

A PERPLEXIDADE INSTAURADA PELA LEI 13.827/2019 NO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTRAFAMILIAR

Eduardo Passold Reis¹

RESUMO:

A Lei 11.340/2006 apresentou às mulheres vítimas de violência intrafamiliar, com as medidas protetivas de urgência, um sistema de garantias processuais de natureza cautelar. As cautelares processuais tem, entre outros pressupostos, o da judiciedade, qual seja, a reserva de jurisdição para sua prévia análise e concessão. A Lei 13.827/2019 trouxe novidade e permitiu a concessão e execução imediata de medida protetiva por policiais no exercício da função. O objetivo do artigo é a reflexão sobre a integridade endonormativa do sistema de garantias processuais às mulheres vítimas de violência, com vistas à promoção dos interesses destas pessoas. Propõe-se um exame crítico da nova possibilidade a partir de uma ideia de integridade do sistema de garantias e de proibição de proteção deficiente. Os resultados direcionam-se a demonstrar os riscos ao sistema de garantias que podem decorrer da manutenção da norma, notadamente em razão dos conflitos de regras de competência de ordem constitucional que se evidenciam. As considerações finais convidam a uma análise sobre a viabilidade da manutenção da norma na forma posta, diante dos riscos interpretativos envolvidos. O trabalho é desenvolvido a partir das técnicas de revisão bibliográfica e de análise legislativa e seu método é o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Violência Doméstica. Garantias Processuais. Tutela Cautelar. Medidas Protetivas.

¹ Magistrado membro do Poder Judiciário de Santa Catarina, atuante na Comarca de Curitiba. Aluno do Curso de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (2012). Email:eduardopassoldreis@tjsc.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3345257600221255>. Este artigo foi publicado originalmente na coletânea: “Não há lugar seguro: estudos e práticas sobre violências domésticas e familiares” / Organizadoras: Grazielly Alessandra Baggenstoss, Poliana Ribeiro dos Santos, Salete Silva Sommariva, Michelle de Souza Gomes Hugill. Florianópolis: Editora Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), 2019. Volume 1, disponível no site: <https://www.tjsc.jus.br/documents/715064/0/E-book+livro+1/ee5eb8a9-c7e2-dced-af6b-1bfd72ac409e>

1.INTRODUÇÃO

O quadro de violências à Mulher, por sua condição, e sua subjugação ao arquétipo Homem são traços de violência e desigualdade que acompanham há séculos nossa civilização. Na contemporaneidade, alguns passos tem sido buscados para reverter esse cenário no campo institucional e legislativo. Precedida por outras legislações de cunho protecionista mais restritivo, a Lei 11.340/2006 – conhecida como Lei Maria da Penha – é um marco histórico no corpo de leis do Brasil acerca do tema.

Enunciando a temática da violência doméstica e intrafamiliar contra a Mulher com coragem e vigor, e possibilitando a intervenção estatal com políticas públicas e práticas institucionais de promoção de igualdade material e discrimen positivo, esta legislação trouxe consigo um sistema de garantias – entre elas, de cunho processual, no âmbito do Processo judicial onde constam mulheres como vítima de violência intrafamiliar.

O sistema de proteção processual, ainda que não ideal, conta com inegáveis avanços e tem, dentre outras ferramentas, a utilização da técnica cautelar e inibitória como um de seus principais elementos de estruturação, nomeadamente, na concessão de medidas protetivas de urgência.

A pesquisa objetiva demonstrar a natureza processual cautelar destes pleitos, com seus pressupostos e garantias. Afirma-se que sem os pressupostos característicos das medidas cautelares, estes provimentos podem correr o risco de se tornarem inefetivos, com riscos diretos e indiretos, imediatos e futuros à proteção das vítimas e em desrespeito à sistematização de garantias instaurada originalmente pela Lei 11.340/2006 e em ofensa ao princípio à proibição de retrocesso.

Quanto à metodologia, a elaboração do trabalho pautou-se pelo método dedutivo. Objetiva-se apresentar argumentos que se compreende bem estabelecidos no estágio atual do tratamento científico da matéria para, a partir deles, estruturar conclusões válidas (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2017, p. 93). A exploração de conceitos e premissas preliminares farão avançar o conteúdo do trabalho para a conclusão crítica proposta. A utilização das técnicas do referente, do fichamento e de pesquisa bibliográfica e legislativa foram essenciais para empreender o desenvolvimento dos estudos e das conclusões do artigo.

