



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

ISABELLA LAURINDO SILVA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE
URGÊNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NA LEI MARIA DA PENHA:
O princípio da reserva de jurisdição versus o direito à vida e à integridade
física da vítima de violência doméstica.**

**JOÃO PESSOA
2020**

ISABELLA LAURINDO SILVA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE
URGÊNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NA LEI MARIA DA PENHA:
O princípio da reserva de jurisdição versus o direito à vida e à integridade
física da vítima de violência doméstica.**

Monografia apresentada à Universidade Federal
da Paraíba como pré-requisito para a obtenção de
título de Bacharel em Direito
Área: Direito Constitucional, Direito Processual
Penal
Orientador: Prof. Eduardo de Araújo Cavalcanti

JOÃO PESSOA

2020

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

S586i Silva, Isabella Laurindo.

A (in) constitucionalidade da concessão de medida protetiva de urgência pelo delegado de polícia na lei Maria da Penha : o princípio da reserva de jurisdição versus o direito à vida e à integridade física da vítima de violência doméstica / Isabella Laurindo Silva. - João Pessoa, 2020.

49 f.

Orientação: Eduardo de Araújo Cavalcanti.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Violência doméstica. 2. Medida protetiva de urgência. 3. Delegado de polícia. 4. Reserva de jurisdição. I. Cavalcanti, Eduardo de Araújo. II. Título.

UFPB/CCJ

ISABELLA LAURINDO SILVA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE
URGÊNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NA LEI MARIA DA PENHA:
O princípio da reserva de jurisdição versus o direito à vida e à integridade
física da vítima de violência doméstica.**

Monografia de graduação elaborada como pré-requisito à conclusão de curso de graduação em Direito. Submetida ao corpo docente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

Aprovada em _____ / _____ março _____ / _____ 2020.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Ms. Eduardo de Araújo Cavalcanti

Membro: Prof. Dr. Rômulo Rheno Palitot Braga

Membro: Profa. Dra. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

RESUMO

Este trabalho busca analisar a inserção do artigo 12-C na lei 11.340, que ocorreu em maio de 2019, do ponto de vista da sua constitucionalidade. Isto porque esse artigo dispõe que o delegado de polícia ou o policial, na indisponibilidade do delegado, podem conceder diretamente a medida protetiva de afastamento do agressor do lar, quando o município não for sede de comarca e quando houver risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher. Assim, um ato que possui reserva de jurisdição, já que lida com a restrição da liberdade do acusado, foi transferido para a competência das delegacias. Por esse motivo, será analisado neste trabalho o conceito e motivo de existência do princípio da reserva de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro. Bem como, será analisado o princípio da proporcionalidade para se chegar à conclusão de que o Estado tem sido inefetivo no combate a violência doméstica e por isso, buscou criar uma lei que desrespeita os direitos fundamentais de outrem numa tentativa de suprir essa inefetividade. Além disso, serão debatidas algumas possíveis consequências práticas do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 12-C da lei Maria da Penha.

Palavras-chave: violência doméstica. Medida protetiva de urgência. Delegado de polícia. Reserva de jurisdição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I	8
1.1 Histórico da Lei Maria da Penha	8
1.2 O problema da inefetividade da lei Maria da Penha.....	12
1.3 A Inserção do art. 12-C na lei 11.340.....	14
CAPÍTULO II	19
2.1 Os direitos constitucionais à vida e à integridade física da vítima.....	19
2.2 O delegado de polícia e a análise da sua competência para a concessão de medidas protetivas	20
2.3 O princípio da reserva de jurisdição e os direitos constitucionais do acusado....	23
2.4 Da medida cautelar de afastamento do lar como forma de restrição da liberdade do acusado.....	27
2.5 A ação direta de inconstitucionalidade 6138	29
CAPÍTULO III	33
3.1 O problema da colisão entre direitos fundamentais	33
3.2 Das consequências práticas do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 12-C da lei 11.340	38
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

A lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, foi um importante marco no combate à violência física, psíquica, moral, patrimonial e sexual contra a mulher. Essa lei delimitou o conceito de violência doméstica e familiar e reiterou que a vida e a integridade física das mulheres são direitos humanos.

Ademais, ela trouxe dispositivos que buscam evitar o cometimento da violência, como, por exemplo, a concessão de medidas protetivas de urgência e também trouxe dispositivos que auxiliam a vítima após a ocorrência da violência, através da criação de uma rede de assistência que garante atendimento médico, manutenção de vínculo trabalhista, a implementação de atendimento policial especializado, entre outros direitos.

Apesar dos inúmeros avanços, os números da violência doméstica ainda são alarmantes no Brasil. Conforme dados do Fórum Nacional de Segurança Pública (2019), no relatório Violência em Números 2019, foram 1.206 vítimas de feminicídio no país, o que representa um crescimento de 11,3% em relação ao ano de 2018. E ocorreram 263.067 casos de lesão corporal dolosa contra mulheres, o que representa um registro a cada dois minutos.

Nesse contexto, a administração pública percebeu, paulatinamente, que a edição da lei Maria da Penha, nos moldes em que ela foi publicada em 2006, não seria suficiente para combater de maneira incisiva o problema de saúde pública que é a violência doméstica. Assim, foram feitas algumas alterações na lei 11.340, bem como foi editada a lei 13.140 de 2015 que incluiu a qualificadora de feminicídio no artigo 121 do Código Penal.

Nesse contexto, o poder legislativo tem feito várias alterações na lei 11.340 numa tentativa de proteger de maneira mais efetiva as vítimas de violência doméstica. Uma demonstração desse fato foi a entrada em vigor da lei 13.827, em maio de 2019, que inseriu o artigo 12-C na lei Maria da Penha. Esse artigo determina que o delegado de polícia, e o policial, na indisponibilidade do delegado, podem conceder diretamente a medida protetiva de urgência de afastamento do agressor do lar em município que não for sede de comarca e havendo risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

A concessão de medidas protetivas no processo penal brasileiro é, como regra, atividade exclusiva do juiz. Até a inserção do artigo 12-C na lei 11.340, o

delegado de polícia deveria representar à autoridade judicial o pedido de concessão das medidas protetivas realizado pela vítima no prazo de até 48 horas, e o juiz deveria decidir, também, no prazo de 48 horas. Ocorre que, na prática, esses prazos não eram cumpridos. Por esse motivo, muitas vítimas de violência doméstica se sentiam acuadas em irem à delegacia e apresentarem queixa-crime contra os seus agressores, já que não confiavam na efetividade da justiça e tinham medo de represálias. Assim, a inserção do art. 12-C tem o objetivo de dar mais celeridade às concessões de medidas protetivas, as quais podem ser conferidas nas próprias delegacias, desde que cumpridos os requisitos.

Desse modo, o objetivo deste trabalho é analisar a constitucionalidade do artigo 12-C da lei 11.340, já que, no mundo acadêmico, as opiniões divergem bastante. De um lado, os apoiadores da medida afirmam que a vida e a integridade física da vítima devem prevalecer em qualquer situação. E de outro, os não apoiadores afirmam que o artigo é inconstitucional, pois fere o princípio da reserva de jurisdição, já que a medida protetiva de urgência deve ser concedida exclusivamente pelo juiz.

Nesse contexto, serão analisados neste trabalho o princípio da reserva de jurisdição e a garantia dos direitos fundamentais da vítima e do acusado, bem como o princípio da proporcionalidade e alguns possíveis reflexos da declaração de constitucionalidade do dispositivo para o direito brasileiro. Para atingir esse objetivo foi realizada pesquisa bibliográfica principalmente em matéria constitucional, penal e processual penal.

A justificativa para a escolha do tema aqui trabalhado se baseia no fato de que a violência doméstica e familiar é um grave problema de saúde pública que assola o Brasil, por esse motivo, qualquer medida atinente a esse tema é de extrema importância tanto para o campo jurídico, quanto para o campo social, e merece ser debatido.

Quanto a metodologia utilizada, trata-se de uma pesquisa com objetivo descritivo, que utiliza o método dedutivo e que emprega como técnica de coleta de dados a revisão bibliográfica e de argumentos jurisprudenciais, além de trazer resultados de natureza qualitativa.

Este trabalho está organizado em três capítulos para facilitar a compreensão do leitor. O primeiro traz um breve histórico da lei Maria da Penha, relata o problema da sua proteção inefetiva a partir dos dados da violência doméstica no

Brasil, além de trazer o contexto de criação da lei 13.827, e a inserção do artigo 12-C na lei 11.340.

O segundo traz uma análise, de um lado, do direito constitucional à vida e à integridade física da mulher e, de outro lado, uma análise do princípio da reserva de jurisdição e da proteção dos direitos fundamentais do acusado, trazendo citações dos principais autores do direito constitucional, penal e processual penal sobre o assunto.

E por fim, o terceiro capítulo traz uma breve discussão acerca da colisão entre direitos fundamentais e de como o princípio da proporcionalidade, através da análise de possíveis consequências práticas, pode ser utilizado neste caso em concreto para ajudar a se chegar a uma conclusão acerca da (in) constitucionalidade do artigo 12-C.

CAPÍTULO I

1.1 Histórico da Lei Maria da Penha

A lei 11.340, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, foi publicada em 22 de setembro de 2006 e desenvolvida com o objetivo de punir e reprimir casos de violência doméstica contra a mulher.

A lei ficou conhecida por esse nome porque só houve a iniciativa da sua criação no ano de 2002 através do Projeto de lei 4559, de relatoria da deputada Federal Jandira Feghali, a partir do caso da senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Ela foi vítima de inúmeras agressões e tentativas de homicídio pelo seu marido, a primeira delas no ano de 1983, momento em que levou um tiro de espingarda e ficou tetraplégica.

Apenas após 19 anos da ocorrência dos fatos, no ano de 2002, o agressor foi preso, porém foi posto em liberdade dois anos depois. O caso de extrema impunidade sofrido por Maria da Penha ficou conhecido internacionalmente devido à formalização da denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos proposta pelo Centro Pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

No ano de 2001, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao pagamento de vinte mil dólares à Maria da Penha em decorrência da negligência e omissão do Estado diante da violência sofrida por ela. Além disso, o relatório número 54 da OEA recomendou que o Brasil adotasse uma série de medidas para dar efetividade a punição dos agressores, dentre elas a “simplificação dos procedimentos judiciais penais para que fosse reduzido o tempo processual” (OEA, 2001).

