

A EXTENSÃO CONTRA TERCEIROS DOS EFEITOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS PARA A EFETIVIDADE DE SUA CARACTERÍSTICA CAUTELAR

THE EXTENT AGAINST THIRD PARTIES OF THE EFFECTS OF PROTECTIVE MEASURES FOR THE EFFECTIVENESS OF THEIR PRECAUTIONARY NATURE

Marcelo Bauer Pertille

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Direitos Humanos da UNIVALI. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4560522200827508>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0083-450X>
pertille@univali.br

Thais Silveira Pertille

Doutoranda e mestra em Direito pela UFSC. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos Centro Universitário Estácio Santa Catarina. Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5565671235570735>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2939-8238>
thaispertille@gmail.com

Juliano Keller do Valle

Doutorando e mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Professor de Direito Processual Penal da UNIVALI. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3715543483481844>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1440-7867>
jkeller@univali.br

Resumo: Com natureza jurídica cautelar, as medidas protetivas da Lei 11.340/06 possuem expressa previsão apenas contra o agressor com quem a vítima mantém relação doméstica ou familiar. Ocorre que, na dimensão do perigo tutelável, deve-se considerar que pessoas sem essa específica circunstância de caráter pessoal podem contribuir para a criação e incremento da vulnerabilidade que se pretende evitar. Ademais, o artigo 30 do Código Penal trabalha com a lógica da extensão de circunstâncias pessoais, admitindo imputação para além do autor caracterizado pelo crime próprio. Se o sistema penal admite até mesmo responsabilidade penal em situações dessa natureza, o Direito Processual deve considerar a extensão de seus efeitos para agir de modo proporcional ao perigo verificado.

Palavras-chave: Medidas Protetivas – Natureza Cautelar – Extensão contra terceiro.

Abstract: The law 11.340/06 established hypotheses of preventive procedural measures for women victims of domestic and family violence. Under the precautionary legal nature, the measures were foreseen considering only the hypothesis of having effects against the aggressor. It happens that the dimension of the curable danger can demonstrate the need for people, without the domestic and family ties with the victim, to join efforts with those who have this characteristic to produce the danger that is intended to be avoided. In addition, article 30 of the Penal Code works with the logic of extending personal circumstances, admitting imputation beyond the author characterized by the crime itself. All the more reason, procedural law cannot deny guardianship in a situation of emergency danger.

Keywords: Protective Measures – Precautionary Nature – Extension against third party.

1. As medidas protetivas enquanto instrumentos cautelares da lei 11.340/06

As medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 representam decisivo avanço na tutela dos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Sua instrumentalidade decorre dos movimentos, que implementaram esforços para tornar visíveis as condutas que devem ser entendidas como expressão da violência contra a mulher (art. 7º).

Em consequência, o reconhecimento político-jurídico de que é necessário que as instituições ligadas ao sistema de Justiça estabeleçam tratamento especial às vítimas inseridas em vulnerabilidades dessa espécie constitui decisiva vitória das correntes, que há décadas suscitam a importância de que a realidade do machismo estrutural constitua pauta no debate público.¹

O Superior Tribunal de Justiça, fazendo menção à relevância da Lei para a consecução de uma cultura de igualdade de gênero, tem dado mostras da importância de trazer à tona esse debate para que soluções possam ser melhor refletidas: “(..) a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir” (BRASIL, 2021A).

