

APROVADA POR UNANIMIDADE

**As medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha: A busca
por um devido processo legal célere.**

Mário Antônio Conceição
Promotor de Justiça e
Professor da FADIVA
Comarca de Varginha

O presente artigo visa provocar debate acerca do rito aplicável às medidas protetivas de urgência que não se acha expressamente previsto na Lei n. 11.343/06 conhecida como Lei Maria da Penha.

A omissão do legislador tem suscitado acirradas discussões com soluções diversas assinalando Machado¹¹⁰ que em nenhum momento houve preocupação em se fornecer informação acerca da natureza jurídica do instituto delegando-se aos doutrinadores e aos tribunais a tarefa de interpretar e aplicar a norma.

As medidas protetivas de urgência parecem sugerir uma nova interpretação de alguns institutos ordenados no sistema processual¹¹¹

O Desembargador DOORGAL ANDRADA, da 4ª Câmara Criminal do TJMG, nos autos de Apelação n. 1.0024.07.806452-4/001(1), publicado em 02.03.2011, lembrou que o Conselho Nacional de Justiça, por ocasião da IV Jornada Lei Maria da Penha (Brasília, março de 2010), consignou que: "Relativamente aos procedimentos das medidas protetivas, a Lei 11.343/06 não prevê rito específico, não havendo entendimento pacífico quanto à forma de seu processamento".

¹¹⁰MACHADO, Eduardo Henrique. Medidas Protetivas. Disponível: <http://hdl.handle.net/123456789/1040>, 2011. Acesso em: 21.abr.2012.

¹¹¹ CARVALHO, Fabiano. Medidas Protetivas de Urgência na Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol.408, março, 2010

Alguns julgados entendem ser aplicável o rito sumário do processo criminal comum previsto no art.396 do CPP que assinala o prazo de dez dias ao requerido para apresentação de defesa. Esse entendimento vem sendo sustentado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA - MEDIDAS PROTETIVAS - A competência para a apreciação de recursos que versem sobre a aplicação das medidas protetivas previstas na Lei federal nº 11.340/2006, conhecida como Maria da Penha, pertence a uma das câmaras criminais deste Tribunal, **em face da natureza criminal das medidas** e do procedimento a ser observado, que **deve seguir o rito sumário do processo criminal comum**, no que se refere à liberdade de locomoção do suposto agressor. Em sendo cumulativa (cível e criminal) a competência das varas criminais até a criação das varas especializadas, a solução dos conflitos oriundos de violência doméstica atrai, de forma natural, a competência recursal das referidas câmaras criminais. (gn).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0701.08.223124-5/002 - COMARCA DE UBERABA - SUSCITANTE: DESEMBARGADOR NILSON REIS - SUSCITADO(A): DESEMBARGADOR FORTUNA GRION - RELATOR: EXMO. SR. DES. CLÁUDIO COSTA

Outros entendem que a medida protetiva de urgência sofre influência dos rumos do processo penal. Nesse sentido transcrevo trecho de acórdão¹¹² do TJMG, de 31/01/2012, Desembargador-relator CATTA PRETA:

“Dessa forma, tendo em vista o lapso temporal decorrido desde a formulação do pedido, sem qualquer notícia de sua necessidade, e, ainda, a inexistência de ação penal a fim de se apurar a prática do ilícito, mostra-se incompatível a cassação da decisão a quo, para que medidas protetivas, em favor da vítima, sejam decretadas.”

O juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Varginha entende que as medidas protetivas (MPU) tem existência própria, ou seja, produzem efeitos independentemente da existência do processo penal, o que afasta natureza cautelar daquelas à luz da teoria geral do processo. Adota, entretanto, o rito do processo cautelar para a tramitação da MPU (art.802, CPC).

¹¹² Ainda: Processo n.1.0024.08.281311-4/002, Rel. Des., Rel. Des. Cássio Salomé, DJ 27/05/2011.

