

# A INEFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO ARTIGO 69, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.099/1995

ISABELA CAMPOS SILVA

## 1. Introdução

Para atender à norma programática constitucional prevista no artigo 98, inciso I, que delegou ao legislador infraconstitucional o dever de criar juizados especiais, foi promulgada, em 26 de setembro de 1995, a Lei Federal nº 9.099, estabelecendo normas gerais para a conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo.

Com o advento da nova lei, foram colocados à disposição dos operadores do direito alguns institutos jurídicos inovadores, entre os quais se destaca um caso inédito de tutela cautelar no âmbito do processo penal, cuja adoção se justifica pela necessidade de se proteger a integridade das vítimas do que o legislador chamou de “violência doméstica”.

No mesmo sentido, através das chamadas medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), o legislador buscou trazer maior amparo e proteção à vítima de violência doméstica.

Dada a importância das medidas protetivas de urgência e seu objetivo de cessar a violência doméstica ou evitar que ela se repita e, considerando ainda a necessidade de se conferir eficácia à norma para que ela produza efeitos nas relações concretas, a Lei Maria da Penha, por meio de uma alteração no Código de Processo Penal criou um mecanismo de coerção que busca constranger o agente a cumprir a medida a ele imposta.

Não obstante o reconhecimento da importância de se proteger a vítima nos casos de violência praticada no âmbito doméstico, ao contrário da Lei 11.340/06, a Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) não criou medidas coercitivas capazes de constranger o agressor que tenha uma medida cautelar deferida contra si, nos termos do artigo 69, parágrafo único da Lei dos Juizados Especiais.

Frente à suposta lacuna sistemática na Lei nº 9.099/1995, busca-se, neste trabalho, detectar a importância de uma medida coercitiva com vistas a tornar eficaz a medida de cautela prevista na Lei 9.099/95.

## 2. Tutela cautelar: instrumento de garantia de direitos fundamentais

A consagração dos direitos fundamentais como princípios constitucionais, tais quais apresentados hodiernamente no cenário internacional, é resultado da evolução histórica<sup>1</sup> do relacionamento entre indivíduo e Estado (FERNANDES, 2007, p. 17) que, frente à soberania estatal, demandou a edição de normas que assegurassem a efetividade daqueles direitos.

Inspirado nos diplomas internacionais que sedimentaram os direitos fundamentais no Pós-Guerra, o legislador constituinte brasileiro inseriu no artigo 1º da Constituição da República de 1988 o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que veio assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, além de ampliar o rol desses direitos, trazendo uma nova gama de garantias elementares e buscando abranger situações e demandas concretas da sociedade.

A Constituição assume então o papel de garantidora dos direitos fundamentais, estruturando-os a partir dos princípios constitucionais.

Com efeito, em seu artigo 2º, a Constituição da República consagra a tradicional tripartição de Poderes, afirmando

<sup>1</sup> Na antiguidade, atrocidades eram perpetradas contra a humanidade, conduzindo o Estado ao uso institucionalizado da violência em nome de busca incansável pela verdade e consequente controle dos cidadãos. Insurgindo-se contra o desconchavado sistema inquisitório, o ideal iluminista fez nascer uma nova filosofia, que posicionava os cidadãos como fonte e destinatários do poder estatal. Nesse cenário, a Revolução Francesa culminou, em 1789, na edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, diploma norteado pelos princípios da liberdade e igualdade perante a lei. Contudo, no período pós-revolução, a aversão popular às antigas lideranças estatais e ao controle centralizado alcançou uma ausência de legitimidade governamental. Assim, partindo-se dessa repulsa pelo Estado, foram consagrados os princípios liberais políticos e principalmente econômicos, inaugurando uma atmosfera baseada no privilégio aos direitos individuais, mormente os relativos à propriedade e à liberdade, que delineou a doutrina capitalista e desencadeou, mais à frente, a Revolução Industrial. As mudanças ocorridas até então nos âmbitos social, econômico, político e científico foram responsáveis pelo crescimento do sentimento de nacionalismo, crucial para a eclosão da Primeira Guerra Mundial. Essa nova conjuntura, com densa expansão do ultranacionalismo, do autoritarismo e repressão àqueles cujas ideias não coadunavam com as do Estado, marcava o surgimento do fascismo. A fase que se iniciou depois foi uma das mais violentas da história: a Segunda Guerra Mundial, que, segundo José Luiz Quadros de Magalhães, foi marcada pelo sacrifício da população soviética, país-chave na vitória aliada da 1ª Grande Guerra; a perseguição violenta e genocida dos judeus em toda a Europa; e o crime inesquecível das bombas nucleares norte-americanas sobre Hiroshima e Nagasaki, no Japão, cujos efeitos, após a explosão, conduziram à morte lentamente aqueles que foram expostos à radiação da Bomba A. Quando do encerramento desse período, percebeu-se a necessidade de se criar uma estrutura normativa capaz de assegurar a eficácia dos Direitos Humanos em todo o mundo. Os Estados, até então absenteístas em relação às garantias fundamentais, vislumbraram a conveniência de intervir na sociedade. Assim, chegou-se à edição de diversos diplomas internacionais que nortearam e inspiraram o legislador constituinte brasileiro, entre os quais se destaca a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948.

