

DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO FATO TÍPICO: Artigo 359 do Código Penal versus crime de desobediência¹.

Autor: Pablo Antonio Cordeiro de Almeida².

Ementa: Recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça têm afastado a incidência do artigo 330 do Código Penal aos casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Tal entendimento do STJ, além de vulnerar o princípio da vedação à proteção deficiente, não se compatibiliza com a legislação e principiologia penal, muito menos com os ditames da Lei 11.340/2006. Ademais, a sintonia fina da tipicidade penal indica a ocorrência do crime previsto no art. 359 do CPB. Possível a prisão em flagrante.

Palavras-chave: Medidas Protetivas. Descumprimento. Tipicidade. Violência de gênero.

Epígrafe: Ariano Suassuna – (...) pior do que o escuro em que nos debatemos é a mania de ser dono da luz³.

1 - Introdução:

O Superior Tribunal de Justiça, em recentíssimas decisões, tem afastado a incidência do artigo 330 do Código Penal, que tipifica o crime de desobediência, aos casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência, fixadas judicialmente e previstas na Lei Maria da Penha. Algumas destas decisões chegam a afirmar que tratar-se-ia de conduta atípica.

Tal entendimento do STJ, além de vulnerar o princípio da vedação à proteção deficiente, postulado este já aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em julgados atinentes à matéria da violência doméstica e familiar contra a mulher, vide, por exemplo, ADI n. 4.424/DF e ADC n. 19/DF, não se compatibiliza também com a legislação e principiologia penais aplicáveis à espécie, muito menos com os ditames da Lei 11.340/2006. Ademais, a sintonia fina da tipicidade penal indica a ocorrência do crime previsto no art. 359 do CPB e não o tipificado no artigo 330 do Código Penal.

Assim, mesmo que oferecida denúncia pelo Ministério Público pela prática do crime de desobediência, não deve a Inicial Acusatória ser rejeitada ou não recebida, mas simplesmente ser aplicado o instituto da *emendatio libelli*. Não há que se falar, pois, em atipicidade da conduta.

Ademais, em relação à suposta não caracterização do crime de desobediência, os argumentos lançados pelo STJ, *concessa maxima venia*, são absolutamente frágeis, e, por isso mesmo, não se sustentam.

Outrossim, nem mesmo no próprio Superior Tribunal de Justiça o tema se pacificou, existindo decisões dissonantes, a seguir citadas.

O STF, também, não se manifestou sobre a questão. Assim, revela-se prematura a

¹ Artigo jurídico apresentado na Semana do Ministério Público do Estado da Bahia de 2014.

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito – UFBA (Universidade Federal da Bahia). Pós-graduando em Direito Urbano e Ambiental pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo Nacional dos Membros do Ministério Público – GNMP.

³ SUASSUNA, Ariano. *O Santo e a Porca*. 29a ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2014. p. 23.

extinção destes processos sem resolução do mérito. Ademais, oferecer proteção deficiente às mulheres vítimas de agressões domésticas ou familiares é praticar violência institucionais contra aquelas.

2 – Desenvolvimento:

O Superior Tribunal de Justiça, em decisões datadas de 2014, tem afirmado que:

1. O crime de desobediência previsto no art. 330, do CP, somente se perfaz quando inexistir cumulação de *sanção* específica de outra natureza em caso de descumprimento de ordem judicial. 2. Na Lei Maria da Penha, *lex specialis*, existe previsão de prisão preventiva para aquele que descumprir a medida protetiva acauteladora da integridade da vítima (art. 313, III, do CPP). Por isso não há ensejo para a incidência do crime de desobediência⁴.

