

O consentimento da ofendida no descumprimento de medidas protetivas a luz das recentes decisões do stj

André Luís Nunes Rocha

Assessor da 2º Defensoria Pública com atuação em Violência Doméstica e Familiar
contra Mulher de Capital

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo abordar o crime do Art. 24-A, da Lei Maria da Penha, consistente no descumprimento de medida protetiva nos casos de consentimento da ofendida. Para tanto, será analisado a recente jurisprudência do STJ sobre o tema, o que permitirá comprovar a possível mudança de entendimento sobre o tipo penal, com reconhecimento da atipicidade da conduta.

PALAVRAS-CHAVES: Crime de descumprimento de medida protetiva. Consentimento da ofendida. Atipicidade da conduta.

INTRODUÇÃO

É indubitoso que todo e qualquer trabalho que envolva Lei Maria da Penha, tem dever moral e ético de reconhecer a importância da luta contra a violência de gênero, mormente numa sociedade com altos índices de feminicídio, fruto de uma cultura patriarcal e extremamente machista, muitas vezes propícia a “calar” os vulneráveis, diminuindo seu sofrimento e relativizando possíveis desigualdades.

Não é raro que, em atendimentos realizados nos núcleos da Defensoria Pública com atuação na defesa do acusado de violência doméstica, seja comuns relatos que tentam vitimizar o homem e gerar dúvidas sobre a eficácia e necessidade da lei, o que, na maioria dos casos, se provam apenas um descontentamento com a persecução penal.

Contudo, também não é possível afastar um olhar defensivo para os constantes relatos do acusado, e muitas vezes, da própria vítima, que buscam atendimentos nas diversas Defensorias Públicas especializadas em violência doméstica e familiar contra mulher.

Neste sentido, é necessário analisar o crime do Art. 24-A, da Lei Maria da Penha, a luz do novo entendimento aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos de consentimento da ofendida.

O presente trabalho visa justamente trazer discussão de como o consentimento da ofendida é capaz de afastar a tipicidade da conduta, mesmo sem a revogação das medidas protetivas pelo Poder Judiciário.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA EDIÇÃO DO ART. 24-A, DA LEI MARIA DA PENHA

1.1. CELEUMA DO DESCUMPRIMENTO DA MPU ANTERIOR EDIÇÃO DA LEI 13.641/2018

A Lei Federal 11.340/2006, surge como mecanismo de coibir a violência doméstica e familiar contra mulher, o qual recebeu o nome de Lei Maria da Penha, em homenagem a vítima de dupla tentativa de homicídio na década de 80, caso marcado pela demora injustificada da investigação e punição do ex-marido pela Justiça Brasileira, sendo o caso levado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com condenação do Estado Brasileiro em 2001, com inúmeras recomendações, dentre elas, que o governo brasileiro desenvolvesse uma legislação específica sobre a violência doméstica e familiar.

Assim, inovador diploma legal, no seu texto original, previu as medidas protetivas de urgência do Art. 22, como forme de proteger a integralidade física, moral e psicológica da mulher, porém não havia previsão de nenhum tipo penal para o seu descumprimento.

Por muitos anos, houve a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a consequência jurídica do descumprimento de medidas protetivas de urgência pelo acusado, se configuraria ou não crime de desobediência do Art. 330, ou do Art. 359, ambos do Código Penal, ou se era conduta atípica.

Como pontua Sanches (2022, p. 1823-1824), prevaleceu no STJ a corrente que defendia atipicidade da conduta, o que acabou dando origem a edição do tipo penal do Art. 24-A:

“De sorte que, uma primeira corrente, defendia que a conduta do agente que descumpria medida protetiva, configuraria o crime de desobediência. Nesse sentido o Enunciado 27, do Fonavid (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), a se conferir: *O descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na lei 11.340/2006 configura prática do crime de desobediência previsto no art. 330 do CP, a ser apurado independentemente da prisão preventiva decretada?. Mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pairava alguma divergência, havendo precedente que entendia configurado o crime do art. 359 do Código Penal, consistente na "desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito"⁸¹ Mais recentemente, porém, aquela E. Corte pacificara entendimento no sentido de que a conduta era atípica, em face da possibilidade de imposição de outras medidas previstas na própria lei. Assim, "na linha da jurisprudência desta Eg. Corte, não configura crime de desobediência o descumprimento de medida protetiva de urgência da Lei 11.340/2006. (Lei Maria da Penha), haja vista a previsão de imposição de outras medidas civis e administrativas, bem como a possibilidade de decretação de prisão preventiva, conforme o disposto no art. 313, III, do CPP» (STJ, HC 305.442/RS, rel. Felix Fischer, j. 03.03.2015, DJe 23.03.2015. Todavia, face aos termos expressos da Lei n. 13.641/2018, a discussão perdeu seu objeto, não mais perdurando nenhuma dúvida: insere-se na Lei 11.340/06 um tipo penal específico para punir a desobediência a decisões judiciais que impõem medidas protetivas.

