

DAS IDAS E VINDAS: UMA ANÁLISE ACERCA DA VALIDADE E EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA ANTE A VONTADE DA VÍTIMA E O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO INSTRUMENTO PARA UMA APLICAÇÃO TÉCNICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Por André Garcia de Jesus – Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia

Na presente época, pensar o direito como um sistema normativo harmônico e fundamentado é *démodé*, e o que vale são os contorcionismos argumentativos para legitimar as visões idiossincráticas acerca do que deve ser feito nos casos concretos, buscar equalizar e apresentar uma sistemática para operar o direito preservando a harmonia, fundamentação lógica, hierárquica e a eficácia da velha e boa Lei parece deveras anacrônico. Mas é exatamente isso que tentaremos a partir de agora, ao enfrentar uma problemática bem cotidiana das Promotorias de Combate à Violência Doméstica: A validade e eficácia das normas individualizadas de medidas protetivas de urgência em confronto com a dinâmica da vontade das partes nas “idas e vindas” dos relacionamentos afetivos.

Quem atua no *front* de combate à violência doméstica tem conhecimento da multiplicidade de situações que decorrem do *animus* dos envolvidos nas relações afetivas. Assim, quando um casal se desentende, há o fato delitivo, a atuação do Poder Judiciário impondo medidas protetivas e, de repente, essas medidas protetivas são ignoradas, não só pelo agressor, mas também pela vítima. Logo após, a vítima pode invocar e necessitar da proteção que ela mesma tinha dispensado, ou pior, apesar de raro, é fenômeno encontrado no mundo real, de usar da medida concedida para atrair

o agressor, a fim de, posteriormente, invocar a proteção com o fito de prejudicá-lo.

Como proceder em tais situações? Teria a vítima o controle sobre a existência, eficácia e validade da norma individualizada editada para sua proteção. Ela é sua propriedade? A vítima é dona da medida e pode usá-la de acordo com sua conveniência?

Por outro lado, em havendo uma concordância da vítima, o agressor está automaticamente desincumbido de respeitar a medida? Ela é descartável? Foi exaurida, e a vítima não mais deve ter a proteção nela determinada?

Ou ainda: o agressor deve ser preso em flagrante mesmo contra a vontade da vítima, uma vez que está violando diretamente o comando da medida protetiva?

Com o objetivo de refutar as alternativas contidas nas indagações acima e de sistematizar, utilizando a Lei e técnica jurídica atual, a correta solução desses impasses, passaremos ao seu enfrentamento, não sem antes salientar que o Professor Samer Agi em seu arguto artigo “Uma causa excludente de ilicitude na Lei Maria da Penha” (<https://www.migalhas.com.br/depeso/318910/uma-causa-excludente-de-ilicitude-na-lei-maria-da-penha>) traz excelente solução *de lege ferenda* para tais questões. Mas, enquanto os legisladores não avançam no tema, passemos a aplicar o direito posto à aludida problemática, recapitulando conceitos fundamentais:

A decisão judicial é uma norma jurídica individualizada, resultada do processo jurisdicional; assim, a mesma não pode ser modificada ou extinta por outra fonte senão aquela da qual proveio, ou seja, o Poder Judiciário, que

aplicou a norma jurídica abstrata ao caso concreto. Aqui nos socorremos de um dos maiores juristas da história, o Professor Hans Kelsen:

“A norma geral que une, abstratamente, uma determinada situação de fato à também determinada consequência, abstratamente determinada, procura a individualização, para chegar, finalmente, ao seu significado. É preciso verificar se existe, *in concreto*, uma situação de fato, que a norma geral determina *in abstracto* e é necessário, nesse caso concreto, que exista um ato coercitivo legal, ou seja, que se ordene primeiro e se realize depois, e que seja prescrito, *in abstracto*, pela norma geral. Isto é realizado pela sentença judicial, função essa da denominada jurisdição ou poder judicial.

KELSEN, Hans. A teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2003 (página 106).

No mesmo sentido, o notável Professor Machado Neto, demonstrando como essa norma individualizada é fundamentada no ordenamento:

“Imaginemos uma sentença judicial prolatada por um juiz ou tribunal estadual. O fundamento de sua validade formal será o competente Código de Processo, que, por sua vez, se fundamenta no art. 8º. XVII, letra b da Constituição Federal. Os fundamentos de validade material serão a lei

federal e seu regulamento, caso se trate de matéria de exclusiva competência legislativa na União, ou, ainda, a legislação estadual supletiva ou complementar, se a matéria é de competência legislativa, tanto da União como dos Estados, nos termos do art. 8º, §2º, da Constituição Federal. Por sua vez, a fonte de validade, tanto formal (art. 8º. XVII, e mais arts. 49 a 63 referentes ao processo legislativo) como material da lei federal donde se deriva a sentença, está na Constituição Federal.

