

**CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO DISPOSITIVO NA LEI MARIA DA
PENHA: RESERVA DA JURISDIÇÃO E A INTEGRIDADE E DIREITO À
VIDA DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**

CONSTITUTIONALITY OF THE NEW ARTICLE IN MARIA PENHA LAW:
RESERVE OF JURISDICTION AND THE INTEGRITY AND RIGHT TO LIFE OF
WOMEN IN A VULNERABILITY SITUATION

Gabriela Castro de Campos¹

Hayanna Bussoletti Neves²

RESUMO

O objetivo do presente artigo é demonstrar a constitucionalidade da Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, que introduziu o Artigo 12- C na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e expandiu a competência de legitimados para afastar o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. A partir de uma análise da aplicabilidade desta lei na prática, buscar-se-á evidenciar por meio de técnica de sopesamento de princípios que a referida lei não ofende a cláusula da jurisdição, haja vista que não estamos diante da supressão da reserva da jurisdição, mas, tão somente, de uma jurisdição postergada ou diferida, ademais, tal inovação é capaz de garantir proteção à integridade física da mulher, tendo em vista que afastamento tardio do agressor pode gerar consequências irreversíveis à vítima.

Palavras chave: Constitucionalidade. Cláusula da jurisdição. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the constitutionality of Law No. 13.827 of May 13, 2019, which introduced Article 12-C in Law No. 11.340 of August 7, 2006 (Maria da Penha Law), and which expanded the legitimated competence to remove the aggressor from the home, domicile or place of living with the offended. Thus, from an analysis of the applicability of this law in practice, it will be evidenced by through a principle-based technique that this law does not offend the jurisdiction clause, because we are not facing the suppression of the jurisdictional reserve, but only from a postponed or deferred jurisdiction, moreover, such an innovation is capable of

¹ Advogada, graduada pela Universidade de Ribeirão Preto e mestranda pela Universidade de Ribeirão Preto em direitos coletivos e cidadania, na linha de pesquisa de Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania. E-mail gabiccamos93@hotmail.com

² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2017). Advogada. E-mail hayanna_neves@hotmail.com

guaranteeing protection to the physical integrity of the woman, because the late removal from the aggressor can have irreversible consequences for the victim

Keywords: Constitutionality. Jurisdiction clause. Maria da Penha Law.

1. INTRODUÇÃO

Em maio de 2019 houve a publicação da Lei n. 13.827/2019 que alterou a famigerada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), precipuamente ao introduzir o dispositivo 12-C, que traz a autorização à autoridade policial para que em determinados casos imponha medidas protetivas de urgência em favor da mulher em estado de vulnerabilidade.

Com um apelo histórico, a Lei Maria da Penha é assim conhecida em homenagem à Sra. Maria da Penha Maia Fernandes que, durante muitos anos, foi vítima de violência doméstica pelo seu marido.

A referida lei traz em seu bojo regras processuais que foram instituídas para amparar a mulher em estado de vulnerabilidade, contra violência doméstica e familiar, nos termos do art. 226 da Constituição Federal², da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Deste modo, caso estejamos diante de delitos (crime ou contravenção) que se encaixam na lei supra, estes deverão obedecer o rito daquela e, ainda, de forma subsidiária, ao Código de Processo Penal e demais leis processuais penais, sempre observando a compatibilidade dos referidos diplomas³.

O presente artigo baseia-se no estudo qualitativo acerca dos parâmetros utilizados pelo legislador quando da confecção do novo dispositivo legal, sua legalidade, conflito entre princípios, precipuamente ao que se refere à reserva da jurisdição *versus* direito à integridade física, à vida, saúde, etc.

² Art. 226. Constituição Federal. 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.

³ Art. 13. Lei n. 11.340/06. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as 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.

Para que seja possível a aplicação e observância da Lei n.13.827/2019 há a necessidade de utilização da técnica do sopesamento ou, a técnica da ponderação, como é mais conhecida.