A sexta turma do STJ definiu também que a previsão em lei de punição administrativa ou civil (prisão ou multa) para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo quando houver expressa cumulação. Em observância às peculiaridades do caso que lhe foi submetido, o Ministro Relator asseverou que a Lei Maria da Penha, dentre outras medidas, estabeleceu sanção pecuniária para o caso de descumprimento de medida protetiva de urgência. No caso paradigma essa sanção foi prevista pelo Juiz do caso quando da aplicação da medida. Assim, concluiu o Ministro, “se o juiz comina pena pecuniária para o descumprimento de preceito judicial, a parte que desafia tal ameaça não comete crime de desobediência”. Vejamos dois precedentes da 6ª Turma do STJ:

STJ – HC 293.848/SP - Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - DJe 16/09/2014 (...). 2. O descumprimento de medida protetiva, no âmbito da Lei Maria da Penha, não enseja o delito de desobediência, porquanto, além de não existir cominação legal a respeito do crime do art. 330 do Código Penal, há previsão expressa, no Código de Processo Penal, de prisão preventiva, caso a medida judicial não seja cumprida.

(...).

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.653 - MG (20130105718-0) – Rel. Ministro - MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - DJe: 02/04/2014 - 1. A previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo a ressalva expressa de cumulação (doutrina e jurisprudência). 2. Tendo sido cominada, com fulcro no art. 22, § 4º, da Lei n. 11.340/2006, sanção pecuniária para o caso de inexecução de medida protetiva de urgência, o descumprimento não enseja a prática do crime de desobediência. 3. Há exclusão do crime do art. 330 do Código Penal também em caso de previsão em lei de sanção de natureza processual penal (doutrina e jurisprudência). Dessa forma, se o caso admitir a decretação da prisão preventiva com base no art. 313, III, do Código de Processo Penal, não há falar na prática do referido crime.

Ora, o primeiro argumento do STJ é o seguinte: a Lei Maria da Penha prevê sanções específicas para os casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência, que seriam a multa e a possibilidade de prisão preventiva do agressor. Segundo o STJ, estas duas “sanções” afastariam a incidência do tipo penal de desobediência.

Em primeiro lugar é preciso registrar que prisão cautelar não é, nem nunca foi,

⁴ STJ - AgRg no REsp 1445446/MS - Rel. Ministro MOURA RIBEIRO - QUINTA TURMA - DJe 06/06/2014.

sanção. Prisão cautelar não é antecipação de pena, é apenas uma medida instrumental voltada para o processo penal. Quanto à natureza jurídica da prisão cautelar, vejamos as lições da doutrina nacional:

Renato Brasileiro. A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, *que não pode ser utilizada como instrumento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para a sua decretação, não é de culpabilidade mas sim de periculosidade*. Como anota o Min. Celso de Mello, *a prisão cautelar, que tem função exclusivamente instrumental, não pode converter-se em forma antecipada de punição penal*⁵.

Os Magistrados que entendem ser a prisão cautelar uma espécie de sanção são qualificados, pelos garantistas, como “desvairados”. Vejamos:

Luiz Flávio Gomes – (...) há juízes que absurdamente estão transformando a prisão cautelar em prisão antecipada (segundo a clássica lição de Carnelutti). (...) Muitos presos acham-se recolhidos há anos sem julgamento. Para além dos prejuízos materiais que esses atos desvairados vão gerar (virão muitas condenações contra o Brasil na corte Interamericana de Direitos Humanos), deveríamos estar prestando atenção nas carreiras criminais que estamos fabricando⁶.

A doutrina internacional se inclina neste mesmo sentido:

Luigi Ferrajoli – 3. Usos e abusos judiciais do cárcere preventivo. A pena antecipada e a coerção inquisitória. (...) Policialescas, de outra parte, são também as duas funções efetivas – de ordem punitiva e processual – desenvolvidas com prevalência pela polícia. *A primeira função é aquela ligada à sua natureza de pena antecipada. (...) primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando. E se configura como a forma mais conspícua da mutação do processo em pena informal (...)*⁷.

As críticas à prisão cautelar como sanção, pois, não poderiam ser mais incisivas, como visto acima. Todavia, o garantismo, neste particular, é curioso, já que adota uma visão monocular. Ergo, quando se discute a necessidade de prisão a segregação cautelar em nenhuma hipótese pode ser considerada uma sanção. Todavia, quando se discute a necessidade de criminalização de determinada conduta a prisão cautelar é sanção, a qual, de tão grave, gera, inclusive, a atipicidade de um comportamento antijurídico.