Percebe-se que, por mais de uma década, houve uma celeuma provocada pela ausência de consequências jurídicas provocadas pelo descumprimento de medida protetiva, ora aceitando a incidência do tipo penal do crime de desobediência, ora pelo entendimento contrário por haver outras medidas, como a própria prisão preventiva do Art. 313, III, do Código Processo Penal.

Com a criação do tipo penal dentro da própria Lei Maria da Penha via Lei 13.641/2018, foi totalmente enterrada a discussão anterior, passando a figura do descumprimento de medida protetiva de urgência ter tratamento próprio, o que buscava justamente uma maior proteção da mulher, visto que não raras vezes os agressores ignoravam a ordem judicial para manter contato com a ofendida, ou, pior, para cometer novos crimes.

1.2. BEM JURÍDICO TUTELADO E ELEMENTO SUBJETIVO

Como já citado anteriormente, após longa discussão e idas e vindas sobre aplicação ou não do crime de desobediência, houve a mudança legislativa para criar o tipo penal específico para descumprimento da medida protetiva de urgência.

Neste sentido, o novo tipo penal trouxe como bem jurídico tutelado a Administração da Justiça, e secundariamente, a própria mulher, conforme leciona Renato Brasileiro:

Conquanto inserido na Lei Maria da Penha, que versa sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível dizer que, por se tratar de verdadeira espécie de crime de desobediência, o bem jurídico tutelado diretamente pelo art. 24-A é a Administração da Justiça, em especial o interesse do Estado consubstanciado no cumprimento das medidas protetivas de urgência. Indiretamente, porém, não se pode negar que o delito também tutela a própria mulher vítima dessa violência de gênero. Afinal, ela também tem nítido interesse no cumprimento das medidas protetivas de urgência que foram impostas de modo a proteger sua vida, integridade corporal, saúde, patrimônio, liberdade sexual, honra, etc. (LIMA, 2020, P. 1542)

Logo, é clarividente que o tipo penal consubstancia em hipótese de crime contra Administração Pública, assim como é o crime de desobediência do Art. 330, do Código Penal.

Noutro turno, o crime somente pode ser cometido mediante a conduta dolosa, logo deve o agente agir com dolo direto (querer descumprir) ou, ao menos, dolo eventual (assumir o risco de descumprir a medida protetiva com sua conduta).

A partir da análise do elemento subjetivo, Renato Brasileiro (2020) traz a possibilidade de, caso haja a reconciliação do casal sem revogação da medida, a incidência do erro de tipo, senão vejamos:

O crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha é punido exclusivamente a título doloso (direto ou eventual). Como o dolo deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo é imprescindível que o agente tenha consciência de que uma medida protetiva de urgência contra ele

determinada e que tal medida ainda estava em vigor por ocasião de seu descumprimento, ou seja, não havia sido revogada.

Na eventualidade de se demonstrar que o agente não tinha consciência de que a medida protetiva de urgência ainda estava em vigor - a título de exemplo, é extremamente comum que com a reconciliação do casal, sem que haja, todavia, o cancelamento judicial da medida - ter-se-á verdadeiro erro de tipo (CP, art. 20, caput), capaz de excluir o dolo e a culpa, se invencível, ou apenas o < se vencível, restando a culpa, se prevista em lei, o que não é o caso do art. 24-A da Lei n. 11.340 (. (LIMA, 2020, P. 1.542)

Dito de outra forma, a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime poderá afastar o fato típico, primeiro elemento na teoria analítico de crime (fato típico, ilícito e culpável), ou seja, que as medidas protetivas estavam vigentes.

