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9304>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei Maria da Penha. Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10692>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9006>>. Acesso em: 09 fev. 2011.

BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17614>>. Acesso em: 5 fev. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A lei da violência doméstica e familiar contra a mulher e o processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.34, n. 168, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

FEITOSA, Denílson. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009.

KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, mar./abr., 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.3.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em: 02 mar. 2011.

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

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SUMARIVA, Gracieli Firmino da Silva. *Lei Maria da Penha e a Prisão Preventiva*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/26122>>. Acesso em: 18 fev. 2011.