Alexandre Freitas Câmara¹¹³ considera que as medidas protetivas podem ter características de tutela antecipada ou medidas cautelares, sendo que o mais importante é a existência dos requisitos da tutela de urgência, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A medida protetiva de urgência não é sinônimo de medida cautelar¹¹⁴. Estudo realizado¹¹⁵ pela Promotoria de Justiça Especializada em Violência Doméstica do Ministério Público de Minas Gerais da comarca de Belo Horizonte sob o título “Da natureza criminal das medidas protetivas” aponta que o texto original do anteprojeto da Lei nº. 4.559/04 chamava tais medidas de “medidas cautelares”. Já no texto final aprovado e previsto na Lei nº 11.343/06, denominou “medidas protetivas”. Percebe-se que as medidas protetivas eram vistas como autênticas medidas cautelares.

Sustenta-se que as MPU's teriam natureza de medida cautelar penal, o que não pode ser aceito diante dos efeitos produzidos pela MPU ainda que inexistente persecução penal. Maria Berenice Dias entende¹¹⁶ que não se está diante de processo crime e o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária (art.13).

Machado¹¹⁷ lembra que a legislação norte-americana na *Violence Against Women Act*, de 1994 que cuidou das chamadas “orders of protection”¹¹⁸ prevê que o pedido de proteção contra a ação de um agressor independe da existência de qualquer feito penal e pode até ser deferida na corte de família¹¹⁹, desde que presentes os elementos suficientes à caracterização de comportamento delitivo ou não. A natureza do pedido revela-se como ação mandamental, segundo o autor.

O reconhecimento de que a MPU possui natureza penal tem o condão de vinculá-la ao processo penal e, conseqüentemente, revelá-la à luz do entendimento clássico, como

¹¹³ 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, p.260, 2009.

¹¹⁴ DE ASSIS, Arnaldo Camanho. Reflexões sobre o Processo Civil na Lei Maria da Penha. Juiz de Direito do Distrito Federal Titular da 6ª Vara de Família de Brasília. Acesso: <http://www.tjdft.jus.br/trib/bibli/docBibli/ideias/reflexoes.pdf>. Acesso em 16.mai.2012.

¹¹⁵ <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/repositorio/id/3966>. Acesso: 16.mai.2012

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007, p.140.

¹¹⁷ MACHADO, Eduardo Henrique. Medidas Protetivas. Disponível: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1040/R%20MP%20-%20Medida%20Protetiva%20-%20Eduardo%20Machado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21.abr.2012.

¹¹⁸ A “order of protection” encontra-se no rol das “injunctions”.

¹¹⁹ New York State Family Protection and Domestic Violence Intervention Act of 1994.

derivada de processo cautelar - instrumento acessório a um processo principal. As consequências desse entendimento são preocupantes como assinala interessante estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família¹²⁰.

Bruno Delfino Sentone analisa¹²¹ minuciosamente as diversas posições citando que Fredie Didier Jr¹²² e Rafael Oliveira sustentam que as medidas protetivas seriam exemplos de medidas provisionais elencadas no artigo 888 do Código de Processo Civil, de procedimento sumário, com caráter satisfativo, seguindo o rito do art. 273 e parágrafo 3º, do Art. 461 do CPC, com destaque para a distinção¹²³ realizada por Fabrício Adriano Alves.

Não se ignora também a existência da chamada medida cautelar satisfativa, idealizada para justificar a inexistência de um processo principal a ser beneficiado pelo processo cautelar. Nem todas as medidas elencadas no artigo 22 da Lei Maria da Penha apresentam o caráter cautelar de exigir a propositura de uma ação principal¹²⁴, o que afasta a compreensão de que a MPU seja dependente da sorte do processo penal.

A doutrina e os Tribunais caminham no sentido de que as medidas protetivas, em sua amplitude, são de natureza processual cautelar, ora seguindo o rito do Código de Processo Civil ora o do Código de Processo Penal¹²⁵.

¹²⁰ BECHARA, Juliana Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=689>. Acesso: 16.mai.2012.

¹²¹ SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 10, 2011.

¹²² DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: www.fredierdidier.com.br/main/artigos/default.jsp Acesso em 14.abr.2012.