A propósito, desde edição da Lei Maria da Penha, algumas vozes como a Ilustre Maria Lucia Karam, apontava que o descumprimento de medidas protetivas deveria divergir das legislações alienígenas, como da Espanha, com a possibilidade de vítima fazer a escolha de aproximar do ofensor ou retomar o relacionamento, pois, caso contrário, haveria possibilidade de considera-la partícipe da conduta:

Na inspiradora legislação espanhola, o descumprimento de medidas de proteção, análogas às previstas na nova lei brasileira, conduz à configuração do quebrantamiento de condena (artigo 468, 2 do Código Penal espanhol), que, incluído dentre os crimes contra a administração da justiça, é reconhecível independentemente ou mesmo contrariamente à vontade da mulher em nome de cuja proteção são decretadas as descumpridas medidas, o que pode implicar na absurda situação de se privar a própria mulher de prosseguir ou retomar a convivência com o apontado autor da alegada violência de gênero, ou até mesmo em imputação a ela da prática daquele mesmo crime de quebrantamiento de condena, na qualidade de partícipe (2006, p. 6).

Assim, é evidente que poderá ocorrer casos em que o descumprimento da medida protetiva de urgência contará com participação direta da vítima, como no caso de reconciliação do casal, reaproximação para tratativas amistosas sobre filhos ou bens a partilhar, ou a solução da divergência familiar.

Tais situações já vinham sendo defendido por parte da doutrina brasileira desde da mudança que incluiu o tipo penal na Lei Maria da Penha.

Porém, a grande discussão nos Tribunais sempre foi se era possível afastar o fato típico pela participação direta da vítima (consentimento) e a consequente ausência de dolo, ou se por ser crime contra Administração da Justiça, impediria qualquer excludente sob argumento de se tratar de direito indisponível, com predileção para o último entendimento.

2. DO RECENTE POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA

Inicialmente, é necessário destacar que a presente discussão analisa tão somente aos casos em que a vítima consentiu com a aproximação, como nos casos em que o casal reata o relacionamento após deferimento das medidas protetivas.

A discussão jurisprudencial quase sempre pendeu para afastar o consentimento da ofendida nos casos de descumprimento de medida protetiva de urgência, pontuando que por se tratar de crime contra Administração da Justiça, bem jurídico indisponível, não havia como utilizar de um conceito usualmente utilizado em casos de crimes contra bens disponíveis.

Classicamente a discussão sobre consentimento da vítima/ofendida é reconhecida como causa supralegal de exclusão de ilicitude de bens ou interesses disponíveis, conforme destaca lição de Nucci:

“Trata-se de uma causa supralegal e limitada de exclusão da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem ou interesse protegido, considerado disponível, concorde, livremente, com a sua perda.” (2023, p. 482)

Nesse íterim, de acordo com Fragoso, não há possibilidade de consentimento de bem jurídico indisponível, citando expressamente crimes contra a administração pública:

“o consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, ou seja, aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo. A honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos, o patrimônio são bens disponíveis. A vida e a administração pública, por exemplo, são bens irrenunciáveis ou indisponíveis. A nosso ver a integridade corporal também é bem jurídico disponível, mas não é esse o entendimento que prevalece em nossa doutrina” (p.191, 1964, apud Nucci, 2023, p. 482).

Com tais entendimentos, diversos Tribunais Estaduais vinham afastando a possibilidade de reconhecer o consentimento da vítima pela natureza do bem jurídico protegido pelo Art. 24-A, da Lei Maria da Penha.

Contudo, em 2019, no julgamento do HC n. 521.622/SC, impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina, o ministro Nefi Cordeiro entendeu a possibilidade da aplicação do consentimento da ofendida como: "Ainda que efetivamente tenha o acusado violado cautelar de não aproximação da vítima, isto se deu com a autorização dela, de modo que não se verifica efetiva lesão e falta inclusive ao fato dolo de desobediência".

Em seu voto, o Ministro destacou ainda que “(...)a conduta seja formalmente típica, não é possível constatar uma ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado, uma vez que a vítima autorizou a aproximação do réu”.

Percebe-se claramente que o foco da análise é do primeiro elemento da Teoria Tripartite “fato típico”, considerando que, embora a conduta seja formalmente típica, não há tipicidade material, visto que consentimento da vítima esvazia o tipo penal, não havendo ameaça ou lesão.

Aqui é importante pontuar ainda que a ementa traz análise sobre ponto de vista dos princípios do Direito Penal, dentre eles, “intervenção do direito penal exige observância aos critérios da fragmentariedade e subsidiariedade.

Mesmo com o primeiro “suspiro” favorável, a sanha punitivista e demagoga de respeito as decisões judiciais como bem jurídico intransponível, desprezando qualquer outras elementares que justificam a utilização do Direito Penal, uma leitura quase que fiel do funcionalismo-sistêmico de Jakobs e a

necessidade de manutenção e confirmação da vigência da norma, trouxe novamente a discussão a baila.