No que concerne à divisão estrutural do trabalho, após esse introito, a primeira subdivisão visa descrever o Processo Judicial como caminho para realização de direitos

fundamentais. Para esta realização é imprescindível que as técnicas processuais sejam adequadas e diferenciadas, a depender do objeto de tutela pretendida. A importância da tutela cautelar em sede civil e penal também é abordada. Após, busca-se equacionar as medidas protetivas de urgência e relacioná-las, no âmbito penal, às medidas cautelares penais, com todas suas características e atributos. Às mulheres vítimas de violência deve-se dar proteção plena, com instrumentos processuais efetivos e garantida a seriedade e certeza das sanções em caso de descumprimento dos preceitos cautelares tomados para tutelar seus direitos e interesses.

A segunda seção aborda a norma trazida à lume pela Lei 13.827/2019 e denuncia a perplexidade interpretativa que se erige a partir de então. É que referida Lei deferiu a agentes administrativos, como policiais civis, militares e delegados de polícia, a atribuição de também poderem determinar e executar de imediato provimentos cautelares de cunho processual penal no âmbito da proteção doméstica e familiar contra a mulher. A ofensa à natureza jurisdicional dos provimentos cautelares e ao caráter de juridicidade desta injunção – que terá efeitos tanto no Processo quanto no âmbito relacional e no direito Material dos envolvidos – é que clama por atenção e cuidado.

As considerações finais são um chamado à reflexão crítica sobre essa nova possibilidade apresentada pelo legislador.

2. AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA INSTITUÍDAS PELA LEI 11.340/2006 E SUA NATUREZA JURÍDICA DE PROVIMENTO CAUTELAR

À cena jurídica contemporânea é evidente o cariz de primeira necessidade que se emprestam aos direitos e garantias fundamentais. A luta pelos direitos no decorrer da História, transformou-se de uma dimensão inicialmente política – primeiro em fase de afirmação de direitos individuais e depois coletivos - para uma dimensão sistêmica, em que a inclusão e o acesso são elementos essenciais (CAPELLETTI; GARTH, 1988).

A Constituição Federal de 1988 e suas luzes trouxe evolução da prática jurídica, abarcando princípios, garantias e fundamentos que servem de base e direcionamento na resolução dos conflitos processuais. Não sem razão afirmou-se que:

[...] um dos desafios atuais da teoria do processo é afeiçoar seus conceitos à realidade constitucional e, mais que isso, visualizar a jurisdição sob o prisma político, incorporando no exercício jurisdicional os princípios e valores que

qualificam o processo como instrumento da democracia no Estado Democrático de Direito. (ABREU, 2011, p. 409).

Sob esse prisma, os meios processuais são meios, implementos, garantias – formas de cumprir promessas constitucionais e de Direito substantivo. Segundo Lamy (2007) só cabe falar em real prestação de jurisdição quando garantido pelos órgãos judiciários responsáveis pela tutela do direito um mandamento de efetividade ao direito material, vez que, diante de lesão ou ameaça grave, este deve realizar-se plenamente.

Situados neste referencial prévio, sabe-se que dentro da legislação processual há medidas que funcionam como forma de alcance rápido, acautelamento de situações e também de resguardo de direitos. Dentro dessas medidas encontra-se a tutela cautelar, que possui a função de proteção na relação processual, sejam de direitos, de provas ou de bens.

A partir disso, entende-se a aplicação do direito processual como vínculo entre a parte que necessita o resguardo de determinado bem/direito e o somatório de requisitos para que isso se aplique de forma rápida, justa e viável dentro do âmbito processual, seja no âmbito cível, seja na seara penal. O papel dos aplicadores do direito, nesse contexto, é o de verificar qual o bem/direito está em risco e qual a urgência e necessidade de protegê-lo. A atividade de conhecer e analisar pleitos de provimentos de urgência feitos no Processo tem como notas imprescindíveis a reflexão, o estudo, detida análise e interpretação acurada. Esta ponderação torna essencial a análise jurisdicional das tutelas de urgência, em geral, entre elas, as medidas cautelares. Daí, há de se lembrar do princípio da reserva da jurisdição fundado constitucionalmente.

Acerca do tema, a doutrina especializada afirma:

[...] a Constituição Federal de 1988 estabelece abrangência do princípio da inafastabilidade da jurisdição de modo que passa a proteger lesões e ameaças a direitos, e não somente restringir tal garantia às situações jurídicas que envolvam a proteção de direitos individuais, o que vem alcançar as cautelares em geral. (POLASTRI, 2014, p. 26)

Não se olvide que as cautelares – civis ou penais – terão efeitos espalhados em todo procedimento a partir de sua implementação. Um provimento de natureza cautelar cria obrigações, erige interditos, implica consequências ao seu descumprimento, adjudica posição de vantagem processual ou de reequilíbrio material em favor de quem foi tomado. Dessa forma, é preciso se pensar em eficácia de uma determinada decisão e na função

social do processo, ou seja, a cautelaridade processual contribui para que o resultado de uma determinada demanda seja cíclico, integrado e cumpra seu objetivo maior: a entrega da tutela jurisdicional justa, útil, adequada.