Se a sentença se baseia em lei complementar ou supletiva estadual, as fontes de validade formal de tais leis são o art. 8º, §2º, da Constituição Federal mais os artigos da Constituição Estadual que regulam o processo legislativo. E, como a Constituição Estadual, encontra sua validade no art. 13 da Constituição Federal, nesta vai concluir, fatalmente, a fundamentação da validade de tal sentença.

Realizada esta aplicação da teoria do ordenamento jurídico ao caso concreto do ordenamento nacional, parece-nos óbvias as ressonâncias pragmáticas de tal teoria e o seu caráter instrumental na vida e na prática do direito. Somente de posse dessa ferramenta teórica estará capacitado o jurista a discutir a validade tanto formal como material de uma dada norma individualizada como sentença, o contrato, o testamento ou a decisão administrativa. “

NETO, A.L. Machado. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1977 (página 154).

Com essa bem vinda recapitulação da forma como se aplica o direito de acordo com a sua epistemologia e princípios científicos, já se observa que não há como conceder o poder de revogação de uma decisão jurisdicional à seu destinatário. Não que sua vontade seja algo irrelevante e alheio neste processo, a depender do caso, poderá ser um fator fundamental para que o Poder Judiciário modifique ou extinga a decisão.

Assim, para que a medida protetiva perca a sua eficácia, ela necessita de uma norma revogadora, como, invocando o Professor Hans Kelsen, nos ensina o Professor Tércio Sampaio Ferraz:

“A revogação depende de uma norma: a norma revogadora. A norma revogadora, diz Kelsen (1979:84), é uma norma que tem por conteúdo o estabelecimento de um não-dever-ser. Ela não estabelece outra hipótese de incidência, outra facti species, apenas acaba com a validade da norma revogada. Daí, segue-se outra regra estrutural, a proibição de repristinação: uma norma x revoga a norma b; posteriormente uma norma z revoga a norma x; isso não faz com que a norma b volte a valer. A proibição da repristinação significa, pois, que uma norma revogadora não pode revalidar as normas antes revogadas pela norma que ela revoga.”

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. 3ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2001. Página 200.”

Mas e quanto às situações fáticas, nas quais mesmo vigorando as medidas protetivas, agressor e vítima as transgridem voluntariamente, ignorando a medida protetiva imposta? Situação esta agravada pela figura típica do art. 24-A da Lei 11.343/06 que assim determina:

“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)

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)”

Entendemos que a solução mais adequada e, de acordo com a ciência do direito, é a aplicação da causa excludente de ilicitude denominada Consentimento do Ofendido.

Com a sua aplicação, mantém-se: o controle sobre a existência e eficácia da decisão judicial, íntegras nas mãos do órgão jurisdicional, a correta forma de seu surgimento e extinção, com a chamada norma revogadora e tudo isso sem sacrificar uma aplicação proba e adequada do direito ao caso concreto. Vejamos como e porquê:

Consoante o Professor Luis Régis Prado:

“Embora o Código Penal Brasileiro não tenha incluído o consentimento do ofendido explicitamente no rol do art. 23, a fonte de inspiração, nessa matéria, foi a legislação italiana, que estatui: “não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validade dispor”(art. 50, Código Penal italiano).

O consentimento do sujeito passivo pode excluir a tipicidade da ação ou da omissão, quando requisito intrínseco ao tipo legal, ou, eventualmente, quando externo a ele, afastar a ilicitude da conduta.

Em determinados casos, portanto, o consentimento do sujeito passivo (portador do bem jurídico individual), anterior ou simultâneo à conduta, é indispensável para que o agente possa ser eximido da responsabilidade penal.

O consentimento na área penal tem características diferentes do consentimento no Direito Civil. Adota-se no consentimento penal, o critério da capacidade natural da

valorar, sendo importante apenas verificar “se esse consentimento constitui uma expressão da liberdade de decisão da pessoa.”¹ (página 336).

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso De Direito Penal Brasileiro, Parte Geral e Parte Especial. 14^a edição, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.*

Assim, como o consentimento do ofendido retira, no que tange ao art. 24-A da Lei Maria da Penha, a ilicitude da conduta típica, esvai-se a possibilidade de criminalizar a conduta do agressor, quando o mesmo se encontra sob a incidência dessa causa excludente de ilicitude, mantendo a integridade da validade, existência e eficácia da medida protetiva, da norma individualizada.

