

## **Introdução**

O presente estudo tem a finalidade de examinar a modificação legal implementada na Lei 11.340/06 por meio da Lei 13.827/19 que, dentre outras medidas, buscou transferir a análise sobre o cabimento e aplicação da medida protetiva consistente em afastamento do agressor do lar, domicílio ou local e convivência diretamente para o delegado de polícia ou mesmo o policial, em determinadas circunstâncias.

Em verdade, não se pretende discutir os nobres motivos elencados na justificativa do texto legal, que buscou solucionar um problema estrutural do Estado, notadamente porque não é incomum que em virtude das dimensões continentais do território brasileiro existam localidades fortemente prejudicadas pela ausência de aparato estatal suficiente para prontamente atender as necessidades locais.

Nada obstante, é salutar examinar a novel legislação à luz das características das medidas cautelares no processo penal, sobretudo para que se verifique a existência de fundamento constitucional que imponha a reserva de jurisdição na aplicação das medidas protetivas de urgência, mesmo porque o art. 13 da Lei 11.340/06 impõe a aplicação supletiva do Código de Processo Penal. Assim, surge como problema de pesquisa: é constitucional a transferência da imposição de medida protetiva de urgência a autoridade distinta da judicial?

Também é preciso refletir e examinar as repercussões da incidência de uma medida cautelar em face do indivíduo submetido à persecução penal, mormente porque o descumprimento da medida pode acarretar a configuração de crime (art. 24-A, Lei 11.340/06), além de possibilitar a incidência da prisão preventiva (art. 313, CPP).

Desse modo, valendo-se do estudo dos direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal pretende-se verificar a (im)prescindibilidade de atuação jurisdicional na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e conseqüente (in)conformidade constitucional do novo diploma legal.

Para cumprir os objetivos propostos será aplicado o método hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese de que o art. 12-C da Lei 11.340/06, no ponto em que permite a aplicação de medida protetiva de urgência em favor da mulher, diretamente pela autoridade policial ou pelo policial é inconstitucional, em virtude da reserva jurisdicional incidente na aplicação das medida.

Finalmente, caso confirmada a inconstitucionalidade pretende-se apresentar possíveis soluções para enfrentar a deficiência estrutural do Estado sem provocar rupturas no texto constitucional.

## 1. Das medidas cautelares no processo penal

Em primeiro, é preciso aprofundar a análise dos requisitos e características que regem a aplicação de medidas cautelares no processo penal brasileiro, aplicáveis às medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) em virtude do disposto no art. 13 do mencionado diploma legal<sup>1</sup> (DELMANTO; DELMANTO JUNIOR; DELMANTO, 2014, p. 917). Nesse contexto, arremata Renato Brasileiro de Lima que “as medidas protetivas de urgência jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação também está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*” (2015, p. 938). Não por acaso, registra Rodrigo Capez que “todas as medidas cautelares, indistintamente, se destinam a enfrentar uma situação de crise processual, representada pelo *periculum libertatis*” (2017, p. 358).

De outro lado, o descumprimento de medidas protetivas pode acarretar a decretação da prisão preventiva (art. 313, inc. III, CPP), além de configurar o crime previsto no art. 24-A<sup>2</sup>, da Lei 11.340/06, reforçando a pertinência da incidência dos requisitos inerentes às medidas cautelares processuais penais.

Conforme se passará a tratar na sequência, a doutrina elenca algumas características das medidas cautelares no processo penal, as quais serão examinadas com o escopo de identificar a possibilidade de autoridade distinta da judicial impor medida protetiva de urgência em desfavor do suposto agressor, ressaltando-se que aquelas relacionadas diretamente ao objeto do presente trabalho sofrerão análise mais detalhada em detrimento de outras características que, embora relevantes, não estão diretamente conectadas ao escopo do estudo.