Nessa tessitura, como se verá adiante, uma das características de maior substância dos provimentos cautelares é a judiciariedade, isto é, o de ser um provimento com carga jurisdicional e emanado de autoridade judiciária no cumprimento de seu viés constitucional.

O provimento cautelar, para ser deferido, deve guardar equacionamento aos vetores de urgência e verossimilhança, que em sentido pragmático resumem-se nos elementos *fumus boni iuris* (ou, em sede criminal, *fumus commissi delicti*) e *periculum in mora* (na seara crime, o *periculum libertatis*). O primeiro possui a tradução juridicamente conhecida como “fumaça do bom direito”, ou seja, indícios de que o direito requerido possui embasamento legal e existe. O segundo se dá em razão do “perigo na demora”, indicando que se a medida não for analisada e tomada com certa urgência corre-se o risco de uma das partes não alcançar o direito tutelado ou submergir algum bem importante para a causa.

Igualmente na específica sede processual penal, as medidas cautelares também tem o objetivo de proteger direitos, bens, provas, pessoas e o andamento processual como um todo, resguardando um resultado eficaz para a lide criminal. Em sede processual penal, as medidas cautelares serão pessoais – relacionadas à pessoa do investigado, ofensor ou da vítima – ou reais, relacionada a bens ou objetos relacionados à prova ou cuja custódia se faça necessária para outros fins, como ressarcimento de danos causados pelo crime, por exemplo.

Situando-nos no objeto específico deste estudo, a Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, trouxe contribuição importante ao campo do Processo – notadamente na aplicação e implementação de cautelares que obrigam o agressor (art.22) e que visam a integridade física e psicológica (art. 23) e patrimonial da vítima (art. 24). É alarmante o número de mulheres vítimas de violência doméstica intrafamiliar, seja ela física ou psicológica. Para esses casos, as medidas cautelares funcionam de maneira imediata, visando, com o provimento de urgência, salvaguardar os bens que são mais caros naquela situação: a dignidade humana, a liberdade, a propriedade individual, a vida.

As medidas protetivas de urgência são pleitos de natureza civil ou penal, apresentados pela autoridade policial, pelo Ministério Público ou pela própria ofendida que tem por objetivo resguardar condição de integridade mínima aos direitos da ofendida frente

à situação de violência doméstica ou intrafamiliar. São provimentos de cunho situacional e pragmático cuja intenção é, especificamente, fazer cessar quadro de violência ou evitar que se erijam no mundo dos fatos situações para novas violências contra a ofendida. Por se tratar de direito fundamental, a cautelaridade encontra-se na preservação da vítima, seja sua saúde, patrimônio, integridade física ou vida. A atuação dos órgãos estatais responsáveis pela coleta dos informes e apuração dos fatos é essencial para que se efetive a medida cautelar e principalmente que seja ela concretizada o mais rápido possível.

Segundo doutrina majoritária, as medidas protetivas de urgência são cautelares processuais – cujo caráter poderá ter abrangência cível ou penal, dependendo do direito material violado e do provimento jurisdicional que se visa obter (CUNHA; PINTO, 2015). Nesse sentido também é a lição de PORTO (2014).

Não é possível nos determos especificamente sobre o ponto, mas é certo que as medidas protetivas tem caráter cautelar, pois há clara relação de comutatividade entre as medidas protetivas de urgência e demais medidas cautelares previstas na legislação de regência. Isto é, as medidas protetivas podem ser reforçadas ou substituídas por outras medidas de cunho cautelar previstas na legislação processual penal (art. 19 §§2º e 3º, Lei 11.340/2006). Sob o ponto de vista de comando legislativo e aplicabilidade pragmática endoprocessual, a questão parece resolvida sob os prismas da relação de comutatividade e possibilidade de fungibilidade. Só são fungíveis ou adesivas medidas de mesma natureza jurídico-processual. Assim, se as medidas protetivas podem ser complementadas por outras e, em caso de descumprimento, podem ser substituídas ou desafiar medidas mais gravosas - como a prisão preventiva, segundo o art. 313, IV, CPP – é certo que ambas tem a mesma natureza jurídica, a de medidas cautelares.

