

# 12

## O FOCO DA LEI MARIA DA PENHA

**Nilseu Buarque de Lima**

A Resolução n. 561, de 18 de junho de 2008, determinou a instalação da 14ª Vara Criminal, alterando a Resolução n. 529, de 22 de fevereiro de 2007, que estabelecia normas relativas à tramitação dos feitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher.

### **1. COMPETÊNCIA CÍVEL E CRIMINAL**

Inicialmente, não obstante a Lei n. 11.340/06 e a Resolução n. 561/08 disporem que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher têm competência cível e criminal, deve-se observar que o foco principal da 14ª Vara Criminal é a tutela jurisdicional criminal, isso porque, a finalidade da Lei n. 11.340/06 é prevenir, punir e erradicar a Violência contra a Mulher, como consta do artigo 1º da Lei de Regência.

A tutela cível, de natureza instrumental, portanto, secundária, está adstrita às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Nesta esteira, a atuação da 14ª Vara Criminal na área cível deve se limitar somente às medidas protetivas de urgência, no âmbito de sua competência, desde que a conduta do agressor se amolde a alguma figura típica prevista na lei penal.

### **2. FINALIDADE DA LEI – PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

A lei tem por finalidade a pacificação social solucionando o conflito de interesses.

No caso específico de violência doméstica e familiar contra a mulher praticada por agente imputável, do sexo masculino, sobrepondo a sua condição de homem mediante o uso da força física ou outros recursos que visam colocar a mulher em situação desvantajosa, como forma de violação dos direitos humanos, o artigo 4º da Lei 11.340/06 traça os contornos da Lei cognominada “MARIA DA PENHA” ao dispor que “na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Para a regular prestação jurisdicional na Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher, urge a necessidade de uma análise do fato concreto a fim de aferir se realmente, naquela circunstância, a mulher está em situação de violência doméstica e familiar. Caso contrário ocorrerá uma avalanche de feitos tornando impraticável a prestação jurisdicional, dada à facilidade do cidadão recorrer ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos internos, com a finalidade única de buscar uma satisfação pessoal, que na maioria das vezes se resolve tão logo passe aquele momento de ira e sede de vingança contra o seu agressor, mormente em se tratando de briga de casal.

Daí a necessidade de fixação de paradigma a fim de encontrar o ponto de equilíbrio para aferir as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica. Nesse particular, o artigo 5º da Lei n. 11.340/06 dá o norte, ao dispor que, *literis*:

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.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Com efeito, ao configurar a violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero, vê-se a todas as luzes que a *mens legis* cria um balizador para os órgãos jurisdicionais especializados, limitando o seu campo de atuação às situações previstas na lei, impedindo que todos os casos de ação ou omissão que desafiam a atuação da justiça comum desaguem nas águas cristalinas dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. O intérprete não pode fazer tábula rasa à finalidade da lei.

Nesta linha de raciocínio, os incisos I, II e III do artigo 5º da Lei n. 11.340/06 instigam-nos a admitir que, para configurar a violência doméstica, são necessários os seguintes requisitos: a) relação de sujeição da mulher, como sexo frágil à condição do homem, como sexo dominante naquela relação fática; b) convivência permanente ou esporádica da vítima e agressor, com ou sem vínculo familiar; c) a habitualidade da agressão, ainda que de formas diferentes.

Logo, afastadas as hipóteses de subordinação em razão do sexo, ausência de convivência entre vítima e agressor e em se tratando de fato isolado, a ação delituosa não se enquadra no gênero violência doméstica ou familiar, deslocando-se a competência para o JESP Criminal ou Varas Criminais da Justiça Comum, ante ao manifesto desvio de finalidade da Lei n. 11.340/06.

### **3. PROCEDIMENTOS – ARTIGO 13, DA LEI N. 11.340/06**

No que diz respeito aos procedimentos, a Lei n. 11.340/06 remete-nos às normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta lei (art. 13, Lei n. 11.340/06).

O procedimento criminal não carece maiores digressões, uma vez que o processo inicia-se pela denúncia devidamente instruída com os autos da investigação criminal que lhe deram suporte.

Uma das particularidades do rito reside na prova da materialidade do delito, admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde (art. 12, § 3º) e ainda, a possibilidade do ACD ser juntado no curso do processo até a sentença, por força do que dispõe o artigo 182, § 2º, da Lei n. 8.069/90, aplicável à espécie.

Outra particularidade do procedimento criminal é que não se aplica a Lei n. 9.099/95, independentemente da pena prevista, a teor do que dispõe o artigo 41, da Lei de Regência.

