

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
POS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

JOÃO VITOR OLAIA SOARES

**AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E SEUS CONFLITOS
JURISDICIONAIS GERADOS NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA**

NATAL/RN
2013

JOÃO VITOR OLAIA SOARES

**AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E SEUS CONFLITOS
JURISDICIONAIS GERADOS NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário do Rio Grande do
Norte, como requisito para obtenção do título
de especialista em Direito Penal e Processual
Penal.

Orientador: Prof. Ítalo Ricardo Amorim
Nunes.

NATAL/RN
2013

JOÃO VITOR OLAIA SOARES

**AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E SEUS CONFLITOS
JURISDICIONAIS GERADOS NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA**

Trabalho de Curso, na modalidade Artigo Científico,
apresentado a aPós Graduação da Uni-Farn como
requisito parcial para obtenção do título de
especialista em Direito Penal e Processo penal.

Apresentado e aprovado em, Natal (RN), _____ de _____ de 2013.

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO:

Ítalo Ricardo Amorim Nunes.
Orientador

Examinador (1)

Examinador (2)

A minha formação como profissional não poderia ter sido concretizada sem a ajuda de meus amáveis e eternos pais, que, no decorrer da minha vida, proporcionaram-me, além de extenso carinho e amor, os conhecimentos da integridade, da perseverança e de procurar sempre em Deus à força maior para o meu desenvolvimento como ser humano. Por essa razão, gostaria de dedicar e reconhecer à vocês, minha imensa gratidão.

Um agradecimento especial a minha querida amiga Ana Caroline Lopes, que permaneceu sempre ao meu lado, nos bons e maus momentos; a minha namorada, que além de me fazer feliz, ajudou-me, durante todo o percurso de minha vida acadêmica, compreendendo sempre a minha ausência.

À todos vocês, meu muito obrigado.

AGRADECIMENTOS

À Deus, quando algumas vezes, sentindo-me desacreditado e perdido nos meus objetivos, ideais ou minha pessoa, me fez vivenciar a delícia de me especializar.

RESUMO

O presente trabalho aborda a aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência na Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – que tem por objetivo principal resguardar a integridade física e moral da ofendida. Por bem, o legislador para conseguir os efeitos esperados, adentrou na seara do Direito Civil, exatamente no Direito da Família, em que tais medidas são tituladas de Medidas Cautelares. Neste estudo, demonstramos as causas e efeitos de tais medidas e a origem das nomenclaturas subscritas no Direito Penal. Averiguaremos também neste trabalho, as condições que são prerrogativas de avocação das Medidas Protetivas de Urgência e suas abrangências subjetivas, permissiva unicamente pelo Estado protetor. O combate à violência doméstica em vistas as Medidas Protetivas de Urgência tem foco na prevenção, eminentemente com fluxo legal estabelecido no Capítulo II, entre os artigos 18 e 24 da referida Lei, ponderados em três seções: I- Disposições Gerais; II- Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor; e III- Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida. Este estudo utilizou a técnica de pesquisa bibliográfica para coletar os dados, que por meio do método dedutivo, buscou alcançar o objetivo de estabelecer uma discussão comparativa entre o direito civil e o direito penal, sendo que o segundo avoca medidas cautelares do direito civil como forma de alcançar resultados satisfatórios na seara penal.

Palavras-chave: Medidas protetivas de urgência. Lei Maria da Penha. Natureza jurídica ambivalente.

ABSTRACT

This paper discusses the applicability of urgent protective measures in the Act 11.340/2006 - Maria da Penha Law - which has the main objective of safeguarding the physical and moral integrity of the victim. On the right, the legislature to achieve the desired effect, entered in the mobilization of civil law, just in Family Law, that such measures are titrated Precautionary Measures. In this study, we demonstrate the causes and effects of such measures and the origin of the classification subscribed in Criminal Law. Also in this work we will investigate the conditions that are powers of call-back of urgent protective measures and their ranges subjective permissive only by the State Guard. Combating domestic violence in considering the urgent protective measures have focused on prevention, eminently cool flow established in Chapter II, between Articles 18 and 24 of this Law, weighted into three sections: I. General provisions; II-Of Measures Emergency protective to oblige the aggressor, and III-urgent protective measures of the Offended. This study used the technique of literature paw collect data, which by means of the deductive method, sought to achieve the goal of establishing a comparative discussion between civil law and criminal law, and the second calling precautionary measures as a form of civil law achieve satisfactory results in criminal harvest.

Keywords: Urgent protective measures. Maria da Penha Law. Legal Nature ambivalent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 LEI 11.340/06 – Lei Maria da Penha	9
2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	9
2.2 A HISTÓRIA DE MARIA DA PENHA	10
2.3 HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA	12
2.4 FORMAS DE VIOLÊNCIA QUE CONCERNEM À LEI MARIA DA PENHA	15
3 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA	17
3.1 ORIGEM DAS MEDIDAS CAUTELARES	17
3.2 COMPETÊNCIAS PARA AS TUTELAS CAUTELARES	18
3.3 CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS	20
3.3.1 Lei nº 11.340/2006	22
3.3.2 Código de Processo Penal	22
4 NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA	24
4.1 OBJETIVOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA	24
4.2 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO	25
4.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	26
4.4 CRÍTICA À AMBIVALÊNCIA	27
4.5 MÉTODO DE DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA	28
4.6 CRÍTICA À NATUREZA PENAL	29
4.7 NATUREZA CÍVEL	30
4.8 PROCEDIMENTO	31
4.9 CRÍTICA À CAUTELARIDADE	32
4.11 PRISÃO CIVIL	33
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS	39

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda os conflitos jurisdicionais gerados na aplicação das Medidas Protetivas de Urgência na Lei Maria da Penha – Por bem, o legislador para conseguir os efeitos esperados, adentrou na seara do Direito Civil, exatamente no Direito da Família, em que tais medidas são tituladas de Medidas Cautelares. Neste estudo, pesquisamos as causas e efeitos de tais medidas e a origem das nomenclaturas subscritas no Direito Penal. Averiguaremos também neste trabalho, as condições que são prerrogativas de avocação das Medidas Protetivas de Urgência e suas abrangências subjetivas, permissiva unicamente pelo Estado protetor. O combate à violência doméstica em vistas as Medidas Protetivas de Urgência tem foco na prevenção, eminentemente com fluxo legal estabelecido no Capítulo II, entre os artigos 18 e 24 da referida Lei, ponderados em três seções: I- Disposições Gerais; II- Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor; e III- Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida. Este estudo utilizou a técnica de pesquisa bibliográfica para coletar os dados, que por meio do método dedutivo, buscou alcançar o objetivo de estabelecer uma discussão comparativa entre o direito civil e o direito penal, sendo que o segundo avoca medidas cautelares do direito civil como forma de alcançar resultados satisfatórios na seara penal.

Em seu texto original, o anteprojeto de Lei nº 4559/04, chamava tais medidas de “medidas cautelares”; já o texto final, aprovado e previsto na Lei 11.340/06, as denomina como “medidas protetivas”. Esta mudança deu-se pelo fato de que o termo “cautelar” remete de imediato, ao rito das “medidas cautelares” prevista no Código de Processo Civil, até mesmo porque o objeto de tais medidas possui conteúdo civil. Assim, temos que a mudança da nomenclatura quis, de forma bastante incisiva, dar “as medidas protetivas” o cunho de medidas cautelares de natureza criminal.

No entanto, a prática da aplicação destas medidas protetivas passa por um procedimento diferente do ideal. Quando uma vítima solicita as medidas protetivas de urgência, ainda na fase preliminar na delegacia, ela é encaminhada ao juízo competente, ou seja, ao Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, com sua iniciação pelo cartório distribuidor civil e não o cartório penal, pairando subjetivamente um confronto de ritos ideais maculados ao Direito Civil com o Direito Penal.

Assim, é merecido questionar tal situação. Os ritos originários das medidas protetivas nascem obrigatoriamente no cartório distribuidor civil por se tratarem de medidas

da seara cível, mas são decididas no juizado especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, que é do âmbito penal. Dessa forma, cabe discutir e pesquisar o não vislumbamento dos legisladores a esta questão, e sua postura de não elaborar um plano de otimização brotado do próprio direito penal, desvinculando as medidas protetivas do Processo Civil.