Pelas especificidades do estudo proposto, direcionamo-nos especificamente para a natureza processual penal dos pleitos de medidas protetivas de urgência. Esta natureza erigir-se-á quando houver no mundo fenomênico ocorrência de fato tipificado como crime em que a ofendida busque auxílio denunciando o fato na seara criminal. Presentes os requisitos formais passíveis a iniciar o procedimento simplificado de promoção de medidas protetivas (art. 18, Lei 11.340), e concedidas as medidas protetivas, com fundamento cautelar, pelo Juiz, esta contará com os requisitos próprios das medidas cautelares penais, sendo estes “[...] acessoriedade; preventividade; instrumentalidade hipotética; provisoriedade; revogabilidade; referibilidade; e jurisdicionalidade.(sic) [...]” (POLASTRI, 2014, p. 330).

Após intimado da concessão das medidas que lhe interpõe interditos, é possível – e infelizmente ocorre com frequência (DIAS, 2015, p. 28-30) – que o ofensor torne a importunar a vítima. Sua conduta, nesse caso, desqualifica o diálogo *inter partes* e o desrespeita a própria relação processual estabelecida, motivo pelo qual poderá ser sancionado com medidas graves e específicas. Novas medidas protetivas ou outras cautelares em complementação poderão ser ordenadas (arts. 19 §§2 e 3º, Lei 11.340), podendo chegar à decretação da prisão preventiva (art. 20, Lei 11.340 e art. 313, IV, CPP) contra o ofensor recalcitrante.

Não fosse a medida protetiva de urgência tomada em seara de persecução penal uma cautelar criminal típica, não tivesse ela essa natureza jurídica, não poderiam haver em substituição ou complemento a ela outras medidas cautelares penais. Lembremos que, tomadas as medidas previstas nos arts. 22 a 24 da Lei Maria da Penha em ação de esfera cível – o que é perfeitamente possível – esta sede não poderá ordenar cautelares criminais típicas, sem que haja persecução penal instaurada.

Em um sistema que tem no *discrímen* positivo uma política afirmativa de inclusão e promoção de valores e condutas, o sistema processual e suas garantias devem ser interpretados e aplicados em consonância com os vetores que iluminam a legislação de regência. Sem descuidar do rigor metodológico-interpretativo, próprios da Ciência Jurídica, isso quer dizer que o sistema tem de estar preparado e colmatado para funcionar e trazer resultados para quem dele se utiliza e necessita.

Por isso, as medidas protetivas de urgência, como as demais cautelares criminais, tem de ter efeito célere, prático e vívido e, não sendo bastantes, impõe-se sua complementação ou substituição por medidas mais drásticas, a fim de cessar danos e reparar situações de ilicitude cometidas – donde se pode enxergar um viés claramente inibitório. Isto porque,

[...] quando se requer, com base na legislação processual, a observância do fazer, exige-se o cumprimento do dever, imposto pela norma, para a prevenção do direito [...] a realização do desejo preventivo de direito material [...] significa tutela jurisdicional preventiva, e portanto, tutela jurisdicional inibitória. (MARINONI, 2010, p. 201)

Mister neste ponto reforçar apontamento acerca de pressuposto essencial para ter lugar essas medidas, que é a judiciedade, a reserva de jurisdição, ou, noutros termos, que

estas medidas sejam analisadas e aplicadas por membro do Poder Judiciário. Não só em razão dos mandamentos constitucionais e legais, que adiante serão trabalhados, é ao Judiciário que o legislador originário depositou estas competências e atribuições. A regra, havendo notícia de crime e denúncia por parte da vítima, é que a relação seja judicializada, procedimentalizada, processualizada (SOUZA, 2015). Conceitua-se judiciariedade como a função típica jurisdicional na resolução do conflito, a *juris dictio*, princípio pelo qual “[...] toda questão que envolva apreciação de legalidade deva ser submetida a um juiz [...]” (FERREIRA FILHO, 1984, p. 37).

As medidas protetivas de urgência, pela natureza jurídica cautelar que tem, e pelos efeitos severos jurídicos e materiais que delas podem advir, tem pressupostos e atributos bem marcados – sendo um dos mais marcantes, como visto, a competência judicial exclusiva para sua decretação. O cisma promovido pela Lei 13.827/2019 nessa atribuição de competências gera quebra de raciocínio sistêmico, o que pode redundar risco sério às garantias processuais da mulher vítima de violência doméstica, em ofensa ao princípio da proibição da proteção deficiente (BIANCHINI, 2014).