Apesar de já existir previsão Constitucional¹ acerca da proteção das mulheres, a lei Maria da Penha foi um marco para o direito penal brasileiro, já que

¹ O artigo 226, § 8º, CF e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, promulgada pelo Presidente da República em 2002, e que tem natureza jurídica materialmente constitucional por ser tratado de Direitos Humanos,

reconheceu esse grave problema de saúde pública que acomete o Brasil desde os seus primórdios.

Em sua obra *A Lei Maria da Penha da Justiça*, a professora Maria Berenice Dias (2019, p. 22) descreve o ciclo da violência. Segundo a autora, sempre existiram papéis de homem e mulher na sociedade. O primeiro tinha o dever de prover a família. A segunda tinha o dever de cuidar do lar. Tal diferenciação fez gerar a ideia de submissão da mulher em relação ao homem. Os sentimentos de medo, inferioridade e a dependência econômica que acomete a mulher acabam corroborando essa situação. Daí surge a violência psicológica, a tentativa de afastar a vítima da família, o ciúme excessivo, até ocorrer a violência física. A mulher, por sua vez, minimiza as agressões, acredita na mudança do seu algoz, ou simplesmente silencia.

Nesse contexto, a lei 11.340 veio para dar mais visibilidade a esse problema e punir com mais seriedade os agressores. Além disso, a lei tem o objetivo de assegurar os direitos humanos das mulheres e obrigar o Estado a disponibilizar políticas públicas adequadas de prevenção e de assistência às vítimas.

Entre as principais medidas presentes na lei estão a criação de um conjunto articulado de ações entre os entes federativos que têm como diretrizes a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, a criação de Delegacias de Atendimento à Mulher, a capacitação das polícias, a realização de campanhas educativas e a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, entre outras.

Não é toda violência praticada contra a mulher que é enquadrada no conceito proposto pela lei Maria da Penha.

definimos violência doméstica como sendo a agressão contra a mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com a finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando a sua hipossuficiência. (CUNHA; PINTO, 2019, p. 54)

Nesse sentido, o art. 5º da lei 11.340 criminaliza apenas a violência cometida contra a vítima pelo fato dela ser mulher. Conforme afirma Cunha e Pinto (2019, p.54) para haver configuração é necessário que, no caso concreto, verifique-se a condição de hipossuficiência e inferioridade física, psicológica ou econômica da vítima, sendo necessário, ainda, a caracterização do vínculo de afetividade, familiar ou doméstico entre os sujeitos. Em todos os casos não é preciso que haja a coabitação².

É importante ressaltar que o conceito de família foi modificado ao longo dos anos. Desse modo, atualmente, a família a ser considerada na lei Maria da Penha não é aquela apenas formada pelo homem e pela mulher através do casamento, mas sim a família formada por casais homossexuais, ou por pessoas que vivem apenas em união estável ou até mesmo famílias monoparentais, sendo todas elas ligadas pelo elemento afeto³.

Nesse contexto, já existe jurisprudência que reconhece, por exemplo, a incidência da lei Maria da Penha em relações homoafetivas entre mulheres, entre mãe e filha, entre namorados, desde que estejam presentes todos os requisitos explicitados anteriormente. Assim, não é apenas o homem que pode ser o autor da violência. No entanto, durante este trabalho, será utilizada a nomenclatura no masculino para facilitar o entendimento do leitor.

Além disso, a lei é propositamente abrangente quanto aos ambientes de cometimento dos delitos. Além do ambiente familiar, o art. 5º também trouxe o ambiente doméstico e a relação íntima de afeto. No primeiro caso, “compreende aquele praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança” (CUNHA; PINTO 2019, p. 55).

O segundo, trata-se de uma espécie de abrangência residual, pois abarca casos em que os algozes não são familiares ou não convivem com a vítima no mesmo ambiente doméstico. É o caso, por exemplo, de violência cometida por ex-namorado, não importando o tempo do término ou mesmo o tempo do relacionamento.

² A súmula 600 do STJ dispõe que “para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

³ Alguns julgados demonstram esse fato como o REsp 1183378/RS, o HC 277561/AL e o REsp 1416580/RJ

A jurisprudência majoritária reconhece o fato de que o sujeito passivo da violência é sempre uma mulher. Assim, não existem casos de violência doméstica contra homens. Além disso, a jurisprudência reconhece, também, que dentro do termo “mulher” está o gênero feminino, devendo haver proteção para travestis, transexuais e lésbicas⁴, por exemplo.

Ademais, é importante chamar a atenção para o fato de que a lei Maria da Penha traz de forma clara, no seu art. 7º, as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Apesar de não ser um rol exaustivo, o referido artigo traz os tipos de violência que mais acometem as vítimas e que não necessariamente precisam configurar um ilícito penal.

A violência física é aquela que ofende dolosamente a integridade física e a saúde corporal. Segundo Cunha e Pinto (2019, p.78) a violência psicológica, apesar de acontecer de forma velada, atinge a vítima tanto quanto qualquer outro tipo de violência, e é caracterizada por atingir severamente o emocional, a autoestima e a dignidade, a partir da humilhação e discriminação da vítima.

Há também a violência sexual. Durante muito tempo existia um tabu acerca da existência ou não de violação sexual dentro do casamento, já que se acreditava que a satisfação do marido era um dever da mulher. No entanto, esse pensamento já está ultrapassado. Sempre que a mulher é forçada a ter relação sexual ou praticar qualquer ato libidinoso, mesmo que seja com seu marido ou companheiro, há estupro, o qual é abarcado pela lei Maria da Penha. Não é apenas o estupro que pode configurar violência doméstica, mas todos os crimes contra a dignidade sexual previstos no Título VI, Capítulo I do Código Penal. A lei também enquadra a violência patrimonial.

E finalmente pela violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que figure retenção subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. (REGIS, 2014, on-line)

⁴ RESE 0001312-52.2018.8.07.0020 TJDFT 0001312-52.2018.8.07.0020, Rel. Silvanio Barbosa dos Santos, Segunda Turma Criminal, Julgado em: 14/02/2019. Dje: 20/02/2019

Assim, é importante destacar que esse tipo de violência se trata de uma retenção, subtração ou destruição em razão do gênero e que tem a finalidade de causar dor ou dissabor à mulher, pouco importando os valores subtraídos (RÉGIS, 2014). Nesse contexto, com o objetivo de dar mais efetividade ao dispositivo supramencionado, a jurisprudência vem entendendo não ser cabível nesses casos as imunidades dos artigos 181 e 182 do Código Penal, e, tampouco, a aplicação do princípio da bagatela, bastante aplicado em pequenos crimes patrimoniais.

E por fim, também está prevista no inciso V do art. 7º da lei 11.340 a violência moral, que é caracterizado por condutas que configurem calúnia, injúria e difamação. Nesses casos, a pena será agravada conforme o art. 61, II, f, do Código Penal em virtude de ser praticado contra a mulher. Assim como a violência psicológica, trata-se de uma forma de humilhação e ridicularização da mulher, também merecendo a proteção da lei.

Isto posto, percebe-se que a lei Maria da Penha foi estruturada para abranger, de maneira bastante completa, as formas e âmbitos de incidência de violência doméstica com o objetivo de dar mais visibilidade a esses casos e maior punição aos agressores, diminuindo a sensação de impunidade que assolava o país antes da sua criação. Apesar, de ter sido um grande avanço para o direito penal brasileiro, desde a sua entrada em vigor no ano de 2006, a lei 11.340 sofre alguns problemas quanto a sua efetividade, tema que será abordado a seguir.

1.2 O problema da inefetividade da lei Maria da Penha

Como exposto anteriormente, a lei 11.340 surgiu em 2006 com o objetivo principal de prevenir e reprimir os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Desde a sua entrada em vigor, no dia 22 de setembro daquele ano, foram depositadas inúmeras expectativas de que haveria uma resposta eficaz para a prática das infrações penais nela previstas.

Apesar dos incontáveis avanços na proteção das vítimas, como o seu atendimento preferencialmente por servidoras mulheres, o devido cuidado para que não haja a revitimização, a concessão de medidas protetivas de urgência, o encaminhamento da mulher e dos filhos para um abrigo seguro, a garantia de manutenção no emprego, e principalmente a criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar, que impediu a aplicação do *sursis*

processual, percebeu-se que os número de violência doméstica no país ainda eram alarmantes.

Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) divulgado em 2013 chamado *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*⁵ afirmou que as taxas de mortalidade por 100 mil mulheres foram 5,28 no período 2001-2006, antes da edição da lei Maria da penha, e 5,22 em 2007-2011, depois. Desse modo, percebe-se que não houve grandes alterações no cenário da violência doméstica que culmina em óbitos, no Brasil, após a edição da lei 11.340.

Por esse motivo, com o objetivo de dar mais efetividade e de melhorar o aparelhamento de proteção das vítimas, houve diversas mudanças no texto da lei ao longo dos anos. Entre os mais importantes está a disposição inserida pela lei 13.880/2019, que determina o dever de se verificar se o agressor possui posse de arma de fogo ou registro de porte, e em caso afirmativo, o delegado de polícia tem o dever de juntar aos autos essa informação e notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos da Lei nº 10.826/03, bem como notificar o juiz, o qual deve determinar imediatamente a apreensão de arma de fogo sob a posse do agressor.

Além da disposição inserida pela lei 13.894 de informar à ofendida dos direitos a ela conferidos e dos serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para o eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável.

Importante destacar, ainda, a criação do delito de descumprimento de medidas protetivas de urgência, incluído pela lei 13.641/2018, o qual é punido com pena de detenção de três meses a dois anos. Além do dever conferido às escolas de matricular os dependentes da vítima de violência doméstica em instituição de educação básica próxima do domicílio da mulher, ou transferi-los para essa instituição, conforme lei 13.882/2019, que inseriu o § 7º na lei Maria da Penha.