¹²³ O autor distingue: tutela de urgência, tutela cautelar e tutela antecipatória no processo civil. A tutela de urgência é mais abrangente que a tutela cautelar e volta-se a todas aquelas situações em que o decurso do tempo constitua um ônus extremamente pesado para as partes. A tutela de urgência tem um caráter preventivo, de maneira a evitar que a demora do processo permita à outra parte um comportamento que venha a causar um dano irreparável. É um gênero do qual a tutela antecipada constitui espécie. A tutela cautelar é uma espécie do gênero tutela de urgência.

¹²⁴ SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 12, 2011.

¹²⁵ SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 12, 2011.

A afirmação de que a concessão de MPU pressupõe além dos requisitos clássicos das medidas cautelares também indícios da prática de uma infração penal representada pelo requisito adicional conhecido *fumus commissi delicti* não se sustenta diante da finalidade da Lei Maria da Penha, pois há condutas que embora não se revelem típicas – p.ex, atos preparatórios – revelam situação de perigo para a mulher, o que autoriza a concessão da medida de proteção.

A existência de uma infração penal, portanto, não é requisito para o deferimento de MPU, pois existem condutas previstas no art. 7º da Lei Maria da Penha, p.ex, violência psicológica que não se esgotam nos tipos penais previstos na legislação penal, p.ex, ameaça, constrangimento e etc.

A superação do modelo processual tradicional demanda compreendermos que “o resultado útil do processo está em garantir que a mulher vítima de violência doméstica fique protegida, a ponto de se evitar um mau futuro que ofenda os bens jurídicos tutelados, isto é, sua vida e sua integridade”.¹²⁶

A compreensão da natureza da medida protetiva de urgência deve considerar o uso que pretendemos dela fazer. A abertura de possibilidades é meio para que possamos conhecer o objeto (MPU). É preciso, pois, que originariamente eu esteja junto ao objeto para que possa, em minha abertura, aí sim conhecê-lo. Esse mostrar-se próprio do fenômeno se dá no desvelamento, designação heideggeriana para a própria verdade¹²⁷.

Ricardo Almagro Vitoriano Cunha ensina¹²⁸ que:

As coisas, portanto, nunca são coisas simplesmente dadas, que simplesmente estão-aí (Vorhandenheit); ao contrário, são para algo (Zuhandenheit). Dai dizer Heidegger que na fática

¹²⁶ SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 9-28, 2011.

¹²⁷ HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p.13, 2011, Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CunhaRA_1.pdf. Acesso em: 16.Abr.2011.

¹²⁸ HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CunhaRA_1.pdf. Acesso em: 16.Abr.2011.

abertura do mundo resta descoberto o ente intramundano e “isso implica dizer que o ser deste ente, em certa maneira, já é compreendido sempre, embora não ontologicamente conceitualizado de forma adequada” (1997, p. 200, tradução nossa)¹²¹

Prossegue o autor afirmando que:

Essa ideia não nos põe em uma situação de prévia compreensão plena e total do mundo, dado o caráter instrumental das coisas, que se reflete no possível uso que delas podemos fazer. Tal possibilidade esta intimamente ligada a compreensão, haja vista que, sendo o Dasein constitutivamente abertura (um poder-ser), as suas estruturas se caracterizam pelas possibilidades¹³¹

A MPU deve ser compreendida como direito de ação¹²⁹ como nova tutela inibitória, a ser processada conforme o rito do artigo 273 c/c artigo 461, parágrafo 5º, do CPC, que pode inclusive resultar em provimento de natureza mandamental.

A solução assegura que eventual decisão interlocutória proferida nessa espécie de rito seja atacada através de agravo, art. 522, o que não seria possível na hipótese de submetê-la ao rito do processo penal dado ao rol taxativo do recurso em sentido estrito.

As medidas protetivas ainda que sejam proferidas por juiz criminal são instrumentos essencialmente cíveis. Elas são meios de que dispõe o juízo da violência doméstica que exerce uma sorte de competência mista ou híbrida (criminal e cível) para atingir a finalidade prevista na Lei Maria da Penha, qual seja, proteger a vítima-mulher que esteja em situação de perigo potencial ou iminente.

O artigo 22 parece, contudo, facultar ao juiz agir *ex officio*, quando constatar a prática de violência doméstica, revelando um certo poder geral de cautela reconhecido inclusive no processo civil como meio de tornar eficaz a proteção da mulher.