---

<sup>1</sup> Não se desconhece a existência de posicionamento em sentido diverso (sobre isso cf. ÁVILA, 2019, 131-172), mas entende-se inadequada a dissociação dos requisitos das medidas protetivas de urgência das exigências inerentes às medidas cautelares no processo penal, pois o descumprimento das medidas previstas na Lei 11.340/06 podem acarretar, inclusive, a decretação de prisão preventiva (art. 313, inc. III, CPP), muito embora, conforme se verá na sequência, o cabimento de prisão cautelar pelo simples descumprimento de medida protetiva de urgência seja alvo de intenso debate doutrinário.

<sup>2</sup> O crime foi inserido por meio da Lei 13.461/18, pois antes da edição da lei havia compreensão pacífica no Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a impossibilidade de configuração de crime de desobediência pelo descumprimento de medidas protetivas de urgência fixadas como base na Lei Maria da Penha (cf. GODOY, 2017, p. 405-418).

### 1.1 Instrumentalidade hipotética

Segundo Gustavo Badaró a demora processual pode tornar necessário algum provimento judicial para garantir utilidade e eficácia à futura decisão, por isso, fundado num juízo de probabilidade (*fumus comissi delicti*), consistente na probabilidade de aplicação de uma pena por meio da sentença penal condenatória, tem-se a medida cautelar como “instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação.” (2016, p. 988).

Noutras palavras, “são providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa” (FERNANDES, 2005, p. 311), assim, admite-se a adoção de medidas cautelares para eliminar ou mitigar o perigo que determinada situação fática gere ao resultado final do processo.

### 1.2 Acessoriedade

Afirma-se o caráter acessório das medidas cautelares porque não basta, por si só, para as viabilizar uma tutela satisfativa, não são um fim em si mesmo, mas “um mecanismo de um provimento final, no qual definitivamente será aplicada a pena, ou declarada a inocência do acusado.” (BADARÓ, 2016, p. 989)

### 1.3 Preventividade

A tutela cautelar é preventiva pois visa evitar a ocorrência de um dano futuro e irreparável ou de difícil reparação, durante o período necessário para o desenvolvimento do processo e prolação do provimento final. No processo penal, a tutela cautelar objetiva conservar uma situação de fato (ex. sequestro do bem que seja proveito do crime) ou impor determinada constrição aos direitos do acusado (ex. prisão preventiva). (BADARÓ, 2016, p. 989-990)

Embora nominando como provisoriedade, Aury Lopes Junior também trata dessa característica reconhecendo que as medidas cautelares visam tutelar determinada situação fática, a qual, uma vez desaparecida deve implicar na revogação da medida imposta, conforme regulamentado no art. 282, §§4º e 5º do Código de Processo Penal (2017, p. 588-589).

#### 1.4 Provisoriedade

A tutelar cautelar é provisória porque os seus efeitos perdurarão até a ocorrência de um evento sucessivo, representado pelo provimento final do processo cognitivo. Noutras palavras, a medida cautelar não dura para sempre e tampouco tem aptidão para resolver definitivamente a situação carecedora de tutela jurisdicional (BADARÓ, 2016, p. 989-991). Logo, a característica em estudo possui íntima relação com o fator temporal, reconhecido que as medidas cautelares tutelam determinada situação fática tem-se como consectário que são de curta duração, ou seja, temporárias (LOPES JUNIOR, 2017, p. 589-590).

#### 1.5 Cognição sumária

Em seguida, afirma-se que a providência cautelar não se baseia no juízo de certeza, pois em virtude do seu caráter de urgência é proferida antes da instrução e do processo, por isso, não é possível que o juiz exerça cognição profunda sobre os fatos, ou seja, é limitada em sua profundidade. Isso não significa maior facilidade na obtenção do provimento, mas sim que a cognição na tutela cautelar é menos profunda do que quando comparada com aquela exercida no processo principal. Em síntese, a tutela cautelar avalia – de forma profunda – a presença dos *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, subsistindo limitação apenas em relação ao tema a ser decidido (BADARÓ, 2016, p. 991-993).