Prossegue o Professor:

“O fundamento dessa causa justificante reside no princípio da ponderação de valores: isso se verifica quando “o Direito concede preferência ao valor da liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da ação e do resultado da agressão ou lesão ao bem jurídico”.² Essa espécie de excludente é essencialmente uma renúncia à proteção jurídica”.

¹ ROMEO CASABONA, C.M. El médico y el Derecho Penal, I, p. 316.

² CEREZE MIR, J., op. Cit., p.334.

De fato, em certas ocasiões, o Direito concede relevância à renúncia à sua proteção, podendo o sujeito passivo, então, dispensar do cumprimento das normas (mandados ou proibições) o sujeito ativo. Adverte-se, porém, que esse critério é dificilmente compatível como caráter público do Direito Penal (página 338).

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso De Direito Penal Brasileiro, Parte Geral e Parte Especial. 14ª edição, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

Para compatibilizar tal renúncia à proteção jurídica com o caráter público do Direito Penal, faz-se necessário observar que o Consentimento do Ofendido possui requisitos de validade, sem os quais não incidirá sobre a conduta do agressor.

À luz da lição do professor Guilherme de Souza Nucci, verifica-se que é possível incidir a excludente de ilicitude de consentimento do ofendido, desde que verificada no caso concreto a presença de determinados requisitos. vejamos:

“Para que se possa reconhecer presente a excludente, absolvendo o réu por ausência de ilicitude da conduta, é indispensável que determinados requisitos estejam presentes:

a) a concordância do ofendido (pessoa física ou jurídica) deve ser obtida livre de qualquer tipo de vício, coação, fraude ou artifício;

b) o consentimento deve ser emitido de maneira explícita ou implícita, desde que seja possível reconhecê-lo. Não se admite o consentimento presumido. Se alguém, por exemplo, concorda com uma determinada agressão física uma vez, não quer isto significar que aquiesça sempre. Logo, a presunção não tem lugar nesse contexto;

c) deve existir capacidade para consentir. Não havendo a excludente em nosso sistema jurídico, naturalmente não há uma idade legal para que o consentimento seja dado. Parece-nos razoável partir da idade penal, ou seja, 18 anos para estabelecer um limite. Afinal, aquele que tem capacidade para responder por seus atos, na esfera criminal, sem dúvida pode dispor, validamente, de bens ou interesses seus. Por outro lado, deve haver flexibilidade na análise da capacidade de consentimento de discernir sobre a perda de algum bem;

d) o bem ou interesse precisa ser considerado disponível. Verifica-se a disponibilidade do bem ou interesse quando a sua manutenção interessa, sobremaneira, ao particular, mas não é preponderante à sociedade, e quando a conduta não ferir os bons costumes e a ética social. Logicamente que tal análise somente se faz, com maior precisão, no caso concreto, analisando-se os costumes e valores sociais do momento, o que está sujeito à evolução. Registre-se o conteúdo do art. 13 do Código Civil: “Salvo por

exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial” (grifamos);

e) o consentimento deve ser dado antes ou durante a prática da conduta do agente. Não se deve admitir que o consentimento seja dado após a realização do ato, pois o crime já se consumou, não devendo ter a vítima controle sobre isso. Aceitar o consentimento após a prática da infração penal equivale ao acolhimento do perdão, que difere substancialmente da concordância na perda do bem ou do interesse;

f) o consentimento é revogável a qualquer tempo. Embora aceita a prática da conduta inicialmente, pode o titular do bem jurídico afetado voltar atrás a qualquer momento, desde que o ato não se tenha encerrado;

g) deve haver conhecimento do agente acerca do consentimento do ofendido. É fundamental que o autor saiba que a vítima aquiesceu na perda do bem ou interesse, como se dá, aliás, nas demais excludentes de ilicitude. (In p. Manual de Direito Penal: Volume único/Guilherme de Souza Nucci – 12 ed.rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254/255).”

Assim, para se falar em consentimento do ofendido quando houver descumprimento de medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica, a vítima deve ser capaz, seu consentimento livre de

qualquer coação, fraude ou vício de consentimento, incontroverso e anterior ou concomitante à prática do ato (entendemos que nos casos de violência doméstica, o consentimento concomitante não é impossível, mas de difícil reconhecimento, uma vez que a vítima pode ter emitido esse consentimento por receio e intimidação). Por outro lado, convites, pedidos de perdão, recaídas amorosas, chamados para conversas conciliatórias e outros exemplos de emissão do consentimento prévio são de fácil comprovação nos dias atuais, dada a ampla difusão dos meios de comunicação telemática, notadamente os *smartphones*.

