



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI 13.641/18.

Ronieric Martins de Oliveira

Rio de Janeiro
2020

RONIERIC MARTINS DE OLIVEIRA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI 13.641/18.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2020

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI 13.641/18.

Ronieric Martins de Oliveira

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – O presente estudo tem a finalidade de dirimir eventuais controvérsias acerca do tipo penal instituído pela Lei nº 7. 13.641/18 que trouxe para o ordenamento jurídico o crime de descumprimento de medida protetiva. Tipo penal este que busca resguardar a mulher vítima anteriormente do agressor, por meio deste crime tenta-se evitar novos episódios de violência contra a mulher, pois a mera pena do delito antecedente, assim como a decisão de deferir medida protetiva de urgência para a mulher vítima não eram eficazes para evitar a reincidência da violência contra esta. Feito uma leitura da Lei Maria da Penha em conjunto com outros ramos do direito, utilizando-se princípios do direito penal, direito processual penal e direito processual civil, para buscar o verdadeiro sentido da lei preambular que trata da erradicação da violência contra a mulher. Além da questão norteadora do trabalho que foi a distinção do tipo penal previsto no Código Penal e do tipo penal previsto em lei especial, também foi mostrado eventual aplicação da lei dos juizados especiais para o delito, uma vez que a pena mínima do delito não ultrapassa um ano de detenção.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Lei Maria da Penha. Desobediência.

Sumário – Introdução. 1. Distinção artigo 330 do Código Penal e artigo 24-A da Lei nº.13.641/18 2. Medida protetiva de urgência 3. Poderes do delegado de polícia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade definir a hipótese de aplicação da referida lei, assim como a partir do princípio da especialização diferenciá-la de outros tipos penais coincidentes.

Há o destrinche do tipo penal, e toda sua classificação, além das possibilidades para autoridades policiais, judiciárias e até mesmo ao popular com fito de evitar novos episódios de agressões perante a mulher. Sabe-se que é recorrente a violência perante a mulher, e que estas não se esgotam a partir da comunicação em sede policial.

A partir da leitura do artigo é possível além de identificar a adequação do tipo penal, prever formas de minimizar tais ocorrências.

No primeiro capítulo, buscou-se diferenciar a partir do princípio penal da especialidade, a conduta que consiste na mera desobediência, da conduta contida na lei nova, a qual se fala da desobediência no campo de aplicação de crimes cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Foi utilizado ampla jurisprudência para diferenciação dentre os tipos penais.

No segundo capítulo, foi explicitado os motivos determinantes à criação da *novatio legis incriminadora*, bem como os requisitos subjetivos e objetivos para a tipificação no delito em comento. Procurou-se cotejar as diversas aplicações que podem ocorrer o delito, uma vez que deve ocorrer obrigatoriamente após um evento de agressão já noticiado pela mulher perante autoridade judicial, conforme orientação doutrinária.

No último capítulo, vencida a tipificação do delito, bem como seus requisitos necessários para sua existência, passou-se a examinar a atuação da autoridade policial perante

o crime, haja vista a impossibilidade de decretação de fiança de sua parte, porque estará abrangido pelo contexto de violência doméstica e familiar perante a mulher, assim como poderá/deverá o delegado lavrar o auto de prisão em flagrante para os casos flagrantes do delito.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético de abordagem, realizando uma análise que contribua com a evolução dos estudos sobre o tema.

Para tanto, utilizará de textos normativos, jurisprudências, além de pesquisa bibliográfica para, a partir de textos já publicados sobre o tema, a fim de analisar a aplicabilidade da norma e sustentar a sua tese.

1. DISTINÇÃO ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 24-A DA LEI Nº.13.641/18

Inicialmente neste trabalho busca-se distinguir o crime inserido no artigo nº. 330 do Código Penal¹, daquele inserido no artigo 24-A da Lei nº. 13.641/18².

O crime contido no código penal se faz necessário para sua materialidade apenas a realização da conduta descrita no tipo penal, que poderá ser realizada na forma de ação ou de omissão, bastando apenas que exista ordem legal, emanada por funcionário público competente para o ato. É imprescindível a ciência do sujeito a que se preste a ordem, de modo que deverá ser cientificado diretamente, sem intermediários.