A interpretação caolha supracitada somente confirma o adágio popular de que “em terra de cego quem tem um olho é Rei”.

Portanto, não se poderia falar que a previsão de “sanção de prisão cautelar” afastaria a incidência de crime específico. Mesmo porque “prisão cautelar” não é e nem nunca foi sanção. Assim, este argumento do STJ é frágil e, por isso mesmo, não se sustenta. Então, não poderia ser invocado, em casos deste jaez, o princípio da proibição do *non bis in idem*. A invocação do princípio foi, pois, *concessa maxima venia*, inadequada.

Mas não é só isso: O STJ falou também que é prevista expressamente a sanção de multa para o caso de descumprimento de medida protetiva de urgência e que isso afastaria a ocorrência do crime de desobediência. Contra este argumento, existem vários. Vejamos:

⁵ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 1196.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Coordenação: Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 78.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 715/716.

Primeiro: o art. 17 da Lei Maria da Penha veda, expressamente, a aplicação isolada da pena de multa ao agressor doméstico. vejamos: “art. 17. é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”. Portanto, a interpretação do STJ é manifestamente *contra legem*.

Neste particular, o art. 4º da Lei Maria da Penha assim prescreve, *verbo ad verbum*: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Segundo. Não bastasse isso, a previsão de multa, citada pelo STJ, é uma norma processual, e não de natureza penal propriamente dita. Portanto, seria perfeitamente possível a coexistência entre uma “sanção” processual penal (uma *astreintes* penal) e a tipificação da conduta como crime, levando-se em consideração o princípio da independência das instâncias, mesmo porque o art. 22 da Lei Maria da Penha faz menção expressa ao art. 461 do Código de Processo Civil.

Ou seja, a multa acima citada é uma *astreintes* tipicamente processual e não penal. Vejamos a legislação:

Art. 22 da Lei Maria da Penha. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

(...).

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

(...)

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

(...)

Art. 461 do Código de Processo Civil. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

(...)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

É preciso frisar, por oportuno, que nem mesmo a *astreintes*, segundo a doutrina processual civil mais autorizada, tem caráter punitivo, sancionatório.

Trata-se, tão somente, de técnica de coerção.

Fredie Didier Jr, Rafael Oliveira e Paula Sarno – A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no sentido de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às *astreintes* do direito francês. (...) *A multa tem caráter*

*coercitivo. Nem é indenizatória, nem punitiva (...)*⁸.

Trata-se, mais uma vez, de argumento frágil do STJ, o qual não se sustenta de nenhuma maneira.

Sobre a independência e comunicabilidade entre as instâncias penal, civil e administrativa, vejamos as brilhantes lições de Emerson Garcia:

Os atos ilícitos (...) podem acarretar a sua responsabilidade penal, civil e administrativa. (...) ainda que única seja a conduta, poderá o agente sofrer sanções de natureza penal desde que haja a integral subsunção de seu ato a determinada norma incriminadora; administrativa, em restando configurado algum ilícito dessa natureza; e civil (...)⁹;

O artigo 22 da Lei Maria da Penha, por sua vez, faz expressa menção ao art. 461 do Código de Processo Civil, no qual, em verdade, é que se encontra a previsão genérica de aplicação de multa – astreintes. Ou seja, a multa não tem caráter penal, não é prevista nem mesmo em lei penal ou processual penal.

Terceiro. Além disso, a “pena de multa” é inadequada para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, eis que estaticamente esta modalidade de crime é mais incidente em camadas populacionais de mais baixa renda (ou, pelo menos, são as pessoas que mais ocorrem à Rede de Proteção para denunciar casos de agressões), tanto que a própria Lei Maria da Penha veda a aplicação de multa isoladamente ao agressor doméstico. Ou seja, a pena de multa, nestes casos, revelar-se-ia para a vítima uma proteção deficiente, o que será abordado com maior profundidade a seguir.