É sob esse aspecto que as medidas protetivas da Lei 11.340/06 invocam destaque, servindo enquanto decisivos instrumentos para a efetivação do direito de igualdade do gênero feminino. Invocam,

em consequência, características próprias de normas cautelares. Mas, entende-se necessário advertir que com essa afirmação não se pretende ingressar nos debates acerca da específica natureza jurídica das medidas protetivas: se acautelatória, no sentido de servirem enquanto instrumentos para a eficácia de prestação jurisdicional que deve se desenvolver em específica ação penal, ou se marcadas pelo caráter inibitório, quando dotadas de autonomia, não invocando a obrigatoriedade de demanda criminal contra o agressor.²

Ainda que a posição majoritária das cortes nacionais não fosse pela primeira resposta,³ importa ressaltar que, de uma ou outra forma, a eficácia preventiva das medidas protetivas não pode ser negada, sendo esta a característica que se pretende ver enfatizada neste momento para o debate que se propõe. Em síntese, quando se afirma que tais providências previstas na Lei 11.340/06 possuem qualidades cautelares, procura-se destacar que normas dessa espécie agem como ferramentas para a proteção e a defesa de direitos ameaçados, utilizando da força imperativa da jurisdição de modo proporcional às hipóteses de urgência para as quais se destinam.

É da essência dos institutos desse quilate, que possam servir até mesmo ao adiantamento de tutelas jurídicas marcadas pela especialidade do direito discutido e pela relevância dos fatos que necessitam de cuidado institucional célere. Justificam-se em razão da constatação de que os procedimentos ordinários podem se revelar insuficientes. A lição de **Ovídio Baptista** soma razão à conclusão de que cautelares funcionam

como uma forma particular de “proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos” (SILVA, 2002, p. 339).

Diante disso, pode-se afirmar que toda medida cautelar tem por essência a finalidade preventiva de interesses legítimos. E dessa compreensão é possível constatar que: se o sistema jurídico entende necessária a criação de mecanismos excepcionais para a satisfação emergencial de direitos, dentre esses aqueles atentos à violência doméstica e familiar contra a mulher, é certo que esses instrumentos normativos devem dar conta da maior parte possível do perigo que invoca a respectiva proteção excepcional. Quanto maior a possibilidade de que o perigo diagnosticado não se efetive diante do manejo de medidas cautelares previstas, maior será a razão que confere legitimidade ao próprio Estado para excepcionar seus procedimentos ordinários.

Medidas cautelares desafiam as justificativas indispensáveis a um Direito crítico, quando se convertem em subsistemas jurídicos com características próprias. E se a relativização do Direito Formal, tido como ordinário, é decisiva para a satisfação de específicas tutelas, é fundamental que as medidas implementadas pelos atores judiciais sejam adequadas à proteção da esfera de perigo frente ao qual se mostra necessária à atuação institucional.

Subsumindo essas noções gerais às hipóteses para as quais foi criada a Lei 11.340/06, tem-se que as medidas previstas pelo legislador no seu Capítulo II foram estabelecidas diante do atingimento da compreensão de que a realidade da violência doméstica e familiar contra a mulher suscita dimensões próprias de perigo aos Direitos Humanos das vítimas. As protetivas, diante disso, representam medidas com aptidão à contenção de específicas formas de violência, justificando por meio do Direito Formal a plena capacidade de atuação das instituições de Justiça.

2. A extensão das protetivas contra terceiros para a real tutela do perigo dimensionado

A partir da dimensão cautelar das medidas protetivas, é certo que não se pode mais conviver com antigos referenciais que historicamente negligenciam a necessária atenção aos direitos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. Essa conclusão conduz, inevitavelmente, à compreensão de que autoridades judiciais necessitam implementar novos padrões hermenêuticos, que acompanhem a atividade legislativa em atenção às transformações destes tempos caracterizados pelo redimensionamento de direitos.

Deve-se, conseqüentemente, buscar outros limites para os referenciais de sentido das normas criadas para essa realidade, fazendo fruir a proteção politicamente desejada ao se implementar maior eficácia possível às decisões judiciais proferidas nesse âmbito. Na publicação especial do Superior Tribunal de Justiça em comemoração aos quinze anos da Lei 11.340/06, o ministro **Rogério Schietti Cruz** enfatizou que agir contra a violência que atinge as mulheres invoca “defender sua liberdade, criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar os instrumentos normativos que atenuem os malefícios causados pela violência” (BRASIL, 2021B).