que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ao Poder Judiciário, função atribuída ao Estado, foi conferida a responsabilidade precípua de, “quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial” (DIAS, 2012, p. 23), oferecendo, por meio do devido processo constitucional, soluções justas às lides que a ele são apresentadas.

Insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, como face do devido processo constitucional, garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2014). Em outras palavras, por meio da garantia fundamental do acesso à justiça, é assegurado “o direito de se postular do Estado a tutela jurisdicional, visando à preservação de seus direitos” (DIAS, 2012, p. 71).

Nesse panorama, destaca-se que a prestação jurisdicional, deflagrada de modo assente no princípio do acesso à justiça, é realizada sob duas principais formas: “a) pela ‘cognição’, que define a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e b) pela ‘execução’, que torna efetiva (real) essa mesma vontade” (THEODORO JR., 2010, p. 489).

À vista disso, pontua-se que o direito fundamental do acesso à jurisdição abrange também, com fulcro no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, o direito de que o lapso temporal decorrido entre a cognição e a execução seja razoável.

Inicialmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a recepção do Pacto de São José da Costa Rica e levado à categoria de direito fundamental, através da Emenda Constitucional 45/04, esse princípio determina que o processo deve ser concluído dentro de um prazo razoável, suficiente para garantir o fim pretendido e rápido o bastante para se tornar eficaz.

Logo, não só é assegurada ao povo a prestação jurisdicional, como é enfatizada também a necessidade de que esse serviço público seja provido dentro de um lapso temporal razoável.

Entretanto, ao legar para si a tutela jurisdicional, o Estado desconsiderou sua própria estrutura, de tal modo que tutelar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito abriu as portas do Judiciário para o problema da morosidade.

Nesse sentido, seja pelo decurso de tempo exigido normalmente para a solução da lide, seja pela morosidade judicial, pode ocorrer que coisas, pessoas ou provas indispensáveis ao deslinde do feito sofram alterações irreversíveis, inviabilizando a tutela jurisdicional.

Assim, considerando a inafastabilidade da jurisdição, gravada como princípio fundamental na Carta Política de 1988, para que a solução judicial possa empreender a máxima efetividade, a tutela cautelar serve de instrumento para a tutela satisfativa. A par desse entendimento, Humberto Theodoro Júnior assevera:

O transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e frequentemente acarreta ou

enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos. [...]

Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução “justa” da lide.

[...]

É intuitivo, destarte, que a atividade jurisdicional tem de dispor de instrumentos e mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.

[...]

Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição. (THEODORO JR., 2010, p. 490)

Nessa linha, a tutela cautelar deve ser compreendida como medida excepcional, instrumental, provisória, revogável, fungível e, notadamente, não satisfativa, mas preventiva, não representando, portanto, instrumento de violação de valores essenciais à justiça.

Ademais, a tutela cautelar está subordinada à observância ao preenchimento de determinados requisitos e fundamentos, não sendo cabível sua aplicação de modo discricionário por parte do julgador. Assim, para dar legitimidade à utilização da tutela cautelar, devem ser observados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro diz respeito à necessidade de que, pelo menos com razoável probabilidade, exista fundamento da cautela no direito posto. Já o segundo traduz-se, literalmente, como perigo da demora, e explica-se pelo receio de que a morosidade processual torne insatisfativo um direito existente.