#### 1.6 Referibilidade

Característica da tutelar cautelar consistente em conectá-la a determinada situação concreta de direito material, no processo penal acautela-se o hipotético direito de punir relativo a crime específico, objeto da imputação formulada na denúncia (BADARÓ, 2016, p. 993-994).

#### 1.7 Legalidade das medidas cautelares penais

Não existe, no processo penal, medidas cautelares atípicas, tal como no processo civil, em que o juiz é dotado do poder geral de cautela, aplica-se assim o princípio da legalidade às medidas cautelares (BADARÓ, 2016, p. 995). Em acréscimo, afirma-se que no processo penal, por tratar da liberdade do indivíduo, é imprescindível expressa previsão legal

das hipóteses de sua restrição, logo, limita-se a criatividade jurisdicional na fixação de medidas cautelares, adstritas àquelas elencadas no texto de lei (ROSA, 2017, p. 572-573).

Por outro lado, também há que sustente a existência de um poder geral de cautela no âmbito das medidas cautelares, justificando o entendimento na perspectiva de que, vislumbrando o magistrado medida menos gravosa do que a prisão preventiva, nada impediria a sua aplicação em desfavor do investigado ou acusado, pois estaria sendo beneficiado com o afastamento da prisão cautelar (SCHIETTI, 2017, p. 225-231).

De todo sorte, a legalidade é intransponível em matérias que dizem respeito à limitação da liberdade, seja com a imposição de prisão preventiva ou medidas cautelares, sendo inviável a possibilidade de aplicação de medida sem respaldo legal, além do mais, mesmo no campo específico das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 há disposição legal autorizando o emprego de outras medidas, desde que previstas na legislação em vigor (art. 22, §1º).

## 1.8 Contraditório

A possibilidade de contraditório está disposta no art. 282, §3º do Código de Processo Penal regulamentando que, recebido o pedido de medida cautelar caberia ao juiz intimar a “parte contrária”, desde que não haja prejuízo à eficácia ou urgência do pedido. Por conseguinte, embora de forma tímida e sem maiores regulamentações sobre a forma de manifestação do investigado ou acusado a legislação processual passou a prever o contraditório, de modo que, em virtude da lacuna legal, sugere Aury Lopes Junior a realização de uma audiência, regida pela oralidade, na qual exercido o contraditório e a ampla defesa, incumbiria ao julgador avaliar o cabimento da medida postulada (2017, p. 586-587).

Embora reconheça que em determinadas circunstâncias, como pedido de prisão preventiva por risco de fuga ou por risco à instrução processual, face a intimidação de testemunhas, o contraditório restaria efetivado somente após a efetivação das medidas, Aury Lopes Junior admite que o maior espaço para aplicação do contraditório ocorrerá quando houver suspeita de descumprimento de cautelares diversas da prisão objetivando cumular novas cautelares ou mesmo a conversão em prisão processual (2017, p. 588)

## 1.9 Proporcionalidade

O gravame causado pela tutela cautelar deve ser proporcional à constrição ou restrição que poderá ser causada ao direito, com o provimento final que se pretende proteger, trata-se de consequência lógica da instrumentalidade e provisoriedade, pois o acessório não pode superar ou ultrapassar o principal (BADARÓ, 2016, p. 994).

Ademais, salienta-se que a proporcionalidade impõe que a medida imposta seja: a) adequada: deve ser apta aos seus motivos e fins, sendo tarefa do julgador avaliar a gravidade do crime e suas circunstâncias, além das condições pessoais do imputado para concluir pela medida cautelar mais coerente à situação concreta, evitando que a sanção penal imposta ao final do processo seja menos grave que a medida cautelar fixada no curso do processo ou da investigação; b) necessidade: relaciona-se às características da provisoriedade e provisoriedade; e c) proporcionalidade em sentido estrito: aplicação da lógica da ponderação dos interesses em jogo (LOPES JUNIOR, 2017, 596-597).