3. A PERPLEXIDADE CRIADA NO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI 13.827/2019

Como se viu, o sistema processual penal, tal qual o processual civil, possui formas diferenciadas de tutelas de urgência no Processo. Essa gestão, no Processo Penal, é problematizada a partir de vetores vários, como, entre outros, a repercussão social de dada conduta tomada como crime em determinada comunidade, como a gravidade concreta da conduta e reação dos atores sociais envolvidos ou a partir da possibilidade franca de reiteração de condutas tidas como crime, com risco iminente à(s) vítima(s). No caso específico de nosso objeto de estudo, é este último aspecto que visamos abordar.

As práticas de violência e desrespeito contra as mulheres em nossa sociedade é “estado de coisas”, não situação episódica. A par disso, o recorte da Lei 11.340/2006 é específico e limitado à relação intrafamiliar e às violências oriundas de uma relação pessoal de afetividade. De todo modo, é certo que se trata de violação a garantias mínimas (art. 6º da Lei 11.340), porque

[...] ela caracteriza-se principalmente na cultura machista do menosprezo pela mulher, bem como na ideia de perpetuação da mulher ao mando do homem,

autorizando a equivocada e nefasta disseminação da inferioridade do gênero feminino em relação ao masculino, permitindo a “coisificação” da mulher numa afronta direta à doutrina da dignidade da pessoa humana. (SOUZA, 2016, p. 71).

O retrato da História revela que as premissas socioeconômicas, psicológicas e antropológicas em que se desenvolvem as violências contra o gênero feminino tornam esse ciclo sempre de novo repetido e repetível, em multiformes maneiras (DIAS, 2015). Num âmbito mais situacional, é sabido que a reiteração de condutas violentas contra a mulher pelo mesmo companheiro – mesmo já tendo sido denunciado anteriormente – não é, infelizmente, nenhuma novidade. As Varas judiciais específicas já contam – num misto de pasmo icônico e inoperância e incompetência na gestão de políticas públicas específicas - com “clientes” com cadeira cativa, que já tem ajuizados contra si mais de dezena de procedimentos criminais instaurados por violências, contra a mesma, ou contra várias mulheres. Esse retrato empírico não é mero recurso pictórico, mas real, vivenciado e faz concluir: a reiteração das condutas de violência intrafamiliar é muito mais frequente que se imagina, mesmo após a primeira denúncia e o tratamento judiciário da matéria.

A discussão sobre a efetividade da Lei e das políticas públicas no âmbito de proteção judiciária merecem reflexão em sede apartada e mais específica. Nosso recorte é mais pragmático agora. É que diante da constatação da reiteração da violência é preciso trazer à lume instrumentos efetivos e sérios – ainda que gravosos – para manutenção da regularidade do sistema de garantias. Entre outros, para os caso de reiteração de condutas de violência contra a mulher, temos os meios de possibilidade de aplicação de medidas protetivas em complementação às primeiras (art. 22, *caput, in fine*, Lei 11.340), de punição do agressor por novo crime (art. 24-A, Lei da Maria da Penha) e da possibilidade de decretação de medidas cautelares penais previstas no Código de Processo Penal, tomando aqui o exemplo da prisão preventiva, porque disposta textualmente a hipótese pelo legislador em dois diplomas legais (art. 20 da Lei 11.340 e art. 313, IV, Código de Processo Penal com a redação dada pela Lei 12.403/2011).

Ainda que as medidas de restrição impostas pela Lei Maria da Penha e Código Penal ao infrator sejam medidas de exceção – como são e devem ser as medidas de restrição de quaisquer liberdades num Estado Democrático de Direito – sua aplicação deve ser fomentada para evitar ainda mais abusos e reiteração de condutas de violência contra a mulher vítima de violência intrafamiliar. Longe de ser o único ou mais eficaz meio de auxílio na proscricção desse tipo de violência, as medidas cautelares processuais de toda

ordem tem dimensão específica e importante aqui. A mulher que está em sujeição de ameaça de direitos e reiteração de violência precisa de uma resposta rápida, urgente, “para ontem”, porque isso pode custar-lhe a própria vida. Denunciada a violência e retratada institucionalmente através da persecução judicial criminal e seu Processo, o Estado tem o dever de implementar medidas justas, adequadas e eficazes – mesmo que duras – para evitar a perpetuação do estado de violência denunciado. Daí, novamente a importância das medidas protetivas e das cautelares processuais penais como um instrumento de equilibrar o diálogo processual. Processo é diálogo equilibrado. Se um dos debatedores (no caso, o ofensor), advertido de condutas desditosas anteriores e com interditos impostos (por exemplo: concessão de medidas protetivas como afastamento do lar), reitera em condutas de violência no plano real – e com isso desequilibra o diálogo e a relação processual - é justo e adequado – para segurança da vítima e zelo ao procedimento – que medidas institucionais e legais mais gravosas lhe sejam impostas (prisão preventiva, por exemplo).