Quanto a autoria do delito, este pode ser realizado por qualquer pessoa, até mesmo pelo funcionário público, desde que o fato não guarde relação com sua função. Portanto, trata-se de delito comum. Inexistindo a modalidade culposa no tipo legal, e observando o princípio penal da legalidade, onde só é crime o que é descrito em lei como tal, não há falar na modalidade culposa. Logo, esta infração somente poderá ser realizada mediante uma ação livre e consciente da vontade, isto é, sem qualquer mácula na tipicidade.

Não podem ocorrer a coação física irresistível, de modo absoluto, a insignificância, adequação social do tipo e não pode estar adstrito à tipicidade conglobante, porque estes inibem a realização do fato típico, descaracterizando assim o crime.

O sujeito passivo deste crime é o Estado, sendo este a vítima direta, e estando no polo passivo da demanda o funcionário público que emitir a ordem legalmente desobedecida.

Havia o entendimento de que o tipo penal de desobediência era apenas subsidiário, porque na Lei nº. 11.340/06³ há possibilidade de outras medidas sancionatórias que não apenas a aplicação do direito penal em si, em obediência ao princípio que afirma ser o direito penal a *ultima ratio*, no qual somente deverá ocorrer o crime em hipóteses extremas, isto é, que ultrapassam outros ramos do direito e que estes não sejam suficientes para coerção do infrator.

Dentre estas possibilidades contidas na Lei nº 11.340/06⁴ podemos destacar a possibilidade de aplicação de multa, requisição do uso de força policial para impedir a desobediência, ainda pode ocorrer a decretação de prisão preventiva do infrator.

¹ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848/40*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 06 mar. 2019

² BRASIL. *Lei nº 13.641*, de 3 de abril de 2018, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm> Acesso em: 08 abr. 2020

³ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 08 abr. 2020.

⁴ Ibidem.

A dúvida que acarreta este delito é que há proibição expressa de aplicação de multa ou prestação pecuniária para delitos abarcados pela Lei nº. 11.340/06⁵, de modo que estas prestações se prestam a assegurar o cumprimento da medida protetiva decretada anteriormente.

Conforme artigo 20 da Lei nº. 11.340/06⁶, “art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.”

A prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase do processo que estava envolvido a violência perante a mulher, necessitando que nenhum outro meio seja eficaz para o controle do indivíduo. Porque esta medida cautelar tem natureza subsidiária. Entretanto um indivíduo que desrespeita todo um código penal, obedecerá um outro tipo penal?

Neste arcabouço é que a decretação da prisão preventiva poderá ser decretada, bastando apenas os requisitos necessários de qualquer prisão nesta modalidade, quais sejam o perigo do indivíduo estar em liberdade, bem como indícios mínimos de autoria e materialidade do delito, desde que o delito pré-existente comporte a prisão preventiva, na forma do art. 313 do Código de Processo Penal⁷. Isto é, presente a violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, deverá sê-la decretada a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)..

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

A problematização acerca da decretação da medida cautelar pessoal da prisão preventiva é que esta se faz única e exclusivamente para a regular instrução processual, não se presta a satisfazer o caráter da pena, quais sejam o caráter retributivo, por meio do qual a pena se presta a retribuir o mal causado pelo indivíduo, propriamente um castigo, ou o caráter preventivo, de onde se espera a reafirmação do poder estatal de modo a intimidar eventuais indivíduos em ações delituosas.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689compilado.htm#art282. > Acesso em: 08 abr. 2020

Conclui-se que a prisão preventiva é mero instrumento a serviço do processo penal, sem caracterização da prisão-pena. Apenas reforça o poder da justiça, de modo a garantir seu pleno funcionamento. Portanto não se pode falar em antecipação de pena.

Diante dessas acepções se leva ao entendimento dos tribunais estaduais pelo país, onde afirmam não ser cabível a tipificação do crime de desobediência para o caso do descumprimento de medidas protetivas mediante a lei maria da penha, pois tais medidas já seriam sanções cabíveis para tal.

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça⁸ uniformizando o entendimento acabou por entender que a conduta seria atípica, com base no princípio já comentado acima, o da Subsidiariedade do Direito Penal, no qual assevera que o Direito Penal somente deve ser utilizado quando não houver previsão de outras sanções:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. 1. O crime de desobediência é um delito subsidiário, que se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual. 2. O descumprimento das medidas protetivas emanadas no âmbito da Lei Maria da Penha, admite requisição de auxílio policial e decretação da prisão, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, afastando a caracterização do delito de desobediência. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg no REsp: 1476500 DF 2014/0207599-7, Relator: Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 11/11/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2014).