Por sua vez, Antonio Magalhães Gomes Filho em comentários ao art. 282 do Código de Processo Penal ressalta a relevância de observar a gravidade do crime e as circunstâncias do caso na definição das medidas cautelares, pois “podem fornecer um prognóstico sobre a pena no caso concreto, afastando o risco de que a medida imposta em caráter cautelar venha a ser mais gravosa do que a própria sanção esperada como resultado do processo” (2018, p. 548).

Esse ponto pode ser debatido especificamente tomando em consideração as medidas protetivas de urgência elencadas na Lei 11.340/06 porque, ao tratar das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o legislador estabeleceu no art. 313, inc. III, do Código de Processo Penal que:

Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva:

(...)

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

A partir daí, instaurou-se na doutrina celeuma acerca do cabimento da prisão preventiva quando o descumprimento da medida protetiva ocorre durante a apuração de um crime que, considerada a pena a ser aplicada ao final do processo, jamais seria viável o regime

fechado, ou seja, se haveria a possibilidade de o instrumento (medida cautelar) ser mais gravoso do que o provimento final eventualmente obtido.

Destarte, para André Ricardo Godoy invocando a denominada homogeneidade das cautelares pessoais, a prisão preventiva decretada em tais circunstâncias deve observar sua finalidade especial, “sob pena de autorizar a aplicação de uma medida extremamente gravosa a investigados e acusados por crimes aos quais não se cogitaria impor a prisão preventiva.” (2017, p. 411)

Na mesma linha de entendimento, Marcellus Polastri reconhece que o princípio da proporcionalidade proíbe a prisão provisória quando ela constituir gravame maior que a pena a ser aplicada ao final do processo (2011, p. 110). Não por acaso, também Aury Lopes Junior alerta para a necessidade de extrema cautela na hipótese de prisão preventiva do inciso anteriormente transcrito, justificando que o legislador não criou nova hipótese de prisão processual, pois fosse essa a intenção deveria ter promovido mudanças no art. 312 do Código de Processo Penal (2017, p. 641).

Por seu turno, após tecer críticas ao inc. III do art. 313 da legislação processual, Paulo Rangel exemplifica com o crime de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, §3º CP), com pena de três meses a três anos de detenção e arremata “se ao final do processo por crime de lesão corporal leve o réu condenado não será preso porque a pena é de até três anos e o regime será aberto (salvo se reincidente) não faz sentido que se admita sua prisão preventiva (2019, p. 851)

Seguindo caminho intermediário, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto a despeito de serem entusiastas da redação da hipótese do inc. III do art. 313 da lei adjetiva salientam que a prisão processual dependerá do preenchimento dos pressupostos e fundamentos trazidos no art. 312 do Código de Processo Penal. Observam ainda que, muitas das medidas cautelares elencada na legislação especial possuem caráter civil, sendo inconstitucional a prisão com o fim de satisfazer medida protetiva de índole civil. No que toca àquelas medidas de caráter penal, observam que a prisão cautelar será cabível apenas quando o comportamento violador às medidas protetivas de urgência, por si só, configurar a prática de crime (ex. tentativa de homicídio, ameaça e etc). (2017, p. 852-853)

Sob outra perspectiva, entende-se que o inc. III do art. 313 do Código de Processo Penal contempla hipótese de prisão preventiva independentemente da quantidade de pena máxima prevista, exigindo como pressuposto o fim de garantir a execução de medidas protetivas de urgência (BIANCHINI, 2018, p. 202-203; DEZEM, 2015, p. 645; FERNANDES, 2015, p. 183; PACELLI, 2019, p. 573; REBOUÇAS, 2017, p. 946). Da

mesma forma, complementa Renato Brasileiro de Lima que o dispositivo legal “não faz distinção quanto à natureza da pena do crime doloso, deve-se entender que, independentemente da quantidade de pena cominada ao delito, pouco importando, ademais, se punido com reclusão ou detenção, a prisão preventiva pode ser adotada (...)”, ressaltando, porém, ser necessária, concomitantemente, a presença de algum dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal (2014, p. 909).