2 LEI 11.340/06 – Lei Maria da Penha

2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A origem da violência surge com o homem, sem generalizar que todo homem seria violento desde o início, mas no sentido de que a falta da organização do homem em sociedade permitiu a prevalência da “lei do mais forte”, isto é, onde a força física era o quesito principal para alcançar um status ou mesmo garantir a própria sobrevivência. Com a organização da sociedade primitiva, com pequenos agrupamentos dos homens das cavernas, os mais fortes se destacaram e houve surgimento da submissão dos mais fracos, criando, assim, uma hierarquia baseada na força física que permitia angariar mais recursos (por exemplo, a caça). Nesse diapasão entram as mulheres, que, por possuírem estrutura mais frágil, acabaram tornando-se importantes apenas no tocante à reprodução.

No passar dos séculos a sociedade se desenvolveu já com base em uma hierarquia e os valores foram se modificando com o surgimento da economia, desde a época do escambo ao surgimento da moeda, nos diferentes tipos de Governo, onde o mais forte passou a ser aquele a princípio com mais terras e propriedades e com o surgimento da moeda e outras riquezas, aqueles que as possuíam em maior quantidade. O homem sempre figurou no polo mais forte, submetendo as mulheres, no passado, à obrigação de se casarem e procriarem com fins de “produzirem” maior mão-de-obra ou herdeiros, dependendo da classe social a que pertencessem.

No Brasil, há uma construção simbólica dos gêneros nascidos do conceito da “honra”, onde o homem deveria ter controle sobre as mulheres e também disputar com outros homens. Nas Ordenações Filipinas, a mulher tem a obrigação de obedecer ao companheiro e, caso não o fizesse, deveria ser corrigida e castigada. A ideia da correção do marido sobre a

[BdU1] Comentário: O recuo do parágrafo deve ser de 1,25 cm.

mulher está presente nos manuais dos confessores da época colonial como é o caso do Manual de Corella, citado por Almeida (1993): “... não é de seu ofício corrigir o marido, como o é, dele, corrigi-la.” (p.87). Se o Código Criminal Posterior às Ordenações Filipinas revogou a legalidade do castigo (físico), o dever de obediência é mantido.

Segundo Lafayette (2000, *apud* MACHADO, 2004): “Em virtude do poder pátrio, (até o Código Civil de 1916) compete ao marido o direito de exigir obediência da mulher, a qual é obrigada a moldar suas ações pela vontade dele em tudo que for honesto e justo”. Com o Estatuto da Mulher Casada em 1962, é retirada da mulher a situação de parcialmente “incapaz”, entretanto, havia necessidade de autorização do marido para que ela pudesse trabalhar e também deveria obedecê-lo na escolha do local de moradia. Embora sejam retrógrados, esses valores continuam atuais, provocando dilemas e tensões nas formas de socialização do homem e da mulher e também nos modos de interpretações jurídicas.

Apesar das inúmeras repressões às mulheres ao longo dos séculos, uma vez que as mulheres só tiveram espaço para o exercício de atividades econômicas e políticas significativas no pós-guerra, quando havia um déficit de homens nos países envolvidos nas batalhas, as denúncias de violência doméstica surgiram apenas a partir de 1978, no Brasil.

Nesse contexto, as denúncias começaram a ser contabilizadas apenas no ano seguinte à promulgação da Lei do Divórcio, quando a violência foi positivada como um dos motivos ensejadores do desligamento matrimonial e as mulheres passaram a denunciar o tipo de comportamento agressivo, porém, à época, havia a tese da legítima defesa da honra, fazendo que muitos desses crimes envolvendo violência contra a mulher restassem impunes.

Foi apenas em 1985 que surgiu a primeira Delegacia da Mulher, em São Paulo, para fornecer o tratamento diferenciado às vítimas dos crimes oriundos da violência doméstica. Entretanto, não havia disposição legal que tratasse o tema de maneira mais específica, que surgiu somente com a Constituição Federal de 1988, no § 8º do artigo 226, onde se admitiu a existência da violência doméstica e propôs mecanismos para erradicá-la.

2.2 A HISTÓRIA DE MARIA DA PENHA

Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica aposentada do estado do Ceará, após sofrer de diversas agressões do ex-marido, o economista colombiano naturalizado brasileiro Marco Antônio Heredia Viveros, resolve se separar e denunciá-lo à polícia.

Em maio 1983, aos 38 anos de idade, quando trabalhava no Instituto de Previdência do Ceará e cuidava de suas três filhas – à época entre 6 e 2 anos de idade – foi alvejada por tiros proferidos pelo então marido enquanto dormia. Heredia, para acobertar a tentativa de homicídio, simulou um assalto em sua residência. Maria da Penha se submeteu a diversas cirurgias e, em decorrência do tiro, sofre de paraplegia irreversível. Após retornar para sua residência, foi vítima de mais uma tentativa de homicídio. Enquanto tomava banho o ex-marido tentou eletrocutá-la, além de mantê-la em cárcere em sua própria casa. Foi nesse momento, então, que com ajuda dos familiares, conseguiu autorização judicial para o abandono do lar conjugal em companhia das filhas menores no mês de outubro daquele mesmo ano.

No início do ano seguinte, Maria da Penha dá seu primeiro depoimento à polícia, seguido de apresentação penal pelo Ministério Público no mês de setembro. Será apenas em outubro de 1986 que a juíza aceitará a denúncia e em maio de 1991 Heredia vai a Júri Popular, sendo condenado a quinze anos de prisão. A defesa do agressor impetrou recursos, o Tribunal de Justiça do Ceará rejeita um dos recursos em abril de 1995 e solicita novo julgamento. Em maio, o Tribunal de Alçada Criminal do Ceará anula o primeiro julgamento argumentando que as perguntas aos jurados foram mal formuladas.

Em março de 1996 ocorre novo julgamento, onde foi condenado por dez anos e seis meses de prisão. Ocasão na qual a defesa impetra novamente recurso, mesmo sendo a medida intempestiva. Ainda assim, o Tribunal de Alçada acolheu o recurso que alegava que o réu fora julgado a despeito das provas dos autos, anulando o segundo julgamento. A impunidade de seu malfeitor fez com que a vítima procurasse justiça em outros órgãos de competência legítima e, em setembro de 1997, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebe petição sobre o caso.

Em agosto de 1999, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher pedem à OEA que aceite as denúncias contra o Brasil e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA adverte o governo brasileiro. No mês de outubro de 2000, a Comissão da OEA aprova o relatório sobre o caso e não houve qualquer manifestação do governo brasileiro. Em março do ano seguinte, a OEA reencaminha o relatório ao Brasil dando prazo final de 30 dias para pronunciamento.

Em abril, as denúncias são aceitas e o relatório passa a ser público, exigindo-se providências por parte do governo brasileiro. No mês de março do ano subsequente, há nova audiência sobre o caso na OEA e o governo finalmente apresenta considerações,

comprometendo-se a cumprir as recomendações da Comissão. Foi apenas após 15 dias da segunda reunião da OEA, em setembro de 2002 que Marco Antônio Heredia Viveros finalmente é preso.

Relatos do ocorrido segundo a própria Maria da Penha expõem que:

Para mim foi muitíssimo importante denunciar a agressão, porque ficou registrado internacionalmente, através do meu caso, que eram inúmeras as vítimas do machismo e da falta de compromisso do Estado para acabar com a impunidade. Senti-me recompensada por todos os momentos nos quais, mesmo morrendo de vergonha, expunha minha indignação e pedia justiça para meu caso não ser esquecido. (FONSECA, 2010).

Com 60 anos de idade, completados em fevereiro de 2005, Maria da Penha é atualmente uma das coordenadoras da Associação dos Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV), com sede em Fortaleza. Passar da condição de vítima para a de protagonista no combate à violência foi para Maria da Penha, ao longo de 23 anos, “uma luta muito difícil”. Nas palavras da própria Maria da Penha, segundo Fonseca, 2010: “Em 1994, publiquei o livro ‘Sobrevivi... Posso Contar’, que considero a minha carta de alforria, pois foi através dele que o meu caso passou a ser algo concreto, palpável, em relação aos casos de violência doméstica”, conta.