Todas essas complementações demonstram a busca do legislador pela justiça social e a tentativa do Estado de dar uma resposta mais eficaz para esse

⁵ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. Leila Posenato Garcia, Lúcia Rolim Santana de Freitas, Gabriela Drummond Marques da Silva, Doroteia Aparecida Höfelmann. Brasília: Ipea, 2013.

problema de saúde pública. Afinal, os dados da violência doméstica e familiar contra a mulher ainda são bastante altos, reflexo da cultura machista e misógina altamente intrínseca à sociedade, conforme relatado anteriormente.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou pesquisa intitulada *Visível e Invisível: a vitimização da Mulher no Brasil* (2019). Segundo o estudo, 536 mulheres foram vítimas de agressão física a cada hora no ano de 2017 (um total de 4,7 milhões de mulheres). Ainda, 37,1% das brasileiras com 16 anos ou mais relataram ter sofrido algum tipo de assédio nos últimos 12 meses (um total de 22 milhões).

Nesse contexto, 76,4% das mulheres que sofreram violência afirmam que o agressor era alguém conhecido (crescimento de 25% em relação a 2016, quando 61,2% das mulheres afirmaram conhecer o agressor). E 42% afirmam que a violência aconteceu dentro de casa. Outro dado preocupante é que apenas 10,3% das mulheres que sofreram violência procuraram a delegacia da mulher e 8% procuraram a delegacia comum. Ainda mais preocupante é o dado de feminicídio no Brasil. Segundo o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019, p. 109) foram 1.206 mortes em razão do gênero em 2018.

Desse modo, percebe-se que a lei 11.340 e suas alterações foram de extrema importância para o cenário de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porém, ainda há um longo caminho pela frente, a ser percorrido pelo Estado, até que ele dê uma proteção efetiva às vítimas.

1.3 A Inserção do art. 12-C na lei 11.340

Em uma tentativa de dar mais celeridade e efetividade à proteção das vítimas de violência doméstica foi aprovada, em maio de 2019, a lei 13.827 que incluiu o artigo 12-C da lei 11.340, que assim dispõe

Art. 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.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (BRASIL, 2019)

Assim, incluiu-se a determinação de que o delegado de polícia pode decretar a medida protetiva de urgência de afastamento do lar quando o município não for sede de comarca e a mulher estiver em risco atual ou iminente à vida ou à integridade física. Também determina que, nas mesmas condições, caso o delegado não esteja disponível, é possível que o policial determine a medida protetiva de urgência.

O artigo 12-C traz, ainda, a disposição de que quando o delegado ou o policial determinar a medida protetiva, deve haver comunicação ao juiz no prazo máximo de 24 horas para que ele decida acerca da manutenção ou não da medida aplicada.

Apesar de não existirem dados específicos que demonstrem qual o real motivo da demora na concessão das medidas protetivas de urgência, o principal argumento para a inserção do artigo 12-C na lei 11.340 é o fato de que em municípios que não são sede de comarca, não é respeitado o prazo estabelecido pelo artigo 12, II c/c artigo 18, I da lei 11.340, de até 48 horas para o delegado de polícia enviar o pedido da concessão da medida protetiva de urgência para o juiz e de igual prazo para que haja a resposta do juiz acerca da concessão ou não, em virtude da dificuldade de notificação do juízo e da acumulação de trabalho do juiz, que fica responsável por diversos municípios. Além da demora de intimação do acusado através do oficial de justiça.

Assim, infere-se que o legislador, diante de uma dificuldade logística (a ausência de comarca no município), transferiu a competência da concessão da medida de afastamento do lar direto para o delegado ou policial numa tentativa de evitar a morosidade para a apreciação do juiz e para notificação do acusado com o objetivo de gerar celeridade na proteção das vítimas.

Ocorre que, existe uma grande celeuma em relação a constitucionalidade desse dispositivo. No ano de 2017, projeto de lei de autoria do Deputado Federal Sérgio Vidigal (PDT-ES) tentou incluir o artigo 12-B na lei 11.340,

o qual tinha redação bem semelhante ao atual artigo 12-C, porém foi vetado pelo Presidente da República da época, Michel Temer. Assim dispunha o artigo 12-B:

Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o agressor.

§ 1º O juiz deverá ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo.

§ 2º Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no caput, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do agressor. (BRASIL, 2017)

Conforme se nota, não há grandes diferenças entre os dispositivos. O art. 12-B dispunha sobre a possibilidade de concessão de medidas em caso de risco à integridade psicológica da mulher, além de abranger maior quantidade de medidas protetivas que poderiam ser concedidas pelo delegado, enquanto o art. 12-C trata apenas da medida de afastamento do lar.

Porém, o núcleo essencial, que é o fato de a autoridade policial poder conceder medidas protetivas, é mantido nos dois dispositivos. Este é o principal ponto de divergência no debate da (in) constitucionalidade. A justificativa dada pelo Presidente Michel Temer, através da mensagem 436 de 2017, foi a de que

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. (BRASIL, 2017)

Os artigos da Constituição Federal citados no veto do Presidente Michel Temer são: o 2º que trata dos poderes executivo, legislativo e judiciário serem independentes e harmônicos entre si e o 144, § 4º que trata da competência das polícias civis, as quais incumbem as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

Desse modo, a concessão de medidas protetivas de urgência seria ato exclusivo do juiz, ou seja, dotado de reserva de jurisdição, e não poderia ser

transferido para outra autoridade, sob pena de desobedecer a Constituição Federal de 1988 em pelo menos dois momentos, que são: no inciso LIV do artigo 5º, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988) e no inciso XI também do artigo 5º que dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador” (BRASIL, 1988).

Por outro lado, conforme os dados explicitados no capítulo anterior, a violência doméstica e familiar contra a mulher ainda é um grave problema social que deve ser combatido pelo Estado. Todos os dias, centenas de mulheres são espancadas, dezenas são mortas, a grande maioria por parentes próximos, inclusive companheiros e ex-companheiros.

Além de punir de forma mais efetiva os agressores, o Estado tenta, acima de tudo, prevenir que esses casos não ocorram, tanto a longo prazo, através de políticas educacionais, quanto a curto prazo, através de medidas como a prevista no artigo 12-C da lei 11.340.

Isto porque, o artigo 12-C funcionaria como uma resposta imediata às mulheres extremamente fragilizadas que procuram as delegacias para informar à autoridade policial sobre a violência que sofreram. Nesses casos, havendo a percepção do delegado dos requisitos presentes no artigo ele pode, de imediato, mandar notificar o acusado para que ele se afaste do lar e só depois encaminhar o pedido da vítima para apreciação judicial.

Assim, segundo os defensores da medida, as mulheres em geral, vão se sentir mais confiantes em denunciar os seus algozes por saberem que terão a garantia de receber proteção estatal de imediato, e não terão que aguardar uma decisão judicial para terem a sua medida protetiva efetivada. Isto porque, o medo do acusado e o medo de não receber o anteparo esperado do Estado são as principais causas da subnotificação dos dados desse problema de saúde pública. Por esse motivo, a dignidade humana da mulher prevaleceria em detrimento dos direitos do acusado, através da proteção da sua vida, da sua integridade física, psicológica, moral, patrimonial e sexual.

Ocorre que, por outro lado, também deve ser analisado o princípio da reserva de jurisdição e o motivo da sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, além de analisar mais profundamente as possíveis consequências práticas da

inserção do artigo 12-C, numa tentativa de se chegar a uma conclusão acerca da sua constitucionalidade.

Desse modo, chega-se ao objetivo principal deste trabalho, que é analisar se a concessão de medidas protetivas de urgência é um caso de reserva de jurisdição e, em caso positivo, verificar se no confronto entre os direitos fundamentais do acusado e da vítima, algum deve, necessariamente, prevalecer sobre o outro ou se existem outras formas de combater o problema da morosidade da concessão de medidas protetivas de urgência.

CAPÍTULO II

2.1 Os direitos constitucionais à vida e à integridade física da vítima

Com exposto anteriormente, o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher no ano de 1984, que conceitua a discriminação contra a mulher e se compromete a adotar uma série de medidas para eliminar tais discriminações. Essa Convenção tem papel fundamental no reconhecimento desse tipo de violência em todos os âmbitos, sendo o primeiro passo dado pelo Brasil na proteção dos direitos humanos das mulheres.

Dez anos depois, no ano de 1994, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará. Essa Convenção da uma atenção especial à proteção da violência doméstica, familiar e em qualquer relação interpessoal.

Ela garante em seu artigo 3º que na esfera pública e na esfera privada as mulheres possuem o direito de serem livres da violência. Além do direito à vida, à integridade física, à liberdade, à dignidade e à igualdade, todos claramente dispostos no art. 4º da Convenção.

A Convenção de Belém do Pará dispõe que é dever do Estado signatário

adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos. (BRASIL, 1994).

Desse modo, percebe-se que foi colocado como dever dos Estados a busca pela efetividade os direitos dispostos na Convenção, inclusive com a modificação da legislação interna e a criação de procedimentos jurídicos eficazes no combate à violência contra a mulher.

A Constituição da República de 1988 tomou o devido cuidado ao dispor sobre a proteção da mulher. Foi assegurado no artigo 5º a igualdade de direitos com

os homens e a proteção do seu mercado de trabalho. E, finalmente, em 2006, entrou em vigor a lei Maria da Penha, que deu destaque ao problema da violência doméstica no cenário nacional e trouxe no seu artigo 6º a reafirmação de que esse tipo de violência constitui violação dos direitos humanos.

Conforme exposto, são vários os dispositivos que tratam da proteção da mulher, em especial contra a violência doméstica. O artigo 12-C da lei Maria da Penha foi uma forma de tentar concretizar essa proteção, fazendo valer os deveres do Estado dispostos na Convenção de Belém do Pará. O seu objetivo primordial é fazer com que o agressor se afaste do lar de maneira mais célere.

A primeira autoridade com quem a vítima tem contato logo após a violência, em regra, é o delegado de polícia. Logo, a maneira mais rápida de fazer com que o alvo se afaste do lar e, consequentemente, da mulher, seria a transferência de poder de decisão para o delegado.

Segundo os defensores dessa medida, a morosidade do poder judiciário na concessão das medidas protetivas de urgência é uma das principais causas da sensação de ineefetividade da Lei Maria da Penha. Já que a mulher, após realizar a queixa-crime, volta para a sua residência e têm que se encontrar e conviver novamente com seu alvo. Desse modo, ela não possui uma proteção rápida e efetiva. Em grande parte dos casos, o lapso temporal entre a narrativa da violência e a concessão da medida protetiva pelo juiz é crucial para que ocorram mais ameaças, violência física e até mesmo que muitas vidas sejam ceifadas.