Daí que esse sistema de garantias precisa ser coeso e fazer sentido. Sem um ferramental de garantias de auto conservação um sistema não pode ser concebido corretamente como sistema. Um sistema de garantias processuais de natureza cautelar precisa guardar conformidade constitucional, ter operabilidade e ser de aplicação relativamente simples.

Entram aqui, especificamente, nossas críticas ao novel legislador que, na Lei 13.827/2019, inserindo o art. 12-C com parágrafos ao texto da Lei 11.340/2006, previu expressamente a possibilidade de aplicação de medida protetiva de urgência – cautelar processual penal conforme se viu - por agente policial civil ou militar, ou delegado de polícia.

Sem qualquer ranço de viés corporativista – e sem demérito aos valorosos trabalhos prestados pelas Corporações militares de polícia e ao preparo técnico da Polícia Judiciária - o que temos aqui é uma quebra na sistematização legal do quadro de garantias processuais penais implementadas em favor da mulher vítima de violência intrafamiliar. E essa quebra gera perplexidade, notadamente se cotejarmos a possibilidade novel com as disposições dos arts. 20 e 24-A da Lei Maria da Penha e art. 311 do Código de Processo Penal.

Ainda que o primeiro parágrafo do art. 12-C venha a aludir a prazos para a medida cautelar ordenada por autoridade não judicial ser comunicada e, por assim dizer “homologada” ou não pela autoridade judiciária, a sistematização de regras e garantias processuais inicialmente vislumbrada tem princípio de rotura, inegavelmente.

Há uma clara contradição entre as regras implementadas o que permite concluir que se avizinha estado de perplexidade na interpretação, perplexidade que pode redundar em crise e ruptura sistêmicas. Para ÁVILA (2018, p. 105), “[...] regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência”.

A atribuição de competência para ordens de natureza processual é de matiz constitucional, de viés constitutivo. É uma questão ontológica: tais medidas são apenas existentes, válidas e eficazes porque passam por procedimento específico de produção e edição – que passa, iniludivelmente, pela competência primordial da autoridade que as edita. Na síntese de ÁVILA (2018, p. 102) “[...] dispositivos relativos à atribuição de competência são regras constitutivas [...]”.

Temos, portanto, duas regras de atribuição de competência para decretar medidas cautelares em sentido absolutamente dissonante. E não é possível resolver a antinomia por hermenêutica de princípios porque, de um lado, a Lei 11.340 e o Código de Processo Penal impõe regra com um sentido (cautelar como medida processual com controle e crivo jurisdicional) e a Lei 13.827/2019 dispõe nova situação com regra em sentido diverso (cautelar de natureza processual e com efeitos penais e processuais penais emitida por autoridade administrativa e sem crivo jurisdicional). Há claro conflito de regras de competência, portanto. A perplexidade denunciada ou se resolve pelas vias de declaração de inconstitucionalidade ou se corre sério risco de criar um *tertium genus*, uma “cautelar processual penal à brasileira” emitida sem os essenciais controle e análise jurisdicional prévios – e tendo como resultado a possibilidade de criar ainda maiores riscos ao sistema de garantias à mulher vítima de violência, por permitir a porosidade e a insegurança jurídica nas garantias.

Sob um prisma de sistematização, completez, conexão e coerência do sistema de garantias, ainda uma vez recordando a lição de ÁVILA (2018, p. 145 e 165 ss.), imperioso que se atribua leitura cuidadosa do novo instituto. Diante do conflito de regras evidenciado e a perplexidade que resulta, a superação da regra novel deve ter lugar, visando tanto promover-se o objeto imanente à regra definidora - isto é, um sistema de garantias processuais adequado e que a mulher vítima de violência possa contar quando houver reiteração de atos processuais de violência – quanto o valor formal de segurança jurídica – do sistema e das relações processuais e pessoais que se interpenetram nesse sistema.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do exposto, quer-nos parecer que a judiciariedade é e ainda deva ser atribuído das medidas cautelares ordenadas em sede processual penal. Tange direitos de tantos envolvidos – que não se resumem aos papéis de agressor e vítima – mas de toda construção de relações pessoais por eles previamente estabelecida, afigura-nos medida que não deva ser tomada ao calor dos acontecimentos, de bate pronto, à queima roupa. A imposição de deveres de cunho material e processual – decorrência da decretação das medidas protetivas por seu caráter cautelar – deve ser precedida de elementos justificados e explícitos processualmente; a ordem deve ser clara e fundamentada: isso é da essência de todo provimento injuntivo proferido no diálogo processual. Como as partes ou o Juiz saberão por qual(is) motivo(s) o policial militar, no curso da ocorrência, atribuíram ou deixaram de atribuir determinada medida protetiva? Isso estará fundamentado além dos formulários de praxe utilizados pelas corporações? O policial estará habilitado para fazer esse juízo e fundamentá-lo para ter efeitos processuais no correr do feito criminal? Por fim pergunta-se: é realmente papel dele, diante de seus atributos constitucionais, seja na ótica da polícia judiciária, seja na atividade policial operacional ostensiva?