2.3 HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme Fonseca (2010), a partir do ano de 1999, foram apresentados diversos projetos de lei versando sobre a violência doméstica sobre diversos aspectos como, por exemplo: definição de institutos básicos (definição de violência familiar e violência psicológica, por exemplo), tipificação das condutas como crime, afastamento cautelar do agressor, etc.

Segundo a autora, o primeiro a ser apresentado foi o Projeto Lei nº 905/1999, que tratou principalmente de definir institutos básicos, como os tipos de violência (psicológica, familiar, etc.) e tipificando diversas condutas como crime. Além disso, trouxe alguns aspectos processuais, como a representação pela vítima para se proceder à ação penal. Entretanto, este projeto foi considerado inconstitucional por ferir o princípio do devido processo legal. O Projeto seguinte, de número 1.439/1999 foi apresentado como anexo ao anterior, praticamente idêntico, apenas tentando suprir a inconstitucionalidade apontada.

No ano 2000, foi apresentado o Projeto Lei nº 2.372/2000, que tratava do afastamento cautelar do agressor do lar conjugal. Porém, foi integralmente vetado pelo Presidente da República. Já o Projeto de Lei nº 5.172/2001 visava acrescentar um artigo à Lei do Divórcio, tratando do abandono justificado do lar conjugal.

Ainda no ano de 2000, foi apresentado o Projeto de nº 3.901/2000, que foi convertido na Lei nº 10.455/2002, que levou a violência doméstica à competência dos Juizados Especiais Criminais. Com esse projeto houve a substituição da exceção à regra da não imposição da prisão em flagrante e fiança pela possibilidade de determinação judicial cautelar de afastamento do lar conjugal nos casos de violência doméstica.

Em 2002, houve um Projeto Lei que visava alterar o artigo 129 do Código Penal, aplicando uma pena mais severa caso a lesão corporal fosse praticada por cônjuge ou companheiro; este foi o Projeto Lei nº 6.760/2002.

Foi apenas no ano de 2004 que o Projeto Lei nº /2004, que seria convertido na Lei nº 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha” em homenagem à luta desta mulher, inconformada com a impunidade de seu ex-marido.

Segundo Fonseca (2010), até 2004 não havia previsão do crime de violência doméstica na legislação do país. O Código Penal, de 1940, em seu artigo 61, considerava tão-somente como circunstâncias agravantes da pena o fato de o crime ter sido cometido contra “ascendente, descendente, irmãos ou cônjuges (inciso II, letra e); com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (inciso II, letra f) e contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida” (inciso II, letra h). Na parte referente aos crimes contra os costumes⁷⁸, onde estão tipificados os delitos sexuais, incluindo o estupro (artigo 213), o Código determinava, no artigo 226, inciso II, que a pena é aumentada de quarta parte “se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro tipo tem autoridade sobre ela”.

O referido projeto foi apresentado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, que por sua vez fora criado pelo Decreto nº 5.030/2004 do Ministério Público do Distrito Federal, que “Institui o Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher, e dá outras providências”.

O Decreto, além de instituir referido grupo, determinou sua composição da seguinte forma:

Art. 2º O Grupo de Trabalho Interministerial será composto por:
I - um representante de cada órgão a seguir indicado:

- a) Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República, que o coordenará;
- b) Casa Civil da Presidência da República;
- c) Advocacia-Geral da União;
- d) Ministério da Saúde;
- e) Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República;

f) Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; e

II - dois representantes do Ministério da Justiça, sendo um da Secretaria Nacional de Segurança Pública.

1º Os integrantes do Grupo de Trabalho serão indicados pelos titulares dos órgãos representados e designados em portaria da Secretária Especial de Políticas para as Mulheres.

2º O Coordenador do Grupo de Trabalho poderá convidar representantes de outros órgãos, entidades públicas ou de organizações da sociedade civil, para participar de suas reuniões e de discussões por ele organizadas. (Decreto nº 5.030/2004 do Ministério Público do Distrito Federal)

[BdU2] Comentário: Os decretos, assim como as leis entre outros devem ter autor e ano.

Antes de ser sancionado, o referido Projeto passou por argumentações com Organizações Não-Governamentais de proteção à mulher em conjunto com os Órgãos Públicos. Além de ampla discussão, o Projeto também tramitou por três comissões, a saber: a Comissão de Seguridade Social e Família, a Comissão de Finanças e Tributação, e pela Comissão de Justiça e Cidadania.

No início do ano de 2006, as entidades de defesa dos direitos das mulheres tentaram fazer com que a Lei nº 11.340/2006 fosse pauta para votação logo para o início do ano para que fosse aprovada de pronto pelas duas casas legislativas e sancionada pelo Presidente no dia 8 de maio, dia internacional da mulher. Porém, não tiveram sucesso e o Presidente sancionou a Lei apenas em 7 de agosto de 2006.

Segundo Cardoso (2011) a Constituição Federal, em seu art. 226, § 8º, assevera que cabe ao Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, definindo meios para impedir a violência no âmbito de suas relações. Desse modo, a Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha - introduz no ordenamento jurídico a proteção à mulher, estabelecendo no seu art. 1º os objetivos constantes da norma, ou seja, a criação de mecanismos capazes de coibir e prevenir a violência contra a mulher e fixando medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Para a autora

A Lei Maria da Penha revoluciona o ordenamento jurídico ao determinar de forma expressa a proteção da mulher no âmbito domiciliar, traduzindo a tutela do Estado sobre a violência que permanece oculta da sociedade e sobre o indivíduo, muitas vezes, mais fraco nas relações afetivas. A norma abrange não só a violência física, mas a moral e psicológica, prevendo ainda,

o imediato afastamento do agressor do seio domiciliar (CARDOSO, 2011, p. 01).

2.4 FORMAS DE VIOLÊNCIA QUE CONCERNEM À LEI MARIA DA PENHA

Renato Ribeiro Velloso (2010) define a violência como sendo “uma espécie de coação, ou forma de constrangimento, posto em prática para vencer a capacidade de resistência do outrem, ou a levar a executá-lo, mesmo contra a sua vontade”.

Nesta linha de pensamento, a violência se conceitua sobre alguns parâmetros, descritos abaixo:

[...] uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma forma de violação dos direitos essenciais do ser humano. (CAVALCANTI, 2010, p. 11)

Nesse contexto, o termo violência engloba qualquer tipo de conduta, seja comissiva ou omissiva, capaz de ocasionar ao outro um dano, seja ele moral, psicológico ou material. Importante mencionar que, para configurar a violência é preciso que o autor tenha o *animus*, ou seja, a vontade de lesionar, ou até mesmo matar o outro sujeito.

No que diz respeito à violência contra a mulher, Cavalcanti (2010, p.12) define como sendo “qualquer ação ou conduta que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.

Dispõe o art.5º da Lei 11.340/06:

Art.5º Para os efeitos desta Lei configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”. (BRASIL, 2006)

Ressalta-se ainda, que a violência doméstica e familiar é uma das formas de violência contra a mulher. Esse tipo de violência não se restringe apenas à violência

perpetrada no local que a vítima reside, mas em qualquer lugar, desde que motivada por uma relação de afeto ou de convivência familiar entre agressor e mulher, vítima. (LEAL, 2010)

De acordo com Cunha e Pinto (2008) a agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar. Violência no âmbito da família é aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta ou por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). E agressão em qualquer relação íntima de afeto é aquela inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundadas em laços de amor, companheirismo, amizade.

Uma vez definido o que seja violência doméstica e familiar, é importante analisar, nesse momento, as suas diversas formas:

O art. 7º da Lei 11.340/06 enumera algumas formas de violência doméstica e familiar. São elas: violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral. Importante ressaltar que, de acordo com a Lei, estas não são as únicas formas de agressões, praticadas contra a mulher. (BRASIL, 2006)

Para compreender melhor as diversas formas de violência doméstica, deve-se ter em mente alguns conceitos, a saber:

Entende-se por violência física qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde da mulher. Quanto à violência sexual, inclui qualquer procedimento que obrigue, force, constranja a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante uso de força física ou ameaça. Já a violência psicológica, abrange qualquer conduta que cause à mulher um dano emocional, diminuindo sua autoestima, causando constrangimentos e humilhações. A violência moral é conhecida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação e injúria. Por fim, a violência patrimonial, que diz respeito a qualquer comportamento, que configure destruição, subtração de bens, documentos e instrumentos de trabalho. (VIEIRA; GIMENES, 2008, p.17)

É oportuno, portanto, mensurar que, bater, chutar, ameaçar, humilhar, falar mal, destruir objetos, documentos, forçar o sexo são algumas atitudes que caracterizam a violência doméstica e família.