Cumpra observar por oportuno e importante que a Lei n. 11.340/06 não dispensou a representação da vítima nos crimes em que esta é condição de procedibilidade para o exercício da ação penal e sua retratação só é possível em juízo, com a presença do membro do Ministério Público.

Saliente-se, entretanto, se ao comparecer à Delegacia de Polícia a vítima manifestar desde já o desejo de não representar em face do agressor, torna-se despropositada a audiência prevista no artigo 16, da Lei n. 11.340/06, uma vez que ninguém pode se retratar de ato que não praticou.

Por fim, resta ao embate a questão que gira em torno do crime previsto no artigo 129, § 9º, do CP, que segundo jurisprudência majoritária não depende da manifestação da vontade da ofendida, por tratar-se de crime de ação penal pública incondicionada, cujo posicionamento entendemos o correto, dada a influência que o agressor exerce sobre a vítima. Ademais, o artigo 41, da Lei n. 11.340/06 é taxativo ao dispor que “(...) Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Quanto ao procedimento cível, ressalte-se de bom alvitre que a atuação do juízo criminal está limitada às medidas protetivas de urgência que poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida por meio de advogado ou órgão de assistência judiciária em face da ausência de capacidade postulatória, salvo a hipótese de postular em causa própria como advogada.

A Lei prevê também a hipótese de a vítima, ao ser ouvida na Delegacia de Polícia, manifestar o desejo de concessão de medida protetiva à Autoridade Policial, e esta, no prazo de 48h, deverá processar o pedido em autos próprios e remetê-lo ao juiz para apreciação no prazo de 48h, concedendo ou não a medida, com base no poder geral de cautela, *inaudita altera pars*.

A rigor o que fez a lei foi permitir que, excepcionalmente, um procedimento cautelar seja ajuizado sem patrocínio de causídico, uma

vez que, feita a solicitação perante a autoridade policial pela afirmada vítima, o expediente é encaminhado diretamente ao juiz.

Todavia, não se pode perder de vista que a medida protetiva solicitada na polícia, por si só, não basta para assegurar à vítima o direito da tutela jurisdicional de urgência. Ao ser deferida a medida protetiva de urgência a parte deverá ser intimada para, no prazo de 10 (dez) dias, regularizar a representação e requerer a citação do agressor, sob pena de violação aos princípios constitucionais comezinhos do *due process of law*, contraditório e ampla defesa. Decorrido o prazo, sem manifestação da vítima, a medida deve ser revogada e determinado arquivamento do feito.

#### **4. NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA**

Incontroverso, as medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/06 têm natureza de medida cautelar.

Nesse sentido, ministra-nos a jurisprudência do TJMG.

As excepcionais medidas protetivas do artigo 22 da Lei 11.340/06, consistentes na proibição de determinadas condutas ao agressor (inciso III), têm natureza cautelar, ou seja, visam assegurar o proveito prático do processo e garantir a eficácia da decisão final, devendo perdurar, pois, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de desvirtuamento do seu caráter cautelar e de se tornarem mais gravosa para o acusado do que a própria sanção penal. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.07.232286– 8/001 – CO-MARCA DE DIVINÓPOLIS – APELANTE(S): EDERSON LÚCIO ALVES – APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. RENATO MARTINS JACOB.

A cautelaridade advém, de forma irretorquível, do fato de estarem alicerçadas sobre cognição sumária.

Em que pese a especialidade da norma protetiva da mulher, o nosso entendimento é que as medidas protetivas de urgência não subsistem na ausência do procedimento de investigação criminal ou da ação penal correspondente.

A prática tem demonstrado que inúmeras vezes mulheres que se dizem vítimas de violência doméstica ao serem ouvidas na Delegacia de Polícia declaram que não desejam processar criminalmente o agressor, mas insistem no pedido de medidas protetivas.

Ora, se deferidas medidas protetivas independentemente do procedimento criminal, as Varas Criminais Especializadas não passarão de uma extensão das Varas de Família e dos JESCRIM, e em assim sendo, em pouco tempo estarão abarrotadas de processos, inviabilizando-se a prestação jurisdicional.

O processo cautelar, como é sabido, tem natureza instrumental e visa garantir a eficácia prática de providência jurisdicional a ser decidida no processo principal, de onde se extrai a sua necessidade e utilidade, juízo de libação, a fim de garantir com urgência a eficácia da decisão judicial no processo de cognição.

Com efeito, colhe-se do magistério do preclaro Prof. Barbosa Moreira<sup>1</sup> a seguinte lição:

A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação a ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfativo.