### 3. A repercussão da tutela cautelar no processo penal

O processo penal, concebido pela ordem constitucional como meio de efetivação de direitos fundamentais (TRAVERSONI, 2009, p. 45), deve reconhecer e garantir os direitos mais mezinhos inerentes a todo cidadão.

Nesse sentido, a técnica da cautelaridade é aplicável ao processo penal, tendo em vista que a este também acometem situações passíveis de acarretar a deterioração ou perda de elementos indispensáveis à satisfação de um direito existente.

Há de se ressaltar, todavia, que no processo penal, por ser instrumento destinado à proteção do poder estatal de penar, a tutela cautelar não apresenta os mesmos requisitos e fundamentos acima dispostos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), mas o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O primeiro requisito não deve ser confundido com o instituto do *fumus boni iuris*, próprio do processo civil, que aponta para a provável existência de um direito que fundamente a cautela, mas deve ser compreendido como a prova da ocorrência de um crime e indícios suficientes de sua autoria,

que simbolizam a justa causa. Trata-se, portanto, da *fumaça* da prática de um fato punível, contrário ao direito. Por conseguinte, o fundamento da tutela cautelar no processo penal reside na ocorrência do delito, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que o fundamento é a existência de um direito.

Por outro lado, o *periculum libertatis* traduz-se pela necessidade de se garantir a aplicação da lei penal frente a um perigo concreto de que o agente permaneça em liberdade. Para muitos doutrinadores, o *periculum libertatis* não deve ser confundido com o *periculum in mora*, devendo ser tratado de forma apartada daquele. Contudo, é certo que se compreenda que se não há urgência como fundamento da tutela cautelar, não se verifica a necessidade de um provimento dessa espécie. Portanto, é razoável que se assimile como elemento do *periculum libertatis* o *periculum in mora*.

Sobre os fundamentos e requisitos da tutela cautelar no processo penal, veja-se a doutrina de Aury Lopes Jr.:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria.

[...]

Aqui, o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado.

[...]

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto que decorre do estado de liberdade do imputado. (LOPES JR., 2014, p. 805-806).

A necessidade de observância aos requisitos e fundamentos da tutela cautelar decorre, em especial, do princípio da presunção de inocência, condicionador do tratamento a ser dispensado ao sujeito passivo de uma investigação ou acusação, seja por particulares, seja pelo Estado, de modo que se deve partir “da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo” e durante a fase pré-processual (LOPES JR., 2012, p. 238).

Diante disso, ao Estado é vedada a aplicação desnecessária de medidas cautelares que restrinjam o direito de liberdade do acusado, bem como a privação de liberdade que possa significar uma execução provisória das penas.

#### 4. A Lei 9.099/1995 e a medida de cautela insculpida no art. 69, parágrafo único: uma análise do enquadramento jurídico da medida

O direito, como ciência de uma sociedade dinâmica, encontra-se em constantes transformações, buscando regulamentar as diversas relações sociais.

O Código de Processo Penal brasileiro, ainda impregnado da ideologia ditatorial, tornou-se disfuncional e ultrapassado, mormente no que diz respeito à burocracia processual, responsável pela morosidade da Justiça e pela falta de alternativas à disposição do magistrado que, atuando em conformidade com os arts. 386 e 387 do CPP, não terá outra opção a não ser absolver ou condenar o réu.

Ao ser acostada ao texto constitucional de 1988, mais precisamente no artigo 98, inciso I, a norma programática que criou para o legislador infraconstitucional o dever de criar juizados especiais traçou novas linhas para o direito e para o processo penal, delineando a justiça criminal brasileira como um todo. Isso porque, ao demonstrar uma preocupação em proporcionar uma entrega rápida e democrática da prestação jurisdicional sem ferir o devido processo constitucional, o constituinte deu destaque à necessidade de um processo penal de maior qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos. (MIRABETE, 2002, p. 24).

Para dar cumprimento à norma constitucional, foi promulgada, em 26 de setembro de 1995, a Lei dos Juizados Especiais, estabelecendo normas gerais para a conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo.

O que se percebe é que a função dos Juizados Especiais, sobremaneira os criminais, é aperfeiçoar a legislação processual penal, abrindo-a para novas técnicas de superação de conflitos, de modo que “é oportuno dar ênfase especial ao modelo consensual trazido pela lei e suas medidas despenalizadoras” (GRINOVER et al, 2005, p. 42), que criaram um número maior de opções aos operadores do direito, democratizando o processo penal, que passa a ter rotas de auxílio para que seja encontrada a melhor e mais adequada solução ao caso concreto.