3 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA

3.1 ORIGEM DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares foram criadas com fim de neutralizar os efeitos maléficos do tempo, protegendo o direito até o fim do processo, sem satisfazê-lo de imediato.

O art. 796, Código de Processo Civil, preceitua que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Em vista disso que se extraem as características essenciais da tutela cautelar, ou seja, a sua temporariedade (pois perdura o tempo necessário à satisfação do que se propõe ou até a resolução da causa) e instrumentalidade (é instrumento de proteção de outro instrumento).

Na tutela cautelar, ensina Adroaldo Furtado Fabrício, faz-se o exame da pretensão com o "fito único de apurar se ela é plausível (presença do *fumus boni iuris*) e se a demora inerente à atividade processual pode por em risco o seu resultado prático (*peticulum in mora*) (...). A cautela só dá ao autor a expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro. (...) O que se retira do réu mediante cautela permanece sob custódia judicial, sem se transferir de imediato ao autor".

Misael Montenegro Filho afirma que a medida cautelar pode ter por escopo a proteção de uma pessoa, uma coisa ou uma prova, devendo se mostrar útil quanto ao processo principal, de modo que em sua lista, não exaustiva, se encontrem a proteção aos alimentos provisionais, o afastamento de um dos cônjuges da morada do casal e a guarda dos filhos – compatíveis com as enunciadas na Lei 11.340/06. Tais medidas podem ser concedidas, em caso de urgência, sem a audiência do requerido (art. 889, parágrafo único, CPC).

A Lei Maria da Penha traz em seu art. 22 as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e estabelece que, constatada a prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar ao agressor as seguintes medidas de urgência, entre outras:

- suspender a posse ou restringir o porte de armas;
- afastar do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- proibir determinadas condutas, entre as quais: aproximação ou contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas, fixando limite mínimo de distância ou qualquer meio de comunicação e limitação de presença em

determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

- restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores;
- alimentos provisionais ou provisórios.

Ainda, em seu art. 23 a norma resolve que as medidas protetivas de urgência à ofendida, as quais não afastam outras necessárias:

- encaminhamento ao programa de proteção ou atendimento;
- recondução ao respectivo domicílio, após o afastamento do agressor;
- afastamento do lar, sem prejuízo dos direitos relativos aos bens, guarda dos filhos e alimentos;
- separação de corpos.

A fim de exercer a proteção sobre os bens da sociedade conjugal ou da propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar liminarmente:

- restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor;
- proibição temporária da celebração de contratos de compra, venda e locação de propriedade comum;
- suspensão de procurações conferidas ao agressor;
- prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da agressão.

Ao expor as formas de proteção enunciadas pela Lei o legislador foi conciso ao informar que essa proteção é a mais ampla possível, de modo que cabe ao juiz, no caso concreto, verificar a necessidade e utilidade da medida pleiteada, quando não se encaixa nas modalidades acima numeradas; bem como, definir se a tutela deverá se aplicada de imediato ou em momento que melhor convir aos interesses da vítima da agressão doméstica.

3.2 COMPETÊNCIAS PARA AS TUTELAS CAUTELARES

O art. 800 do Código de Processo Civil explica que as cautelares, quando preparatórias, serão requeridas ao juiz competente para conhecer da ação principal. Então, sendo a medida inerente à família, separação, alimentos ou guarda será a tutela de competência da vara do juízo da família, nos termos do referido dispositivo.

Muitas das tutelas enumeradas acima dizem respeito à proteção cautelar proferida pelos juízos cíveis, todavia, a Lei Maria da Penha chamou para os Juizados de Violência

Doméstica e Familiar contra a Mulher ou à vara criminal a competência cível e penal praticada contra a mulher no âmbito domiciliar.

Desse modo, enquanto não criado o juizado, a competência cível relacionada a essas tutelas cautelares seriam do juízo criminal. Essa é uma questão a ser debatida, pois se a cautelar requer um processo posterior ou que seja incidental, pode-se até mesmo dizer que a propositura de uma medida cautelar em face da violência doméstica tornaria preventivo o juízo criminal para uma futura ação de separação.

Para Arnaldo Camanho de Assis, a ação cautelar não se confunde com a medida protetiva de urgência. Enquanto a primeira sugere a necessidade de um processo posterior – ou em curso – cujo resultado mereça ser protegido; a segunda afasta a necessidade de existência de um processo em curso – a partir do que se lhe pudesse emprestar natureza "cautelar incidental" – ou de instauração de um processo posterior. Alega que a medida protetiva tem natureza desprovida de conteúdo cautelar, não se prestando a garantir a eficácia do resultado de um processo, somente evitar a ocorrência de situação concreta ou iminente de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como toda inovação legislativa, a Lei Maria da Penha também traz nos seus dispositivos algumas controvérsias, apesar de ser um marco na proteção da violência doméstica e familiar. Enquanto a posição que melhor orienta essa disputa e que parece tomar contornos é a de que, caso ainda não tenha havido o crime de violência ou ameaça de violência contra a mulher a medida cautelar deverá ser requerida perante a Vara Cível ou de Família e Sucessões; do contrário, caso a agressão ou iminência já tenha se instaurado, a tutela deverá ser requerida nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou à Vara Criminal (na falta daquela).

Na execução das medidas é competente a Vara Criminal, segundo a lei. Contudo, tem sido vista com bons olhos pela doutrina e jurisprudência a remessa dos autos para a Vara Cível ou de Família, conforme demonstram a ementa do julgado infra:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. CONFLITO ENTRE A VARA DE FAMÍLIA E A VARA CRIMINAL DA COMARCA. DEMANDA DE NATUREZA CÍVEL. PROPOSITURA NO ÂMBITO CÍVEL SEM PEDIDO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E PROCEDIMENTOS DA LEI N. 11.340/2006. COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO. Proposta a demanda, de natureza cível, na vara de família, sem pedido das medidas protetivas e procedimentos elencados na Lei n. 11.340/06 (Lei “Maria da Penha”), compete ao juízo cível (Vara de Família), e não ao criminal, o processamento da ação judicial, atendendo ao preceito constitucional e à organização judiciária do Estado, que disciplinam as atribuições e competências. Dar pela competência do Juiz

suscitado (Vara de Família). Súmula: DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (TJMG. Processo número: 1.0000.07.452197-2/000(1). Relator: Roney Oliveira. Publicado em 12/jul./2007).

Dessa forma, conclui-se que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, ostentam natureza jurídica de tutela inibitória cível.

3.3 CONSEQUENCIAS DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS

É de praxe nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher o deferimento e a expedição de Medidas Protetivas de Urgência constando do mandado judicial cautelar a seguinte advertência:

“O descumprimento das Medidas Protetivas de Urgência importará em crime de Desobediência”.

Entretanto, é exegese secular em nosso ordenamento penal pátrio o entendimento de que para a configuração do delito de Desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento.

Nas palavras do Eminentíssimo Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, “para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexista a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação” (HC 92655 / ES).

Em seu Voto, neste *writ*, MAIA FILHO, determinando o trancamento da Ação Penal, transcreve duas valiosas Ementas do próprio STJ, eis:

Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressaltar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento (HC 22.721/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 30.06.03).

As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP (HC 16.940/DF, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJU de 18.11.02).