Sendo assim, para a caracterização do delito de desobediência é imprescindível que exista lacuna legislativa nos demais ramos do direito para o descumprimento da ordem legal emanada por funcionário público, entretanto, para o caso há sanções em demasia e que colidem de forma a enfraquecer a tipicidade, descaracterizando assim o crime. (STJ, HC 348.265/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/08/2016)⁹

Tal conduta de descumprimento de medida protetiva foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal de modo semelhante ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, decidindo também pela atipicidade da conduta. Conforme se observa dos fundamentos demonstrados abaixo:

Diante desse quadro, não assiste razão aos ora agravantes quanto à reforma da decisão agravada, porquanto é do entendimento das duas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte que, havendo, como de fato há, no Código de Processo Penal, a

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp: 1476500 DF 2014/0207599-7*, Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme, 5ªT., DJe 19/11/2014.

¹⁰ BRASIL., Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 348.265/SC*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/08/2016.

possibilidade de prisão preventiva, para o caso de descumprimento de medida protetiva decretada por juiz, em processo específico, não há falar em crime de desobediência. ” (RE 862844/ DF Brasília, 18 de fevereiro de 2015.Ministro Luís Roberto Barroso).¹⁰

Decisões essas conflitantes com o sentido da Lei Maria da Penha, uma vez que esta lei veio com o propósito de erradicar qualquer forma de violência para contra a mulher, não abrangendo apenas a violência física, mas a violência no sentido amplo da palavra, uma vez que a Lei nº. 11.340/06¹¹ pode e deve ser aplicada a diversos crimes do Código Penal¹², não se limitando apenas aos crimes contidos no Título I do Código Penal¹³, já que até mesmo um furto pode ocorrer em decorrência do menosprezo a condição de mulher da vítima.

Conforme disposto na Convenção de Belém do Pará é necessário a utilização de medidas para erradicar a violência contra a mulher, assim como a adoção de legislações em que assegurem de modo pleno o direito das mulheres, o que as decisões dos tribunais superiores não abrangem.

Destarte, a lei tema deste artigo se destina aos fins de que a Lei Maria da Penha foi criada. Pois esta lei veio para preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio, onde a mulher ficava desguarnecida de uma proteção perante seu agressor.

2. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

A Lei nº. 13.641/18¹⁴ veio com a finalidade de dirimir a controvérsia existente, que nem mesmo os tribunais superiores chegaram a dirimir, uma vez que a decisão veio a desproteger ainda mais a fragilizada mulher.

Com esta lei veio uma maior proteção a vítima, pois criou uma punição mais rigorosa ao infrator, uma vez que mesmo com as sanções existentes para o descumprimento, aquelas exigiam que se passasse pelo judiciário, pois deveriam serem noticiadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

Antes do advento da referida lei não era possível a prisão em flagrante do agressor, uma vez que não estava praticando um delito, mas apenas descumprindo uma medida cautelar, na forma do entendimento dos tribunais superiores. Na qual eventual prisão em flagrante que ocorresse pela autoridade policial, deveria ser prontamente relaxada, porque haveria uma

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, RE 862844, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 18/02/2015.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 3.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

ilegalidade nesta, por ausência de conduta delituosa no direito penal, apenas havia conduta que infringia o direito processual penal.

Anteriormente a lei, somente poderia haver legalidade na ação da polícia em caso de novo episódio de agressão perante a mulher. Fato este que não corroborava o sentido em que foi criada a lei maria da penha. Sendo assim, conforme previsão no artigo 1º da Lei Maria da Penha:¹⁵

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Conforme previsões dispostas em tratados assinados e ratificados pelo Brasil, é necessário que toda mulher tenha direito a vida, liberdade, igualdade, e que sua integridade física e moral seja respeitada e protegida, seja essa proteção por meio de políticas públicas e/ou por meio de ações legislativas para tal, conforme feito na Lei nº. 11.340/06¹⁶ e posteriormente em outras leis que alteraram esta visando otimizá-la, como na referida Lei nº. 13.641/06¹⁷ que veio a buscar a criminalização do agressor que descumprir medidas protetivas decretadas por autoridade judicial.