2. A ORIGEM FACTUAL E SOCIOLÓGICA DA LEI MARIA DA PENHA.

A desigualdade entre homens e mulheres no que se refere à direitos está presente em nossa sociedade há séculos, observa-se que “com o aumento da riqueza individual do homem, a monopolização política e a queda do direito materno ocorreu uma enorme desigualdade jurídico-social, entre homens e mulheres”⁴ e desde o direito Romano já havia desigualdade de tratamento entre os sexos.⁵

No Brasil, até algumas décadas atrás essa desigualdade ainda era positivada, tanto é que mesmo “com a implantação do regime republicano brasileiro, foi mantido o poder patriarcal”⁶, e o código civil de 1916 possuía diversos dispositivos que acentuavam essa diferença de tratamento, colocando o homem em situação de superioridade.

Não há uma justificativa exata da razão pela qual a sociedade desenvolveu-se conferindo superioridade aos seres de sexo masculino, mas provavelmente, o fato do homem ter se destacado em negociações mercantis e capitalistas pode ser um dos principais fatores:

Diante da situação de inferioridade da mulher, há quem diga que a mesma decorre da constituição física do sexo feminino, o que hoje se tem conhecimento de não ser essa teoria de toda verdade, bem como há quem afirme ser essa subordinação, sustentada durante tanto tempo, consequência do surgimento da propriedade privada e o destaque do homem nas negociações mercantis e capitalistas, dando a ele os meios de produção e colocando a mulher em situação econômica desfavorável.⁷

Tal teoria apresenta-se como cabível pois, a partir do momento em que a mulher passou a destacar-se no mercado de trabalho e conquistar sua independência financeira, a igualdade entre direitos femininos e masculinos foram se equiparando. Neste sentido Pontes e Neri afirmam:

⁴ TABOSA, Agerson. Direito Romano. 2 ed., Fortaleza: FA7 – Faculdade 7 de Setembro, 2003. Apud. PONTES, Ana Kariny L.; NERI, Juliana de Azevedo. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DA LEI 11.340/2006. **Revista Jurídica Fa7**, Fortaleza, v. , n. 1, p.201-214, abr. 2007.p.202

⁵ Idem.

⁶ PONTES, Ana Kariny L.; NERI, Juliana de Azevedo. Op. Cit. p.203

⁷ Idem.

A partir do momento que a mulher passou a produzir riquezas, em um mundo hoje capitalista, passou a auferir espaço no mercado de trabalho com sua contribuição econômica, selando, portanto, sua independência, surgindo o equilíbrio entre os direitos e obrigações dos homens e das mulheres, principalmente a partir da Lei 4.121/62, que teve como mérito abolir a incapacidade feminina, revogando normas discriminadoras constantes no Código Civil de 1916, consagrando o princípio do livre exercício de profissão da mulher casada, com a possibilidade do seu ingresso livremente no mercado de trabalho, trazendo significativas mudanças no relacionamento dos cônjuges.⁸

Entretanto, o principal marco jurídico que elevou a mulher a total igualdade de direitos em relação ao homem foi a Constituição Federal de 1988, que trouxe além do tratamento igualitário perante a lei, trouxe a proteção do mercado de trabalho e mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar:

Após décadas de luta, as mulheres conseguiram ampliar sua cidadania por meio da Constituição da República de 1988, que garantiu a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), a proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 5º, inciso XX), a igualdade no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (artigo 226, § 5º) e a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar (artigo 226, § 8º).⁹

Observa-se que desde a entrada em vigor de nossa atual Constituição Federal, não há mais discriminação de tratamento entre os gêneros em nosso ordenamento jurídico, contudo o problema enfrentado atualmente pela mulher se refere a cultura da sociedade, que ainda possui um viés patriarcal. Portanto, ainda que as mulheres tenham conquistado direitos em nosso ordenamento, frequentemente estas se veem desprotegidas no âmbito familiar, pois a cultura em que vivemos acrescida da força masculina, tem como consequência agressões físicas, morais e psicológicas, restando evidenciado assim que a “proteção legal desacompanhada de mudança cultural não atingirá sua finalidade precípua, que é dar efetividade ao princípio da igualdade entre homens e mulheres.”¹⁰

Devido a cultura que não acompanhou as mudanças constitucionais e legais é que frequentemente são registrados casos de violência doméstica contra a mulher.

⁸ Idem.