O sempre lembrado escólio de Jesus (2002) vai ao encontro do que é sedimentado no STJ:

Inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressalvar sua cumulação com a imposta no art. 330 do CP. Significa que inexistente o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressalvar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal). Ex. de sanções cumuladas: CPC, art. 362. Exs. de sanções não cumuladas: infração a regulamento de trânsito, desobediência ao Código de Menores etc. Assim, a recusa de retirar o automóvel de local proibido, que configura infração ao CNT, não constitui crime de desobediência. Isso porque a norma extrapenal prevê uma sanção administrativa e não ressalva a dupla penalidade. (JESUS, 2002, p. 219)

Do alto de seu eterno e incomparável magistério, NELSON HUNGRIA (1958) advertia:

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 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Código de Processo Penal, está sujeita não só à prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, como a ‘processo penal por crime de desobediência’). (HUNGRIA, 1958, p. 417)

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal perfilha, como não poderia deixar de ser, o entendimento acima colacionado. Por todos, trago CELSO DE MELLO:

Cominação de multa diária *astreinte*, se desrespeitada a obrigação de não fazer imposta em sede cautelar. Inobservância da ordem judicial e consequente descumprimento do preceito. Atipicidade penal da conduta. *Habeas Corpus* deferido. Não se reveste de tipicidade penal. Descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária *astreinte* fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência (STF - 2ª T.; HC nº 86.254-3-RS; Rel. Min. Celso de Mello; j. 25/10/2005; v.u.).

Como se vê do entendimento doutrinário e jurisprudencial, a tipificação do delito de Desobediência presta-se, em última análise, a garantir e prestigiar aquela ordem legal de funcionário público despida de peculiar preceito sancionador para o caso de descumprimento do preceito.

O crime de Desobediência, assim, vale como cominação abstrata e genérica dirigida a todo aquele destinatário de ordem legal emanada do Estado ou de seus agentes desacompanhada de medida de coação específica para o seu cumprimento.

E no caso das Medidas Protetivas de Urgência, tanto a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), assim como a Lei 12.403/2011, que alterou o CPP, trazem sanção própria e profilática para o caso de seu inadimplemento pelo agressor doméstico. Senão, vejamos:

3.3.1 Lei nº 11.340/2006

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.

[...]

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:

[...]

§4º 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).

3.3.2 Código de Processo Penal

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...]

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Destarte, verifica-se claramente, a olhos vistos, que a Medida Protetiva de Urgência não é uma tímida ordem legal emanada da autoridade judiciária, muito menos preceito cautelar desamparado, a reclamar a escora genérica do Art. 330 do Código Penal.

O voluntário e injustificado descumprimento de Medida Protetiva de Urgência, na forma expressa em lei, faz desabar automaticamente sobre o agressor doméstico a imposição de multa por tempo de atraso (*astreintes*), busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas,

desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial, e, finalmente, a famigerada e temida prisão preventiva.

E de tudo isto, de todas essas consequências, é advertido o agressor doméstico, pelo meirinho, quando de sua intimação das Medidas Protetivas de Urgência, constando ainda expressamente do mandado judicial tais cominações. Convocado ao Cartório ou comparecendo à Equipe de Atendimento Multidisciplinar é novamente avisado.

As Leis nº 11.340/2006 e 12.403/2011 não promoveram alteração no Art. 330 do Código Penal, para acrescentar às elementares do tipo do crime de Desobediência o descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência. E nem haveria razão para tanto, haja vista a diversidade de cominações para o inadimplemento das cautelares previstas na Lei Maria da Penha, que se mostram suficientes para proteção da mulher, aí incluída a custódia cautelar do agressor.

A vanguardista Corte Estadual da Justiça gaúcha, chancela a atipicidade ao caso, em breve análise neste Artigo, sendo oportuno transcrever Ementa da lavra do Eminentíssimo e Culto Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira:

APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. Não caracteriza o crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, o descumprimento de medida protetiva deferida com base na Lei Maria da Penha. As medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 são medidas cautelares, que visam proteger as vítimas de abuso por parte de seus agressores. Tais medidas são progressivas, podendo evoluir até a prisão preventiva do agente, caso as medidas mais brandas se mostrem insuficientes para proteger a vítima (Apelação Crime nº 70044572469, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 14/09/2011).

O descumprimento das Medidas Protetivas de Urgência pelo agressor, voluntário e injustificado, deve importar na sua penalização proporcional e gradativa, prevista na lei de regência, com o seu encarceramento provisório, se for o caso, a depender das consequências e gravidade desse desatendimento à ordem judicial. Quanto ao delito de Desobediência, a atipicidade será manifesta.

4 NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

4.1 OBJETIVOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

A previsão de medidas protetivas de urgência na Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, é apontada como um dos maiores avanços no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

Afastamento do agressor do lar, proibição de contato e aproximação com a vítima, suspensão de visitas aos dependentes e prestação de alimentos provisionais são exemplos das disposições trazidas nos artigos 22, 23 e 24 da referida lei.

Quando bem contextualizadas, as medidas de proteção traduzem providência de utilidade insubstituível, na medida em que garantem o amparo da mulher, presumidamente hipossuficiente, em equilíbrio com direitos essenciais do apontado agressor, em especial a liberdade.

A despeito de sua importância, desde a promulgação da chamada Lei Maria da Penha, pouco se debateu acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência por ela disponibilizadas.

Entretanto, a determinação da natureza jurídica de um instituto, mais do que mero exercício teórico de categorização, implica opção por padrões de procedimentos pré-definidos, cuja repercussão prática justifica e demanda a perquirição.

A incompreensível lacuna doutrinária tem gerado decisões judiciais de múltiplos e incompatíveis sentidos, inexistindo uniformização sequer entre julgados de um mesmo tribunal.

Por conseguinte, restam indefinidas questões como a duração das medidas de proteção, a perda de eficácia pelo não ajuizamento de ação principal, o recurso cabível contra a decisão que aprecia sua aplicação, a competência para conhecimento do recurso e as consequências do descumprimento da ordem.

Nesse sentido, as protetivas seriam medidas de caráter cautelar, demandando ajuizamento de processo principal? O processo principal seria cível ou criminal? O não ajuizamento do principal implicaria cessação da eficácia da ordem cautelar? Ou estas guardariam caráter satisfativo, dispensando qualquer outro instrumento? Qual o procedimento a ser seguido? Contra a decisão que aprecia o pedido, seria cabível o agravo de instrumento, o recurso em sentido estrito, à apelação ou o *habeas corpus*? Qual a turma competente para

conhecimento do recurso ou da ação autônoma, a cível ou a criminal? A prisão preventiva seria instrumento idôneo para garantia de sua execução?

Essas e tantas outras questões podem ser respondidas somente quando se pressupõe a natureza jurídica da medida protetiva, o que se passa a analisar.

4.2 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

De modo geral, a doutrina, mesmo sem se deter especificamente no tema da natureza jurídica, trata a protetiva como medida cautelar, atribuindo a algumas delas caráter cível e a outro caráter penal.

Representativas desse posicionamento majoritário são as explicações de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

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 a sua origem. [...] 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 juris' e 'periculum in mora'. (CÂMARA, 2009, p. 260)

Igualmente, DENÍLSON FEITOSA:

Assim, firmamos um primeiro ponto: há procedimentos cíveis e criminais separados, conduzidos por juízes com competência cumulativa, cível e criminal, quanto à matéria violência doméstica e familiar contra a mulher. As medidas protetivas, por sua vez, são, conforme o caso, medidas cautelares preparatórias, preventivas ou incidentes, como constatamos por suas características e por interpretação sistemática com outras leis. A mudança de denominação ("protetivas") não lhes retirou seu caráter. Por outro lado, há várias medidas protetivas, na Lei 11.340/2006, que têm, de modo geral, caráter dúplice, podendo ser utilizadas como medidas cautelares cíveis ou criminais [...]. (FEITOSA, 2009, p. 626).

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.

Por fim, destaca-se igual entendimento de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho, que, em capítulo denominado "cautelaridade", asseveraram: "Como tal, devem preencher os dois pressupostos tradicionalmente apontados pela doutrina, para concessão das

medida cautelares, consistentes no periculum in mora (perigo da demora) e fumus bonis iuris (aparência do bom direito)". Adiante, complementam apontando a duplicidade de sua natureza: "Ocorre que várias dessas medidas possuem, inequivocamente, caráter civil".

4.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência tem se mostrado vacilante. Com perplexidade, constatam-se posicionamentos diametralmente opostos dentro de um mesmo Tribunal de Justiça.

À míngua de deliberação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, divergem as cortes acerca do recurso cabível e da turma competente para apreciá-lo.