Por todos esses motivos, o afastamento do lar decidido pelo delegado de polícia seria uma forma de dar celeridade na proteção das vítimas e, assim, concretizar todo o arcabouço legislativo de resguardo da mulher. No entanto, essa nova disposição prevista na lei Maria da Penha esbarra em direitos fundamentais do acusado, que são o direito ao devido processo legal e à vedação da invasão de domicílio, motivo pelo qual o tema deve ser analisado com cuidado.

2.2 O delegado de polícia e a análise da sua competência para a concessão de medidas protetivas

A polícia civil tem a função constitucional de investigar crimes e contravenções penais e, por esse motivo, é chamada de polícia judiciária. Ela tem o condão de dar subsídios probatórios suficientes para que o Ministério Público instaure

a ação penal. As suas atribuições estão previstas no artigo 144, § 4º da Constituição Federal.

Segundo esse mesmo artigo, são os delegados de polícia, as maiores autoridades da polícia civil, sendo responsáveis por gerir a delegacia administrativamente e também por comandar as investigações. Para se tornar um delegado é preciso ser bacharel no curso de direito e obter aprovação em um concurso público.

O papel do delegado de polícia é extremamente importante para a sociedade, pois cuida da segurança pública, resguardando os direitos fundamentais das pessoas. Daí surge o debate sobre a possibilidade de transferir para esta autoridade o papel de conceder a medida protetiva de afastamento do agressor do lar prevista na lei Maria da Penha. Alguns autores se manifestam a favor, como Rogério Sanches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto.

Não nos parece razoável afirmar, no entanto, que o dispositivo contraria a ordem constitucional, pois agentes policiais praticam rotineiramente - e de acordo com a lei, evidentemente - atos que restringem direitos fundamentais de cidadãos. Policiais civis e militares efetuam prisões em flagrante e, até que o delegado de polícia avalie a situação decida sobre a lavratura do auto de prisão, o indivíduo tem a sua liberdade restringida. (CUNHA; PINTO, 2019, p. 135)

Conforme a opinião dos autores, não há inconstitucionalidade visto que a autoridade policial já possui atribuições que cerceiam o direito à liberdade de outra pessoa como, por exemplo, decretar a prisão em flagrante ou conceder a liberdade provisória com ou sem fiança. Por esse motivo, essa autoridade também estaria apta a restringir a liberdade do agressor ao decretar a medida protetiva de afastamento do lar.

No mesmo sentido, afirma a Ex Desembargadora do TJRS e advogada, Maria Berenice Dias

Cabe atentar que tem o delegado a prerrogativa de decretar prisão em flagrante (CPP 304), conceder liberdade provisória com fixação de fiança (CPCC 322), busca pessoal (CPP 240 § 2º), entre tantas outras. Como tem a prerrogativa de fazer o mais – prender e soltar – de todo descabido que não lhe seja assegurada a possibilidade: de proibir o agressor de se aproximar da ofendida, de manter contato com ela ou de frequentar determinados lugares; de encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa de proteção ou de atendimento; ou ainda de determinar a recondução da ofendida e de seus dependentes ao

respectivo domicílio, após o afastamento do agressor. (DIAS, 2016, p.2)

Como se nota, Dias defende, inclusive, que seria possível que o delegado de polícia concedesse mais medidas além do afastamento do agressor do lar. Além disso, a autora afirma que ainda existe outro ponto primordial na defesa da constitucionalidade do artigo 12-C. De forma sucinta, ela acredita que, frente às dificuldades de proteção às mulheres que o Brasil enfrenta, não parece haver alternativa mais efetiva que a transferência dessa competência para as polícias.

Às claras que este alargamento de competência, para a polícia civil e militar assegure o direito à vida da mulher e sua família não afeta e nem diminui a atividade jurisdicional. Nada tem de inconstitucional. Simplesmente atenta a uma realidade: que a violência acontece em todos os lugares. E não há como a justiça se fazer presente com a urgência necessária. Como a polícia militar dispõe de uma rede que alcança os lugares menores e mais distantes, muitas vezes é o único representante do Estado, não havendo qualquer motivo para impedir que aja frente a uma situação de violência. (DIAS, 2019, p.200)

Assim, para esses autores, não há inconstitucionalidade no fato de o delegado e até mesmo policiais civis e militares concedam tais medidas, pois o direito à vida e à integridade física da mulher deve prevalecer em detrimento dos direitos do acusado.

Ocorre que, os argumentos de que o delegado e o policial podem decretar a prisão em flagrante, e conceder a liberdade provisória com ou sem fiança, utilizados para legitimar a concessão da medida de urgência por esses profissionais, não deve prosperar.

Isto porque a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso LXI afirma que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Da análise do artigo percebe-se que a prisão em flagrante não está sujeita ao princípio da reserva de jurisdição, pois o inciso traz as duas possibilidades de prisão de maneira alternativa. Ademais, o artigo 311 do Código de Processo Penal dispõe que qualquer do povo poderá prender alguém que se encontre em flagrante delito.

Além disso, o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, ninguém será levado à prisão ou nela mantido, ou seja, a Carta Magna autorizou que a lei decidisse

quando será possível a concessão da liberdade provisória e o artigo 322 do Código de Processo Penal disciplina que a autoridade policial poderá conceder a fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Nesse contexto, e como será debatido mais à frente neste trabalho, parece perigoso criar um precedente que transfira a prerrogativa de um juiz para o delegado de polícia e até mesmo para o policial, sem que haja previsão Constitucional, posto que esse fato pode servir de base para justificar que outras medidas que possuem reserva de jurisdição sejam aplicadas por autoridades que não sejam juízes, no futuro, da mesma forma que os referidos autores estão tentando fazer com a concessão de medidas protetivas de urgência.

Além disso, a redação do artigo 12-C traz algumas dúvidas quanto a sua aplicação. O primeiro debate está na expressão *não houver delegado disponível no momento da denúncia*, já que se trata de expressão abrangente e que não delimita de maneira adequada os casos em que o policial pode atuar sozinho.

Ademais, o texto do inciso III traz apenas o termo “policial”. Infere-se, portanto, que pode ser tanto a polícia civil, quanto a militar, já que essas são as duas que, frequentemente, lidam com esse tipo de ocorrência. No entanto, não há clareza para a atuação dos policiais federais e rodoviários federais, por exemplo.

Assim, a transferência de decisões que são da competência dos juízes para as delegacias, por si só, é um grave fato, pois fere o princípio da reserva de jurisdição, conforme será aprofundado nos tópicos anteriores. Além disso, o texto do artigo 12-C é bastante abrangente, o que pode gerar espaço para decisões arbitrárias e insegurança jurídica.

Desse modo, faz-se necessário um conhecimento mais aprofundado do conceito do princípio da reserva de jurisdição e do motivo da sua existência no ordenamento jurídico brasileiro para que se entenda melhor a sua importância na garantia de um estado democrático de direito.

2.3 O princípio da reserva de jurisdição e os direitos constitucionais do acusado

A jurisdição é “a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle

externo e com aptidão para tornar-se indiscutível” (DIDIER, 2015, p.153). A reserva de jurisdição, como o nome já infere, é a exclusividade do juiz no exercício de aplicação do direito. Ela é considerada um princípio constitucional implícito, pois não está expresso na Constituição, apesar de se manifestar de diferentes formas em seu texto.

O artigo 5º, por exemplo, traz alguns casos mais conhecidos desse fenômeno. O inciso XI, do referido artigo, dispõe que só é permitido entrar na casa de alguém sem permissão do morador, de dia através de decisão judicial, ou a qualquer momento em caso flagrante delito ou desastre. O inciso XII, também determina que o sigilo das comunicações telefônicas só pode ser quebrado através de decisão judicial.

Além disso, o inciso LIV dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O inciso LXI, determina que só pode haver prisão se houver também ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente ou em caso de flagrante delito.

Segundo Paulo de Castro Rangel (1997 apud CARVALHO, 2012, p.52) existem dois tipos de reservas de jurisdição: a absoluta e a relativa. No primeiro caso, o primeiro controle da jurisdição deve ser feito pelo juiz, não admitindo apenas um controle posterior. As reservas absolutas podem ser subdivididas em reservas de criação jurisprudencial e especificadas, esta última, por sua vez, pode ser repartida em reservas especificadas de natureza constitucional e de natureza inconstitucional.

Por outro lado, a reserva relativa admite que o poder judiciário profira a última palavra, nesse caso, é possível que outra autoridade profira a primeira decisão e o juiz faça um controle posterior da sua legalidade. Segundo o autor, os exemplos do artigo 5º da Constituição Federal citados anteriormente são exemplos de reserva de jurisdição absoluta especificadas de natureza constitucional, motivo pelo qual devem ser analisadas de pronto pela autoridade judicial.

Demonstrado o conceito e alguns exemplos do princípio da reserva de jurisdição, cumpre analisar o motivo da sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. De maneira geral, a reserva de jurisdição é reflexo do princípio da separação dos poderes.

A separação dos poderes, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 109), vem sugerida nos trabalhos de Rousseau, John Locke e Aristóteles, porém, apenas foi definida através de Montesquieu. Apesar de se apresentar de maneiras diferentes,

essas teorias foram de extrema importância para a criação do sistema existente atualmente no Brasil e em boa parte do mundo.

O objetivo principal delas era evitar a concentração do poder na mão de uma única pessoa, como ocorreu no absolutismo. No Brasil, o artigo 2º da Constituição Federal consagrou que o executivo, o legislativo e o judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si. Desse modo, segundo o texto Constitucional, essas três estruturas dispostas no artigo 2º devem conviver de maneira autônoma, ou seja, sem depender diretamente uma da outra, e também harmônica, de maneira a evitar conflitos.

Assim, surgiu a atribuição de cada poder, a do legislativo de criar as leis, a do judiciário de “dizer o direito” e o executivo de administrar o Estado, especializando as atividades e evitando decisões arbitrárias. Nesse sentido dispõe Paulo Castro Rangel citado por Fernanda Regina Vilares:

Ora, com o estabelecimento de uma reserva pretende justamente garantir-se que o órgão político-constitucionalmente pensado para se desincumbir de uma certa função, o faça efetivamente (e sem interferência de outro órgão). Trata-se, pois, de uma técnica normativa destinada a revigorar a ideia de separação dos poderes e onde, melhor do que em quaisquer outras, se verifica o fenômeno da contaminação material das normas organizatórias, por isso que se liga incindivelmente o domínio de uma matéria determinada à estruturação de um certo órgão (RANGEL, 1997 apud VILARES, 2010, p. 59).

