

Medidas protetivas

Eduardo Henrique Machado

Eduardo Henrique Machado

Promotor de Justiça de Minas Gerais

Após o advento da Constituição de 1988, a sociedade brasileira deu início a um novo ciclo de debates, cujo centro é o cidadão e seus direitos. Cidadão este, entendido como um ser inserido num determinado contexto social, ao qual lhe correspondem diversas garantias pessoais e transpessoais, com reflexos na sociedade e no dever de agir inerente ao Estado, no sentido de proteção e eficácia plena das mesmas.

Tanto é assim que no Título VIII, e Capítulos seguintes, a Carta Magna vigente cuidou de dispor sobre a “ordem social”, inserindo ali vários dispositivos cujo objetivo é consolidar um conjunto de normas suficientes a sedimentar uma sociedade, no seu modo de ver, mais justa e equânime. Assim, no Capítulo VII do Título citado, encontra-se estampada a preocupação estatal com a família, a criança, o adolescente e o idoso. Temas que foram tratados especi-

ficamente por corpos legislativos próprios,¹ cada qual incumbido de conferir um regramento adequado aos aspectos sociais mencionados, no sentido de conferir-se especial atenção a eles, a fim de se construir a sociedade desenhada pelo constituinte de 1988.

Especificamente no que concerne à família, entendeu o Estado brasileiro de assumir a responsabilidade assistencial de seus integrantes, invocando ainda o compromisso de criar “mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”,² realidade concretizada com a edição da Lei

1 Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto do Idoso - **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 e finalmente pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.**

2 Art. 226 . A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

nº 11.340/2006, que tratou de conferir maior severidade aos crimes praticados contra a mulher, cujo contexto seja o gênero, e desde que a ação ou omissão punível produza como resultado morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, bem como dano moral ou patrimonial.

Essa opção adotada pelo legislador infraconstitucional consagrou, como marco inaugural, um conjunto de normas estabelecidas no sentido de disciplinar o que seja a “violência doméstica” nos limites territoriais pátrios, os marcos teóricos de atuação e os mecanismos dispostos para o enfrentamento do assunto.³

Sem inovar no campo da tipificação, a lei valeu-se de condutas existentes ao longo do arcabouço penal, conferindo um conteúdo subjetivo ao comportamento do agente, qual seja “uma ação ou omissão baseada no gênero”, importando conceitos já sedimentados tanto na psicologia, quanto na sociologia, relativamente a uma construção de papéis historicamente desenvolvidos pelo sistema patriarcal. Assunto muito bem focado quando das conclusões de Duluth na década de 80.⁴

Por isso, na construção das garantias inerentes à defesa da mulher, vítima de violência de gênero, o legislador inaugurou o texto de lei invocando faculdades nitidamente criminalísticas e mesclando-as com outras modalidades afirmativas, dentre outras, os juizados especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, alterações de rito e a criação das “medidas protetivas de urgência”, estas objeto do presente comentário.

É de se ver que, numa primeira e singela análise do corpo da Lei nº 11.340/2006, se dedicou todo o capítulo segundo as chamadas medidas protetivas, sem que em nenhum momento houvesse qualquer preocupação em se fornecer informação capaz de aquietar os sentidos sempre aguçados dos intérpretes da lei, no sentido de se conhecer qual natureza jurídica o instituto ostenta. A opção legislativa foi delegar aos doutrinadores e aos tribunais as mais variadas interpretações. Vale aqui o comentário, que vêm oscilando de medidas cautelares (quer penais ou cíveis) a verdadeiras ações de conhecimento, com possível enfrentamento de mérito. Fato que tem produzido, ao revés do esperado pela lei, verdadeira insegurança jurídica.

3 Necessário, aqui, um breve comentário sobre as escolhas trazidas com o texto legal mencionado. Quis o legislador eleger apenas a mulher como vítima dos possíveis delitos praticados com conteúdo de violência doméstica, elegendo esta como um ente participativo no procedimento penal, deslocando historicamente o papel das vítimas no sistema de Justiça, até então vigente.

4 O modelo de Duluth tem por base a “violência patriarcal” e presume que a violência doméstica tem um homem por autor e uma mulher por vítima. Preocupa-se com o uso da violência nas relações interpessoais de gênero em detrimento da mulher.

Não raro, na busca das raízes de um instituto jurídico, o intérprete carece de perscrutar da existência de espécies semelhantes ao que se depara, a fim de, após detida análise, averiguar as similitudes existentes e assim reconhecer a posição do instituto em estudo, estendendo-a, quando for o caso, ao comparado.

No que concerne às “medidas protetivas de urgência”, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 99 até 102, cuidou daquilo que denominou “Medidas Específicas de Proteção”, e por isso tratou de disciplinar as possíveis intervenções cabíveis quando das hipóteses autorizativas da intervenção estatal na esfera privada. Detalhe digno de nota é o de que os institutos em muito se parecem e ambas as situações têm por pano de fundo a necessidade de uma ação capaz de restabelecer uma possível pacificação e equilíbrio ante fatos emergenciais.

Interessante também é buscar-se as origens do instituto, mesmo que este tenha sido gerado em terras alienígenas, o que é o caso das medidas protetivas trazidas pela Lei nº 11.340/2006.

A legislação norte americana, por meio do *Violence Against Women Act*, de 1994, que trouxe profundas modificações ao trato da violência doméstica naquele país, dentre outros assuntos, cuidou das chamadas “orders of protection” e com isso disciplinou as ocorrências que autorizam o Estado Juiz a limitar o direito de ir e vir dos indivíduos que, frente aos fatos trazidos à análise judicial, se viram envolvidos em situação de violência de gênero.