Quanto à maior incidência dos casos de violência domésticas e familiar contra a mulher em camadas mais pobres da população brasileira, vejamos o seguinte estudo:

Pesquisas indicam que a violência de gênero atinge a todas as classes sociais e as estatísticas apontam que as mais sujeitais às agressões são as das classes mais pobres. (...) O perfil socioeconômico e o nível educacional das vítimas que denunciaram as violências revelam mulheres de baixa renda e de baixa escolaridade. No entanto, a violência doméstica e sexual não atinge apenas as mulheres pobres. Leila Linhares Barsted - Uma Vida sem Violência: o desafio das Mulheres – Observatório da Cidadania 2004. página 55¹⁰.

Intuitivo que assim seja, já que no Brasil, em 2014, menos de 14% da população estava obrigada a declarar imposto de renda¹¹. Registre-se, por oportuno, que no Brasil é obrigado a declarar imposto de renda quem ganha pouco mais de 25 (vinte e cinco mil) reais por ano, ou seja, pouco mais de dois mil reais por mês. Somos, pois, um país de pobres, no qual mais de 86% da população sequer é obrigada a declarar imposto de renda.

Assim, a maior incidência de violência doméstica nas classes mais baixas da população é uma contingência da realidade nacional, agravada pela deficiência educacional brasileira, bem como pela problemática da inserção da mulher no mercado de trabalho (Estudos indicam que “existe uma relação direta entre a denúncia e o trabalho da mulher. 62% das mulheres que denunciaram trabalhavam (...). O contato com o meio externo através do

⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V. 2. Salvador: JusPodvim, 2007. p. 349.

⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 588.

¹⁰

Fonte: http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST60/Alessandra_Muniz_de_Campos_60.pdf

¹¹ Fonte: <http://g1.globo.com/economia/imposto-de-renda/2014/noticia/2014/04/menos-de-15-dos-brasileiros-declaram-imposto-de-renda.html>

trabalho é um componente desnaturalizante da violência”¹²). Enfim, a realidade da violência de gênero no território nacional contraindica a utilização de multa ou de sanção pecuniária para o combate deste tipo de criminalidade.

Tanto a lógica pecuniária (a lógica de mercado) é inadequada para esta espécie de delito que a Lei Maria da Penha, em outro dos seus artigos, vedou a aplicação aos casos a ela subsumidos da Lei n. 9.099/95. Como afirma Michael J. Sandel existem coisas que o “dinheiro não compra”, ou pelo menos não deveria comprar.

O professor de Harvard e professor-visitante de Sorbonne Michael J. Sandel nos fornece importante indagação sobre tal peculiaridade:

(...) algumas das boas coisas da vida são corrompidas ou degradadas quando transformadas em mercadoria. Desse modo, para decidir em que circunstâncias o mercado faz sentido e quais aquelas em que deveria ser mantido a distância, temos que decidir que valor atribuir aos bens em questão – saúde, (...) VIDA FAMILIAR (grifo nosso), (...). É um debate que não ocorreu durante a era do triunfalismo de mercado. (...) sem que nos déssemos conta (...) fomos resvalando da situação de *ter* uma economia de mercado para a de *ser* uma sociedade de mercado. A diferença é esta: uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficaz – de organização da atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado. O grande debate que está faltando na política contemporânea diz respeito ao papel e ao alcance dos mercados. Queremos uma economia de mercado ou uma sociedade de mercado? (...). Como decidir que bens podem ser postos à venda e quais deles devem ser governados por outros valores que não os de mercado? Onde não pode prevalecer a lei do dinheiro?¹³

Ademais, mesmo que a multa supracitada tivesse natureza penal, com o que não concordamos, frise-se, é absolutamente comum no preceito secundário da norma penal a cumulação de sanção prisional com sanção pecuniária. Nem por isso esses tipos penais são classificados como inconstitucionais, por ferirem o “*non bis in idem*”.

São incontáveis os tipos penais que preveem a cumulação de sanção prisional com sanção pecuniária. O próprio art. 330 do CP prevê que a pena é de prisão E (não ou) MULTA. Vejamos apenas três:

Perigo de contágio de moléstia grave - Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

Calúnia - Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

(...)