Em louváveis, porém estranhas tentativas de apaziguamento da dissensão chega-se a conhecer agravo de instrumento como recurso em sentido estrito, admitir-se a fungibilidade entre apelação cível e criminal, ou ainda conceder-se habeas corpus de ofício no bojo de agravo de instrumento.

Ilustrativas da divergência, que se repete em igual gravidade em outras cortes brasileiras, destacam-se as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

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).

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,

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - NÃO CONHECIMENTO - HABEAS CORPUS - CONCESSÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - LEI MARIA DA PENHA - MEDIDAS PROTETIVAS - MODULAÇÃO DE INTENSIDADE - ORDEM PARCIALMENTE MODIFICADA 1) - Não se conhece, em Turma Criminal, de agravo de instrumento, que é recurso cível, previsto no artigo 522 do CPC, sendo competente para dele conhecer Turma Criminal (sic), nos precisos termos do artigo 18, I, do Regimento Interno desta Casa. 2) - Possível conceder-se, de ofício, Habeas Corpus, nos exatos termos do §2º, do artigo 644, do CPP (...). 3) - Agravo de instrumento não conhecido. Habeas Corpus concedido de ofício, parcialmente. (20100020000138AGI, Relator LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 1ª Turma Criminal, julgado em 18/02/2010, DJ 19/03/2010 p. 124).

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL. RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. 1 As medidas protetivas de natureza cível e o processo criminal são absolutamente independentes e desafiam deslinde específico, sendo que o indeferimento daquelas desafia recurso próprio na esfera cível, mais especificamente o de agravo de instrumento, tornando-se inadmissível o manejo de apelação criminal. Afasta-se a competência da Turma Criminal em favor da Turma Cível. 2 Remessa dos autos a uma das Turmas Cíveis, competente para conhecer da matéria questionada. (20070810005359APR, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/06/2008, DJ 09/07/2008 p. 95).

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - AMEAÇA - INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - NATUREZA CÍVEL - INCOMPETÊNCIA DA TURMA CRIMINAL. I. As cautelas relacionadas no art. 22, incisos II e III, alíneas "a" e "b" da Lei 11.340/06 possuem natureza cível. O recurso interposto pelo indeferimento das medidas refoge à competência da Turma Criminal. II. Recurso não conhecido. Determinada a remessa a uma das Turmas Cíveis. (20090210046414APR, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 05/07/2010, DJ 29/07/2010 p. 265).

4.4 CRÍTICA À AMBIVALENCIA

Pressupondo-se que os julgadores encontram boa parte dos fundamentos de suas decisões na doutrina, de uma breve análise do apanhado de jurisprudência retro, observa-se que o atual posicionamento daquela tem gerado alarmantes divergências.

Tal resultado advém do tratamento ambivalente atribuído às medidas de urgência, oscilante entre regras de direito material e processual incompatíveis entre si.

Se por um lado a afirmação de que algumas protetivas ostentam caráter penal enquanto outras ostentam caráter cível procura sanar a omissão - se não a atecnia - legislativa, por outro fere a homogeneidade necessária à resolução segura de conflitos.

O cenário se torna caótico quando se verifica a inexistência de consenso entre os operadores sequer sobre quais seriam as medidas cíveis e quais seriam as criminais.

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.

Ainda que se vislumbrem traços de caráter cível e traços de caráter penal, a boa técnica, pautada nos princípios da igualdade, da celeridade e da segurança - e, por que não dizer, no bom senso - impõe que se atribua natureza jurídica única a todas as medidas protetivas, tendo como vértice as mais elementares definições do direito, como se verá a seguir.

4.5 MÉTODO DE DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA

O que determina a natureza jurídica de um instituto é sua relação com o objeto da disciplina paradigma.

Para a enunciação do caráter da medida protetiva de urgência, portanto, basta que essa seja confrontada com as definições de direito penal e direito civil.

Nesse sentido, sabe-se que o direito penal é o conjunto de normas editadas pelo Estado definindo crimes e contravenções, isto é, impondo ou proibindo determinadas condutas sob a ameaça de sanção ou medida de segurança.

Por sua vez, o processo penal deve conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios para materializar a aplicação da pena ao caso concreto.

Já o direito civil é o ramo que regula as relações entre os indivíduos nos seus conflitos de interesses, ao passo que o processo civil consiste no sistema de princípios e normas aplicado à solução de conflitos em matéria não penal.

Portanto, em linhas gerais, se um instituto diz respeito à definição de delitos ou, de algum modo, à aplicação de sanção em razão de seu cometimento, ostenta caráter penal. De outro lado, se se limita a reger as relações entre particulares em conflito, ostenta caráter civil.

Neste sentido, sabendo-se que as medidas protetivas nada mais são do que providências judiciais com vistas a garantir a integridade física ou psíquica da vítima em situação de violência doméstica em face do suposto agressor, a conclusão por sua natureza jurídica cível deflui naturalmente.

4.6 CRÍTICA À NATUREZA PENAL

Consoante acima exposto, doutrina e jurisprudência majoritárias apontam que muitas das medidas protetivas elencadas na Lei Maria da Penha ostentam caráter penal.

Todavia, para tanto, deveriam dizer respeito à descrição de delitos ou à aplicação de sanção por seu cometimento, o que não ocorre em absoluto. Os artigos 22, 23 e 24 do referido diploma legal, ao mesmo tempo em que não definem crimes ou contravenções, tampouco estabelecem procedimentos de repercussão no processo penal, que, se houver, tramitará em autos apartados.

A finalidade da medida de proteção, como visto, é garantir a integridade da mulher vítima de violência pelo suposto agressor, em nítida disciplina de conflito de interesses.

É fato que, no mais das vezes, as medidas se fazem necessárias porque foi a mulher vítima de delito.

Tal situação, entretanto, não tem o condão de transmutar o caráter da ordem, sob pena de injustificada imiscuição das diferentes esferas, sendo inquestionável que um único fato possa gerar consequências em mais de um âmbito jurídico.

A mesma situação existe, por exemplo, com o possuidor esbulhado. Ora, ainda que a invasão de terreno ou edifício alheio constitua crime previsto no artigo 161, parágrafo 1º, inciso II, do Código Penal, a ordem de reintegração de posse obtida em ação possessória nem por isso ostenta caráter penal.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que a natureza criminal seria sinalizada pela possibilidade de formulação do pedido por intermédio da autoridade policial, cuja atribuição se circunscreveria ao âmbito penal.

Todavia, o artigo 12, inciso III, da lei em comento, é expresso em determinar a autuação do expediente da medida protetiva em apartado ao inquérito ou ao termo circunstanciado. Uma vez remetido o pleito ao Judiciário, esgota-se a função do delegado de polícia.

Cuida-se, pois, de mecanismo de aceleração da postulação da protetiva, na medida em que permite à ofendida formular o pedido sem o trâmite necessário, e por vezes moroso, à obtenção de assistência de advogado ou ao contato com órgão do Ministério Público, tudo nos termos dos artigos 19 e 27 do mesmo diploma legal.

Ademais, a atribuição de natureza penal teria o condão de vincular a medida protetiva ao processo criminal, do que decorreriam consequências preocupantes.

Nesse sentido, uma vez retratada a representação nos crimes de ação penal condicionada, seja por desinteresse na punição do autor, seja para evitar-se o constrangimento da vitimização secundária advinda dos sucessivos atos processuais, a vítima ver-se-ia desprovida da proteção desejada.

De outro lado, não seria incomum a manutenção da representação apenas como forma de garantir-se a vigência das protetivas, em evidente desvio de finalidade do processo-crime.

Por tais razões, parece pouco razoável que se sustente o caráter criminal das medidas protetivas de urgência.

4.7 NATUREZA CÍVEL

Por regularem as relações entre vítima e agressor em conflito de interesses, ostentam as medidas protetivas de urgência natureza cível. A conclusão se reforça pela análise do texto legal.

Em diversas passagens, a Lei 11.340/2006 se refere aos procedimentos de natureza cível. Assim, assumida a natureza penal das medidas, muitos dos dispositivos legais seriam completamente esvaziados.

Com efeito, o artigo 13 é expresse em determinar a aplicação do Código de Processo Civil aos processos cíveis decorrentes de violência doméstica. Por sua vez, os artigos 14 e 33 mencionam a competência cível dos juizados especializados.