Com relevante realce para este trabalho, destaca-se aqui, entre as novidades trazidas pela Lei dos Juizados Especiais, a medida cautelar prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 69. De acordo com esse dispositivo, alterado pela Lei nº 10.455/02, em relação ao autor de uma agressão,

[...] em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (BRASIL, 2014).

Trata-se, pois, de um caso inédito de tutela cautelar no âmbito do processo penal, aparentemente inspirado no artigo 888, inciso VI, do Código de Processo Civil, que possibilita ao Juiz “ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura, o afastamento

temporário de um dos cônjuges da morada do casal” (BRASIL, 2014).

No caso da medida trazida pela Lei nº 9.099/1995, todavia, sua aplicação não está limitada às hipóteses de atos de violência envolvendo os cônjuges ou companheiros, mas estende-se às relações entre quaisquer parentes ou pessoas que coabitem com o autor do fato (GRINOVER et al, 2005, p. 124).

Ao que se percebe, a adoção da medida cautelar examinada se justifica, de forma precípua, pela necessidade premente e provisória de proteção da integridade da vítima, buscando evitar uma possível reiteração da prática delituosa.

O que pode ser problematizado, no entanto, é o fato de a medida, adotada no âmbito da relação processual penal, ter sido inspirada no direito processual civil, de tal forma que os fundamentos e requisitos necessários à concessão da tutela podem ser confundidos.

Nesse panorama, o que se pode verificar e julgar mais correto é que, por se tratar de medida adotada no âmbito do processo penal, devem ser observados os requisitos e fundamentos próprios desse ramo jurídico, já que a adoção dos requisitos e fundamentos utilizados no bojo do processo civil poderia ensejar a violação de princípios fundamentais do processo penal, como, por exemplo, o já mencionado princípio da presunção de inocência.

## 5. A medida cautelar na Lei Maria da Penha: Uma análise comparativa e a necessidade de um mecanismo de coerção

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 8º, determina que seja assegurada, pelo Estado, “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, definindo meios para impedir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 2014).

Por meio da Lei Maria da Penha, o legislador infraconstitucional criou novos mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica, fixando medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A violência perpetrada no âmbito familiar até então dava ensejo somente à aplicação de penas mais severas, no caso de lesão corporal (artigo 129, § 9º, do Código Penal), e ao aumento de pena, nos demais crimes (artigo 61, inciso II, alínea f, do Código Penal).

Com o advento da Lei Maria da Penha, a violência doméstica contra a mulher foi definida, ficando claro seu caráter híbrido, tendo em vista que as formas de violência nela definidas não guardam, necessariamente, correspondência com os tipos descritos no Código Penal ou legislação esparsa (DIAS, p. 52).

Ademais, por meio das chamadas medidas protetivas, o legislador buscou trazer maior amparo e proteção à vítima. Assim, para que a lei possa empreender, de fato, máxima efetividade, a vítima deve denunciar, perante a autoridade policial, o fato violento ocorrido, ainda que a

conduta perpetrada não constitua infração penal autônoma, dado o caráter heterogêneo da Lei. A autoridade, com o consentimento da vítima, deve encaminhar o expediente ao juízo competente, requerendo a concessão das medidas protetivas de urgência cabíveis ao caso. No mesmo sentido, diante da ciência da ocorrência de fato que caracterize violência doméstica contra mulher, caberá ao Ministério Público requerer ao juízo competente a concessão de medidas protetivas.

Tais medidas protetivas de urgência, principais instrumentos apresentados pela Lei 11.340/06 para suprimir a violência, foram divididas em *medidas que obrigam o agressor* e *medidas à vítima*.

Com maior relevância para o presente trabalho, avulta destacar a medida que obriga o agressor, insculpida no artigo 22, inciso II:

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:

[...]

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. (BRASIL, 2014)

O que se verifica é que, no mesmo sentido da segunda parte do parágrafo único do artigo 69 da Lei dos Juizados Especiais, a aplicação dessa medida se justifica por uma necessidade urgente e provisória de restrição do contato entre vítima e agressor, com vistas a evitar a reiteração da conduta violenta.