As medidas protetivas vêm sendo aplicadas de maneiras diferentes, porque o legislador não fixou previamente o procedimento que o julgador deverá obedecer. O juiz de

¹²⁹ O art. 12, III da Lei Maria da Penha, prevê que será apartado eventual pedido de medida protetiva formulado pela vítima. O art. 18, I, dispõe que o juiz conhecerá de eventual pedido de MPU. O art. 19, prevê que o juiz concederá a requerimento do MP ou da ofendida.

violência doméstica ou o criminal até que àquele seja instituído tem a possibilidade de usar ritos diferentes para dar concretude à Lei.

Essa abertura de possibilidades se de um lado revela oportunidade para o amadurecimento do encontro de uma melhor solução implica por outro em incerteza aos operadores do direito - diante do princípio do devido processo legal - que não sabem *a priori* quais regras deverão seguir. A incerteza gera insegurança que não deve ser vista, entretanto, como algo ruim, pois é ela que nos impulsiona em buscar a verdade, ou seja, um sentido.

Marilena Chaui ensina¹³⁰ que: *Na incerteza não sabemos o que pensar, o que dizer ou o que fazer em certas situações ou diante de certas coisas, pessoas, fatos e outras coisas. Temos dúvidas, ficamos cheios de perplexidade e somos tomados pela insegurança.*

A ação penal e o requerimento de MPU têm finalidades distintas. A compatibilidade entre o rito e a finalidade da medida que se busca é essencial. Essa ideia foi usada para se definir a competência do órgão jurisdicional. Nesse sentido, transcrevo parte do trecho do voto proferido pelo Desembargador Antônio Carlos Cruvinel sobre a matéria:

“...que em uma lei híbrida, que disciplina várias matérias, o que determina a sua natureza é o que ela está a disciplinar no momento. Se está a disciplinar medidas protetivas da família, trata-se, evidentemente, de matéria cível, se está a disciplinar questão criminal, evidentemente, a competência é de câmara criminal.” (gn).

Não vejo, pois, sem embargo de respeitáveis entendimento contrários, fundamentos sérios para se vincular medidas protetivas de urgência ao processo penal numa espécie de relação de acessoriedade. Admitimos que num primeiro momento assim que nos deparamos com a questão compreendemos a MPU como dependente do processo penal, ou seja, procuramos na teoria geral do processo (clássico) o apoio doutrinário para compreender o fenômeno. A ação penal e as medidas protetivas têm finalidades próprias ainda que o suporte fático que as ampare possa ser o mesmo.

Alguns paradigmas já consolidados tem sido invocados para explicar e compreender o novo. Essa reação é esperada e compreensível. O exame de institutos afins ou semelhantes em nosso sistema é uma reação normal de apego ao conhecido em busca da compreensão

130 CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 13a edição, São Paulo: Editora ática, 2003, p.88.

do novo que se apresenta. Assim, revisitar¹³¹ o passado, procurando enquadrar o tempo vivido em arquétipos estruturais, certamente é mais fácil do que pretender situarmos o momento em que se vive. Não temos bem certo o presente, parecendo-nos um transitar por uma zona de penumbra, onde o novo se anuncia sem deixar determinar-se; onde o velho se vê abalado, sem também se ausentar. Entre passado e futuro, mostra-se um presente cintilante que turva a nossa percepção visual, tal como coloca Santos (2006, p. 13-15):