O poder judiciário, possui a função jurisdicional, que já foi conceituado no início deste tópico. Nesse contexto, pressupõe-se uma situação de conflito que será resolvida a partir da aplicação do direito e com caráter de definitividade. Para que isso ocorra de maneira adequada, é preciso que o decisor esteja dotado de alguns atributos, como, por exemplo, a imparcialidade. Esse atributo é de extrema importância, principalmente no processo penal, pois se está lidando com a liberdade de outra pessoa e é fundamental que no Estado democrático de direito seja dada uma decisão justa e dentro dos parâmetros legais.

No absolutismo, por exemplo, conforme exposto anteriormente, o poder era concentrado inteiramente nas mãos do monarca, responsável por criar as leis e julgar as pessoas ao mesmo tempo. Assim, era feita apenas a vontade do rei, não havendo qualquer grau de imparcialidade, o que ocasionava muitas arbitrariedades.

Desse modo, o princípio da reserva de jurisdição está umbilicalmente ligado ao princípio da separação dos poderes, na medida em que o primeiro é uma consequência do segundo e ambos possuem o mesmo objetivo de limitar o poder do Estado sobre os indivíduos.

São por esses motivos que o legislador constituinte tomou o cuidado de elencar alguns casos em que é necessário que, exclusivamente, o juiz natural profira decisões. O objetivo primordial, no processo penal, é fazer com que sejam garantidos os direitos e garantias fundamentais do acusado, fazendo com que ele tenha um julgamento justo e que sejam tomadas as medidas adequadas ao caso concreto.

Na discussão trazida por este trabalho, o artigo 22, caput da lei Maria da Penha dispõe de maneira expressa que o juiz poderá aplicar as medidas protetivas de urgência quando constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Além disso, o Código de Processo Penal, aplicado de maneira subsidiária à lei Maria da Penha, dispõe no artigo 282, § 2º, que o juiz deve decretar as medidas cautelares mediante representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público, das partes ou mesmo de ofício, quando já instaurada a ação penal.

Ademais, o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1998). O devido processo legal é caracterizado pela garantia de submissão a um processo que obedeça a todas as disposições legais, devendo ser justo. Ele vai abranger uma série de outros princípios constitucionais como o direito de ação, de defesa, o direito à prova e o direito ao juiz natural e imparcial.

Nesse contexto, para que haja a privação da liberdade de qualquer pessoa é necessário que ela seja julgada pelo juiz natural e imparcial, princípios corolários do devido processo legal. Segundo eles, o juízo deve ser o legalmente competente e, além disso, ele não deve demonstrar qualquer tipo de preferência entre as partes, devendo tratá-las de maneira igualitária. Portanto, infere-se do artigo 5º, inciso LIV da CF, que ninguém pode ter a sua liberdade restrita sem a decisão da autoridade competente e imparcial.

Há, ainda, a disposição constitucional de vedação da invasão do domicílio, que afirma que ninguém pode adentrar no domicílio alheio durante o dia sem decisão judicial, ressalvada a situação de perigo ou de flagrante delito. Essa disposição é importante para assegurar o direito à privacidade das pessoas dentro de suas residências. De maneira geral, a reserva de jurisdição associada à privação da

liberdade do acusado e à vedação de violação do domicílio são os dois principais empecilhos da confirmação da constitucionalidade do artigo 12-C da lei 11.340.

2.4 Da medida cautelar de afastamento do lar como forma de restrição da liberdade do acusado

Analisados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que, no caso do debate proposto por este trabalho, dão garantias aos cidadãos, também é importante tratar da medida cautelar, analisando o seu conceito e a sua natureza, na busca por entender melhor o porquê da concessão dessas medidas protetivas diretamente pelo delegado de polícia seria considerado inconstitucional.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 843), a medida cautelar, em regra, é caracterizada por ser um instrumento utilizado pelo juiz quando não for o caso de decretação de prisão preventiva ou temporária e quando estiverem presentes alguns requisitos como o *fumus comissi delicti*, ou seja, a existência de materialidade, indícios de autoria e o *periculum libertatis*, ou seja, o perigo da liberdade do acusado, que é verificada quando ocorrem os requisitos presentes no inciso I, do artigo 282 do Código de Processo Penal.

Desse modo, conforme Lima (2017, p.843), essas medidas são meios alternativos de resolução dos conflitos, na medida em que substituem o cárcere com menor dano para a pessoa humana, mas mantendo a garantia da eficácia do processo.

No entanto, existe uma grande celeuma quanto a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na lei Maria da Penha. Boa parte da doutrina e da jurisprudência (STJ, 2014) entende que elas são autônomas e de natureza satisfativa, ou seja, não precisam da existência de um processo para serem concedidas e têm o único objetivo de proteger a vida da vítima e não resguardar o andamento do processo.

Ocorre que, apesar da sua natureza diferenciada, algumas das medidas protetivas de urgência presentes no artigo 22 da Lei 11.340/06 como, por exemplo, a frequentaçāo de determinados lugares e o afastamento do lar, domicílio e local de convivência com a ofendida, são caracterizadas por restringirem a liberdade do acusado, na medida em que impedem que ele exerça a sua vontade, impondo uma proibição específica, apesar de ser mantida a liberdade de locomoção no geral.

A partir disso, conclui-se que mesmo não considerando as medidas previstas na lei Maria da Penha como medidas cautelares criminais ou cíveis, é necessária a fundamentação adequada pela autoridade competente para a sua concessão.

Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja previamente, nos casos da prisão preventiva, temporária e imposição autônoma das medidas cautelares diversas da prisão, seja pela necessidade de imediata apreciação da prisão em flagrante, devendo o magistrado indicar de maneira fundamentada, com base em elementos concretos existentes nos autos, a necessidade da segregação cautelar, inclusive com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança (CPP, art. 310, II e III).

[...]

fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal à apreciação do Poder Judiciário (LIMA, 2017, p. 834).

Os professores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2019, p. 195) afirmam que as medidas protetivas previstas na lei 11.340 devem preencher os pressupostos apontados pela doutrina como fundamentais para a concessão das medidas cautelares, que são o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, e que o juiz pode, inclusive, designar audiência de justificação prévia de que trata o §2º do art. 300 do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, verifica-se que algumas medidas cautelares são formas de restrição de liberdades individuais. Liberdades estas que estão protegidas constitucionalmente no artigo 5º da CF. Por esses motivos, a concessão da medida protetiva de urgência de afastamento do lar pelo delegado de polícia é inconstitucional, já que viola os direitos fundamentais do acusado ao devido processo legal e a não violação de domicílio. Direitos esses que garantem, como regra, à liberdade do indivíduo e que, por esse motivo, não podem ser restrinidos por outra autoridade, que não o juiz.

Além disso, é notório que existem requisitos que devem ser avaliados pela autoridade judicial quando da concessão ou não da medida, requisitos estes que devem ser analisados pela autoridade instruída para tal, mais um motivo que fortalece a ideia de que essa prerrogativa não pode ser transferida para outra autoridade.

2.5 A ação direta de constitucionalidade 6138

Poucos dias após a publicação da lei 13.827, que inseriu o artigo 12-C na lei 11.340, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) entrou com uma ação direta de constitucionalidade em face dos incisos II, III e § 1º do referido artigo. Tais dispositivos são os que permitem que o delegado, ou o policial, quando da indisponibilidade do delegado, concedam a medida protetiva de urgência de afastamento do lar para o agressor de maneira imediata, desde que o município não seja sede de comarca e que haja risco atual ou iminente à vida da vítima.

Segundo a AMB (2019), fere de maneira direta o inciso XI artigo 5º da Constituição, já que penetrar no domicílio alheio durante o dia sem que haja ordem judicial, flagrante delito ou desastre e, ainda, determinar a retirada e o afastamento do acusado é medida flagrantemente constitucional.

Além disso, um delegado de polícia ou um policial que concede a medida protetiva estão restringindo a liberdade do agressor sem a existência de um devido processo legal, o que contraria o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal. A petição inicial da AMB afirma que se trata de um caso de reserva de jurisdição absoluta e não relativa, e que, por esse motivo, não importa que a lei tenha previsto no § 1º que o juiz deverá rever o ato do delegado ou policial no prazo de 24 horas. Sobre o postulado da reserva de jurisdição, a petição inicial da ADI 6138 relembra parte do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452 RJ

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a

possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. (STF, 1999)

Ademais, a AMB (2019) argumenta que o artigo 12-C faz parecer que a concessão das medidas protetivas por policiais seria a exceção, já que só ocorreria nos municípios que não são sede de comarca. Ocorre que, dados do CNJ⁶ indicam que as comarcas só estão presentes em 48,4% dos municípios brasileiros. Desse modo, segundo a AMB a concessão das medidas protetivas por autoridades não competentes pode acabar se tornando a regra.

A Advocacia Geral da União (2019) manifestou-se pela improcedência da ação direta de constitucionalidade 6138, afirmando que a concessão da medida protetiva pela autoridade policial é uma necessidade. Entre os argumentos utilizados para defender a constitucionalidade do dispositivo está o de que não haveria violação do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

Segundo a manifestação da AGU (2019), o artigo 12-C da lei 11.340 só permite a aplicação da medida protetiva pelo delegado ou policial em caso de risco atual ou iminente à vida da vítima. Nesse caso, qualquer pessoa estaria apta a entrar no domicílio alheio sem autorização para repelir a injusta agressão praticada contra a mulher, pois se trata do instituto de legítima defesa de terceiro e o inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal permite a violação de domicílio em caso de flagrante delito e para prestar socorro.

Além disso, argumenta que o texto constitucional não trata de maneira direta sobre a medida protetiva de afastamento do agressor do lar, motivo pelo qual não haveria reserva de competência para o poder judiciário. Segue trecho da manifestação da advocacia geral da união

em outros termos a penetração da autoridade executora de ordem na casa do agressor constitui elemento acidental da medida de afastamento do lar, razão pela qual as restrições decorrentes da garantia de inviolabilidade domiciliar, não podem ser estendidas, de forma automática, ao instituto ora em exame (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2019).