⁹ ELES, Paula do Nascimento Barros González. Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda. In: EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro -. **Capacitação em Gênero: Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres**. 14. ed. Rio de Janeiro: Irapuã Araújo, 2013. p. 110-122. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2019.p.112

¹⁰ Idem.

Entretanto, com intuito de trazer efetividade a estas previsões constitucionais, em 2006 foi promulgada a lei 11.340/06, também chamada de Lei Maria da Penha, que tem como objetivo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar. A criação desta lei surgiu devido ao caso de violência doméstica do qual a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima e que por iniciativa desta foi inserida em nosso ordenamento. A vítima mencionada, “no dia 29 de maio do ano de 1983, sofreu uma tentativa de homicídio quando dormia, tendo sido atingida por um tiro de espingarda, disparado por seu marido, Marco Antônio Heredia Viveiros”¹¹ e devido ao ato do agressor, Maria da Penha “sofreu lesões que a deixaram paraplégica, por ter atingido a terceira e quarta vértebra de sua coluna”,¹² e mesmo depois deste evento outras agressões foram proferidas contra a vítima. Tais agressões motivaram-na a lutar para que o agressor fosse de fato punido e todo seu esforço culminou na entrada em vigor da Lei Maria da Penha.

Interessante destacar que antes desta lei, os crimes cometidos contra a mulher eram enquadrados como lesão corporal leve¹³ e apesar do advento da Lei 10.886/04, que criou dispositivo tratando da violência doméstica contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, tal medida não trazia efetividade, tendo em vista que:

A pena mínima aumentou de 3 meses para 6 meses, mas a pena máxima continuou a mesma, 1 ano. O crime permaneceu sendo de menor potencial ofensivo, regido, portanto, nos conformes da Lei 9.099/95, cabendo a suspensão condicional do processo (art. 89), transação penal (art. 76) e a aplicação de penas restritivas de direitos, em detrimento da pena privativa de liberdade (art. 44).¹⁴

Logo, por meio de penalidades tão brandas não era possível frear os ofensores e as agressões. Por esta razão é que a Lei Maria da Penha foi tão importante para assegurar a integridade da mulher em âmbito familiar, já que esta trouxe medidas mais severas para quem cometesse crimes dessa modalidade, como a possibilidade da prisão em flagrante ou a detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos para quem descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência, além de proporcionar:

¹¹PONTES, Ana Kariny L.; NERI, Juliana de Azevedo. Op. Cit. p.204

¹²Idem.

¹³PONTES, Ana Kariny L.; NERI, Juliana de Azevedo. Op. Cit. p.205

¹⁴Idem.

Medidas protetivas, de caráter extrapenal, que proporcionam a mulher uma maior segurança para denunciar os agressores, uma vez que elas podem pedir a concessão das medidas de urgência, o que as deixam mais confiantes na hora de denunciar, tendo em vista que serão amparadas pelo Estado.¹⁵

Observa-se então que a referida lei teve um impacto positivo na prática, pois além de garantir maior proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, é capaz de proteger não somente a esposa ou companheira, mas também a filha, a irmã, a mãe, ou seja, qualquer mulher que sofra algum tipo de agressão em âmbito familiar. E o mais interessante é que:

A violência doméstica inclui, além dos membros do grupo familiar, outras pessoas sem função parental, mas que convivam no espaço doméstico. Nessa lista, incluem-se empregados e agregados que convivam esporadicamente nesse ambiente familiar.¹⁶

A lei também, além de trazer medidas mais severas e proteção a mulher, foi uma medida que ampliou o acesso à justiça destas vítimas, tendo em vista que “por sua abrangência, o texto legislativo é também considerado um conjunto de políticas públicas para o enfrentamento da violência baseada no gênero”¹⁷

Esta lei é considerada um marco no avanço de direitos femininos e o reconhecimento de sua importância é aclamado pela ONU:

A lei em questão é reconhecida como um marco para o processo histórico de construção e reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos no Brasil. Aclamada pela Organização das Nações Unidas como uma das leis mais avançadas no enfrentamento da violência contra as mulheres no mundo.¹⁸

Após estes breves apontamentos sobre a origem e importância da Lei Maria da Penha, será abordado em seguida o novo dispositivo que foi implantado na referida lei e a polêmica envolta deste.

3. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

¹⁵ Ibidem. p. 211.

¹⁶ OLIVEIRA, Luciana da Cunha Martins. Breves Considerações Sobre o Acesso à Justiça e a Violência Contra as Mulheres.. In: EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro -. **Capacitação em Gênero: Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres**. 14. ed. Rio de Janeiro: Irapuã Araújo, 2013. p. 110-122. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2019.p.51.

¹⁷ PASINATO, Wânia. **Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha**. *Rev. direito GV* [online]. 2015, vol.11, n.2, pp.407-428. ISSN 1808-2432. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201518.p.409>.

¹⁸ Idem.

Medidas protetivas de urgência são providências positivadas nos artigos 22 a 24 da Lei n. 11.340/2006¹⁹, sobrepostas para resguardar direitos e prevenir toda forma de sua violação, que resulte em violência doméstica e familiar. Ademais, insta salientar, que o rol presente nos artigos supra é meramente ilustrativo, exemplificativo, sendo que, eventual proteção ou amparo ali não previsto poderá, ainda assim, ser concedido.

Ainda em compasso com a aplicação das medidas protetivas sabe-se que estas poderão ser concedidas cumuladas ou isoladamente, por exemplo na hipótese em que há

¹⁹ 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:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

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

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Seção III - Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

a determinação de que o agressor saia do ambiente familiar (art. 22, inc. II) e não se aproxime da vítima (art. 22, inc. III), sem prejuízo, ainda, que haja a combinação de medidas previstas na Lei Maria da Penha com as medidas cautelares existentes no Código de Processo Penal, a exemplo de que o agressor se afaste do ambiente familiar (art. 22, inc. II) e compareça periodicamente em juízo (art. 319, inc. I do CPP).

As medidas poderão ser requeridas pela própria ofendida ou pelo representante do Ministério Público²⁰, sendo que poderão ser concedidas a qualquer tempo, durante a investigação prévia ou após a instauração do processo penal. A título de esclarecimento, o requerimento da ofendida não precisa ser subscrito por advogado ou defensor público.²¹

Uma dúvida que muito se questiona é acerca da omissão eloquente sobre a possibilidade de o Delegado de polícia requerer a concessão de medidas protetivas, de fato, não existe no diploma em questão a possibilidade de que o delegado de polícia possa formular requerimento para concessão de medida cautelar protetiva, a lei prevê apenas que a vítima ao ser ouvida por aquele solicite a concessão das medidas protetivas, que será encaminhado ao Juiz para apreciação dos requisitos²².

Não é necessário que se assegure o contraditório previamente ao ofensor, antes que seja decretado qualquer medida protetiva, tendo em vista que estas poderão ser concedidas de plano, sem necessidade de qualquer audiência prévia e de manifestação ou parecer do Ministério Público, deste modo também entende o Superior Tribunal de Justiça.

Segundo entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, a medida protetiva poderá ser concedida apenas com base na alegação da vítima, nestes termos:

(...) 1. Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em

²⁰ Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público

²¹ 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.

²² 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: (...)

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;

regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas.

2. No caso, verifica-se que as medidas impostas foram somente para manter o dito agressor afastado da ofendida, de seus familiares e de eventuais testemunhas, restringindo apenas em menor grau a sua liberdade.

3. Estando em conflito, de um lado, a preservação da integridade física da vítima e, de outro, a liberdade irrestrita do suposto ofensor, atende aos mandamentos da proporcionalidade e razoabilidade a decisão que restringe moderadamente o direito de ir e vir do último. (...)

STJ. 6ª Turma. RHC 34.035/AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 05/11/2013²³.

O dispositivo 282, parágrafo 2º do Código de Processo penal nós da dois entendimentos acerca da possibilidade de o juiz decidir de ofício a concessão de medidas protetivas de urgência, sendo que nele consta que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público²⁴, deste modo, extrai-se que na fase de inquérito policial o magistrado não poderá conceder qualquer medida protetiva de ofício, havendo necessidade de prévio requerimento, destarte, na fase judicial é possível que o magistrado decida de ofício aplicando medidas de proteção para resguardar e promover a garantia dos direitos da mulher.

