

O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/06: UMA CONDOTA ATÍPICA

ANDRÉ LUIZ NICOLITT

JUIZ DE DIREITO – TITULAR DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DE SÃO GONÇALO - TJRJ. DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – LISBOA, MESTRE EM DIREITO PELA UERJ, PROFESSOR DA UFF.

MAYARA NICOLITT ABDALA

ADVOGADA E PESQUISADORA, PÓS-GRADUANDA EM PENAL E PROCESSO PENAL - UCAM/CBEPJUR

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo uma breve análise das medidas protetivas trazidas pela Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, e as consequências advindas do seu descumprimento. Aos olhos dos movimentos feministas, a promulgação da Lei trouxe resguardo à figura da mulher e garantia de sua proteção face à violação de direitos que vinha sofrendo em seu cotidiano.

Com a aplicação das medidas, que podem ser dirigidas tanto ao autor do fato quanto à vítima, verifica-se a imposição de normas que são, em sua essência, de Direito Administrativo, Direito Civil e Direito de Família. Todavia, nos interessa aqui, precisamente, a controvérsia em torno do descumprimento, por parte do suposto agressor, das medidas protetivas fixadas pelo juiz.

Assim, pretende-se neste breve ensaio, refletir sobre a seguinte questão: o descumprimento de medida protetiva configura o crime de desobediência ou apenas possibilita o decreto de prisão preventiva?

2. BREVE CONTEXTO DO SURGIMENTO DA LEI

O estudo sobre as medidas protetivas de urgência exige conhecimento prévio sobre os antecedentes teóricos e fáticos que propiciaram o fortalecimento dos direitos das mulheres.

Fruto das lutas do movimento feminista, a Lei teve respaldo nos termos do art. 226, § 8º, da Constituição Federal¹ e inspiração de importantes convenções e tratados internacionais, os quais o Brasil integra.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada “Convenção de Belém do Pará”, manifesta a necessidade dos Estados de editarem normas de proteção contra a violência generalizada, à qual as mulheres são submetidas, dentro ou fora do lar. Sem sombra de dúvidas, inúmeros documentos internacionais reforçam a necessidade da efetivação da igualdade de gênero e da tutela da dignidade humana.

E foi com denúncia apresentada pela própria Maria da Penha à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), que foi publicado o Relatório 54/2001², como forma de implementação de medidas investigativas e punitivas ao agressor.

Nesse dado contexto, em respeito às convenções e tratados, a Lei 11.340/2006 foi aprovada como ação de afirmação do gênero feminino oportunidade em que passou a ser exigido dos operadores do direito, adoção de medidas de prevenção e mediação dos conflitos. Inovou-se na criação dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária, com competência cível e criminal, reunindo em só juízo a resolução de conflitos nos campos do Direito Administrativo, Direito Civil e Direito de Família³.

1 Art. 286, § 8º. “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

2 Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Relatório nº 54/01. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 31 ago 2015.

3 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

A lei tratou de especificar seu objeto de atuação face à coibição e à prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, fundada na opressão do gênero masculino sobre o feminino.

Visando à superação (ou ao menos, à diminuição) do preconceito e da discriminação da mulher, a Lei surgiu com o escopo de permitir uma sociedade mais igualitária, trazendo instrumentos de empoderamento do feminismo, como as medidas protetivas, a assistência humanizada etc.

É neste contexto que as medidas protetivas de urgência se sobressaem, vindo a ser, segundo Nilo Batista⁴, o setor mais criativo e elogiável da lei. Medidas estas que não se limitam à mulher em situação de violência doméstica e familiar, na medida em que servem como meio de caráter assistencial/protetivo direcionado aos familiares, às testemunhas e também ao agressor.

3. AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E SUA EFETIVAÇÃO

Sustenta-se que as medidas protetivas de urgência vieram no contexto de uma série de medidas constituídas em favor da mulher, vítima de violência doméstica, no intuito de resguardá-la de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁵.

As medidas protetivas, como verdadeiras medidas cautelares que são, devem preencher os pressupostos do *periculum* e *fumus* para que o juiz possa as conceder⁶.

Conforme assevera Geraldo Prado⁷, não se trata de tomar a violência doméstica por evidente e inverter o ônus da prova, posto que, a decisão

afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos.

4 BATISTA, Nilo. "Só Carolina Não Viu". In: MELO, Adriana (Org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

5 BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82

6 MELO, Adriana. "Lei Maria da Penha: Uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar". In: **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11-12.

7 PRADO, Geraldo. In: **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 122.

cautelar, ainda que em sede de liminar, tem natureza jurisdicional penal e se conforma ao princípio da presunção de inocência. Logo, as peculiaridades do contexto doméstico devem ser consideradas para uma avaliação segura sobre a necessidade e a plausibilidade da medida.