⁶ Relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017 do Conselho Nacional de Justiça

Ademais, argumenta que não há violação da reserva de jurisdição, pois a análise do fato pelo juiz ainda está garantida pelo § 1º do artigo 12-C, no período de até 24 horas após a concessão da medida pelo delegado ou pelo policial. Desse modo, a última palavra seria do magistrado. E, também, que a pretensão da Associação dos Magistrados brasileiros com a ADI 6138 é apenas a de resguardar o interesse corporativo da categoria.

Por outro lado, a Associação dos Membros do Ministério Público (2019) em requerimento para participar da ação como *amica curiae* requereu o reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos questionados. A magistrada Yedda Filizzola, juíza do 4º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi citada pelo Conselho Nacional do Ministério Público na sua peça processual. Em rápida síntese, a magistrada afirma que o artigo 12-C faz parte de uma “gambiarras legislativa” e que “não há como se negociar com os mais caros valores do Estado democrático de direito” (FILIZZOLA, 2019, apud CONAMP, 2019).

Nesse sentido, também é o posicionamento da Procuradoria Geral da República (2019), a qual afirma que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CONAMP) possuem resoluções que estabelecem o regime de plantão de seus membros e que existe a possibilidade de utilização da tecnologia para facilitar a comunicação entre as autoridades. Por esse motivo, não haveria motivo suficiente para a “desfiguração do sistema de garantias constitucionais” (PGR, 2019). Segue trecho da manifestação da PGR

O retorno à instância policial decisora é incompatível com o Estado Democrático de Direito, mitiga as conquistas já promovidas na defesa dos direitos humanos das mulheres e desresponsabiliza o Estado do dever constitucional de criar mecanismos para coibir a violência familiar (CF, art. 226-§8.º), havendo constitucionalidade do art. 12-C-II e III por implicar em proteção deficiente de grupo hipervulnerável (CF, art. 5.º-LIV) (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2019).

A partir disso, segundo a PGR (2019), devem ser fomentados o engajamento subjetivo dos juízes, dos promotores de justiça, dos governadores e também das políticas públicas no geral, bem como deve haver a continuação do aperfeiçoamento das autoridades que lidam diretamente com os casos de violência

doméstica, além de fomentar o processo de capilarização do judiciário e do Ministério Público.

Ademais, a Procuradora Geral da República, Raquel Dodge (PGR, 2019) citou o grau de imprecisão do termo “policial” que aparece nos incisos I e II do artigo 12-C da lei 11.340, afirmando que ele ocasiona uma extrema insegurança jurídica. Além de citar os argumentos já trazidos neste trabalho acerca de reserva de jurisdição, alegando que a concessão da medida protetiva diretamente pela polícia gera uma “pulverização do poder estatal de restringir a liberdade de ir e vir causando um verdadeiro retrocesso ao estado de polícia” (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2019).

A ADI 6138, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, teve o rito do artigo 12 da lei 9868/99 adotado, em virtude do seu especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica e foi incluída na pauta no dia cinco de novembro de 2019, onde aguarda julgamento.

CAPÍTULO III

3.1 O problema da colisão entre direitos fundamentais

Conforme exposto nos tópicos anteriores, a concessão da medida protetiva de afastamento do lar pelo delegado de polícia em casos de violência doméstica, ao mesmo tempo que busca assegurar a vida e a integridade física da vítima, também fere o direito à liberdade do acusado.

Nesse contexto, percebe-se um embate entre direitos fundamentais. No caso do artigo 12-C da lei 11.340, a colisão dos direitos impede de maneira completa a coexistência de ambos. Segundo a teoria de Canotilho, trata-se de uma colisão autêntica na medida em que existem dois polos, a vítima e o acusado, e a garantia de um gera, necessariamente, a ausência de garantia do outro.

considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não há cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direitos. (CANOTILHO, 1999 apud ARAGÃO, 2011, p. 265)

Já o teórico Alexy divide os tipos de conflito em colisão em sentido estrito e em sentido amplo. No caso do princípio da reserva de jurisdição e do direito à vida e à integridade física da mulher vítima de violência doméstica há uma colisão em sentido estrito.

colisão de direitos fundamentais em sentido estrito ocorre, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais; e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ocorre, quando há uma colisão de direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição. (ALEXY, 1997, p. 607)

Nesse sentido, ante a ausência de hierarquia entre os princípios fundamentais surgem, no sistema brasileiro, inúmeros conflitos, como o que está sendo debatido neste trabalho, os quais são de difícil resolução e acabam sendo sanados a partir da análise de cada caso pelo poder judiciário.

O professor Luís Roberto Barroso (2013) em seu livro *Manual de Direito Constitucional Contemporâneo* afirma que para haja a resolução de conflitos entre direitos constitucionalmente garantidos deve-se aplicar o método da ponderação, o qual é formado por três etapas.

Na primeira, o intérprete deve delimitar as normas relevantes para a resolução do caso. Na segunda, o intérprete deve analisar o fato que deu origem ao conflito e a sua interação com as normas anteriormente delimitadas. Na terceira etapa, os “diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa” (BARROSO, 2013) para que se verifique, por fim, qual deve prevalecer no caso em concreto.

Trata-se, pois, de um processo complexo, pois é circundado de subjetividade, podendo variar conforme os mais diversos fatores. Desse modo, é preciso analisar caso a caso de acordo com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Em situação como esta, cabe ao poder judiciário decidir qual posição será adotada. Isto porque no ordenamento jurídico brasileiro é vedado o *non liquet* e também porque é impossível que o legislador preveja todas as hipóteses de colisão de direitos. De todo modo, é fundamental que o poder judiciário decida de maneira uniforme em relação a decisões anteriores com o objetivo de manter a uniformidade do sistema, evitando a insegurança jurídica.

O princípio da proporcionalidade também deve ser utilizado pelo judiciário em casos como o objeto deste trabalho. Segundo a doutrina tradicional, esse princípio se desdobra em três elementos, que são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Canotilho (2013), a adequação é o elemento que verifica se o meio utilizado é suficiente para alcançar o fim perseguido. A necessidade é o elemento que verifica se o meio utilizado é o menos gravoso para o direito, ou seja, se há meios alternativos que promovam fim semelhante e se esses meios restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados. E finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, também conhecida como razoabilidade, elemento que faz uma comparação entre meios utilizados e aos fins pretendidos.

Nesse contexto, ao analisar o caso de acordo com o princípio da proporcionalidade, mais especificamente em relação ao binômio adequação e

necessidade, percebe-se que a inserção do artigo 12-C na lei Maria da Penha não é razoável. Em primeiro lugar, não foram realizadas pesquisas específicas, antes da aprovação da lei 13.827, em relação ao tempo de demora da concessão de medidas protetivas nos municípios que não são sede de comarca, desse modo, não há dados que comprovem que essa é realmente a medida mais efetiva a ser tomada.

A prognose legislativa, que é o processo, que ocorre antes da edição da norma, em que o legislador faz o levantamento dos fatos reais existentes e que necessitam de regulação pelo Estado, no caso a lei 13.827, se baseou apenas em dados gerais da violência doméstica e familiar. Não houve uma análise específica da realidade dos municípios que não são sede de comarca.

É notório que os dados da violência doméstica e familiar no Brasil são alarmantes, mas os números existentes não demonstram de maneira específica qual o tempo que uma medida protetiva de urgência leva para ser efetivada, e também, qual é a causa específica da demora, se é porque o delegado não representa ao juiz no prazo ou se é o juiz que não aprecia a representação do delegado no prazo estipulado ou, ainda, se é o oficial de justiça que não consegue notificar o acusado em tempo hábil. Assim, não ficou demonstrado que a inserção do artigo 12-C na lei Maria da Penha é meio suficiente e adequado para reprimir esse tipo de violência.

Ademais, em relação ao requisito da necessidade, o qual verifica se o meio utilizado é o menos gravoso para o direito, também não há subsídios para afirmar que ele é cumprido. Isto porque, o artigo 12-C da lei 11.340 fere de maneira direta o princípio da reserva de jurisdição ao desrespeitar o devido processo legal e a vedação da violação de domicílio. Mesmo que a dignidade da pessoa humana seja um dos principais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, ele não pode ser aplicado a qualquer custo.

Nesse contexto, surge o seguinte questionamento: será que não existiria outra forma de assegurar a vida e a integridade física das vítimas, a qual não desrespeitasse nenhum direito fundamental de outrem? Esta discente pensa que sim. Iniciativas simples como a maior informatização dos sistemas utilizados pelas autoridades, melhor comunicação entre as polícias e o judiciário, a inserção de mais juízes plantonistas e oficiais de justiça são exemplos de medidas eficazes a curto prazo e que manteriam a decisão da restrição da liberdade do acusado nas mãos do juiz.

Iniciativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, publicada no site do CNJ⁷ em 2016, de conceder as medidas protetivas já na audiência de custódia, em casos de flagrante, acelerou o processo de concessão, pois o réu já sai da audiência ciente do dever de não se aproximar da vítima ou de afasta-se do lar, por exemplo. Isso evita a demora de intimação do acusado pelo oficial de justiça.

A submissão dos acusados de violência doméstica a um tipo de audiência de custódia dentro do prazo de 48 horas, mesmo que não seja caso de flagrante, é uma alternativa que ressolveria o problema sem retirar o poder decisório da autoridade competente.

Além disso, deve-se fomentar as medidas educativas, principalmente nas cidades do interior do país, onde geralmente o grau de instrução da população é menor, para evitar que mais casos de violência contra a mulher ocorram. Dessa maneira, seria possível reduzir drasticamente os números da violência doméstica no Brasil. Assim, não é possível afirmar que o artigo 12-C cumpre os requisitos do princípio da proporcionalidade.

Posicionamento interessante é adotado pelo professor Guilherme de Souza Nucci. Da sua posição é possível extrair importantes reflexões acerca do direito processual penal brasileiro. O autor afirma basicamente que

Não visualizamos nenhuma inconstitucionalidade nem usurpação de jurisdição. Ao contrário, privilegia-se o mais importante: a dignidade da pessoa humana. A mulher não pode apanhar e ser submetida ao agressor, sem chance de escapar, somente porque naquela localidade inexiste um juiz (ou mesmo um delegado). O policial que atender a ocorrência tem a obrigação de afastar o agressor. Depois, verifica-se, com cautela, a situação concretizada.