Remata o mestre:

Isso explica o caráter *urgente* de que se revestem as providências cautelares, e simultaneamente o fato de que, para legitimar-lhes a adoção, não é possível investigar previamente, de maneira completa, a real concorrência dos pressupostos que autorizariam o órgão judicial a dispensar ao interessado a tutela satisfativa: ele tem de contentar-se com uma averiguação superficial e provisória, e deve conceder a medida pleiteada desde que os resultados dessa pesquisa lhe permitam formular um *juízo de probabilidade* acerca da existência do direito alegado, a par da convicção de que, na falta do pronto socorro, ele sofreria lesão irremediável ou de difícil reparação.

<sup>1</sup> *In* O Novo Processo Civil Brasileiro – 6. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 419/420

Destarte, dada a natureza cautelar das medidas protetivas de urgência, tais medidas só têm razão de existir se iniciado o procedimento criminal. Assim, todas as vezes que a vítima instada a se manifestar, se recusar a representar em desfavor do agressor nos crimes em que a representação for condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, as medidas protetivas devem ser rejeitadas de plano, aguardando-se no arquivo o prazo decadencial para o exercício do direito de representação na esfera criminal.

## 5. CONDIÇÕES PARA O DEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Indubitavelmente a Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar. Sendo assim, é certo que para a concessão das medidas protetivas de urgência o juiz deve se contentar com uma averiguação superficial e provisória.

Todavia, não menos correto afirmar que para a concessão das medidas protetivas é indispensável o mínimo suporte probatório para balizar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O registro de ocorrência e as declarações da vítima, por si só, não bastam para embasar o juízo de convencimento em sede de cognição sumária, haja vista o estado emocional em que a vítima se encontra no momento em que presta as declarações.

Nesse sentido, merece destaque a importância do artigo 12, da Lei n. 11.340/06 ao dispor que, *verbis*:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III – remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV – determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V – ouvir o agressor e as testemunhas;

VI – ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII – remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

Corroborando esse entendimento, o *caput* do artigo 22, da Lei n. 11.340/06 é de clareza solar ao dispor que, *verbis*:

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: (...)

*Ipsa facto*, a constatação do fato previsto na norma só é possível mediante um mínimo suporte probatório. Caso contrário, o indeferimento das medidas protetivas de urgência se impõe, sob pena de violação ao direito de terceiros.

## 6. DURAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

De resto, uma vez concedida a medida protetiva de urgência, seus efeitos não podem ser *ad eternum*.

Embora o intuito da Lei seja proteger a mulher vítima de violência doméstica, o processo é matéria de ordem pública e não pode ficar ao interesse do sabor da parte.

Logo, tal como ocorre com a medida cautelar no processo civil, as medidas protetivas perdem a sua eficácia caso não seja ajuizada a ação penal no prazo de trinta dias, contados da sua efetivação, salvo por motivos devidamente justificados, com base no princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, a jurisprudência do E. TJMG:

Configurada a situação de violência doméstica ou familiar, justifica-se a aplicação de medidas de proteção de urgência previstas na Lei Federal 11.340/06 pelo Juízo competente, em função da suposta ação criminosa atribuída ao paciente, sem que seja ab-

solamente necessária a oitiva da parte contrária, no entanto, se no prazo máximo para a conclusão do inquérito, não há denúncia ofertada, a sua manutenção depende de fundamento sério e excepcional na razoabilidade, sem o qual a própria medida perde sua eficácia. *HABEAS CORPUS* N° 1.0000.09.497415– 1/000 – COMARCA DE ARAGUARI – PACIENTE(S): NILO ALVES DA SILVA – AUTORIDADE COATORA: JD V CR INF JUV ACID TRAB COMARCA ARAGUARI – RELATOR: EXMO. SR. DES. JUDIMAR BIBER.

Pela mesma razão, ajuizada a ação penal, as medidas protetivas só podem durar até o trânsito em julgado da sentença que decidiu a ação penal, com ou sem resolução do mérito, dada a provisoriedade que é peculiar à medida cautelar.

Nesse sentido, ministra-nos a jurisprudência do E. TJMG:

As medidas protetivas de urgência, introduzidas pela Lei 11.340/06, possuem natureza cautelar, devendo ser extintas com o trânsito em julgado do processo. APELAÇÃO CRIMINAL N. 1.0223.07.235821– 9/001(1) – RELATORA: EXMª DESª JANE SILVA – Julg. em 26/05/2009 – Pub. em 15/07/2009.

## 7. O ARTIGO 27, DA LEI 11.340/06

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

O artigo 27, da Lei n. 11.340/06, ao dispor que “(...) Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei”, não elevou a vítima à categoria de parte. Entendimento diverso estaria incorrendo no erro de violar o princípio da disponibilidade da demanda, obrigando-se a parte a vir ocupar o polo ativo da ação compulsoriamente. A lei não pode obrigar a parte a ser autor. A única exceção é no Processo Penal, em relação ao Ministério Público, na ação penal pública incondicionada.