Sua natureza jurídica poderia ser sinteticamente caracterizada pela natureza de medidas cautelares, isto é, preventivas, visando precipuamente a prevenção, para que, em último caso, haja a repressão.

Como toda medida cautelar, a concessão das medidas protetivas de urgência assim não poderiam ficar de fora, sendo que, para sua permissão é necessário que haja a comprovação da existência do *fumus commissi delicti*, isto é, a manifestação da existência de indícios de que ocorreu violência doméstica contra a mulher e, ainda, a comprovação do *periculum libertatis*, ou seja, a demonstração de que há riscos à mulher em estado de vulnerabilidade ou, ainda, a terceiros, caso a medida cautelar não seja concedida de plano.

3.1. COMPETÊNCIA PARA CONCESSÃO DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão Habeas Corpus nº 0067185-02.2013.8.19.0000. Dr. Eduardo Januario Newton. Leandro Faustino. Relator: Des. Antônio Carlos Nascimento Amado. Rio de Janeiro, RJ, 28 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000416227DEE37F1132C5A19C611F2B9B8C1C5025F545D4E>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²⁴ Art. 282, parágrafo 2º do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei n. 13.827/2019 houve a implementação da possibilidade de que a medida protetiva que se refere ao afastamento do lar possa ser concedida pelo Delegado de Polícia quando o Município não for sede de comarca, ou, ainda, pelo próprio policial que acompanhar o caso, desde que não haja Delegado de Polícia presente naquele momento. Até a edição da lei supra apenas a autoridade judicial poderia conceder a medida protetiva de afastamento.

Sendo assim, quando houver a verificação da existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica, ou de seus dependentes, o agressor deverá ser afastado de plano do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Quem deverá determinar este afastamento em um primeiro momento é a autoridade judicial (juiz de direito ou desembargador), entretanto, caso o Município não seja sede de comarca será o Delegado, podendo, ainda, caso nesta última hipótese cumulativamente não houver delegado disponível no momento, o próprio policial seja ele civil ou militar poderá determinar o afastamento do agressor.

Observa-se que se acaso a medida for concedida por Delegado de Polícia ou por policial, deverá a autoridade judicial ser comunicada no prazo máximo de 24 horas, sendo que, neste mesmo prazo decidirá sobre a manutenção ou a revogação da medida de proteção previamente aplicada, devendo, ainda, o Ministério Público receber ciência concomitantemente²⁵.

4. CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO x VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DA JURISDIÇÃO

A novidade legislativa acrescida à Lei 11.340/2006 trouxe alguns questionamentos acerca de sua constitucionalidade, sendo certo que, o direito clássico brasileiro considera que as medidas protetivas (cautelares) somente

²⁵Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

(...)

poderiam ser concedidas pela autoridade judicial (juiz ou desembargador), sendo que tal entendimento dá-se o nome de princípio da jurisdicionalidade ou, ainda, da reserva da jurisdição.

O art. 12-C da Lei Maria da Penha traz a possibilidade de que o Delegado de Polícia ou o Policial civil ou militar, em determinados casos, possam conceder a medida cautelar penal de afastamento do agressor do lar, destarte, tal possibilidade gerou grande repercussão ante o argumento de que tal inserção legislativa seria inconstitucional por conceder ao Delegado e ao policial a possibilidade de concessão da medida cautelar supramencionada.

Neste sentido, Renato Brasileiro assevera que:

Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de provimento cautelar está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário (...)

Se a Constituição Federal enfatiza que ‘ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LIV), que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente’ (art. 5º, LXI), que ‘a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juízo competente’ (art. 5º, LXII), que ‘a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária’ (art. 5º, LXV) e que ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’ (art. 5º, LXVI), fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar à apreciação do Poder Judiciário.

Não por outro motivo, dispõe o art. 19, caput, da Lei Maria da Penha, que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Em face desses dispositivos, depreende-se que a restrição à liberdade de locomoção do agressor inerente à aplicação dessas medidas deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e a imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo, nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação (jurisdicionalidade em sentido estrito).