Divergem-se, entretanto, a medida prevista na Lei dos Juizados Especiais da prevista na Lei Maria da Penha, pelo fato de aquela ser aplicável a agressores de ambos os sexos independentemente do sexo da vítima, enquanto esta se aplica aos casos de violência de gênero.

Ocorre que, considerando a importância das medidas protetivas de urgência e seu objetivo de cessar a violência doméstica ou evitar que ela se repita e considerando ainda a necessidade de se conferir eficácia à norma, para que ela produza efeitos nas relações concretas, a Lei nº 11.340/06 modificou a redação do artigo 313 do CPP, incluindo, no rol de situações em que é cabível a prisão preventiva, o descumprimento de medidas protetivas de urgência aplicadas em virtude da ocorrência de violência doméstica contra mulher. Veja-se:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

[...]

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 2014).

Cumpra asseverar que, diante da vulnerabilidade das relações domésticas que torna relevante a tutela conferida e o seu descumprimento, a redação do inciso III do artigo 313 do CPP consagra a busca por um mecanismo de coação que possa no mínimo constranger o agressor a cumprir a medida protetiva concedida pelo magistrado.

## **6. Ausência de medida coercitiva na Lei nº 9.099/1995 e a ineficácia da norma insculpida na segunda parte do parágrafo único do artigo 69: necessidade de busca por um mecanismo de coerção adequado**

A partir dessa construção analítica, o que se percebe é a necessidade da medida coercitiva para o cumprimento da tutela cautelar consubstanciada no afastamento do lar, nos casos de violência perpetrada no âmbito doméstico.

Nessa esteira, é de se pontuar como uma falha na sistemática da Lei nº 9.099/1995 o fato de inexistir a previsão de um mecanismo de coerção para constranger o autor da violência doméstica que tenha sido afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima, nos termos da segunda parte do parágrafo único do artigo 69.

O mérito do legislador ao demonstrar preocupação em proteger a vítima por meio da tutela cautelar deve ser reconhecido, eis que esta, com seu caráter instrumental e não definitivo, apresenta uma face preventiva e, consequentemente, o meio mais adequado a atender ao interesse da vítima sem violar direitos fundamentais do autor. No entanto, a ausência de disciplina acerca de um mecanismo mais adequado a ser adotado, caso haja o descumprimento da medida de cautela, mostrando-se esta insuficiente ou inadequada ao caso, torna inócua a determinação de que o agressor se afaste do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

O que se pretende aqui é demonstrar que, da forma trazida pela Lei nº 9.099/1995, a tutela cautelar apresenta-se como uma medida paliativa, incapaz de produzir os efeitos desejados. Assim, torna-se insuficiente sua decretação, tendo em vista que o não cumprimento não acarretará outra medida capaz de constranger o autor a cumprir a cautelar. Ao contrário, a determinação da medida e seu posterior descumprimento é capaz de causar na vítima e nos operadores do direito o sentimento de impunidade, descrédito e ineficiência da Justiça.

Todavia, conquanto se perceba a necessidade de um mecanismo de coerção para o cumprimento da medida sob análise, na linha do que fora esposado previamente, há de se ter cautela em propor a adoção da prisão preventiva como a melhor medida coercitiva, inicialmente pelo fato de a tutela cautelar da Lei dos Juizados Especiais ter sido inspirada em um instituto do Direito Processual Civil (artigo 888, inciso VI, do CPC) e, em segundo lugar, por haver uma incompatibilidade entre as infrações de menor potencial ofensivo tuteladas pela Lei 9.099/95 e o instituto da prisão preventiva.

A importação de um instituto de um ramo do direito para que seja utilizado em outro é possível e, em determinados casos, louvável, mormente quando se digna a tutelar hipóteses de violência. Contudo, essa transposição deve ser feita com a maior cautela e clareza possível, o que não se verifica no presente caso, já que não há na Lei nº 9.099/1995 definição clara do que deve ser considerada violência doméstica, vagueza passível de culminar na aplicação da medida de cautela e, em caso de descumprimento desta, na utilização da prisão preventiva em face de autores de uma enorme gama de condutas.