Veja-se que o pedido da ofendida, que busca uma decisão que lhe garanta a proteção contra a ação de um agressor, independe da existência de qualquer feito penal e pode até ser deferida na corte de família,⁵ desde que presentes os elementos suficientes à caracterização da violência. Tal se deve ao fato inquestionável de que a “order of protection” encontra-se no rol das “injunctions”, que em terras nacionais assumiriam matiz das chamadas ações mandamentais.

Eis aí a razão do porquê não ser necessário o ajuizamento, ou mesmo a existência de qualquer feito, quer penal, quer cível, capaz de conferir pressuposto para análise de uma “order of protection”, vez que o pedido analisado em tais ações é único e não reclama qualquer outra intervenção do Estado, que não seja conhecer e julgar a necessidade de se limitar a liberdade de alguém em razão de uma conduta que tenha esbarrado na violência de gênero.

É o próprio pedido de proteção a razão da demanda, cuja solução a vítima reclama ao Poder Judiciário. Comprovado o comportamento (seja delitivo ou não⁶) e sua caracteriza-

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

6 Não se pode olvidar que algumas condutas, embora carregadas de

ção pela violência de gênero, necessário é o deferimento da proteção a fim de se garantir a segurança da ofendida.

A mesma análise há de ser ofertada à versão nacional da “order of protection”, que aqui recebeu o nome de “medida protetiva”. Não apenas pela sua origem de além-mar, mas porque preexiste no conjunto legal semelhante instituto, qual sejam as medidas específicas de proteção previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que existem por si só e não carecem de mais nenhum acontecimento jurídico para lhes dar sustento.

Por isso, não se encontra qualquer pensamento jurídico que confira, seja com relação à “order of protection”, seja para com as medidas específicas de proteção, natureza cautelar a tais institutos, visto que inequívoca a natureza satisfativa de mérito que ambas possuem, de sorte não se perquirir sobre nenhum outro feito “principal”, quer penal ou civil, a que estejam adstritas.

É este o objetivo primevo da presente reflexão: afastar por completo qualquer interpretação que venha a reconhecer natureza cautelar às medidas protetivas carreadas pela Lei nº 11.340/2006.

É fato que tal instituto, em razão da celeridade reclamada para sua decisão emergente (48 horas), parece assemelhar-se às já consolidadas medidas cautelares, que carecem de uma intervenção enérgica a fim de se evitar que um maior mal advenha e não raro se consolide. Contudo, não se pode mesclar a decisão cautelar proferida no bojo de uma medida protetiva, ou seja, aquela proferida no exíguo prazo de 48 horas, com a natureza do próprio instituto.

Mais uma vez, cautelar é apenas a decisão emergente, não o feito cuja análise pode reclamar verdadeira intervenção característica das ações mandamentais. Neste sentido, acertou o legislador ao dispor no parágrafo segundo do artigo 19 que as medidas protetivas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e podem também ser revistas a qualquer momento, desde que a situação fática assim o reclame, não condicionando sua existência a qualquer outro incidente jurídico, como acontece, na quase totalidade das vezes, com as ações cautelares.

É a situação de violência de gênero noticiada no artigo quinto da lei o único e suficiente pressuposto que autoriza o Poder Judiciário a manifestar-se sobre a necessidade ou não de uma decisão de cunho protetivo em benefício da ofendida. Repita-se, nada mais.

Assim, é de se crer estar demonstrada a natureza mandamental ou de “injunction” inerente às medidas protetivas ora em análise.

violência de gênero, não encontram qualquer adequação típica junto ao corpo legislativo penal.

Corolário de tal conclusão é o reconhecimento do tratamento a ser conferido para o conhecimento e julgamento de um pedido caracterizado pela proteção da ofendida que, por tudo o quanto se explanou, merece a mesma deferência conferida a toda e qualquer ação que reclama uma decisão judicial capaz de interferir na liberdade individual de alguém em benefício de outrem.

Ora, é necessário que exista no caderno processual elementos suficientes para se demonstrar a violência sofrida e a necessidade de um provimento que garanta a segurança, como por exemplo, a proibição de aproximação e contato.⁷ Não se pode nem mesmo questionar que, embora se admita um provimento cautelar emergencial em 48 horas, sua manutenção reclame a demonstração em juízo dos fatos e de sua gravidade, isto sim pressuposto inarredável ao pronunciamento garantidor da proteção.

Neste particular, faz-se necessária a demonstração, inerente a todo e qualquer pedido, do conjunto probatório suficiente a arrimar uma decisão a ser proferida pelo Estado-Juiz, por ocasião das análise do pleito.

Importante ainda é perquirir-se, ante o pronunciamento judicial final de concessão ou não das medidas de proteção, qual recurso manejar-se, face ao rol existente na legislação pátria, vez que o próprio constituinte fez constar no inciso LV tal garantia.⁸

Mais uma vez, com base na análise até aqui oferecida, alternativa não resta a não ser o manejo do recurso típico daqueles pedidos que reclamem análise de mérito, ou seja, a apelação.

Finalmente, o brevíssimo artigo, muito longe de se arvorar pacificador ao tema proposto, tem por objetivo percorrer algumas das indagações trazidas pelas inovações da Lei nº 11.340/2006, a fim de corroborar com as possíveis interpretações resultantes do enfrentamento e adequação de suas normas junto ao ordenamento jurídico, bem como fornecer alimento às mentes inquietas que se dedicam ao estudo da violência de gênero e suas implicações, traçando um paralelo entre as “orders of protection” norte-americanas, as Medidas Específicas de Proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente e as Medidas Protetivas da Lei nº 11.340/2006. ■

7 Mais uma vez inspirada nas ordens de “stay away” das legislações de além-mar.

8 “Art. 5º . Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].”