Destarte, considerando que todas essas medidas protetivas de urgência afetam, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção, ora com maior, ora com menor intensidade, podendo inclusive ser convertidas em prisão preventiva diante do descumprimento das obrigações impostas (CPP, art. 313, III), não se admite que possam ser decretadas por outras autoridades que não o juiz competente (v.g, Comissões Parlamentares de Inquérito).²⁶

O Ex-Presidente Michel Temer vetou o projeto de lei que trazia a possibilidade de que o Delegado de Polícia pudesse aplicar provisoriamente medidas protetivas de urgência até ulterior deliberação da autoridade judicial. O veto do dispositivo se deu sob

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 928

o argumento de que a imposição de medidas protetivas de urgência seria de caráter privativo da autoridade judicial, isto é, do Poder Judiciário, razão pela qual não se poderia estendê-la à Polícia. Na razão dos vetos naquela oportunidade o então Presidente se pronunciou:

Os dispositivos, como redigidos, impedem o veto parcial do trecho que incide em inconstitucionalidade material, por violação aos artigos 2º e 144, § 4º, da Constituição, ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis.²⁷

Houve, inclusive, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade interposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contra os incisos II e II e, ainda, o § 1º, todos do art. 12-C (ADI 6138).²⁸

Não se pode olvidar que as medidas cautelares penais estão de fato submetidas ao princípio da reserva da jurisdição ou da jurisdicionalidade, o que significa dizer que em regra somente podem ser concedidas pela autoridade judicial. Destarte, a inovação legislativa trazida com a implementação do art. 12-C na Lei Maria da Penha, trata-se, na verdade, de uma hipótese de jurisdição ou jurisdicionalidade postergada, ou, ainda, diferida²⁹, pois, ao que se retira do parágrafo primeiro do artigo em questão o magistrado deverá ser comunicado em até 24 horas após a imposição do afastamento do lar pelo Delegado ou pelo policial, sendo que, também gozará de 24 horas para optar pela manutenção ou pela revogação da medida cautelar aplicada. Sendo assim, não há de se falar em ofensa ao princípio da reserva da jurisdição haja vista que a decisão final acerca da medida continua sendo do Poder Judiciário.

Ademais há a necessária aplicação da técnica do sopesamento ou ponderação entre os interesses protegidos, a reserva da jurisdição é meio de garantia e defesa do agressor, até por desdobramento do devido processo legal. Destarte, caso estejamos diante de uma ofensa ocorrida em Município que não é sede de comarca, a observância ao princípio da jurisdição geraria perigo de dano irreversível ao bem jurídico que possui maior relevância em nosso ordenamento, isto é, a vida e a integridade da ofendida.

²⁷BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Legislação Informatizada - LEI Nº 13.505, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2017 - Veto**. 2017. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13505-8-novembro-2017-785700-publicacaooriginal-154164-pl.html>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Adotado rito abreviado em ADI contra autorização para autoridade policial aplicar medidas protetivas da Lei Maria da Penha**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412849>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada - Medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 23

Observa-se, então, que ao sopesar o princípio da reserva da jurisdição com o princípio da dignidade humana, no caso representado pela integridade física da mulher, resta claro que é convincente prevalecer a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que as consequências de sua violação são largamente mais gravosas para mulher do que a violação da clausula da jurisdicionalidade. Sendo assim, ainda que não se reconheça jurisdicionalidade postergada do Art. 12- C da lei 11.340/06 e entenda-se pela violação da reserva da jurisdição, tal artigo deve ser entendido como constitucional, pois entre o princípio da reserva e a integridade da mulher, deve-se optar pelo último.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, deste modo, que a criação da Lei Maria da Penha surgiu para assegurar maior efetividade ao princípio constitucional que garante igualdade entre homens e mulheres, pois ainda que constitucionalmente fosse previsto igualdade de direitos e deveres entre os gêneros, na prática inúmeras mulheres eram vítimas de violência doméstica e tinham uma ínfima proteção do estado, o que ocasionava a impunidade do agressor e a continuidade da violência. Diante deste quadro, foi introduzida em nosso ordenamento a Lei 11.340/06, que trouxe punições mais rígidas aos agressores e medidas protetivas de urgência em benefício à mulher. Referidas medidas protetivas têm como escopo garantir a integridade da mulher e podem ser concedidas a qualquer tempo, durante a investigação prévia ou após a instauração do processo penal, inclusive podem ser concedidas de plano, desde que reste comprovado a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* no que refere ao dano possivelmente ocasionado em eventual inércia da autoridade competente.