Argumentar com reserva de jurisdição em um país continental como o Brasil significaria, na prática, entregar várias mulheres à opressão dos seus agressores, por falta da presença estatal (judicial ou do delegado). O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra-se acima de todos os demais princípios e é perfeitamente o caso de se aplicar nesta hipótese. (NUCCI, 2019)

Da argumentação dada por Nucci, infere-se que ele considera o dispositivo 12-C da lei 11.340 constitucional pois privilegia a dignidade da vítima, a

⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-aceleram-concessao-de-medidas-protetivas-no-df/>

qual não deve ficar submetida a inércia do estado. Desse ponto e, conforme explicitado em tópicos anteriores, é possível inferir que em virtude da falta de efetividade do Estado nas políticas públicas de proteção da mulher, nos casos de violência doméstica, foi preciso editar uma medida que desrespeita os direitos do acusado.

A administração pública, em conjunto com o poder legislativo, tem o dever de criar meios eficazes de solução de problemas de segurança pública no Brasil, principalmente em relação à violência doméstica e familiar, no entanto, não se pode fazer isso sobrepujando a razoabilidade, ao não verificar os direitos fundamentais do acusado em um estado democrático de direito.

A partir disso, volta-se a uma discussão bastante antiga no direito processual penal, que é o embate entre um direito processual penal efetivo e o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, afirma o professor Renato Brasileiro

É esse, pois, o grande dilema do processo penal: de um lado, o necessário e indispensável respeito aos direitos fundamentais; do outro, o atingimento de um sistema criminal mais operante e eficiente. Há de se buscar, portanto, um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade. É dentro desse dilema existencial do processo penal-efetividade da coerção penal versus observância dos direitos fundamentais - que se buscará, ao longo da presente obra, um ponto de equilíbrio no estudo do processo penal, pois somente assim serão evitados os extremos do hipergarantismo e de movimentos como o do Direito Penal do Inimigo ou do Direito Penal da Lei e da Ordem (LIMA, 2017, p. 38).

É papel do estado desenvolver essas medidas mais operantes. Não é admissível que seja preciso criar leis que desrespeitam direitos fundamentais de alguns para que outros direitos fundamentais sejam garantidos. O Estado precisa investir em um sistema mais efetivo e buscar a garantia dos direitos fundamentais de todos.

Como exposto anteriormente, a concessão da medida protetiva de urgência de afastamento do lar, restringe a liberdade do acusado e, de acordo com o devido processo legal, o juiz deve analisar a sua viabilidade conferindo decisão fundamentada.

O magistrado é a pessoa com competência e experiência para avaliar esses requisitos no caso concreto, e por meio de decisão fundamentada vai proferir uma decisão. Por esse motivo, deve ser apenas ele a autoridade que possui atribuição para conceder tal medida, e não o delegado de polícia e muito menos o policial civil ou militar.

3.2 Das consequências práticas do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 12-C da lei 11.340

É importante salientar, que na maioria dos casos de violência contra a mulher, é bastante difícil a obtenção de provas da violência, já que ela ocorre no âmbito doméstico, onde, na maioria dos casos, não existem testemunhas ou câmeras de segurança. Por esses motivos, principalmente quando o dano ocasionado à mulher não é físico, é a palavra da vítima a maior prova do cometimento dos fatos.

Sem desmerecer a importância da palavra da vítima, é irracional pensar que um policial militar, por exemplo, poderá conceder o afastamento do lar do acusado de maneira imediata, sem haver sequer a fundamentação da medida.

A motivação é um princípio do direito processual previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal e que determina que todas as decisões emanadas pelo poder judiciário devem ser fundamentadas. Segundo o professor Aury Lopes Jr. (2019), ela deve estar presente também nas decisões interlocutórias, principalmente aquelas que lidam com a restrição da liberdade do acusado, e não apenas na sentença. Inclusive, a ausência de motivação pode acarretar a nulidade do ato decisório. De maneira resumida, o autor afirma que “a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial” (LOPES JR, 2019)

A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no HC 467181/PR por suspender as medidas cautelares diversas da prisão pela ausência de fundamentação. Desse modo, a motivação é obrigatória não só para casos de prisões cautelares, em que há total privação da liberdade, mas também para medidas cautelares, em que há apenas uma restrição da liberdade. Sobre o tema, afirma o professor Renato Brasileiro

Em face desses dispositivos, depreende-se que a restrição ao direito de liberdade do acusado 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) (LIMA, 2017. p. 834)

A lei 13.827 não trouxe nenhum dispositivo que regulasse a maneira como o policial e o delegado de polícia deverão efetuar essa fundamentação. Esse é um grave problema de ordem prática, visto que é consensual que a fundamentação seja feita pela autoridade judicial no momento da concessão ou não da medida. Ao transferir essa competência para uma autoridade administrativa que, naturalmente, não tem essa prerrogativa, acaba havendo um desrespeito a uma garantia fundamental do acusado, de saber de maneira minuciosa por qual motivo está tendo a sua liberdade restrita.

Além disso, mesmo que se argumente, em sentido diverso, que a decretação da cautelar pelo policial só duraria 24 horas, prazo previsto no §1º do artigo 12-C, no qual o juiz deve analisar se mantém ou revoga a medida aplicada, nada garante que esse prazo será realmente cumprido. Se o juiz, até maio de 2019, não cumpria o prazo de 48 horas para decidir sobre a concessão a partir da representação da autoridade policial ou do Ministério Público, caso não haja qualquer alteração estrutural no judiciário e nas delegacias para que haja mais celeridade na apreciação de casos como esse, o descumprimento do prazo estipulado em lei continuará ocorrendo.

Também não há qualquer disposição na lei sobre o que ocorrerá caso o juiz não analise a manutenção ou revogação da medida no prazo estipulado de 24 horas. Assim, não se sabe se a medida decretada na delegacia continuaria a valer ou se após o prazo sem manifestação do juiz ela estaria automaticamente revogada. O certo é que, em ambos os casos, a vítima estaria desprotegida, no primeiro caso em virtude da tenuidade jurídica da concessão dada pelo policial ou delegado, a qual pode ser facilmente confrontada pela defesa. No segundo caso, pela continuidade da ausência de proteção estatal da vítima.

Além disso, a realidade das delegacias estaduais, principalmente nas cidades interioranas, é bastante difícil⁸. Muitas delas funcionam de maneira precária tanto estruturalmente, quanto na quantidade de policiais efetivos bem abaixo do quantitativo esperado.

Assim, transferir a responsabilidade da concessão das medidas protetivas para as delegacias vai trazer para elas a responsabilidade de notificar o acusado. Ocorre que as delegacias não estão preparadas para receber mais esse tipo de atribuição.

É importante destacar também que o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 12-C é uma afronta ao sistema acusatório. Esse sistema processual penal é caracterizado pela distinção entre as partes e o órgão julgador com o objetivo de resguardar o direito do acusado de ser julgado por um juiz imparcial e que não esteja contaminado pelo processo.

Todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo. Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. (LOPES JR, 2019. n.p)

Muito se debate na doutrina sobre a figura do juiz investigador. As opiniões contrárias afirmam que o juiz não pode solicitar a produção de provas de ofício, pois isso é dever da autoridade policial na fase do inquérito e das partes no processo e tal ato acaba desconfigurando o sistema acusatório na medida em que a imparcialidade do juiz é quebrada. Segundo Renato Brasileiro Lima (2017, p. 40) o papel do juiz é garantir que as regras do jogo sejam cumpridas e salvaguardar os direitos e liberdades individuais. Da mesma forma, não pode o delegado de policial ou

⁸ Disponível em: <https://www.adpj.org.br/noticia/37-associacao-nacional-dos-delegados-denuncia-o-sucateamento-das-policias-civis-e-o-privilegio-dos-governos-estaduais-e-federal-para-a-militarizacao-da-seguranca-publica-brasileira>

o policial, quando da indisponibilidade do delegado, ficar incumbido de decidir sobre a manutenção ou revogação da medida protetiva, pois essa decisão carece de imparcialidade.

Além disso, os policiais civis e militares não possuem a formação jurídica e experiência necessárias para avaliar os requisitos da concessão. Desse modo, é possível que haja muitas decisões arbitrárias e que, mesmo com o controle posterior do judiciário, podem trazer consequências irreparáveis para os acusados e para as mulheres, em alguns casos, podendo até colocar a vítima em uma situação de maior vulnerabilidade. Também não há prenúncio desses policiais para receber e encaminhar de maneira adequada a vítima da violência doméstica, conforme dispõe a lei Maria da Penha.

Outra decorrência prática da entrada em vigor da lei 13.827 é que o artigo 24-A da lei 11.340 criminaliza a prática do descumprimento da decisão judicial que defere as medidas protetivas de urgência com pena de detenção de três meses a dois anos. Em virtude do princípio da legalidade, não é possível que essa criminalização se estenda às medidas concedidas pelo delegado ou pelo policial.

Desse modo, o acusado que descumprisse a medida protetiva concedida pela autoridade policial não estaria cometendo o crime. Não é razoável pensar que mesmo desobedecendo uma ordem legalmente imposta, o acusado não venha a ser punido apenas em virtude da diferença da autoridade concedente.

Além disso, é perigoso criar um precedente como esse disposto no artigo 12-C da lei 11.340. Como exposto no ponto 2.2 deste trabalho, muitos autores se apegam ao fato de que o delegado de polícia pode decretar a prisão em flagrante para justificar que essa autoridade também poderia decretar a medida de afastamento do lar. Ocorre que a prisão em flagrante é um instituto disposto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXI.

Por esse motivo, caso o artigo 12-C da lei 11.340 seja considerado constitucional, várias outras medidas protetivas e até outras prerrogativas do juiz poderão ter base para serem decretadas por outras autoridades, havendo uma flexibilização ainda maior dos direitos fundamentais do acusado.

Também é possível que algumas prerrogativas do delegado de polícia, como, por exemplo, a realização do termo circunstanciado de ocorrência, acabem sendo transmitidas para os agentes de polícia, escrivães e militares, sob a justificativa de que eles já possuem um poder maior de restringir a liberdade de alguém através

da concessão da medida protetiva de urgência e que por isso, também seriam legítimos para terem atribuições de menor impacto jurídico.