A ordem jurídica justa e adequada pressupõe, como se disse, acesso democrático e efetivo. O equacionamento positivo que a norma faz em proveito das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar é inegável passo de evolução a favor de uma sociedade mais igualitária e equânime. Mas há de se atender com cuidado para certas intenções legislativas que, a pretexto de auxiliar, mais baralham que contribuem com o progresso do estado das coisas, com prejuízos que podem rebentar, de novo, para a mulher vítima de violência.

Explica-se. Se a Lei 13.827/2019 possibilita a agentes não membros de Poder Judiciário uma atividade típica deste poder, é permitido falar francamente em uma medida cautelar declarada por autoridade constitucionalmente incompetente. E ordem emanada de autoridade competente não é pressuposto básico no plano de validade de qualquer ato administrativo?

Seguimos. A exclusão da reserva da jurisdição por certo aliviará a plethora de trabalho judiciário nas Varas Criminais e nos Juizados de Violência Doméstica. Mas o argumento pragmático não é suficiente. As garantias de publicidade, transparência, isenção, fundamentação e conformidade que se tem e se pode exigir dos juízes competentes para análise destes pleitos também poderão ser exigidas de policiais que precisam decidir questões muito mais graves e prementes – que dizem respeito por vezes ao risco de suas próprias vidas e dos envolvidos na ocorrência? Há de se exigir tal sangue frio que, diante de ameaça a vida de terceiros e da própria, em situação de cautelariedade

fragorosa, do combatente seja dado aplicar medida tão gravosa e de tal repercussão processual e material?

Lembremos que há previsão específica de prazos de validade, formas e sanções pelo descumprimento de medidas protetivas; estas medidas – quando ordenadas por autoridade não judiciária – podem constituir crime? Não nos parece, porque a autoridade que as ordena não tem legitimação constitucional a tanto. Por ser medida cautelar processual penal – com reserva de jurisdição, como observado – se não for analisada previamente e proferida por Magistrado competente, seus efeitos não se espalharão para o surgimento de novos gravames ao ofensor, em caso de reiteração. Desprovida de judicialidade – isto é, não emanada de Juiz competente – em caso de reiteração pelo ofensor não poderemos falar em possibilidade de prisão preventiva (art. 313, IV, CPP), ou em incidência de novo crime (art. 24-A, Lei Maria da Penha). Ora, se a medida não foi previamente submetida e analisada, fundamentada explicitamente e nem ordenada por quem de direito segundo a ordem constitucional, seu descumprimento não poderá acarretar novo crime nem ensejará prisão preventiva.

E nem se alegue que uma interpretação de caráter ampliativo, fundado em princípios maximizadores do *discrimen* outrora referido poderia possibilitar os gravames de repressão do *contempt* nesses casos. Tais princípios operam em questão de implementação de direitos materiais e sob premissa metodológica interpretativa geral. Mas não há como negar a existência de regras constitucionais e infraconstitucionais que estariam sendo ofendidas diametralmente. A colisão entre regras é diferente da colisão de princípios e a forma para sua resolução é também diversa.

Daí, de novo, precisamos duvidar da razoabilidade da *intentio legis* nesse caso. Outorga-se possibilidade novel, sem garantia de que as premissas ordenadas possam ser cumpridas à saciedade para evitar novos danos. E isso só faz soçobrar os interesses e anseios da pessoa que deveria ser o sujeito da proteção: a mulher vítima de violência doméstica ou familiar. A pessoa nesta condição tem o direito de ter seu pedido analisado e o pleito determinado por um juiz competente; tem direito de ter garantias amplas dadas pela legislação processual que a reiteração nestes atos será punida com elementos processuais adequados e efetivos. E não descuremos que o ofensor também é pessoa sujeita de direitos que lhe garantem a Constituição Federal. Ele tem direito de saber quais, que efeitos e prazos tem as medidas contra ele tomadas, bem como as sanções de seu descumprimento. Deverá conhecer por escrito – em documentação essencial para o debate

judiciário - a fundamentação das ordens que lhe foram emanadas e suas justificativas legais.