Desta forma, foi necessária e de bom grado a criação da lei que criminalizou a conduta de descumprimento de medida protetiva ante a mulher, pois o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que o obrigaram a criar a norma, para assim atingir o espírito de igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Para Aury Lopes Meireles¹⁸, é necessário que a informação da medida protetiva imposta seja repassada ao eventual infrator, pelo juízo, para que assim possa ocorrer o devido contraditório e a ampla defesa de tal infrator. Porque este deve ser ouvido anteriormente a decretação da medida, uma vez que além de garantir direitos a mulher ofendida, esta medida deve ser condizente com a realidade para que não haja assim excesso de direitos para a mulher,

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 3.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. op. cit., nota 2.

¹⁸ LOPES Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p.125

porque qualquer que seja o procedimento sem o devido contraditório trata-se de repressão excessiva.

A falta do contraditório acerca da medida protetiva infringe o princípio corolário do direito moderno, que é o devido processo legal. Tendo em vista que o direito de defesa é assegurado tanto ao autor como ao réu, é imperioso destacar a expressão em latim *audiatur et altera pars*, onde afirma que deve-se dar à outra parte o direito de contestar, caracterizando assim a estrutura dialética do processo.

Tal afirmação do contraditório pode ser confirmado por Humberto Theodoro Júnior¹⁹, em que este entende que só há relação de obrigação entre as partes do processo, toda decisão somente será proferida após ouvidas as partes e que esta decisão afetará apenas as partes.

Conforme noticiado pelo Conselho Nacional de Justiça, a competência para decretação dessas medidas cabem ao juízo cível ou criminal do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, em qualquer local, onde quer que a vítima se encontre, não sendo necessário ter residência no local, com foco na maior proteção a mulher. Haja vista que se houvesse a necessidade de a medida ter sido decretada no local da residência da vítima ou do infrator acabaria por enfraquecer a sanção:

ENUNCIADO 3 – A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente” (FONAVID 2018).²⁰

Mas para tal decretação da medida é imprescindível o requerimento da vítima, seja em sede policial ou em juízo. Não cabendo ao judiciário decidir de ofício no tocante a medida. E posteriormente deve ser examinado pelo magistrado em até 24 (vinte e quatro) horas necessidade e adequação da medida protetiva decretada, para casos em que tenha sido decretado em sede policial.

Conforme já verificado anteriormente, para a decretação dessa medida, se fará necessário avaliar os requisitos para concessão de medidas cautelares, quais sejam a *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Neste sentido temos as decisões.

¹⁹ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense. 2019, p76.

²⁰ FONAVID , Recife, 12 de março de 2018, Enunciado 3. Disponível em:

<https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php#:~:text=ENUNCIADO%203%3A%20A%20compet%C3%Aancia%20c%C3%ADvel,c%C3%ADveis%20e%20de%20fam%C3%ADlia%2C%20respectivamente. Acesso em: 16 de jun. 2020.>

APELAÇÃO CRIMINAL – LEI MARIA DA PENHA – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DEFERIDAS COM PRAZO DETERMINADO – POSSIBILIDADE. As medidas protetivas previstas na Lei n.º 11.340/06 possuem caráter excepcional, devendo ser aplicadas apenas em situações de urgência que as fundamente e dentro dos prazos razoáveis de duração do processo, tendo-se sempre como escopo os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Assim, não há impedimento na fixação do prazo das medidas, sob pena de se perpetuar indefinidamente um constrangimento ilegal sem a comprovada justa causa. (TJ-MG – APR: 10707160023347001 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 09/05/2017, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 16/05/2017).²¹

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – MEDIDAS PROTETIVAS – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PARA A MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS – RECURSO PROVIDO. – Inexistindo o pressuposto do perigo na demora para a manutenção das medidas protetivas, uma vez que decorrido longo período de tempo desde os acontecimentos narrados pela vítima, devem ser elas afastadas – Recurso provido. (TJ-MG – APR: 10024171154073001 MG, Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 06/02/2019, Data de Publicação: 13/02/2019).²²