Muito se debate, também, acerca da medida prevista no artigo 12-C ferir o princípio da isonomia, visto que apenas seriam beneficiadas apenas as mulheres que sofressem violência em municípios que não são sede de comarca. Para esses estudiosos, a Constituição Federal garante em seu artigo 5º inciso XXXVI que todos são iguais perante a lei e, desse modo, as mulheres que moram em grandes centros e cidades maiores não podem ficar desguarnecidas em virtude da diferenciação regional feita no artigo 12-C.

Nesse contexto, o reconhecimento da constitucionalidade do referido artigo por trazer à tona mais um debate, que é a violação ou não do princípio da isonomia. Percebe-se a partir dessa nova discussão que caso a administração pública resolvesse esse imbróglio de maneira que o juiz concedesse a medida de afastamento do lar, conforme dispõe a lei, de maneira mais rápida, todos os casos seriam abarcados. Assim, tanto as mulheres que moram em município que é sede de comarca, quanto as que não moram estariam protegidas pelo ordenamento jurídico.

Outro ponto que deve ser ressaltado é o fato de que a concessão da medida de afastamento do lar pelo delegado de polícia protege apenas as vítimas de violência doméstica e familiar que moram com o agressor. Ocorre que boa parte dos casos de violência doméstica é cometida por algozes que são ex-companheiros das vítimas e, em muitos casos, apenas namorados, os quais não convivem mais ou sequer conviveram no mesmo domicílio que a mulher.

Em casos como esses, caso não seja tomada uma providência mais efetiva e que resolva o problema de morosidade da concessão das medidas protetivas de urgência pelo judiciário, as vítimas vão continuar tendo a sua integridade física, psicológica, patrimonial, moral sendo violadas, já que o afastamento do lar não pode ser decretado ao agressor se ele não convive no mesmo ambiente da vítima, nesses casos, mais adequada seria a concessão de proibição de aproximação ou contato com a ofendida, medida a qual, de acordo com a legislação atual não poder ser concedida pela autoridade policial.

Desse modo, por todos os motivos acima citados, a atualização legislativa ocorrida em maio de 2019 parece ser apenas uma medida paliativa, ou seja, uma medida que não resolve o problema por completo, mas apenas tenta dar algum tipo de satisfação para a sociedade de que a administração pública está fazendo algo

para tentar proteger as vítimas de violência doméstica. Assim, o Estado continua sem fornecer as mulheres uma proteção efetiva e, ainda, passa a desrespeitar os direitos fundamentais do acusado.

CONCLUSÃO

O princípio da reserva de jurisdição determina que alguns atos só podem ser proferidos pelo juiz competente. O artigo 5º, LIV da Constituição Federal dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Assim, infere-se, desse artigo, que uma pessoa não pode ter a sua liberdade restrita sem que seja submetida a um processo que garanta a ela o contraditório, ampla defesa, o direito de ser julgado por um juiz imparcial, independente e que profira decisões motivadas.

Além disso, o inciso XI do mesmo artigo dispõe que não poderá haver violação do domicílio de alguém sem que haja flagrante delito ou decisão fundamentada de autoridade judicial, durante o dia. Do mesmo modo, o dispositivo é claro ao afirmar que, salvo no caso de flagrante delito, apenas o juiz pode autorizar que alguém entre no domicílio alheio sem a sua vontade.

A medida protetiva de urgência é um tipo de medida inibitória de natureza autônoma e satisfativa e que visa proteger a vítima de violência doméstica. Ocorre que a própria lei Maria da Penha, no caput do artigo 22, determina que o juiz é a autoridade responsável pela concessão ou não da medida. Isto porque, neste caso em concreto se está lidando com a restrição da liberdade do acusado, na medida em que determina que ele se afaste do seu domicílio.

Desse modo, surge uma grande polêmica doutrinária que se caracteriza por, de um lado, preservar a vida e a integridade física da vítima de violência doméstica e de outro manter a reserva de jurisdição e a garantia dos direitos fundamentais do acusado, reflexos da separação de poderes e da conquista do estado democrático de direito.

Pelo princípio da ponderação, utilizado na resolução de conflito entre direitos fundamentais, e também de acordo com o princípio da proporcionalidade, deve ser analisado no caso concreto qual disposição deve prevalecer, cabendo ao poder judiciário tal escolha.

Apesar de o direito à vida e à integridade física da vítima serem de extrema importância, não podem prevalecer sobre o princípio da reserva de jurisdição de maneira automática. A garantia dos direitos fundamentais do acusado é uma grande conquista da sociedade moderna, pois representa a luta por decisões justas,

proferidas por juízes imparciais e independentes em detrimento das decisões arbitrárias baseadas na vontade dos reis no absolutismo.

Assim, antes da análise de qual direito vai prevalecer, deve-se verificar se a medida que transfere as prerrogativas do juiz para o policial é a mais adequada, ou seja, se ela é apta para atingir o fim proposto, e se é realmente necessária no caso concreto, ou seja, se não há outro meio de resolução do problema que não implique, de maneira direta, a supressão de um direito de outrem.

Conforme analisado neste trabalho não é possível afirmar que o legislador se utilizou do meio menos gravoso para resolver o problema da demora da concessão de medidas protetivas. Pelo contrário, ao invés de equipar melhor a polícia e o poder judiciário e a administração pública, ele resolveu editar uma lei que transfere para o delegado de polícia e, até mesmo para o policial, uma prerrogativa do juiz, violando o princípio da reserva de jurisdição.

Além disso, no processo de criação do projeto de lei que deu origem ao artigo 12-C na lei 11.340, o legislador não apresentou os motivos específicos de os dados da violência doméstica ainda serem tão significativos. Desse modo, não se sabe a real causa da demora da concessão das medidas protetivas de urgência. Assim, não está claro se ela é causada pela demora de apreciação do juiz, ou se pela demora de intimação do acusado através de oficial de justiça, ou ainda se é o delegado de polícia que costuma não representar pela medida em tempo hábil.

Essa reflexão se faz necessária, posto que é imprescindível a análise da real causa do problema para que ele possa ser combatido de maneira eficaz. Desse modo, não há como se afirmar que a inserção do artigo 12-C na lei Maria da Penha é um meio apto a atingir o fim de diminuir a violência doméstica no Brasil, já que, além de todo o exposto, ele só tenta proteger as vítimas de violência que moram com o agressor. Nesse sentido, infere-se que todas as medidas protetivas que não sejam a de afastamento do agressor do lar, continuarão demorando a serem concedidas.

Nesse contexto, não é saudável para as vítimas que continuem sendo editadas medidas que sejam apenas paliativas e não resolvam o problema de maneira integral e, ainda, desrespeitem os direitos fundamentais de outrem. Assim, não podem ser deixadas de lado as consequências práticas do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 12-C, já que analisando-as profundamente elas podem trazer, inclusive prejuízos às vítimas, na medida em que não as protegem de maneira eficiente, além de ferirem alguns direitos fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 31 set. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
- BRASIL.** Decreto nº 1973 de 09 de junho de 1994. **Promulga o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- BRASIL.** Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça.** 6 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm. 2019. 368 p.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA,** Instituto Datafolha. **Visível e invisível: a vitimização das mulheres no Brasil.** Infográfico de divulgação. Brasília. 2 ed. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc_publicacoes/Incografico%20-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil-2deg-edicao-1>
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA.** **Anuário Brasileiro de Segurança Pública Ano 13.** Infográfico de divulgação. Brasília: 2019. Disponível em: <https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2019/10/FBSP_AnuarioBrasileirodeSegurancaPublica2019.pdf> Acesso em: 03 mar. 2020.
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **A violência Patrimonial contra a mulher nos litígios de família.** Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. v. 1. jul/ago. n. 9. Porto Alegre: Magister, 2014. p 5-23. Disponível em:< https://www.lex.com.br/doutrina_27138477_A_VIOLENCIA_PATRIMONIAL_CONTRA_A_MULHER_NOS_LITIGIOS_DE_FAMILIA.aspx>
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo.** 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, 384 p.
- LESSA, Marcelo de Lima. **O poder decisório do delegado de polícia.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 23, n. 5453, 6 jun. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65673>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- CARVALHO, Daniel Pinheiro de. **Reserva de jurisdição: classificação doutrinária e jurisprudência brasileira,** Publicações da Escola da AGU: Gestão Pública Democrática. Ed. 18. 30 jun. 2012

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017

VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de Jurisdição no Processo Penal - Dos reflexos no inquérito parlamentar,** São Paulo: 2010. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, 2010.

SOUZA, Ilara Coelho de. **Princípio do devido processo legal.** Revista Jus Navigandi, Teresina: ano 17, n. 3405, 27 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22857>. Acesso em: 17 dez. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo.** Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>> Acesso em: 20 dez. 2019

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal.** 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Não paginado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23452/RJ.** Relator: Ministro Celso de Melo. Dj: 16 de set. 1999. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018:** ano-base 2017. Relatório. Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de constitucionalidade nº 6138/DF,** Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696989>> Acesso em: 03 de mar. De 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP. **Manifestação na ação direta de constitucionalidade nº 6138/DF,** Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696989>> Acesso em: 03 de mar. de 2020.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Manifestação da PGR,** Brasília, 2019 In: Ação Direta de Inconstitucionalidade 6138/DF. Brasília: 2019. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696989>> Acesso em: 03 de mar. De 2020

FILIZZOLA, Yedda. **Da constitucionalidade da PLC 94/2018.** 15 abr. 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/da-constitucionalidade-do-plc-94-2018/>> Acesso em: 04 jan. 2020

BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Manifestação na ação direta de inconstitucionalidade 6.138/DF**. Raquel Elias Ferreira Dodge. 12 set. 2019

BRASIL. Gabinete da Presidência da República. **Mensagem 436, de 08 de novembro de 2017**. Diário Oficial da União: seção 1, página 2: Poder Executivo Brasília, DF, 09 nov. 2017. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-436.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

ARAGÃO, João Carlos de Medeiros. **Choque entre direitos fundamentais: Consenso ou Controvérsia?** Revista de Informação Legislativa, Brasília: a. 48, n. 189, 2011, 265 p. Disponível em:
https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/189/ril_v48_n189_p259.pdf.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: n. 217, jul./set. 1997. p. 607.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 4 Ed., 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

DIDIER JR., **Fredie Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. v. I.

STJ. RECURSO ESPECIAL: Resp 1419421 GO 2013/0355585-8. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ 07/04/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044002/recurso-especial-resp-1419421-go-2013-0355585-8-stj?ref=serp>. Acesso em: 07 mar. 2020.