Preenchidos os pressupostos, pode o juiz avaliar a forma de aplicação das medidas, podendo ser substituídas e cumuladas, direcionadas ao agressor (art. 22) ou à ofendida (arts. 9º, § 2º c/c 23).

São passíveis de aplicação ao agressor as seguintes medidas: 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; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; 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; contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; frequência de determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; e prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Quanto à vítima, bem como aos seus familiares, poderá o juiz, sem prejuízo de outras medidas: encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; determinar a separação de corpos, bem como permitir acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta; e manter o vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

Chega-se, então, ao ponto crucial para a discussão e o entendimento do tópico seguinte: e quando as medidas protetivas de urgência são descumpridas?

4. O DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA

O ônus do descumprimento das medidas impostas ao agressor, dentro dos tramites legais acima expostos, vem disposto no art. 20 da Lei.

"Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem."

Não custa repetir o desacerto do legislador em prever a possibilidade de a prisão ser concedida *ex officio*, em franca violação do sistema acusatório⁸, mas sigamos no que interessa ao presente.

Vale desde já salientar que o mero descumprimento das medidas, por si só, não justifica a prisão preventiva, pois não se deve olvidar do princípio da proporcionalidade e da ideia de que a prisão é a *ultima ratio*.

A prisão preventiva, apesar de expressa no Código de Processo Penal nos arts. 311 a 316, nos quais se verificam os requisitos para sua decretação, faz referência na Lei 11.340/2006, dando entendimento de amplitude de suas possibilidades, o que não é verídico. Com a reforma da Lei 12.403/2011, houve mudança na redação do art. 313, III, do CPP⁹, permitindo a decretação da prisão preventiva em situações de violência doméstica, em especial, como forma de garantia na execução das medidas protetivas de urgência.

8 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 739-740.

9 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.

Para nós, a sistemática é a seguinte: nos casos de crimes dolosos no âmbito da violência doméstica, nos quais a pena é superior a quatro anos, a questão se resolve pelo art. 313, I, do CPP, ou seja, há hipótese legal de cabimento da prisão. Já nos crimes cuja pena é igual ou inferior a quatro anos, a prisão preventiva só é possível para assegurar as medidas protetivas. Com efeito, a prisão preventiva pressupõe um decreto anterior de medida protetiva e um risco concreto de sua inexecução por ato do suposto agressor, ou seja, via de regra, exige descumprimento da medida protetiva anteriormente imposta.

Em todo caso, não se pode descuidar do princípio da proporcionalidade, vez que não é recomendado que a medida antecipada seja mais gravosa que o provimento final¹⁰.

O Superior Tribunal de Justiça¹¹ já possui entendimento nesse sentido, apesar de ter examinado a redação anterior do art. 313 do CPP.

"HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. CRIMES ABRANGIDOS PELA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A CUSTÓDIA CAUTELAR. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Muito embora o art. 313, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006, admita a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, a adoção dessa providência é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma.

10 NICOLITT, André. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2015, p. 99.

11 Julgamento: 03/06/2008. Processo: HC 100512 MT 2008/0036514-3.

2. É imprescindível que se demonstre, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sem o que não se mostra razoável a privação da liberdade, ainda que haja descumprimento de medida protetiva de urgência, notadamente em se tratando de delitos punidos com pena de detenção.

3. Ordem concedida."

Em síntese, nota-se que em razão de descumprimento de medida protetiva é possível a decretação da prisão preventiva. Dito isso, cumpre analisar se outra consequência há para o descumprimento das protetivas para além da possibilidade de prisão preventiva.

5. A ATIPICIDADE DO DESCUMPRIMENTO (ARTS. 359 E 330 DO CP)

Não são poucas as controvérsias acerca do tema. Em sede policial, muito se discute se o descumprimento de medida protetiva deve ser tipificado como o crime do art. 330 ou o do art. 359, ambos do CP.

Em razão do descumprimento de medidas protetivas, denúncias passaram a ser oferecidas, buscando condenação baseada no crime de desobediência (art. 359, do CP), em sede do Juizado de Violência Doméstica, tal como se observa.

"QUARTA CÂMARA CRIMINAL EMENTA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE RECONHECEU A INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER PARA JULGAR CRIME PREVISTO NO ARTIGO 359 DO CP DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. RECURSO MINISTERIAL - Com efeito, a desobediência imputada ao denunciado decorreu de descumprimento de ordem judicial emanada do Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, no intuito de proteger

a mulher vítima de violência no âmbito familiar. Registre-se que a conduta atribuída ao denunciado não pode ser isolada do contexto fático de violência doméstica e familiar contra a mulher, valendo notar que a mesma não atenta somente contra a Administração da Justiça, mas atinge, igualmente, a mulher. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO"¹².