Já o artigo 15 define o juízo competente para apreciação das ações cíveis de igual origem, permitindo à vítima optar por sua distribuição no juizado de seu domicílio, do domicílio do agressor ou do local do fato em que se baseou a demanda. Note-se, nesse ponto, a diferença das regras de definição de competência estabelecidas no Código de Processo Penal, que, a princípio, determinam a apreciação do feito no lugar em que se consumar a infração.

Ainda, o artigo 25 ordena a intervenção do Ministério Público nas causas cíveis de igual origem, bem como o artigo 27 a assistência de advogado nesses atos processuais.

Ora, ostentando as protetivas caráter criminal, tais dispositivos perderiam aplicabilidade, não parecendo ser essa, por óbvio, a intenção do legislador.

Assim, cumpre analisar as consequências advindas da definição ora adotada.

4.8 PROCEDIMENTO

O procedimento aplicável às medidas protetivas é o definido nos artigos 18 e 19 da Lei Maria da Penha, bem como, parece-nos, os relativos ao processo de conhecimento do Código de Processo Civil.

Assim, recebido o expediente, o juiz deve conhecê-lo e decidi-lo no prazo de 48 horas. Verificada a verossimilhança das alegações e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deferirá o pleito em antecipação de tutela, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Da decisão cabe agravo de instrumento, conforme artigo 522 do mesmo diploma legal. O feito deve seguir trâmite regular, instaurando-se o contraditório e produzindo-se prova em audiência, se necessário. Após, deve ser julgado mediante sentença proferida nos termos dos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil. Eventual recurso será a apelação, dirigida à turma cível do Tribunal de Justiça.

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.

4.9 CRÍTICA À CAUTELARIDADE

Doutrina e jurisprudência, conforme exposição retro são uníssonas em cuidar das protetivas como medidas cautelares. Por definição, medidas cautelares são tutelas de urgência com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito invocado.

Nessa lógica, deveriam as medidas protetivas obedecer aos requisitos mínimos de instrumentalidade, de temporariedade e de não satisfatividade. Entretanto, por serem tais características incompatíveis com sua finalidade, não há como sustentar-se tal tese.

Com efeito, como cautelar, a protetiva deveria fazer referência a um processo principal, conforme artigo 796 do Código de Processo Civil. Para alguns, é possível que se entenda que o principal é o processo criminal. Todavia, essa vinculação traria os inconvenientes acima apontados, em especial a desproteção da mulher em caso de retratação da representação, ou a manutenção desta para garantia de vigência da ordem. Ademais, não se pode admitir que medida de natureza cível vincule-se a processo principal de caráter criminal.

Para outros, então, principal seria o processo a ser ajuizado na vara de família, como o de divórcio, o de reconhecimento e dissolução de união estável, o de alimentos. Ainda que tal entendimento seja compatível com a natureza cível da protetiva, é certo que essa não guarda o traço da referibilidade àquelas demandas. A proibição de contato do ofensor com a vítima não seria instrumento de sucesso da ação de alimentos, para se dar um exemplo. No mais, há casos em que vítima e ofensor não têm pendências judiciais a serem resolvidas, como na violência entre irmão e irmã ou entre namorados.

Outro problema diz com o prazo de cessação da eficácia da tutela, nos termos do artigo 808 do referido diploma legal. Assim, uma vez deferida a protetiva, a vítima teria o lapso de trinta dias para ajuizamento do processo principal, sob pena de perda da eficácia da ordem.

Tal consequência, por demais gravosa, vai de encontro à razão de existência das próprias medidas protetivas. Se, de um lado, se constata dificuldades para o ajuizamento das demandas, como o acesso à célere assistência jurídica, a obtenção de documentos necessários

à propositura da ação ou mesmo a instabilidade emocional, de outro lado é possível que sequer exista a necessidade de outro feito, como mencionado anteriormente.

De tal modo, a exigência de futura propositura de ação significaria nova desproteção à vítima, em atendimento a formalismo incompatível com o mecanismo de solicitação da ordem.

Por isso, conclui-se que a medida protetiva, porque autônoma e satisfativa, não é tutela de natureza cautelar, mas sim tutela inibitória.

Com efeito, ao entregar à vítima o direito material invocado - consistente em sua proteção perante o suposto agressor - dispensa a medida protetiva qualquer outro procedimento, produzindo efeitos enquanto existir a situação de perigo que embasou a ordem (*rebus sic stantibus*).

A circunstância de a demanda ser fundada em perigo e baseada em cognição sumária - na fase de antecipação de tutela da protetiva - não implica, necessariamente, a caracterização da medida como cautelar.

Cuidando de tal diferenciação, esclarece LUIZ GUILHERME MARINONI que:

A mais importante das tutelas jurisdicionais a serviço da integridade do direito material é a tutela inibitória, destinada a proteger o direito contra a possibilidade de sua violação. Para ser mais preciso, a tutela inibitória é voltada a impedir a prática de ato contrário ao direito, assim como a sua repetição, ou ainda, continuação. Se a cautelar serve para assegurar a tutela do direito, pra prevenir a violação do direito não é necessária uma tutela de segurança, mas apenas a tutela devida ao direito ameaçado de violação, ou seja, a tutela inibitória. (MARINONI, 2003, p. 38)

Portanto, uma vez deferida a ordem, porque demonstrada a probabilidade de violação do direito, para sua vigência é suficiente que permaneça a situação de perigo que a lastreou, não havendo que se falar em ajuizamento de processo principal.

4.11 PRISÃO CIVIL

A Lei Maria da Penha alterou a redação do artigo 313 do Código de Processo Penal para possibilitar a decretação da prisão preventiva como garantia da execução das medidas protetivas de urgência se o fato envolver violência doméstica e familiar contra a mulher.

A abertura tem possibilitado casos aberrantes de prisão preventiva duradoura decretada no bojo de termo circunstanciado instaurado para apuração de contravenção penal ou de inquérito versando sobre crime cuja pena máxima jamais levaria ao cumprimento da sanção em regime fechado.

A inclusão é absurda e fere os mais primordiais princípios do sistema de garantias individuais previsto na Constituição Federal, não encontrando amparo sequer nos tratados internacionais que versam sobre violência doméstica.

Visto que são as protetivas medidas de natureza cível, a previsão de prisão para garantia de sua execução nada mais é do que nova hipótese de prisão civil.

O simples fato de a previsão ter sido alocada no Código de Processo Penal não tem o condão de forjar a natureza criminal da sanção. Assim, conferida a medida protetiva à mulher, essa deve se valer dos mecanismos próprios à execução da tutela inibitória, com todas as providências previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil, tal como determina o artigo 22, § 4º, da Lei 11.340/2006.

Note-se que há ordens judiciais igualmente importantes para aquele que a obtém ou de semelhante repercussão para o que a sofre, mas que nem por isso levam à cogitação do decreto da prisão, como é o caso, por exemplo, de liminar em reintegração de posse ou do afastamento do cônjuge do lar obtido na vara de família.

A doutrina começa a concluir no sentido da inconstitucionalidade. Assim, ROGÉRIO SANCHES CUNHA:

Com efeito, se a medida protetiva é de caráter civil, a decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, violará o disposto nos arts. 312 e 313 do CPP, que tratam, por óbvio, da prática de crimes. E, pior, afrontará princípio constitucional esculpido no art. 5º, LXVII, que autoriza prisão civil apenas para as hipóteses de dívida de alimentos ou depositário infiel. (CUNHA, 2008, p. 21)

PAULO RANGEL é ainda mais incisivo. Ao tratar do inciso IV do artigo 313, assim conclui:

Nada mais hediondo. A prisão preventiva é para assegurar o curso do processo (cautelar) e não para assegurar o cumprimento de medidas administrativas de proteção da ofendida. Não somos contra as medidas de proteção da ofendida, mas o Estado deve lançar mão de outros mecanismos para assegurar seu efetivo cumprimento que não a prisão do acusado [...]. O Estado não tem como dar garantias à ofendida e, por isso, mandar prender o acusado. Criou as regras protetivas da ofendida sabendo que a realidade brasileira não permitirá assegurá-las e resolveu prender o acusado para que ela ficasse tranquila. (RANGEL, 2008, p. 777)

Logo, a análise da possibilidade de decretação da prisão preventiva do agressor deve ser encetada junto ao processo-crime – não no bojo da medida protetiva -, atentando-se às hipóteses do artigo 312 do diploma processual penal e tendo-se como vértice a proporcionalidade e a homogeneidade. Qualquer decisão que fuja a tais parâmetros inexoravelmente levará consigo a pecha da ilegalidade.