De fato, sem olvidar dos inúmeros problemas de violência sofridos pela mulher no ambiente familiar<sup>3</sup> reconhece-se que o princípio da proporcionalidade atua como importante parâmetro na fixação de medidas cautelares, em especial quando se trata da prisão preventiva, de modo que a despeito da redação do art. 313, inc. III, do Código de Processo Penal, a prisão processual deverá necessariamente se pautar no crime cometido, examinadas as condições pessoais do indivíduo que perpetrou a conduta delituosa, além dos requisitos e pressupostos inerentes a toda medida cautelar (art. 282 e 312, CPP), sob pena de tornar a medida cautelar mais gravosa do que a sanção a ser aplicada ao final do processo na hipótese de condenação.

#### 1.10 Jurisdicionalidade e motivação

Ao tratar das características das medidas cautelares, Aury Lopes Junior o faz tomando com base a prisão preventiva, no entanto, quando se dedica a estudar as medidas cautelares diversas da prisão alude justamente aos mesmos princípios elencados ao tratar da prisão provisória (2017, p. 659). Destarte, a aplicação de medida cautelar fica submetida a ordem judicial devidamente fundamentada, conseqüência do disposto nos arts. 5º, LIV, LXI e art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, logo, arremata o professor “ninguém pode ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não judiciária (juiz ou tribunal), com competência para tanto (ainda, art. 283).” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 585-586).

Ademais, em sentido similar, mas sob a nomenclatura de reserva de jurisdição, André Nicolitt assinala não “restar dúvida de que todas as medidas cautelares penais, como restrições a direitos fundamentais, estão afetas exclusivamente a esfera jurisdicional, livre de

---

<sup>3</sup> O relatório final da CPMI dedicado a investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência menciona dados do ano de 2010, comparando-os com o ano de 2001, indicando que apesar da diminuição no número de agressões sofridas pelas mulheres de uma a cada 15 segundos, para uma a cada 24 segundos, ou de 8 para 5 mulheres espancadas a cada 2 minutos, a violência contra as mulheres no Brasil é endêmica. Além do mais, a violência doméstica é em grande parte praticada pelo parceiro, de modo que em 80% dos casos a residência da mulher não é considerado um local seguro para elas (BRASIL, Senado Federal, 2013, p. 19-26).



intervenção de qualquer outro órgão do Estado” (2016, p. 745). Por seu turno, Paulo Rangel observa que embora a regra seja, de fato o prévio exame judicial para a admissão de restrição à liberdade do indivíduo, algumas medidas, como a prisão em flagrante e a busca domiciliar com consentimento, são realizadas e somente em momento futuro submetidas ao crivo do judiciário (2019, p. 793).

Em adendo, Renato Brasileiro de Lima cita o art. 5º, incs. LIV, LXI, LXII, LXV e LXVI, da Constituição Federal para subsidiar a compreensão de que “a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal à apreciação do Poder Judiciário” (2014, p. 778).<sup>3</sup>

Portanto, seja como corolário maior do devido processo legal, mas sobretudo da impossibilidade de decretação de prisão sem ordem judicial devidamente fundamentada, tem-se que as medidas cautelares dependem sempre da análise judicial, vedando-se a transferência do exame dos requisitos ensejadores do cabimento das medidas a autoridades distintas, como Ministério Público ou a autoridade policial.