Com efeito, o artigo 27, da Lei n. 11.340/06 é instituto de proteção à vítima. Logo, não há que confundir “acompanhada de advogado”

(instituto de proteção) com assistência de acusação (instituto do Processo Penal).

A atuação do advogado da vítima deve se limitar em acompanhar a vítima a fim de resguardá-la de qualquer tipo de constrangimento, medo ou opressão diante do seu agressor, ou se for o caso, requerer medidas protetivas.

A vítima na audiência, acompanhada de advogado, está como sujeita do processo, e não como parte, a não ser que se habilite previamente como assistente da acusação, na forma do artigo 268 e seguintes do CPP.

## **8. CONCLUSÃO**

Inegável a contribuição da Lei n. 11.340/06 no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de proteção e defesa da mulher vítima de violência doméstica. Todavia, se não aplicada de forma correta, considerando os fins sociais a que se destina, corre o risco de transformar as Delegacias de Polícia e salas de audiências dos juízos em divã de profissionais da área da psicologia onde a parte ofendida desabafa os seus mais profundos sentimentos na busca da solução de conflitos internos que não foi capaz de resolver na relação doméstica e familiar.

Feitas estas considerações, entendemos que o foco da Lei n. 11.340/06, comprovada a conduta típica que enseja a violência doméstica e familiar contra a mulher é a sanção, visando prevenir, punir e erradicar a violência doméstica contra a mulher, afinal, “(...) Homem de grande ira tem de sofrer o dano; porque, se tu o livrares, virás ainda a fazê-lo de novo” (Provérbios 19:19).

## **PARTE PRÁTICA**

### **1. CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A REPRESENTAÇÃO:**

- 1.1. Vítima não representa e não deseja medidas protetivas –  
Vista ao Ministério Público.

- 1.2. Vítima não representa e deseja medidas protetivas – Indeferir de plano as medidas protetivas e remeter os autos ao Ministério Público, para, se for o caso, análise e termo de ajustamento de conduta, ou inclusão ao grupo de agressores e/ou auxílio à vítima, observando-se o prazo decadencial para o exercício da representação.
- 1.3. Vítima representa e não deseja medidas protetivas – Requisitar o inquérito policial instruindo o ofício com o próprio expediente da medida protetiva, por economia processual, para análise de eventual pedido de prisão preventiva.
- 1.4. Vítima representa e deseja medidas protetivas – Analisar se o pedido das medidas protetivas tem o mínimo conteúdo probatório (Art. 22, da Lei n. 11.340/06).

Se não tiver nenhuma prova para embasar a decisão de concessão da medida, conforme o caso, remeter os autos ao setor técnico ou à Delegacia de Polícia para fornecimento de subsídio à decisão, fixando-se o prazo de 48h para devolução ao juízo. Com o retorno dos autos, verificado o mínimo suporte probatório, conceder ou não a medida.

Deferida a medida, intimar a vítima para no prazo de 10 (dez) dias regularizar a representação por meio de advogado ou órgão da Defensoria Pública, requerendo a citação do agressor, sob pena de revogação da medida e arquivamento do feito, ressalvada a hipótese do Ministério Público assumir a titularidade da medida protetiva, com o seu prosseguimento.

Indeferida a medida, requisitar o inquérito policial instruindo o ofício com o próprio expediente da medida protetiva, por economia processual.

- 1.5. A audiência do artigo 16 da Lei n. 11.340/06 só em caso de retratação da representação. Não havendo representação não há se falar em audiência porque ninguém se retrata de ato que não praticou.

## **2. CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA A REPRESENTAÇÃO**

- 2.1. (Art. 129, § 9º, do CP, etc.) – Não é necessária a representação.

- 2.2. Vítima não deseja medidas protetivas – Adotar o mesmo procedimento do item 1.3.
- 2.3. Vítima deseja medidas protetivas – Adotar o mesmo procedimento do item 1.4.

### **3. PROCEDIMENTOS VISANDO O SANEAMENTO DA 14ª VARA CRIMINAL**

- 3.1. Separar todos os feitos com pedido de medidas protetivas sem representação criminal, nos casos em que a representação é condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.
- 3.2. Nos casos acima, decorrido o prazo decadencial, mandar vir conclusos os autos para o despacho de revogação da medida e arquivamento, caso contrário, aguardar o prazo decadencial.
- 3.3. Cancelar todas as audiências em que a parte tenha declarado na Delegacia de Polícia que não deseja representar em face do agressor, nos crimes em que a representação for condição de procedibilidade da ação penal.