Este crime é um crime de perigo, uma vez que havendo a conduta, a vítima estará desprotegida e o Estado terá sido lesado, portanto neste momento estará ferido o bem jurídico tutelado, seja diretamente no caso do Estado, pois teve uma decisão legalmente desrespeitada, ou indiretamente no caso da mulher, que estará correndo perigo. Este é um tipo penal protetivo, portanto reforça o sentido da Lei Maria da Penha, na forma do art. 1º da Lei n.º 11.340/06.²³

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Portanto, para a tipificação não se faz necessário a existência da violência, bastando o contato, desrespeitando a decisão. Contato este que pode ser substanciado no retorno a residência, procura por familiares e amigos da vítima a sua procura, rodear a casa da vítima ou até mesmo por meio de ligações e mensagens para a vítima ou eventual descendente desta com fim de perturbar a sua tranquilidade.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais . APR: 10707160023347001 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 09/05/2017.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais . APR: 10024171154073001 MG, Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 06/02/2019, Data de Publicação: 13/02/2019.

²³ BRASIL. op. cit., nota 3.

Haja vista que o mero contato com familiares da vítima para resolução de questões tais como, pensões, notícias acerca da saúde, visita a descendente e até mesmo um encontro não premeditado, não caberá falar em tipicidade da conduta, porque faltará o especial fim de agir do delito, que seria a intenção de violar a decisão judicial.

Em atendimento ao princípio penal da irretroatividade, somente estará abarcado e podendo ser infrator do delito, aquele que violar a decisão judicial que for imposta após a vigência da norma. Portanto, para descumprimentos anteriores a vigência da lei somente será cabível as demais decisões cautelares tais como multa, prisão preventiva, dentre outros. Mas não incorrerá no delito contido na lei nova de nº. 13.641/18.²⁴

Observando a consunção, este crime de descumprimento estaria abrangido por outro, quando o agressor desrespeitasse esta decisão e cometesse outro delito contra a mulher, já que segundo este princípio o delito menor fica englobado pelo maior, quando o crime-meio, no caso do art. 24-A da Lei nº. 13.641/18²⁵ fosse apenas um meio para a prática de um delito mais grave.

Entretanto, este não é o fim pretendido pela lei, e tribunais buscando a interpretação teleológica desta lei, passaram a decidir que este crime seria autônomo de demais crimes. Porque caso o princípio da consunção fosse observado de forma rígida, estaria se criando na maior parte dos casos uma letra morta de lei.

Conforme decisão:

APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PENA. REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO NAS PRIMEIRA E SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Em crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima assume especial relevância. Não há que se falar em absolvição por falta de provas diante das declarações da vítima, firmes e harmônicas, no sentido de que o réu a ameaçou, além de ter descumprido as medidas protetivas deferidas anteriormente, ao se aproximar da residência da ofendida. 2. O princípio da consunção só pode ser empregado quando o conjunto fático-probatório apontar que um dos crimes foi cometido somente para a concretização de um delito-fim, de modo que o segundo absorveria o primeiro. Não é a hipótese dos autos, em que o crime de ameaça foi praticado com desígnio autônomo do crime de descumprimento de medidas protetivas. 3. O Magistrado possui certa discricionariedade no momento de estabelecer o quantum de aumento da pena-base, devendo atender, no entanto, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na espécie, verifica-se que a majoração da pena na primeira fase da dosimetria se deu em patamar desproporcional, razão pela qual deve ser reduzida. 4. O quantum de aumento pela agravante, na

²⁴ BRASIL. op. cit., nota 2.

²⁵ Ibidem.

segunda fase da dosimetria, deve guardar proporcionalidade com a pena-base. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido para, mantida a condenação do réu nas sanções dos artigos 147, caput, do Código Penal e artigo 24-A da Lei nº. 11.340/2006, ambos c/c os artigos 5º e 7º da Lei n. 11.340/2006, reduzir o quantum de aumento nas primeira e segunda fases da dosimetria, reduzindo a pena de 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção para 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, mantido o regime inicial semiaberto.” (TJ-DF 20180510028670 DF 0002842-39.2018.8.07.0005, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 08/11/2018, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 20/11/2018 . Pág.: 332-342).²⁶

Pois conforme a própria lei, é possível haver até mesmo o concurso formal de crimes, quando forem praticados mediante uma única ação dois ou mais crimes.