## **2. O art. 2º da Lei 13.827/2019 (art. 12-C da Lei 11.340/06) e o controle de constitucionalidade**

Feito esse panorama sobre as medidas cautelares é preciso verificar se as alterações promovidas pela Lei 13.827/2019 ao inserir o art. 12-C na Lei 11.340/06, notadamente no que diz respeito às previsões dos inc. II e III, as quais possibilitam a aplicação de medida protetiva de urgência diretamente pelo delegado de polícia e pelo policial estão em conformidade com o texto constitucional.

O primeiro ponto que merece ser analisado diz respeito aos motivos externados pelo legislador para promover a mudança no texto de lei. Na justificativa do projeto que redundou na promulgação da lei, afirmou-se que o prazo de 48h entre o comparecimento da vítima à delegacia e a apreciação das medidas protetivas de urgências pleiteadas pela mulher seria demasiadamente elástico, prejudicando a própria integridade corporal da vítima que permaneceria à mercê de seu agressor enquanto não examinada e deferida a medida protetiva de urgência (BRASIL, PL 6433/2013).

Nesse contexto, consta da justificativa:

não raramente, após efetuar o registro da ocorrência, a vítima retorna a sua residência e passa viver momentos de terror, com medo de que o agressor volte a lhe praticar atos de violência doméstica. A experiência comprova que,

após tomar conhecimento do registro da ocorrência pela vítima, o autor das agressões se torna ainda mais hostil, colocando sob grave e iminente risco a integridade física e a vida da vítima.

A partir daí, denota-se que a inovação legislativa objetivou solucionar um problema prático consistente no risco a que mulher enfrenta entre o comparecimento à delegacia para comunicar uma violência doméstica sofrida e a efetiva implementação de medidas protetivas de urgência, período no qual estaria submetida ao risco de novo comportamento agressivo do autor do crime.

Por isso, compreendeu que o problema poderia ser resolvido transferindo para a autoridade policial ou mesmo diretamente ao policial, a aplicação da medida protetiva consistente em afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, condicionada a inexistência de comarca sede no município (aplicação diretamente pelo delegado) ou ainda a inexistência de delegado disponível no momento da comunicação do crime<sup>4</sup> (aplicação diretamente pelo policial).

Em ambas as situações o juiz será comunicado da implementação da medida protetiva no prazo de 24h, quando deverá decidir acerca da manutenção ou revogação da cautelar aplicada extrajudicialmente, cientificando-se concomitantemente o Ministério Público.

Nessa perspectiva, quando se cuida do controle de inconstitucionalidade tem-se que o princípio da supremacia da constituição, atrelada à rigidez decorrente de processo mais complexo de modificação do texto constitucional, implica reconhecer a possibilidade de realizar o controle de conformidade dos atos normativos tomando por parâmetro a Constituição, ou seja, as normas infraconstitucionais devem ter fundamento de validade na Constituição Federal, sob pena de serem extirpadas do ordenamento jurídico (FACHIN, 2008, p.141-143; MORAES, 2012, p. 733-734).

Ao abordar as espécies de inconstitucionalidade, assinala a doutrina que será material quando “o conteúdo da lei é incompatível com o conteúdo da Constituição” (FACHIN 2008, p. 146), valendo destacar ainda que o Brasil adota um modelo misto, podendo o controle de constitucionalidade ser exercido de forma concentrada ou difusa, o primeiro atribuído ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, a ele incumbindo processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade, enquanto pelo segundo, também denominado controle por via

---

<sup>4</sup> A lei menciona a ausência de delegado no “momento da denúncia”, contudo, é sabido que, no processo penal, a denúncia é peça oferecida pelo Ministério Público para descrever o comportamento delituoso atribuído ao acusado, não possuindo qualquer relação com o comparecimento à delegacia para formalizar a notícia de um crime.

de exceção ou de defesa, permite-se “a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal” (MORAES, 2012, p. 744).