“Se fecharmos os olhos e os voltarmos a abrir, verificaremos com surpresa que os grandes cientistas que estabeleceram e mapearam o campo teórico em que ainda hoje nos movemos viveram ou trabalharam entre o século XVIII e os primeiros vinte anos do século XX, de Adam Smith e Ricardo a Lavoisier e Darwin, de Marx e Durkheim a Max Weber e Pareto, de Humboldt e Planck a Poincaré e Einstein. E de tal modo é assim que é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar. E se, em vez de no passado, centrarmos o nosso olhar no futuro, do mesmo modo duas imagens contraditórias nos ocorrem alternadamente. Por um lado, as potencialidades da tradução tecnológica dos conhecimentos acumulados fazem-nos crer no limiar de uma sociedade de comunicação e interactiva libertada das carências e inseguranças que ainda hoje compõem os dias de muitos de nós: o século XXI a começar antes de começar. Por outro lado, uma reflexão cada vez mais aprofundada sobre os limites do rigor científico combinada com os perigos cada vez mais verossímeis da catástrofe ecológica ou da guerra nuclear fazem-nos temer que o século XXI termine antes de começar. Recorrendo à teoria sinérgica do físico teórico Hermann Haken, podemos dizer que vivemos num sistema visual muito instável em que a mínima flutuação da nossa percepção visual provoca rupturas na simetria do que vemos. Assim, olhando a mesma figura, ora vemos um vaso grego branco recortado sobre um fundo preto, ora vemos dois rostos gregos de perfil, frente a frente, recortados sobre um fundo branco. Qual das imagens é verdadeira? Ambas e nenhuma. E esta a ambigüidade e a complexidade da situação do tempo presente, um tempo de transição, síncrone com muita coisa que está além ou aquém dele, mas descompassado em relação a tudo o que o habita. Portanto, essa visão turva e ainda não bem delineada, própria dos períodos de transição, talvez recomende não falarmos em um quadro definido de uma pós-modernidade, mas em uma modernidade em crise, uma vez que “[...] fica claro somente que o correio segue, mas é incerto para onde” (FRANKENBERG, 2007, p. 270).”

Entendemos que a ação penal e o pedido de medida de proteção de urgência possuem ritos diferentes, não obstante, competir ao mesmo juízo a apreciação deles. Essa possibilidade processual derivada da diversidade da natureza das providências previstas

131 CONCEICAO, Mário Antonio; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. As Medidas de Proteção ao idoso para Além do enfoque positivista. artigo ainda não publicado.

no artigo 22 da LMP, não representa nenhuma novidade. É o que ocorre, p.ex, com um motorista que flagrando conduzindo veículo embriagado colide com outro veículo. A sua conduta ensejará providências nas esferas penal (crime), administrativa (infração a CTB) e cível (ato ilícito) que seguirão procedimentos distintos.

O fundamental nessa questão é que seja fixado através de entendimento jurisprudencial ou alteração legislativa procedimento *a priori* que garanta a todos prévio conhecimento e respeito às regras que serão observadas, celeridade na adoção das medidas requeridas e compatibilidade do rito com a natureza da providência que se requer¹³².

Conclusão

O pedido de medida de proteção de urgência (MPU) deve ser compreendido como direito de ação¹³³, como nova tutela inibitória, a ser processada conforme o rito do artigo 273, CPC, podendo inclusive resultar em provimento de natureza mandamental.

As MPU's não tem natureza de cautelar penal, pois além de ser deferida por juízo com competência híbrida (cível e penal) seus efeitos persistem ainda que inexistam perseguição penal, o que garante plena e eficaz proteção à mulher.

O artigo 22 parece facultar ao juiz certo poder geral de cautela reconhecido inclusive no processo civil que lhe permite agir *ex officio*, quando constatar a prática de violência doméstica, revelando-o como importante e eficaz meio de proteção da mulher.

¹³² Ainda que não seja objeto desta tese salientamos que a sentença que defere a MPU submete-se a ao regime inerente às sentenças cautelares, ou seja, cláusula "rebus sic stantibus". A perpetuação de seus efeitos esta condicionada à subsistência da situação fática que a motivou. As sentenças proferidas em MPU podem ser agrupadas assim como as sentenças cautelares no grupo das sentenças condicionais *lato sensu* que admite possibilidade de modificação ou até revogação da medida deferida (arts. 807 e 471 do CPC). Assim, não nos parece incompatível com a sistemática da LMP admitir que os efeitos da MPU perdurem até que sobrevenha fato ou circunstância que justifique a sua revogação ou alteração.

¹³³ O art. 12, III da Lei Maria da Penha, prevê que será apartado eventual pedido de medida protetiva formulado pela vítima. O art. 18, I, dispõe que o juiz conhecerá de eventual pedido de MPU. O art. 19, prevê que o juiz concederá a requerimento do MP ou da ofendida.