Desobediência - Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

As decisões do STJ, apesar da respeitabilidade da corte e de seus membros, é, portanto, juridicamente frágil, a qual não tem embasamento científico nenhum, *concessa maxima venia*, com todo respeito de estilo.

Trata-se de mais um caso de solipsismo jurídico no Brasil. Lenio Streck, numa de suas obras, assim leciona sobre o solipsismo:

¹² CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da Lei Maria da Penha*, n. 11.340/06. 4a ed. Salvador: JusPodvim, 2012. p. 69.

¹³ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 1a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 16.

10.5.3 – A hermenêutica e o combate ao solipsismo. Se a hermenêutica aqui trabalhada tem a função de superar as concepções objetivistas acerca da interpretação da lei, não se pode olvidar a sua importância no enfrentamento do solipsismo judicial. (...) as propostas contidas no movimento do direito livre – e seus derivados mais ou menos radicais, tais como o realismo estadunidense e a jurisprudência dos interesses alemã – que reivindicam o papel criativo da interpretação judicial principalmente nos casos de lacunas, já havia representado uma crítica ao objetivismo exigido pelas diversas modulações do formalismo. (...) É desse contexto que nascem os postulados daquilo que hoje nomeamos como protagonismo judicial. (...) Assim, a hermenêutica é um poderoso remédio contra teorias que pretendam reivindicar um protagonismo solipsitas do judiciário. Esse fator, entretanto, não pode ser entendido como uma “proibição de interpretar” (...) ou, tampouco, como uma tentativa de tornar o Judiciário um “poder menor”. Na verdade, se trata exatamente do contrário. É justamente porque o Judiciário possui um papel estratégico nas democracias constitucionais contemporâneas – Concretizando direitos fundamentais, intervindo, portanto, quase sempre na delicada relação entre direito e política – que é necessário pensar elementos hermenêuticos que possam gerar legitimidade para as decisões judiciais (...).

Vale dizer, a hermenêutica possibilita aos participantes da comunidade política, meios para questionar a motivação das decisões de modo a gerar, nessas mesmas motivações, um grau muito mais elevado de legitimidade.

(...)

Portanto, para além da objetividade ingênua do positivismo primitivo, mas aquém da subjetividade devoradora das posturas realistas, do direito livre ou da jurisprudência dos interesses e dos valores, a hermenêutica reivindica que a interpretação tenha sentido e que isso seja devidamente explicitado¹⁴.

Em outra de suas obras, Lenio Streck assim leciona:

Parece que no Brasil compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que ‘hoje possuímos dois tipos de juízes’: aquele que se ‘apega’ à letra fria (sic) da lei (e esse deve desaparecer, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os princípios (esse é o juiz que traduziria os valores – sic – da sociedade, que estariam por baixo da letra fria da lei). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? (...) Obedecer à risca o texto da lei democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a exegese à moda antiga (positivo primitivo). (...) Repito: cumprir a letra (sic) da lei significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. (...) a Constituição não é um documento meramente ‘político’ (declarativo, pessoal, partidário), que conteria um finalismo político-social, do qual o direito seria um instrumento, mas, sim, é o conteúdo jurídico que institucionaliza os campos com ela intercambiáveis, como a política, a economia e a moral. Portanto, a Constituição é o fundamento normativo; não, evidentemente, no sentido de fundamentum inconcussum absolutum veritatis, e, sim, no sentido hermenêutico, com o que se pode dizer que a autonomia do direito passa a ser a sua própria condição de possibilidade. Mas isso não pode significar que o jurídico seja

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 295 e ss (grifo nosso).

aquilo que a jurisdição diga que é. Se assim se admitir, corre-se o risco de suprimir a democracia, substituindo-se a onipresença da vontade geral pelo governo dos juízes¹⁵.

A linha de hermenêutica utilizada pelo STJ (ou a ausência dela), conforme visto acima, ao menos para mim, não faz o menor sentido jurídico, *concessa maxima venia*, com todo o respeito de estilo. Refutamos cada um dos argumentos do STJ e não encontramos na jurisprudência da Corte qualquer explicação jurídica para a posição adotada, que se sustente diante da confrontação com o direito. Todas as explicações adotadas são facilmente refutadas e, por isso mesmo, não se sustentam.