Na hipótese em exame, considerada a jurisdicionalidade das medidas cautelares, cujo fundamento está no art. 5º, incs. LIV e LXI, da Constituição Federal, que consagram a garantia do devido processo legal e a necessidade de ordem judicial prévia a uma prisão, ter-se-ia como inconstitucional a aplicação de medida protetiva de urgência diretamente pela autoridade policial ou pelo próprio policial, na ausência do delegado.

De outro lado, Guilherme de Souza Nucci assevera inexistir qualquer vício de constitucionalidade na mudança legislativa. Num primeiro momento busca aproximar a previsão legal à hipótese do flagrante delito, na qual qualquer cidadão pode efetuar a prisão, submetida à futura convalidação pelo magistrado. Em acréscimo, invoca a impossibilidade de sustentar a reserva de jurisdição num país continental como o Brasil, salientando que o princípio da dignidade da pessoa humana seria substrato adequado para viabilizar a aplicação de medida protetiva de urgência diretamente pelo delegado de polícia (inexistência de sede de comarca no município) ou pelo próprio policial (na ausência do delegado em cidade que não seja sede de comarca). (2019)

Por conseguinte, arremata o Desembargador paulista que a lei é constitucional porque “o delegado ou policial não está prendendo o autor da agressão, mas somente ‘separando’ compulsoriamente a vítima e seu agressor. Uma medida de proteção necessária e objetiva.” (2019), contudo, em obra acerca do direito processual penal, o mesmo autor admite que havendo descumprimento de medida cautelar diversa da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal é possível a decretação da prisão, pouco importando a quantidade de pena cominada ao crime, vale dizer, independentemente do disposto no art. 313, inc. I do mesmo diploma processual. (NUCCI, 2019, p. 816)

No que tange à viabilidade da prisão cautelar decorrente do descumprimento de medida protetiva de urgência, nos termos do art. 313, in. III, do Código de Processo Penal admite o autor que “o objetivo da preventiva é assegurar a execução das medidas protetivas de urgência, não se destinando a vigorar por toda a instrução criminal. Exemplo: decreta-se a prisão cautelar do marido, que agrediu a esposa, para que esta possa sair em paz do lar, consolidando-se a separação do casal” (2019, p. 802), logo admite a prisão processual mesmo para delitos que não seriam apenados, ao final, com privação de liberdade, desde que para assegurar a execução de medidas de urgência da Lei Maria da Penha.

Malgrado o entendimento supra, é possível, primeiramente, apontar contradição no entendimento do autor, pois embora busque a afastar a pecha de inconstitucionalidade da lei sob a justificativa de que o delegado de polícia ou mesmo o policial não estariam a realizar prisão processual (esta sim, submetida a reserva de jurisdição), admite que o descumprimento de medida cautelar diversa da prisão enseja a prisão preventiva. Não bastasse, entende-se inviável a pretensão de aproximar o marco regulatório da nova legislação à prisão em flagrante delito, sobretudo porque o flagrante está contemplado expressamente em exceção constitucional dispensando ordem escrita e fundamentada para sua concretização (art. 5º, LXI, CF).

Com efeito, ao interpretar o art. 5º, LXI da Constituição Federal, em julgamento de *habeas corpus* no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ayres Britto acentuou que da aludida garantia fundamental:

ressai o duplo caráter excepcional da prisão em flagrante: primeiro, por se contrapor à regra geral da liberdade física ou espacial (liberdade de locomoção, na linguagem da Magna Carta); segundo, por também se contrapor àquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Donde a imprescindibilidade de sua interpretação restrita, até porque a flagrância é acontecimento fugaz do mundo do ser. (BRASIL, STF, 2012, HC 106.449/SP)

Segundo a doutrina o dispositivo constitucional citado distingue duas situações: a) prisão decorrente de ordem judicial, em virtude da aplicação de uma sanção criminal ou de uma medida cautelar; e b) prisão em flagrante que dispensa ordem judicial. De toda sorte, “ao judiciário se concede a reserva de jurisdição no tocante à aplicação da pena criminal e da medida cautelar” (CARVALHO, 2013, p. 453).