A ação penal deverá ser pública incondicionada, porque qualquer lei especial será essa a modalidade de ação, uma vez que na lei não há qualquer exigência de que a ação ocorra de outro modo. Na falta de exigência de que a ação seja privada, ou pública mediante representação, esta se dará na forma de ação penal pública incondicionada.

Falando-se da prisão em flagrante, esta será possível e obrigatória para este delito, possibilitando até mesmo a decretação de prisão preventiva, mesmo em se tratando de crime autônomo, outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 24-A DA LEI N. 11.340/06 E 147 DO CP, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS DO CP, C/C ARTS. 5º, INC. III, E 7º, INC. II, AMBOS DA LEI N. 11.340/06. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – NECESSIDADE DE GARANTIR-SE A ORDEM PÚBLICA E ASSEGURAR A INTEGRIDADE DA VÍTIMA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS LOGO APÓS A CIENTIFICAÇÃO DO AGRESSOR – DECISÃO FUNDAMENTADA NO RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO – AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. O descumprimento de medida protetiva anteriormente imposta é fundamento idôneo para decretação da segregação do paciente a fim de garantir a ordem pública diante do risco de reiteração criminosa. POSSÍVEL FUTURA CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS OU FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO – CONJECTURA QUE NÃO IMPEDE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. “Descabido o argumento de desproporcionalidade do cárcere cautelar à futura pena do recorrente, porquanto só a conclusão da instrução criminal e a análise completa das diretrizes do art. 59 do Código Penal serão capazes de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável tal discussão neste momento, bem como impossível a concessão da ordem por presunção” (STJ, Min. Reynaldo Soares da Fonseca). PRIMARIEDADE, RESIDÊNCIA FIXA E OCUPAÇÃO LÍCITA – CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO OBSTAM O INDEFERIMENTO DO PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. “Predicados do acusado, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não justificam, por si sós, a revogação da custódia processual, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que

²⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal 20180510028670 DF 0002842-39.2018.8.07.0005, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 08/11/2018, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 20/11/2018

autorizem a decretação da medida extrema” (STJ, Min. Laurita Vaz). FIXAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP – INSUFICIÊNCIA, NO CASO.
”²⁷

De modo que durante a situação flagrancial, pode ocorrer mesmo após a situação de fato, desde que seja encontrado o autor com materiais necessários para o delito que presumam ser ele o autor da ação. Portanto, será cabível a decretação da prisão em flagrante para todas as hipóteses de flagrante previstas no Código de Processo Penal, haja vista que todas podem ocorrer com o tipo penal em comento.

3. PODERES DO DELEGADO DE POLÍCIA

Trata-se de crime próprio, somente podendo ser cometido por quem tenha sobre si uma ordem judicial emada por autoridade competente, a qual afirme a proibição expressa de aproximar-se ou de manter contato com pessoa anteriormente ofendida, conforme a previsão contida no texto legal:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)²⁸

Infração penal esta que pode ter como sujeito passivo qualquer pessoa, seja homem ou mulher, bastando apenas as condições da vítima, onde esta esteja sofrendo a ação por suas características do gênero feminino. Cabendo a aplicação da lei Maria da Penha até mesmo em relações homossexuais, desde que presente a condição da vítima no gênero feminino.

A atuação do Delegado apenas ocorrerá, quando o autor do delito tiver sido intimado previamente da decisão de afastamento de contato para com a vítima do delito pré-existente, eis que a intimação do acusado acerca do teor da medida é condição necessária para que ocorra o fato típico. Sem a devida ciência oficial, não há falar em consumação do delito, já que para este caso não há qualquer possibilidade de convalidação do ato.

Portanto, a prisão captura do acusado sem que este tenha sido intimado da decisão de medida protetiva de afastamento estar-se-á tratando de ato manifestamente ilegal. Contexto este que não subsistirá o dolo de descumprimento da medida judicial de afastamento.

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HCnº 40001189820198240000* sob relatoria da ministra Laurita Vaz, na data de publicação em 15/01/2019.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.

Uma vez que se fala de ordem judicial para o delito, não será possível ao delegado a prisão do indivíduo com base em sua própria decretação de afastamento, sendo imprescindível para tal delito a manifestação e apreciação do Poder Judiciário. Portanto, conforme interpretação gramatical do texto legal faz-se necessário ordem judicial, ordem esta que somente é emanada pelo magistrado, não cabendo a mera decretação policial.