Em outro sentido, conforme acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e firme posição do Superior Tribunal de Justiça, sustenta-se que o descumprimento de medida protetiva, na exata medida que dá azo ao decreto de preventiva, não pode ser tipificado nem como crime de desobediência do art. 330 do CP, tampouco como desobediência do art. 359 do CP, sendo a conduta atípica.

Vale citar:

"OITAVA CÂMARA CRIMINAL CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESOBEDIÊNCIA. TUTELAS INIBITÓRIAS. DECLÍNIO ORIGINAL DO JUÍZO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO SENTIDO DE QUE O SUJEITO PASSIVO DO DELITO EM APREÇO É O ESTADO. O JUÍZO SUSCITANTE, POR SUA VEZ, ARGUMENTA QUE A DENÚNCIA OFERTADA QUANTO AO DELITO DE DESOBEDIÊNCIA SE ORIGINOU DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS EXPEDIDAS PELA REALIZAÇÃO DE CONDUTAS COMPORTAMENTAIS REALIZADAS NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA A MULHER, SENDO COMPETENDE O JUÍZO ESPECIALIZADO. No compulsar dos autos, observa-se que há questão prévia intransponível a ser enfrentada e que prejudica o exame do presente conflito de competência. A exordial acusatória descreve duas condutas comportamentais, vale dizer: CALÚNIA e DESOBEDIÊNCIA. Quanto ao delito contra a honra, houve provimento judicial de não recepção da denúncia, por ausência de legitimidade ativa *ad causam* para a deflagração da ação penal. Quanto ao delito remanescente, a exordial

12 Julgamento: 26/08/2014. Processo: 0013851-11.2013.8.19.0014.

vestibular descreve que o ora interessado “desobedeceu à ordem judicial de manter-se afastado de sua companheira”. O Superior Tribunal de Justiça já assentou em ambas as Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção que o descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei da Violência Doméstica contra a Mulher não caracteriza crime de desobediência, uma vez que há previsão de consequência jurídica específica, como por exemplo, a prisão preventiva. E a doutrina desde a década de 1950 abraça tal posicionamento, sendo relevante trazer à memória a lição de NELSON HUNGRIA ao asseverar que: “Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330.” Sendo, portanto, atípica a conduta imputada ao interessado, clarividente é o constrangimento ilegal por ele suportado com a instauração da persecução penal, o que atrai a aplicação do art. 654, § 2º, do CPP. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO, COM CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO EM FAVOR DO INTERESSADO, PARA EXTINGUIR O PROCESSO PRINCIPAL SEM EXAME DO MÉRITO, ANTE À ATÍPIA DA CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA.”¹³ (grifo nosso)

E não é diferente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA POR DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. CONDUTA ATÍPICA. EXISTÊNCIA DE SANÇÕES ESPECÍFICAS NA LEI DE REGÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

I - Segundo a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta eg. Corte Superior de Justiça, o descumprimento da

¹³ Julgamento: 11/09/2014. Processo nº 0036618-51.2014.8.19.0000 - Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, da Oitava Câmara Criminal.

¹⁴ Julgamento: 04/08/2015. AgRg no HC 285844/RS. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2013/0421896-2.

decisão que impõe medida protetiva de urgência prevista na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) importa a imposição de outras medidas legais cabíveis, tais como requisição policial ou multa, e não crime de desobediência previsto no Código Penal.

II - Nos termos do art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal, é admitida a decretação de prisão preventiva “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”. Agravo regimental desprovido. "(grifo nosso)

Nota-se que na doutrina este entendimento já se fazia presente nas lições de Nelson Hungria, em seus comentários ao código penal¹⁵.

6. CONCLUSÃO

Nesta ordem de ideia, ao passo que a Lei prevê como consequência do descumprimento da medida protetiva, a possibilidade de decreto de prisão preventiva, sem ressalva da configuração de crime, a conduta deve ser considerada atípica.

Com efeito, diante de notícia dessa natureza, deverá a autoridade policial fazer registro de ocorrência de fato atípico, com implicação no processo penal, representando, se assim entender conveniente, pela prisão preventiva. Não é possível a instauração de inquérito ou a lavratura de auto de prisão em flagrante, tampouco o oferecimento da denúncia, sem com isso, caracterizar constrangimento ilegal. ◆

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Mara da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. IX, p. 417.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Legislação penal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COSTA, Rodrigo de Souza & OLIVEIRA, Adriana Vital e. "Lei 11.340/06 e Sistema Penal: o quão punitivos são os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher." In **Direitos, gênero e movimentos sociais II**. Organização CONPED/UFPB; coordenadores: Juliana Teixeira Esteves, José Luciano Albino Barbosa, Pablo Ricardo de Lima Falcão. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 267 a 282. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=45b430710ado4765>.

MELLO, Adriana Ramos de. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NICOLITT, André. **Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2015.

_____. André. **Manual de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2014.