Portanto, seja em razão da interpretação restritiva que se deve conferir ao art. 5º, inc. LXI da Constituição Federal, que dispensa ordem judicial na hipótese da prisão em flagrante, tem-se como consectário que a aplicação de todas as demais medidas cautelares (observado que o flagrante é medida pré-cautelar) de índole penal estão sujeitas à reserva de jurisdição, acarretando o reconhecimento da inconstitucionalidade material do art. 12-C, inc. II e III, da Lei 11.340/06.

## **Conclusão**

Diante de todos os argumentos apresentados, impõe-se retomar a problemática inicial: afinal, é possível ao delegado de polícia ou ao policial a imposição de medida

protetiva de urgência em favor da vítima de violência doméstica e familiar? Compreendendo-se que a resposta deve ser negativa, notadamente porque as medidas previstas da Lei Maria da Penha submetem-se à mesma sistemática das medidas cautelares elencadas no Código de Processo Penal.

O ponto central diz respeito à característica da jurisdicionalidade, sobretudo porque a Constituição Federal excepciona apenas o flagrante dentre as medidas passíveis de imediata intervenção sem ordem judicial. Acresça-se a isso a perspectiva de parcela da doutrina quanto à possibilidade de decretação da prisão preventiva em virtude do descumprimento de medida protetiva de urgência da Lei 11.340/06, o que, na prática, significa autorizar que o ato do delegado ou da autoridade policial, caso descumpridos, viabilizem uma prisão cautelar.

Por conseguinte, a hipótese proposta de inconstitucionalidade do art. 12-C, inc. II e III, da Lei 11.340/06 (incluído pela Lei 13.827/19) restou confirmada, isto porque, partindo-se dos princípios que regem as medidas cautelares, assim como, da regulamentação legal e constitucional da matéria, admitiu-se que apenas a autoridade judicial detém poderes para aplicar a medida protetiva de urgência em desfavor do agressor.

De outro lado, propõe-se como alternativa à inconstitucional mudança legal, a utilização de mecanismo já implementando por grande parte do Judiciário brasileiro (conforme relatório do BRASIL, CNJ, 2018, p. 90, no ano de 2017 apenas 20,3% dos processos novos ingressavam fisicamente), consistente no processo eletrônico, sendo viável o emprego deste mecanismo como forma de aproximar o magistrado de comarcas distantes, com imediato contato com as causas urgentes e exame da presença de seus requisitos.

Finalmente, a medida proposta permitiria, a um só tempo, a pronta comunicação da autoridade judicial acerca da gravidade da situação noticiada à delegacia de polícia, assim como, a avaliação do cabimento das medidas protetivas de urgência sem vulnerar a reserva de jurisdição, conforme preconiza o texto constitucional.

## **Referências**

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha: Natureza jurídica e parâmetros decisórios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 157. p.131-172. São Paulo: RT. jul/2019.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 988.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 13 de agosto de 2019.

BRASIL. PL 6433/2013. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1142971&filenome=PL+6433/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1142971&filenome=PL+6433/2013). Acesso em 11 de agosto de 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contras-mulheres>>. Acesso em: 13 de agosto de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106449, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 17/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012.

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas – A individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. In: CANOTILHO, J. J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET; Ingo Wolfgang Sarlet; STRECK. Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados*. Salvador: *Juspodivm*, 2017.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Direito Processual*. São Paulo: RT, 2015.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Método, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.282

GODOY, André Ricardo. O descumprimento de medida protetiva de urgência não configura o crime de desobediência, em face da existência de outras sanções previstas no ordenamento jurídico para a hipótese. In: ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito penal*. v. I. São Paulo: RT, 2017, 405-418.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo [Coord]. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>. Acesso em 13 de agosto de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23ª.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

POLASTRI, Marcellus. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SCHIETTI, Rogério Cruz. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 4ª. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.