Logo, para decretação da prisão em sede policial se faz necessário a ciência oficial conjugada com o dolo do agente, sem os quais não há possibilidade de falar no delito. Entretanto, é aceito outras medidas para frear o ímpeto do acusado, sem que se exclua a lei em comento. Sendo possível até mesmo a decretação de prisão preventiva, sem que haja exclusão deste delito em análise.

Tomando por base a sanção máxima cominada em abstrato para a pena, qual seja de 02 (dois) anos, cria-se outro conflito, porque estaremos tratando de crime de menor potencial ofensivo, e daí as diversas questões anteriormente já tratadas.

Caberá a aplicação do arbitramento de fiança para o delito? Entende-se que sim, pois já sabemos que não se trata de um crime que não tutela diretamente a mulher, mas indiretamente. Tutela diretamente a administração da justiça e suas decisões, de modo que se enquadrando no conceito de menor potencial ofensivo para o delito, será conseqüentemente cabível.

Tal afirmação de que tutela a administração da justiça e não diretamente a mulher vem do fato que o art. 7º da Lei nº. 11340²⁹ aduzir que o injusto penal não se amolde perfeitamente a nenhuma das hipóteses, consubstanciadas na violência física, psicológica, sexual ou patrimonial. Uma vez que a conduta pode ser praticada até mesmo por meio de uma ligação, não incorrerá nos incisos contidos neste artigo.

Melhor aplicação para o delito seria caso a pena máxima cominada em abstrato tivesse sido proposta acima dos dois anos, porque neste caso romperia a barreira do delito de menor potencial ofensivo, de modo a romper com as restrições impostas na Lei nº. 9.0099/95.³⁰

Partindo do pressuposto da não impossibilidade da lavratura do auto de prisão em flagrante, dada a pena máxima para o delito, sendo lavrado o termo circunstanciado de ocorrência para posterior comparecimento do acusado em sede judicial, mas uma vez que se recuse a opor sua assinatura o termo, havendo assim uma recusa expressa. Deverá a autoridade

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 3.

³⁰ BRASIL, *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 08 abr. 2020.

policial lavrar auto de prisão em flagrante por esta ação, logo será possível portanto o arbitramento de fiança por esta ação de recusa em assinar o termo circunstanciado?

Por conseguinte, não será possível o arbitramento de fiança por parte do delegado em consonância com o art. 24-A, §2º da Lei nº. 11340³¹, já que somente se faz possível esse arbitramento por parte de autoridade judicial. Por autoridade judicial se entende como o magistrado, uma vez que somente este encontra-se investido do poder *ius juridictio*, tratando-se do poder de dizer o direito.

Contudo, há decisões judiciais na quais julgam como inconstitucionais as vedações abstratas a injustos penais de médio potencial ofensivo, como observa-se no seguinte trecho da ADI nº 3112/DF³²:

IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

Se nestes casos de vedação em abstrato para delitos de médio potencial ofensivo foi considerado inconstitucional, quiçá para delitos de pequeno potencial ofensivo, que nem mesmo acarrete lesão a vida da mulher que se busca tutelar indiretamente com o tipo penal. Porquanto a vedação de fiança no caso do art. 24-A da Lei nº.11340³³ se dá única e exclusivamente a impossibilidade de fiança por parte do delegado de polícia, neste caso que mais facilmente poderá vir a regra ser declarada inconstitucional.

Sabendo-se que o ordenamento pátrio somente permite a prisão pena após esgotamento das vias recursais criminais, onde no momento que se escreve este artigo trata-se do último recurso possível até mesmo nas instâncias superiores, aqui falo do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal Federal, é notório portanto que a regra no país é a liberdade.

Liberdade esta que somente pode ser restringida mediante o transito em julgado de decisão condenatória ou após a decretação de medidas cautelares pessoais nas quais se restrinjam a liberdade do indivíduo, caracterizadas pelas prisões temporárias e as prisões preventivas).

Portanto, parece evidente que deverá ser cabível ao delegado a decretação ou não do arbitramento de fiança, já que este realiza o exame dos requisitos necessários para a decretação

³¹ BRASIL, op. cit., 3.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3112/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf> >. Acesso em: 08 abr. 2020.