Com isso, conclui-se que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, ostentam natureza jurídica de tutela inibitória cível.

De tal conclusão emergem como consectários a adoção do procedimento ordinário do Código de Processo Civil, a execução com fundamento no cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer do mesmo diploma legal e a inconstitucionalidade da prisão decretada com o fim exclusivo de garantir sua execução.

Espera-se que doutrina e jurisprudência atentem-se para a importância da uniformização do trato da natureza jurídica das medidas de proteção, controlando, assim, a profusão de decisões incompatíveis entre si e insustentáveis diante do sistema de garantias individuais vigentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o decorrer deste trabalho buscou-se mostrar os conflitos gerados na aplicação das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha. Para isso, realiza-se um breve comentário acerca da cultura da violência doméstica no Brasil, antes do advento da referida Lei e em seguida, explanou-se a história da mulher Maria da Penha, vítima a qual protagonizou os eventos que motivaram a criação da Lei, cujo nome batizou. Posteriormente, relatou-se um resumo do histórico da Lei Maria da Penha, para que fosse possível fundamentar as considerações que se seguiam.

A seguir, foram apresentadas e discutidas as medidas protetivas de urgência, perpassando a origem das medidas cautelares do Código de Processo Civil, as quais foram introduzidas posteriormente na Lei Maria da Penha com nova nomenclatura, sendo assim chamadas de medidas protetivas de urgência. No que tange às competências para as tutelas cautelares, nos debruçamos no art. 800 do código de Processo Civil, que rege as tutelas cautelares e, por conseguinte as Medidas Protetivas de Urgência; com o surgimento da Lei Maria da Penha, avocou para os Juizados de Violência Doméstica e familiar contra a mulher ou à vara criminal na sua falta, a competência cível e penal praticada contra a mulher no âmbito domiciliar, familiar e ou afetivo.

No que diz respeito ao descumprimento das Medidas Protetivas de Urgência, verifica-se que é de praxe nos juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher o deferimento e a expedição de Medidas Protetivas de Urgência, sendo que até mesmo no mandado judicial cautelar segue a advertência que avisa que “O descumprimento das Medidas Protetivas de Urgência importará em crime de Desobediência”, fazendo referência ao artigo 330 do Código Penal. A Lei Maria da penha não tinha legitimidade para utilizar tal artigo, pois no seu bojo não havia tal referência, sendo amparada cumulativamente com a redação da Lei 12.403/2011.

Discutem-se também os conflitos jurisdicionais gerados pelas Medidas Protetivas de Urgência, que oscilam entre a seara cível e penal, e que são sanados pela fundamentação da natureza jurídica cível. Quanto aos objetivos das medidas protetivas, pode-se destacar o afastamento do agressor do lar, proibição de contato e aproximação com a vítima, suspensão de visitas aos dependentes e prestação de alimentos provisionais. Pensando no posicionamento doutrinário, constata-se que de modo geral, a doutrina, trata a protetiva como medida cautelar, atribuindo a algumas delas caráter cível e a outras caráter penal. Quanto ao

posicionamento jurisprudencial, à jurisprudência tem se mostrado vacilante, já que, constata-se posicionamentos diametralmente opostos dentro de um mesmo Tribunal de Justiça. Discutindo a crítica à ambivalência das medidas protetivas, destaca-se o cenário caótico verificado quando da inexistência de consenso entre os operadores que sequer definem quais seriam as medidas cíveis e quais seriam as criminais.

Aborda-se ainda o método de definição da natureza jurídica, que em observância, sabendo-se que as medidas protetivas nada mais são do que providências judiciais com vistas a garantir a integridade física ou psíquica da vítima em situação de violência doméstica em face do suposto agressor, a conclusão por sua natureza jurídica cível deflui naturalmente. Quanto à crítica à natureza penal, é peculiar que deveriam dizer respeito à descrição de delitos ou à aplicação de sanção por seu cometimento, o que não ocorre em absoluto. Os artigos 22, 23 e 24 da Lei Maria da Penha, ao mesmo tempo em que não definem crimes ou contravenções, tampouco estabelecem procedimentos de repercussão no processo penal, que, se houver, tramitará em autos apartados. Fazendo referência à natureza cível, e por regular as relações entre vítima e agressor em conflito de interesses, as medidas protetivas de urgência ostentam natureza cível. A conclusão se reforça pela própria análise do texto legal.

O procedimento aplicável às medidas protetivas é definido nos artigos 18 e 19 da Lei Maria da Penha, bem como, parece-nos, os relativos ao processo de conhecimento do Código de Processo Civil. Quanto à crítica à cautelaridade, conclui-se que a medida protetiva, por ser autônoma e satisfativa, não é tutela de natureza cautelar, mas sim tutela inibitória. Com efeito, como cautelar, a protetiva deveria fazer referência a um processo principal, na qual é possível que se entenda que o principal é o processo criminal, e que sua vinculação traria os inconvenientes acima apontados, em especial a desproteção da mulher em caso de retratação da representação, ou a manutenção dessa para garantia de vigência da ordem. Ademais, não se pode admitir que medida de natureza cível vincule-se a processo principal de caráter criminal. Finalmente, ao considerar a prisão civil, percebe-se que as medidas protetivas de natureza cível, ou a previsão de prisão para garantia de sua execução nada mais são do que nova hipótese de prisão civil. O simples fato de a previsão ter sido alocada no Código de Processo Penal não tem o condão de forjar a natureza criminal da sanção. Assim, conferida a medida protetiva à mulher, essa deve se valer dos mecanismos próprios à execução da tutela inibitória, com todas as providências previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil, tal como determina o artigo 22, do advento da referida Lei.

Diante do exposto neste estudo, é possível inferir que a aplicação das Medidas Protetivas de Urgência na Lei Maria da Penha mesmo tendo algumas características penais,

provêm de natureza jurídica cível, e que as medidas protetivas de urgência nada mais são do que tutelas cautelares encontradas única e exclusivamente na seara cível. Ao afastar os conflitos gerados por sua aplicabilidade, delimita-se a sua competência aos juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, ou na sua falta à vara criminal. Tais medidas protetivas correm em processo apartado do principal, ou seja, do processo de caráter penal, porém não se restringindo ao processo principal, que por sua vez não é necessário existir para a efetivação das referidas medidas protetivas.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Arnaldo Camanho de. **Processos e procedimentos nas varas de família**. Curso de Capacitação. Brasília: Defensoria Pública do Distrito Federal, 2009. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/sites/300/380/00000626.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

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.

CARDOSO, Camila Daros. **Competência para as medidas cautelares cíveis na Lei Maria da Penha**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2793, 23 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18556>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares De Farias. **A violência doméstica como violação dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7753/a-violencia-domestica-como-violacao-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 03 maio 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)** Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.310/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. **Revista AJURIS**, mar.1996, p. 05-18.

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

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil, v. III: medidas de urgência tutela antecipada e ação cautelar procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2008.

FONSECA, Paula Schiavinida. **Histórico da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29638>>. Acesso em: 03 maio 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX, p. 417, Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal** - Parte Especial, Saraiva, 2002. v.4.

LEAL, João José. **Violência doméstica contra a mulher**: breves comentários à Lei nº 11.340/2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9096/violencia-domestica-contra-a-mulher>>. Acesso em: 05 maio 2012.

MACHADO, Lia Zanotta. **Violência doméstica contra as mulheres no Brasil**: avanços e desafios ao seu combate. In: II Seminário – Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. 3ª ed. Brasília, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 23.786/DF, Quinta Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21.09.2010, DJe 18.10.2010.

VELLOSO, Renato Ribeiro. **Violência contra mulher**. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/artigo323.shtml>>. Acesso em: 10 maio 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; GIMENES, Amanda Pegorini. A mulher e a Lei Maria da Penha. **Revista Consulex**, Brasília, n. 268, p.16-20, 15 mar. 2008.