Por outro lado, considerando que, segundo a norma do artigo 313, inciso I, do CPP, as prisões preventivas somente poderão ser decretadas quando houver justa causa e perigo de que o agressor permaneça solto nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos e que a Lei n. 9.099/1995 trata da conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 anos, cumulada ou não com multa, não haveria de se falar em aplicação de prisão preventiva no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Neste ponto, há de se ressaltar, entretanto, que o próprio artigo 313 do CPP faz ressalvas a esses requisitos quando considera, em seu inciso III, cabível a aplicação de prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas.

A respeito do tema, Távora e Alencar transmitem a seguinte noção:

A preventiva se reserva a abarcar os crimes dolosos mais graves (pena superior a quatro anos), independentemente de ser apenado com reclusão ou detenção. Esta é a regra. Excepcionalmente, contudo, a preventiva terá cabimento aos crimes dolosos menos expressivos, com pena menor que quatro anos, nas seguintes hipóteses:

[...]

- se o crime envolver violência doméstica e familiar, no objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

[...]

Entendemos que durante a persecução penal por crime de violência doméstica (essencialmente doloso), para que tenha cabimento a preventiva, os pressupostos desta medida devem estar presentes, leia-se, indícios de autoria e prova de materialidade (*fumus comissi delicti*), além de uma das hipóteses de decretação, quais sejam, garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução ou ainda para evitar fuga. Estas são as hipóteses legais autorizadoras. O descumprimento de uma medida protetiva pelo infrator durante a persecução, pode revelar que ele, se solto permanecer, continuará a delinquir, ofendendo a ordem pública, o que caracteriza o atendimento ao requisito legal autorizador de decretação da segregação cautelar. (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 584-586).

De fato, apesar da dificuldade e cuidado a serem observados ao se propor a prisão preventiva como medida coercitiva para o cumprimento da tutela cautelar, frente aos bens jurídicos tutelados, quais sejam, a integridade corporal e moral,

a dignidade humana e o direito a não sofrer tratamento desumano ou degradante, esta seria, aparentemente, uma boa solução para a lacuna legislativa, desde que aplicada com cautela e necessária adequação ao caso concreto, bem como à proporcionalidade e razoabilidade.

## **7. O descumprimento da medida de cautela e a (não) ocorrência dos crimes de desobediência e de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito: não atingimento ao fim a que se destina a medida cautelar**

Há quem entenda que o descumprimento da ordem judicial que deferiu medidas protetivas pode ser considerado crime de desobediência ou crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, previstos nos artigos 330 e 359 do Código Penal, respectivamente.

De fato, a desobediência a decisões judiciais, como ordens formais e materialmente legais emanadas de funcionários públicos, configura, em determinados casos, a prática dos referidos crimes.

Sobre a ocorrência ou não do crime de desobediência no caso de descumprimento da medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha, a 6ª Turma do STJ já sedimentou o seguinte entendimento:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA OU POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CRIME.

1. A previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo a ressalva expressa de cumulação (doutrina e jurisprudência).

2. Tendo sido cominada, com fulcro no art. 22, § 4, da Lei n. 11.340/2006, sanção pecuniária para o caso de inexecução de medida protetiva de urgência, o descumprimento não enseja a prática do crime de desobediência.

3. Há exclusão do crime do art. 330 do Código Penal também em caso de previsão em lei de sanção de natureza processual penal (doutrina e jurisprudência). Dessa forma, se o caso admitir a decretação da prisão preventiva com base no art. 313, III, do Código de Processo Penal, não há falar na prática do referido crime. (BRASIL, 2014)

Em sentido divergente, a 5ª Turma já se posicionou da seguinte forma:

DESOBEDIÊNCIA A DECISÃO JUDICIAL SOBRE PERDA OU SUSPENSÃO DE DIREITO (ARTIGO 359 DO CÓDIGO PENAL). DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI 11.340/2006. ALEGADA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 330 DO ESTATUTO REPRESSIVO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INCIDÊNCIA DO TIPO ESPECÍFICO DISPOSTO NO ARTIGO 359. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Da leitura do artigo 359 do Código Penal, constata-se que nele incide todo aquele que desobedece decisão judicial que suspende ou priva o agente do exercício de função, atividade, direito ou múnus.

2. A decisão judicial a que se refere o dispositivo em comento não precisa estar acobertada pela coisa julgada, tampouco se exige que tenha cunho criminal, bastando que imponha a suspensão ou a privação de alguma função, atividade, direito ou múnus. Doutrina.