Bem operar as medidas protetivas da Lei 11.340/06 implica atender aos anseios ético-sociais de um mundo em evolução cultural, justificando a natureza jurídica das medidas cautelares no intento de atribuir efetividade à dimensão conceitual da própria legalidade. Fala-se especificamente do fundamento político da legalidade, que norteia ações para a convivência harmônica entre os poderes (funções) de Estado. Essa função da legalidade impescinde do atuante papel do Judiciário na manutenção do Estado de Direito e do próprio pacto republicano.

Dito isso, manejar medidas protetivas sem a observância da dimensão do necessário para a satisfação do direito que as justifica significa: i) deslegitimar os fundamentos que garantem razão às cautelares dentro do sistema jurídico; ii) ignorar a necessária evolução hermenêutica

para a concretização dos direitos das mulheres; iii) deixar de atender a importância político-social reconhecida ao tema pelo legislador; iv) negligenciar tutela possível diante de quadros de vulnerabilidade, negando vigência ao instituto em sede de direitos que não admitem retrocesso.

O argumento de que não se pode estender as medidas protetivas a terceiros envolvidos em situação de violência doméstica e familiar em razão da falta de previsão legal precisa ser superado. Negar que as cautelares da Lei 11.340/06 não possam surtir efeitos para além daquele frente ao qual se manifesta comprovada a relação doméstica ou familiar significa negar vigência ao instituto e à sua específica finalidade.

Na esteira do que se sustenta, uma cautelar encontra justificativa diante do estado de perigo qualificado pela emergência. A providência judicial deve observar os dispositivos legais previstos pelo legislador e, mediante atividade hermenêutica adequada (atenta às especificidades da realidade que se analisa), não pode se furtar de atribuir abrangência necessária ao acautelamento da situação perigosa que se apresenta. Dizer que as medidas protetivas não reúnem condições legais contra quem não possua, de plano, relação doméstica ou familiar com a vítima é desconsiderar o óbvio: o perigo juridicamente tutelável em decorrência de condutas humanas deve levar em consideração que seu implemento pode se realizar direta ou indiretamente (executor e mandante, por exemplo).

Se as medidas protetivas não podem alcançar terceiros que com o agressor unem esforços para condutas contra a mulher com a qual apenas este mantém relação doméstica ou familiar, está-se admitindo o absurdo de que a vítima permanece sempre desprotegida, mesmo em um cenário de evidências, que torna provável sua vulnerabilidade a se considerar ações de interpostas pessoas.

Em outras palavras: se a medida protetiva se legitima em uma realidade de perigo para a mulher vítima de violência doméstica e familiar, as providências judiciais devem atender à extensão verificável do perigo diagnosticado. Se o perigo suscita atenção, que se justifica para além da figura daquele que guarda com a vítima relação doméstica ou familiar, esse (o perigo) não deixa de existir por mera ausência de específica previsão legal da forma por meio da qual necessita ser controlado. Permanece imanente e, ainda pior, não considerado pelas instituições de Justiça.

Desconsiderar que nessa situação o perigo persiste e que deve ser visto até mesmo com maior cautela (pois há maximização da sua forma de manifestação) é não compreender a finalidade da norma cautelar e a possibilidade que é dada a qualquer intérprete da lei de aplicá-la nos termos dos fins que hermenêuticamente se justificam. Em síntese: o perigo deve ser tutelado no nível da abrangência que revela, justificando sim que terceiros estejam sob a influência da decisão cautelar que vise a redução do estado tido perigoso.

Não se ignora que é necessário ter demasiado cuidado nas construções teóricas que se destinam a dar interpretação extensiva e/ou analógica às previsões legais, que podem representar limitação de direitos. Não há dúvida de que as medidas protetivas se convertem em imposições restritivas de direitos na esfera de liberdade daqueles contra quem são decretadas. Por isso, seu manejo requer cuidado. Mas essa dinâmica atenta à dose dos efeitos legais resultantes da atuação judicial é parte indissociável da função de julgar. Não fosse necessário que juízes avaliassem de modo particular o sentido que devem assumir as palavras que formam as previsões legais diante de casos concretos, poder-se-ia considerar a imediata implementação da tecnologia para efeitos decisórios em qualquer plano das tarefas judiciais, inclusive.