Uma vez superada a questão da influência da vontade da vítima na validade e eficácia das medidas protetivas, através da aplicação do instituto jurídico do Consentimento do Ofendido, outras duas questões problemáticas se impõem na gestão das medidas protetivas de urgência a partir deste modelo: a primeira, quando o consentimento termina e a vítima muda sua vontade? A segunda: e se houver novo crime durante o consentimento (válido) da vítima?

Quanto à primeira situação, entendemos que, uma vez cessado o consentimento da vítima, cessa, também, a incidência da excludente de ilicitude. Assim, retorna a eficácia da medida protetiva em todos os seus efeitos, inclusive a possibilidade de prisão em flagrante delito por incidência do art. 24-A da Lei 11.340/06. Entretanto, vale ressaltar, apesar dessa consequência ser direta e automática, deve ser aplicado ao caso concreto os princípios de Proporcionalidade Razoabilidade para que se distinga o dolo de descumprimento da medida das providências de mero restabelecimento da distância exigida pela medida protetiva.

Na segunda situação, mesmo não incidindo o art. 24-A da Lei Maria da Penha, todos os outros delitos estão sujeitos à esfera de incidência, a exemplo da lesão corporal do art. 129§ 9º e 147, ambos do CP, e dessa forma, o agressor estará sujeito, tanto à prisão em flagrante delito, quanto à decretação de prisão preventiva, seja em conversão decorrente do flagrante, seja em decisão judicial após representação, uma vez satisfeito o *fumus commissi delicti*, o *periculum libertatis* está evidenciado na reiteração delitiva, ensejando a decretação da medida, dada a necessidade por garantia da ordem pública, e pelo do art. 313, III, CPP:

“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;”

Assevere-se, ainda que, nessa hipótese, não é necessário o requisito de pena mínima abstrata, conforme leciona o Professor Renato Brasileiro de Lima:

“Como a redação do inciso III do art. 313 não faz distinção quanto à natureza da pena do crime doloso, deve-se entender que, independente da quantidade de pena cominada ao delito, pouco importando, ademais, se punido com reclusão ou detenção, a prisão preventiva pode ser adotada como medida de ultima ratio no sentido de compelir o agente a observância das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, mas desde que presente um dos fundamentos que autorizam a

prisão preventiva (CPP, art. 312). In p. Manual de processo Penal: Volume único/Renato Brasileiro - 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: ed. Jus Podivm, 2016, p. 950.”

CONCLUSÃO

A aplicação do Consentimento do Ofendido ao qualificar as condutas de vítima e agressor durante a vigência das medidas protetivas de urgência soluciona os impasses decorrentes da manifestação de vontade da vítima em sentido oposto ao comando imposto ao agressor nas medidas protetivas e suas implicações. Ao mesmo tempo em que mantém a existência, validade, e modo correto de revogação das medidas protetivas intacto, lida adequadamente com a eficácia da medida, suas consequências e sanções, ao retirar a ilicitude da conduta do agressor enquanto durar a permanência do consentimento. Também não interfere e não obsta a atuação imediata da rede de proteção à vítima nas hipóteses de novo crime, ou a partir do momento que a vítima decide não mais manter o consentimento ao agressor para que este permaneça descumprindo as determinações da medida protetiva de urgência, como também nas hipóteses de novas agressões à vítima.

Observar o aludido instituto evita uma série de situações conflitantes, ou até mesmo teratológicas a exemplo de: coação estatal contra o agressor que esteja descumprindo a medida com o beneplácito, ou até mesmo por insistência da vítima; conferir à vítima o poder de instituir ou de revogar medida protetiva de urgência de acordo com a sua própria conveniência, etc., revelando-se um instrumento importante para gerir a aplicação das medidas protetivas, sem sacrificar nenhum direito, tanto na proteção à vítima, quanto na preservação das garantias constitucionais do agressor, tudo isso respeitando a técnica jurídica e os conceitos estruturantes da Ciência do Direito.

Bibliografia

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito*. 3ª edição. São paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2003 (página 106)

NETO, A.L. Machado. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1977 (página 154)

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. 3ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2001. Página 200.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso De Direito Penal Brasileiro, Parte Geral e Parte Especial*. 14ª edição, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Volume único. 12 ed.rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254/255
(An p. Manual de Direito Penal: Volume único/Guilherme de Souza Nucci – 12 ed.rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254/255).

BRASILEIRO, Renato. Manual de processo Penal: Volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: ed. JusPODIVM, 2016. p. 950.~~Manual de processo Penal: Volume único/Renato Brasileiro – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: ed. JusPODIVM, 2016, p. 950.~~