O STJ, com tal entendimento, substitui a “autoridade do argumento” pelo “argumento de autoridade”, consagrando uma jurisprudência “birrenta”, que, ao invés de julgar, prefere gerenciar processos, na feliz expressão de Tercio Sampaio Ferraz Júnior:

Nas faculdades, a pesquisa de jurisprudência começa a se sobrepor à doutrinária. Passamos da centralidade da lei para a da jurisdição. (...) O problema da justificação das decisões jurídicas ganha uma importância inédita, já que o fundamento das decisões tem tido mais importância que a própria lei. Surge, assim, o constitucionalismo argumentativo e de princípios, de origem anglosaxônica. (...)

A inconfiabilidade da lei se substitui o tirocínio do juiz.

(...) Dessa forma, o que ocorre com a aplicação do direito em face da velha e conhecida segurança jurídica? Reportagem de 2011 publicada por uma revista de circulação nacional mostrava que num escritório em São Paulo, um pequeno grupo de jovens advogados era capaz de acompanhar cerca de 25 mil processos por ano usando um software. Diz se que hoje já são 300 mil. Afinal, se há um pequeno grupo de advogados capaz de acompanhar centenas de milhares de processos, há certamente juízes que agem da mesma forma. Não é difícil imaginar como são tomadas as decisões diante de uma enxurrada de informações, filtradas por "modelos" de gabinete, cuja regra maior é "limpar a mesa". Como se julgar se tornasse um gerenciar repartido em grupos e distribuído em funções, em que a reflexão consistente é substituída pela consulta e cola de informações. É essa a aplicação assustadoramente crescente que torna exasperante a questão jurídica olhada do futuro para o passado¹⁶.

Registre-se, por honestidade intelectual, que tal interpretação do STJ é adotada não somente para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, mas para todos os casos de desobediências à ordens legais de funcionários públicos.

A esse respeito, vejamos as lições de Cezar Roberto Bitencourt:

Quanto a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa, e não prevê cumulação com o art. 330 do CP, inexistente crime de desobediência. Sempre que houver cominação específica para o eventual descumprimento de decisão judicial de determinada sanção, doutrina e jurisprudência têm entendido, com acerto, que se trata de conduta atípica, pois o ordenamento jurídico procura solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado. Na verdade, a sanção administrativo-

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?*. In. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Org. André Luís Callegari; Lenio Luiz Streck; Leionel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. pp. 177 e ss.

¹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Julgar ou gerenciar?* Editorial do periódico Folha de São Paulo: disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-gerenciar.shtml>

judicial afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da ordem judicial. Com efeito, se pela desobediência for cominada, em lei específica, penalidade civil ou administrativa, não se pode falar em crime, a menos que tal norma ressalve expressamente a aplicação do art. 330 do CP. Essa interpretação é adequada ao princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como *ultima ratio*. Solução idêntica ocorre com as decisões judiciais que cominem suas próprias sanções no âmbito do direito privado, como sói acontecer nas antecipações de tutela, liminares ou ações civis públicas, com apenas uma diferença: o Judiciário, ao cominar sanções civis ou administrativas, nesses casos, não pode ressaltar a aplicação cumulativa da pena correspondente ao crime de desobediência, por faltar-lhe legitimidade legislativa¹⁷.

Em primeiro lugar, tal interpretação transmudaria, ilegalmente, o art. 330 do CPB em uma nova espécie de norma penal em branco, já que a doutrina e a jurisprudência têm exigido para sua incidência que uma lei específica ressalve expressamente a aplicação daquele para cada caso singular de desobediência à ordem legal. A disposição penal do art. 330 seria, pois, insuficiente por si somente. Como se fosse possível criar norma penal em branco por interpretação jurisprudencial.

Além do mais, trata-se de interpretação bastante seletiva, capaz de causar calafrios aos teóricos do *labelling approach* (*teoria do etiquetamento social*).