O que se defende aqui é justamente um olhar hermenêutico atento às finalidades do instituto cautelar e às consequências que isso implica nas realidades da mulher vítima e dos agentes geradores do perigo. Isso para que não se opere hipossuficiência do sistema legal frente à proteção integral dos direitos da mulher vítima de violência doméstica e familiar,

nem excessos injustificáveis (para além do perigo diagnosticado) na restrição de direitos daquele apontado como agressor. Nessa linha, não se pode concluir que seja excessiva a decisão que estende efeitos cautelares a quem não guarde com a vítima relação doméstica e familiar quando configurada hipótese de que terceira pessoa une esforços para a produção do perigo que se deseja remediar.

Ademais, a defesa do direito que aqui se delineia não compreende novidade no raciocínio jurídico-penal. A parte geral do Código Penal brasileiro corrobora o argumento, quando estabelece no artigo 30, que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal se comunicam na hipótese de concurso de pessoas quando elementares do crime.⁴ O que significa dizer que, mesmo aqueles que não guardam a específica condição pessoal do tipo, devem ser imputados do respectivo crime praticado em conjunto com aquele que reúne a elementar pessoal expressamente prevista (desde que conhecida essa realidade). A lição de **Paulo Busato** explica que “A compreensão do tipo há de ser analisada a partir de sua descrição elementar, que é composta pelos elementos que o descrevem (incluídas, por exemplo, qualificadoras)” (BUSATO, 2017, p. 668). Daf é possível concluir que “Tudo o que fizer parte da descrição dos elementos do tipo, mesmo que seja circunstância ou condição de caráter pessoal, alcançará a todos os autores e partícipes” (BUSATO, 2017, p. 668).

Não se desconhece que a previsão do artigo 30 do Código Penal se destina a estabelecer condição de alargamento da hipótese de tipicidade, determinando efeitos diretos na escolha da figura típica a ser imputada. Mas o que se quer aqui invocar é que o fundamento de existência do artigo 30 soma razão para a possibilidade de que também se restrinjam condutas, sob justificativa cautelar, daqueles que praticam com o agressor ações penais de violência contra a mulher.

Considerando hipótese de crime próprio no âmbito de tutela da violência doméstica e familiar contra a mulher, é certo que quem conhece essa específica condição pessoal do seu comparsa com a vítima, mantendo com ele vínculo subjetivo, somando com ele esforços para a concretização da conduta típica, deve ser imputado com a observância da circunstância pessoal constitutiva do tipo a que deu causa. Deve, por consequência sistêmica, também ser considerado agente gerador de perigo a ser afastado por medida cautelar que pretende evitar a consumação da conduta típica.

Imagine-se a situação de agente que contrate outra pessoa para

executar seu intento de cometer homicídio contra a esposa. Narra o artigo 121, §2º, do Código Penal, que configura hipótese de feminicídio (qualificadora do homicídio) agir contra a vida de mulher com quem se mantém relação doméstica e familiar (§2º-A, I, do mesmo artigo). Esse vínculo entre mandante e vítima configura condição pessoal que, em regra, é fator incomunicável entre aqueles que agem em concurso de pessoas. Entretanto, na específica situação, caracteriza também elementar da figura típica do feminicídio, autorizando que a todos os envolvidos seja estendida a condição pessoal do coautor mandante. **Alice Bianchini** corrobora que a respectiva qualificadora “implica desdobramentos nas hipóteses de concurso de pessoas diante da regra inserta no artigo 30 do Código Penal” (BIANCHINI, 2016, p. 216). Por consequência, defende a autora que “o coautor ou partícipe de feminicídio responderá pela figura qualificada se o delito for cometido em contexto de violência doméstica ou familiar (...)” (BIANCHINI, 2016, p. 216).