O que se teme – e nosso objetivo é mais o do vigilante atalaia, que do o letrado escriba – é que o Direito seja usado, garantias alvitradas e promessas institucionais empenhadas sem contrapartida. A nada serve para a mulher vítima de violência que o agressor retorne a incomodá-la e que não seja punido por isso; ou que a atividade hermenêutica – não desautorizada porque *pro reo* e se trata de matéria penal - venha na futura a catalogar as medidas protetivas em judiciais (oriundas de análise prévia de membro do Poder Judiciário) e não judiciais (advindas da decretação de autoridades administrativas, meramente homologadas pelo Juiz), sendo que às primeiras atribua meios de coerção e cumprimento amplos e às segundas não.

Isso não é responsável com o direito das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Elas precisam de proteção, de cuidado objetivo, de empenho, de políticas públicas de resultado. E isso perpassa também a atuação processual, mas com critérios metodológicos e técnicos, porque o Direito é ciência que perpassa e influencia a vida das pessoas. O ofensor que reitera atos de violência deve ser punido criminalmente com a possibilidade de decretação de sua prisão preventiva – porque isso garante à vítima proteção processual e material, é um reforço à suas garantias legais.

Há um perigo sério e grave, novamente anunciado: a pretexto de prodigalizar as medidas protetivas, outorgando sua concessão a autoridades administrativas – mesmo que profissionais de carreira jurídica de estado – e retirando o caráter de reserva de jurisdição, corre-se risco de fazer troça com o direito de quem mais precisa. As mulheres estariam “protegidas” por uma medida cautelar inconstitucional e processualmente inválida e o descumprimento a estas medidas não sofreria sanção alguma.

E prejuízos incontáveis à coerência e ordem do sistema processual penal de garantias se avizinham. Aguardemos o testemunho da História. Teremos medidas protetivas de duas classes, em breve futuro, a permanecer assim o *status quo*: aquelas ordenadas pelo Juiz, que contará com os pressupostos típicos e poderá levar a consequências jurídicas e processuais sérias em casos de descumprimento (crime de descumprimento de medidas protetivas e/ou decretação de prisão preventiva, por exemplo); e aquelas ordenadas por agente administrativo que, advindas de agente constitucionalmente incompetente, serão inválidas e não terão qualquer efeito além de sua execução imediata no mundo fenomênico, sem que redunde qualquer proteção ou garantia processual prospectiva à mulher vítima de violência.

A novidade legislativa implementada no art. 12-C da Lei 11.340 pode fazer mais mal que bem às mulheres vítimas de violência: as medidas serão tomadas ao calor dos acontecimentos, por profissional constitucionalmente incompetente para analisá-las e que está em execução de tarefas que lhe demandam, por vezes, vigor físico e tirocínio mental incompatíveis com a atividade de ponderação jurídica de valores em discussão. Além disso, há o risco de enxergar-se na novel legislação, por via interpretativa *pro reo* uma “cautelar menor”, com âmbito protetivo mais restrito e que não trará à mulher vítima de violência a possibilidade de uma resposta efetiva em caso de reiteração de condutas pelo ofensor.

Esse é o acesso à ordem jurídica justa, íntegra e conforme que queremos para as pessoas envolvidas nesse cenário? Não estaremos aviltando ainda mais as mulheres que estão sob essa difícil condição, fazendo-a ouvir e crer em mais esta promessa legislativa e institucional descumprida?

Conclui-se com um chamado à reflexão detida e assertiva sobre a conveniência da manutenção dessa via transversa de medida cautelar, ordenada sem o prévio exame jurisdicional apropriado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. [Coleção Ensaio de Processo Civil – vol. 3]. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 18ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2018.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006**: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. [Coleção Saberes Monográficos] 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (texto compilado). Presidência da República. Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <http://planalto.gov.br>, Acesso em 14/08/2019.

_____. **Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal (texto compilado). **Presidência da República**. Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <http://planalto.gov.br>, Acesso em 14/08/2019.

_____. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006** (texto compilado). Presidência da República. Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <http://planalto.gov.br>, Acesso em 14/08/2019.

_____. **Lei 13.827/2019, de 13 de maio de 2019**. Presidência da República. Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <http://planalto.gov.br>, Acesso em 14/08/2019.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha** – a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Estado Legal**. Revista de Direito Administrativo n. 157, jul./set. 1984. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1984.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da Fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. 3ª ed. rev. atual. e de acordo com a ADI 4424. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Lei Maria da Penha comentada** – sob a perspectiva dos direitos humanos. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.