³³ BRASIL, op. cit., nota 3.

da prisão preventiva, e não estando presentes cabe a este a decretação da fiança para o acusado.

Logo, entende-se cabível ao delegado o início da demanda, porque ele deverá ser o responsável pelo arbitramento da fiança ou não, assim como entendendo não ser cabível a decretação de liberdade mediante fiança, deverá recorrer-se do judiciário e solicitar ao magistrado da demanda a decretação da prisão preventiva para que assim consiga conter o transgressor, que está contido no tipo penal do artigo 24-A da Lei Maria da Penha³⁴.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha trouxe inúmeros benefícios a condição feminina da mulher, buscando evitar e punir mais severamente agressores desta. Por meio de procedimentos como as medidas protetivas de urgência buscou-se evitar o contato desta com o seu agressor, entretanto, apenas a letra da lei não impedia que os episódios de violência voltassem a ocorrer. Pelo advento da lei nº. 13.641/18 buscou-se efetivar as medidas protetivas de urgência, de modo a tornar crime a desobediência, bem como a possibilitar a intervenção policial para impedir o novo episódio de violência, socorrendo-se da possibilidade de prisão em flagrante de delito do agressor.

Dirimiu-se eventual dúvida acerca da possibilidade de decretação de fiança ou não da autoridade policial, bem como da possibilidade de aplicação do artigo 41 da Lei nº. 11.340/06, levando assim o crime a seguir o rito processual comum, vez que por jurisprudência ainda não consolidada não seria possível a aplicação das benesses da Lei nº. 9.099/95.

Tal conflito de normas se deu pela ocasião do fato ser punível em duas modalidades, a geral do Código Penal, assim como dentro da Lei Maria da Penha, entretanto buscou-se o tempo inteiro distanciar um fato do outro, a partir das particularidades, uma vez que o delito aqui tratado envolve diretamente a violência perante a mulher.

Por meio deste, houve demonstração das possibilidades de socorro que a mulher pode se valer, seja alertando alguém para que haja a prisão do agressor, seja a ocorrência de um crime, o que se busca gerar um temor no cometimento deste.

A partir da definição do bem jurídico, que embora a jurisprudência seja mínima para o fato, pode-se definir qual será a competência para instrução e processamento do feito, que se dará no juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, seguindo o rito sumário, uma

³⁴ Ibidem.

vez que não é permitido a adoção do rito sumaríssimo, com base na lei Maria da Penha, lei esta que busca resguardar direitos e garantias da mulher.

Portanto, tais medidas podem-se dizer que foram eficazes no que se destinam, atinge a finalidade preventiva do direito penal, assim como a função repressiva.

É esperado, portanto, que haja efetividade nestas normas, de modo que seja aplicada a pena contida no tipo penal sempre que houver um agressor descumprindo uma medida preventiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.641/18*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.340/03*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019

_____. *Decreto-lei nº 3.689/41*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: Acesso em: 06 mar. 2019

_____. *Decreto-lei nº 2.848/40*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: Acesso em: 06 mar. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp: 1476500 DF 2014/0207599-7*. Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme <Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152768746/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1476500-df-2014-0207599-7>>. Acesso em: 06 mar. 2020

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais . *APR: 10707160023347001 MG*, Relator: Paulo César Dias, <Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119556570/apelacao-criminal-apr-10024112545504001-mg/inteiro-teor-119556619>> Acesso em: 06 mar. 2020

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *APR: 10024171154073001 MG*, Relator: Corrêa Camargo, <Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/676519718/apelacao-criminal-apr-10024171154073001-mg/inteiro-teor-676519765?ref=juris-tabs>> Acesso em: 06 mar. 2020

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *20180510028670 DF 0002842-39.2018.8.07.0005*, Relator: Roberval Casemiro Belinati, <Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649170252/20180510028670-df-0002842-3920188070005/inteiro-teor-649170277?ref=juris-tabs>> Acesso em: 06 mar. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 40001189820198240000*. Relatora: Ministra Laurita Vaz, <Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2005_196_capQuintaTurma.pdf> Acesso em: 06 mar. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3112/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf> >. Acesso em: 08 abr. 2020
CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.641/18: Tipifica o crime de desobediência a medidas protetivas*. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/04/lei-13-64118-tipifica-o-crime-de-desobediencia-medidas-protetivas/>>. Acesso em: 06 mar. 2019

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.