Recentemente, no mês de setembro de 2023, o site do STJ publicou a notícia que o consentimento/permissão da vítima afasta o crime do descumprimento de medida protetiva, entendimento trazido no AREsp 2.330.912, patrocinado pela Defensoria Pública do Distrito Federal, o qual teve como Ministro Relator Ribeiro Dantas, decisão também ventilada no Informativo n. 785.

Fazendo citação direta ao julgado supracitado (HC n. 521.622/SC), o Ministro reconheceu atipicidade da conduta, já que a vítima consentiu para que o acusado residisse em seu imóvel, aqui destacando que:

“o entendimento adotado pelo Tribunal de origem não encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que o consentimento da vítima para aproximação do réu afasta eventual ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado, tornando atípica a conduta”

O que poderia ser considerado para alguns como uma decisão isolada, pode, pelo contrário, mostrar uma tendência do STJ, pelo menos da Quinta Turma deste Tribunal, já que no atual mês de novembro, Ministro Joel Ilan Paciornik, no julgamento AgRg no REsp n. 2.049.863/MG, interposta pela Defensoria Pública de Minas Gerais, também se filiou ao entendimento de que há atipicidade da conduta no caso do consentimento da vítima, aqui destacando a ementa do julgado:

“1-Esta Corte possui entendimento de que, em razão da intervenção mínima do direito penal, em observância aos critérios da fragmentariedade e subsidiariedade, o descumprimento das medidas protetivas, com o consentimento da vítima, afasta eventual lesão ao bem jurídico tutelado, tornando o fato atípico. Precedentes.”

Se não é possível afirmar que a jurisprudência do STJ sedimentou a discussão, é importante destacar que tais decisões mostram uma possível tendência de mudança jurisprudencial sobre assunto, o que pode ser vista até mesmo no Tribunal de Justiça de Goiás, aqui citando o julgamento da Apelação

Criminal nº 0082538-38.2019.8.09.0166, julgado em 18/10/2023, DJe de 18/10/2023, no qual Desembargador Relator Sival Guerra Pires, Segunda Câmara Criminal, aplicou tal entendimento do STJ, reconhecendo atipicidade da conduta, com votação unânime para colhimento do apelo.

3- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de ter a pretensão de esgotar a discussão, mormente pela complexidade da violência de gênero, em suas várias facetas, fruto de uma sociedade patriarcal, machista e violenta, com números alarmantes de violência doméstica e familiar, é possível concluir, a partir da análise das decisões recentes do STJ, uma possível mudança de jurisprudência em relação ao consentimento da ofendida nos casos de descumprimento de medidas protetivas.

Se é possível enriquecer a discussão à luz do julgamento com perspectiva de gênero, o que não é objeto deste trabalho, a verdade é que em inúmeros casos que chegam até a Defensoria Pública em todo país, o enredo de consentimento da vítima para aproximação é recorrente, o que comprova que os três julgados citados do STJ sejam patrocinados por defensorias públicas estaduais.

Neste sentido, urge a necessidade de discussão sobre o tema institucionalmente, buscando sempre compatibilizar o interesse do acusado e da própria vítima, respeitando os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública, nos casos em que as intenções e narrativas/versões comprovem a atipicidade da conduta por ausência de dolo e de lesão ao bem jurídico protegido.

Referência Bibliográfica:

CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais: comentadas** / Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do O Souza - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Ed. JusPodim,Batista 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 19. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**/Renato Brasileiro de Lima - 7 ed. rev., atual. e ampl. -Salvador: JusPODIVM, 2019,p. 1310).

KARAM, Maria Lúcia. **Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim IBCCrim. n. 168, nov., 2006, p. 6

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Lei Maria da Penha comentada - sob a nova perspectiva dos direitos humanos**./ Sérgio Ricardo Souza./ 6ª edição. Curitiba: Juruá, 2019.

STJ. AgRg no REsp n. 2.049.863/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 8/11/2023.) Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300256070&dt_publicacao=08/11/2023

STJ. AgRg no AREsp n. 2.330.912/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301028105&dt_publicacao=28/08/2023

STJ. HC n. 521.622/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/11/2019, DJe de 22/11/2019. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902054805&dt_publicacao=22/11/2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Apelação Criminal 0082538-38.2019.8.09.0166, Rel. Des(a). SIVAL GUERRA PIRES, 2ª Câmara Criminal, julgado em 18/10/2023, DJe de 18/10/2023. Disponível em:
https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=248654579&hash=94517032004576989335361032223032349421&CodigoVerificacao=true