E sendo assim, indaga-se: seria razoável imaginar que, mesmo diante da possibilidade de responsabilização penal das pessoas que não guardam relação doméstica e familiar com a vítima, o Direito Processual poderia se omitir na função cautelar preventiva? Não encontra fundamento adequado a ideia de que o Direito Penal possa punir, mas que o Direito Processual não possa oferecer tutela cautelar. Com mais razão, o Direito Formal não pode negar que situações de perigo devam ser consideradas frente a todos que lhe dão causa.

Medidas protetivas, por isso, necessitam alcançar todos os possíveis autores frente aos quais o perigo que se quer evitar reste concretamente representado, justamente para que se possa agir preventivamente no nível da ameaça configurada. Só assim se pode atender a contento a intenção de se evitar a ocorrência do evento criminoso que, caso se efetive, admitirá a reprovação de todos os envolvidos incluídos no contexto da circunstância pessoal também tida como elementar típica.

Destarte, conclui-se que as medidas cautelares consistentes nas protetivas da Lei 11.340/06 necessitam ser estendidas contra todos os envolvidos na situação geradora de perigo, haja vista a necessidade de se acautelar a probabilidade de dano na sua maior dimensão possível. Só assim, a decisão judicial estará em conformidade com a finalidade a que se destina, confirmando a vigência do instituto e sua natureza jurídica.

Notas

¹ “O longo itinerário histórico percorrido pelo movimento feminista, seja em nosso País, seja no âmbito da comunidade internacional, revela trajetória impregnada de notáveis avanços, cuja significação teve o elevado propósito de repudiar práticas sociais que injustamente subjugavam a mulher, suprimindo-lhe direitos e impedindo-lhe o pleno exercício dos múltiplos papéis, que a moderna sociedade, hoje, lhe atribui, por legítimo direito de conquista” (BRASIL, 2019, p. 9).

² “Tal tema é controverso e, por essa razão, divide os estudiosos do tema, bem como aqueles que trabalham no dia a dia com essa matéria: parte minoritária defende caráter autônomo, satisfativo e de tutela inibitória das medidas protetivas, ao passo que a corrente majoritária brada pela natureza cautelar, instrumental e

acessória das medidas protetivas” (MENDONÇA, 2019, p. 77).

³ “A despeito de certa controvérsia na doutrina quanto a sua natureza jurídica, como o próprio legislador se refere a elas como medidas protetivas de urgência, prevalece o entendimento de que estamos diante de medidas cautelares. Enfim, são medidas de natureza urgente, que se mostram necessárias para instrumentalizar a eficácia do processo” (LIMA, 2019, p. 1517).

⁴ São circunstâncias de caráter pessoal “as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou demais partícipes ou coautores” (FRAGOSO, 2020, p. 260).

Referências

BIANCHINI, Alice. *A Qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?* EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203 - 219, jan.-mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 08 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 08 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *AgRg no AREsp 1643237/GO*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 29 set. 2021A. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 08 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Violência doméstica: 15 interpretações que reforçaram a proteção da mulher em 15 anos da Lei Maria da Penha*. 2021B. *STJ*, notícias, 8 ago. 2021B. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/08082021-Violencia-domestica-15-interpretacoes-que-reforçaram-a-protecao-da-mulher-em-15-anos-da-Lei-Maria-da-Penha.aspx>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proteção da mulher*. Jurisprudência do STF e bibliografia temática. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2019.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2017.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. Parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MENDONÇA, Kárin Liliane. A natureza jurídica das medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006. *Revista Amagis Jurídica*, [S.l.], n. 12, p. 75-84, ago. 2019.

SILVA, Ovídio Baptista; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 21.02.2022 - Aprovado em: 30.04.2022 - Versão final: 08.06.2022