Sendo assim, ainda no intento de proporcionar maior segurança à mulher, foi aprovada a Lei n. 13.827/2019 que ampliou a competência para concessão das medidas protetivas ao introduzir o Artigo 12-C na Lei Maria da Penha, que possibilitou que a medida que se refere ao afastamento do lar, antes de competência exclusiva de autoridade judicial, possa ser concedida pelo Delegado de Polícia quando o Município não for sede de comarca, ou, ainda, pelo próprio policial que acompanhar o caso, desde que não haja Delegado de Polícia presente naquele momento. Tal medida teve como objetivo garantir que o afastamento tardio do agressor não gere consequências irreversíveis à vítima, por isso sua importância para o ordenamento e para sociedade. E como visto, caso a medida seja concedida por Delegado de Polícia ou por policial,

deverá a autoridade judicial ser comunicada no prazo máximo de 24 horas para decidir sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada.

Entretanto, há uma polêmica em torno deste dispositivo, no sentido de que ao possibilitar que o Delegado de Polícia ou o próprio policial apliquem medidas protetivas haveria violação do princípio da reserva da jurisdição, tendo em vista que em regra somente poderiam ser concedidas pela autoridade judicial. Contudo, conforme abordado, é possível observar que tal medida não afasta a competência do judiciário, pois o magistrado deverá ser comunicado em até 24 horas após a imposição do afastamento do lar pelo Delegado ou pelo policial, o que nos leva a concluir que se trata de uma jurisdicionalidade postergada, portanto não ofende o princípio da reserva da jurisdição.

Destarte, ainda que não fosse acolhido tal posicionamento, deve-se considerar que ao aplicar a técnica do sopesamento de princípios entre os interesses protegidos, quais sejam, a reserva da jurisdição e a dignidade da pessoa humana, representado pela integridade da mulher, conclui-se pela prevalência do último, pois a não observância deste pode acarretar consequências irreversíveis ao bem jurídico que possui maior relevância em nosso ordenamento, qual seja, a vida e a integridade física e mental da ofendida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Legislação Informatizada - LEI Nº 13.505, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2017 - Veto.** 2017. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13505-8-novembro-2017-785700-publicacaooriginal-154164-pl.html>>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. . **Adotado rito abreviado em ADI contra autorização para autoridade policial aplicar medidas protetivas da Lei Maria da Penha.** 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412849>>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão Habeas Corpus nº 0067185-02.2013.8.19.0000. Dr. Eduardo Januario Newton. Leandro Faustino. Relator: Des. Antônio Carlos Nascimento Amado. Rio de Janeiro, RJ, 28 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000416227DEE37F1132C5A19C611F2B9B8C1C5025F545D4E>>. Acesso em: 19 set. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403 Comentada - Medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2.

Capacitação em Gênero: Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres. 14. ed. Rio de Janeiro: Irapuã Araújo, 2013. p. 110-122. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2019.

ELES, Paula do Nascimento Barros González. Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda. In: EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro -

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 928

OLIVEIRA, Luciana da Cunha Martins. Breves Considerações Sobre o Acesso à Justiça e a Violência Contra as Mulheres.. In: EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro -. **Capacitação em Gênero: Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres**. 14. ed. Rio de Janeiro: Irapuã Araújo, 2013. p. 110-122. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2019.

PASINATO, Wânia. **Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha**. *Rev. direito GV* [online]. 2015, vol.11, n.2, pp.407-428. ISSN 1808-2432. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201518.p.409>.

PONTES, Ana Kariny L.; NERI, Juliana de Azevedo. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DA LEI 11.340/2006. **Revista Jurídica Fa7**, Fortaleza, v. , n. 1, p.201-214, abr. 2007.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. 2 ed., Fortaleza: FA7 – Faculdade 7 de Setembro, 2003.

Submetido em 20.09.2019

Aceito em 25.09.2019