3. A desobediência à ordem de suspensão da posse ou a restrição do porte de armas, de afastamento do lar, da proibição de aproximação ou contato com a ofendida, bem como de frequentar determinados lugares, constantes do artigo 22 da Lei 11.340/2006, se enquadra com perfeição ao tipo penal do artigo 359 do Estatuto Repressivo, uma vez que trata-se de determinação judicial que suspende ou priva o agente do exercício de alguns de seus direitos.

4. O artigo 359 do Código Penal é específico para os casos de desobediência de decisão judicial, motivo pelo qual deve prevalecer sobre a norma contida no artigo 330 da Lei Penal. (BRASIL, 2011)

Como se vê, o entendimento predominante naquele Tribunal é no sentido de que as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha são consideradas progressivas, podendo evoluir até a prisão preventiva, caso as medidas mais brandas se mostrem insuficientes para proteger a ofendida.

Assim, o descumprimento da medida protetiva prevista na 11.340/06 poderia ensejar a prática do crime de desobediência, o que não ocorre por haver na referida lei a cominação de outras medidas com o fim de coagir o autor da violência a cumprir a medida a ele imposta.

Por outro lado, a 5ª Turma apresenta compreensão divergente da majoritária, entendendo que o descumprimento da medida protetiva seria suficiente para caracterizar o crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, sob o fundamento de que seria aplicável, a esse caso, o princípio da especialidade.

No caso da medida prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 69 da Lei n. 9.099/95, tendo em vista a ausência de cominação legal de sanção administrativa, civil ou processual penal, que descaracterizaria a ocorrência do crime de desobediência, poder-se-ia falar que o descumprimento da cautelar ensejaria a prática da conduta tipificada no artigo 330 do CP ou, caso se aplicasse o princípio da especialidade, como fez a 5ª Turma do STJ, a prática da conduta tipificada no artigo 359 do mesmo diploma normativo.

Ocorre que os crimes previstos nos artigos 330 e 359 do CP têm seu processamento, julgamento e execução perante os Juizados Especiais Criminais, devido à pena máxima cominada aos ambos os tipos e, em decorrência disso, são cabíveis as medidas despenalizadoras (transação penal, composição civil dos danos e suspensão condicional do processo) trazidas pela Lei n. 9.099/95.

Com efeito, o que se vislumbra é que, mesmo que se entenda caracterizados os crimes de desobediência ou de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito pelo descumprimento da medida do artigo 69,

parágrafo único da Lei dos Juizados Especiais, a mesma permaneceria inócua, já que não atingiria seu fim de proteger a vítima contra uma possível reiteração de conduta violenta praticada pelo(a) agressor(a).

## 8. Conclusão

A problematização da lacuna sistemática presente na Lei nº 9.099/1995, apontou para a ineficácia da aplicação da medida prevista na última parte do parágrafo único do artigo 69.

O que se percebe, a partir desse quadro, é que a busca pela proteção da vítima pelos operadores do direito encontra, nessa linha, um obstáculo, considerando-se que não há como garantir à vítima que ela será de fato protegida.

A avaliação da medida adotada pela Lei Maria da Penha, em caso semelhante ao insculpido na Lei nº 9.099/1995, demonstrou que, apesar de demandar extremo cuidado e observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adoção da prisão preventiva como medida de coerção se mostra como uma opção para possibilitar que a medida de cautela prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 69 da Lei nº 9.099/1995 tenha eficácia ou, em outras palavras, seja capaz de produzir efeitos nas relações jurídicas concretas.

De fato, o que se deve buscar é um meio coercitivo que estimule o cumprimento da medida cautelar que seja suficiente para proteger e dar segurança à vítima de forma efetiva e capaz de realizar o princípio da presunção de inocência conforme preconizado pela Constituição.

## 9. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: 8 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 8 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 8 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 8 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340/2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 8 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.374.653/MG. Relator: Des. Sebastião Reis Junior. **DJe**, 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033723/recurso-especial-resp-1374653->

[mg-2013-0105718-0-stj/inteiro-teor-25033724](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033723/recurso-especial-resp-1374653-mg-2013-0105718-0-stj/inteiro-teor-25033724)>. Acesso em: 09 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni. Direitos humanos e Direito Penal. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e Democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 5 .ed. São Paulo: Atlas, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 45. ed. Vila Mariana: Forense, 2010.