O Labelling Approach (ou teoria do etiquetamento, da rotulação ou da reação social) surge nos Estados Unidos, nos anos 1960, como marco da teoria do conflito. (...) Parte-se da ideia de que o crime não guarda uma realidade ontológica em si. (...) O ato criminoso ou desviante é um ato que assim foi definido por um grupo de pessoas, por uma norma social. Logo, a condição de criminoso ou desviado é também fruto da atuação de mecanismos de controle, ou seja, da resposta social a alguns atos praticados pelas pessoas selecionadas (aplicação daquelas regras a sujeitos específicos). (...) Questiona-se por que algumas condutas são criminalizadas, ao passo que outras, igualmente lesivas, não o são e por que algumas pessoas são mais vulneráveis a serem selecionadas pelo sistema do que outras, diante de condutas idênticas. (...) O crime não mais é dado como um fato apriorístico, mas criado pela sociedade (mais especificamente, pelos detentores do poder). Dessa forma, questiona-se porque determinadas condutas, praticadas por determinadas pessoas, são escolhidas para serem objeto da atuação rigorosa penal, capaz de gerar estigmas perpétuos na vida de quem adentra seus recintos. O chamado *second code*, conjunto de regras de interpretação e aplicação das leis penais baseado em preconceitos e estereótipos, determina a seleção de indivíduos, sua condenação e submissão ao cárcere, local onde será despojado de seus valores e acreditará ser aquilo que lhe foi rotulado: um criminoso¹⁸.

In casu é justamente disto que se trata. Ora, antes da Lei Maria da Penha quem é que desobedecia impunemente ordem legal de agente público no Brasil? Ao preto, pobre e da periferia nunca foi deferida tal faculdade. Para estes sempre existiu o spray de pimenta, a bala de borracha e os autos de resistência. Fácil é verificar a diferença de tratamento que é atribuída aos descumprimentos de ordens legais no Brasil, vide os exemplos de Eldorado dos Carajás ou Desocupação do Pinheirinho e dos processos onde as “Excelências” descumprem decisões judiciais de fornecimento de medicamentos.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial*. vol. 04. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 459.

¹⁸ SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. Fonte: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos

Ademais, me parece equivocada a invocação da *ultima ratio*. Ora, se sempre que houver cominação específica de determinada sanção, civil ou administrativa, para o eventual descumprimento de decisão judicial ou ordem legal de funcionário público a doutrina e a jurisprudência entenderem que se trata de conduta atípica, pois o ordenamento jurídico, supostamente, procuraria solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado, estar-se-ia, em verdade, transformando o direito penal em *prima ratio*. Isto porque, a contrário senso, quando não houver sanção civil ou administrativa para o descumprimento de uma ordem legal restaria caracterizado o crime de desobediência.

2.1 – Proibição da proteção deficiente:

Veamos, ainda, as consequências práticas deste entendimento do STJ num exemplo hipotético, que, de propósito, muito se assemelhará a um caso concreto que vivenciamos como Promotor substituto da Promotoria de Justiça de Miguel Calmon: Um indivíduo chamado Tício agride sua esposa e sua filha com um facão, causando-lhes lesões corporais leves. Preso em flagrante delito, vê a sua prisão convertida em outras medidas cautelares penais, dentre elas a proibição de se aproximar da sua esposa, afastamento do lar conjugal, recolhimento no período noturno, proibição de portar armas, inclusive brancas, etc. Insatisfeito, todavia, quebrando compromisso assinado em juízo e descumprindo decisão judicial, Tício se prostra em frente à casa da sua companheira, à noite, com uma faca, do tipo peixeira, senta-se no meio-fio, puxa a sua arma e em frente à casa da vítima começa a riscar o chão, como se estivesse afiando a sua faca, tudo isso na presença da sua esposa e filha, que atemorizadas acompanham a cena da janela.

Ora, segundo o entendimento do STJ tal conduta é atípica. Assim, independente do temor causado às vítimas, as quais receiam, inclusive, sair de casa (com toda razão, inclusive), a esposa não poderá chamar a polícia, já que não estaríamos diante de fato típico. O Sr. Tício, por seu turno, mesmo que a polícia vá ao local, não poderá ser preso em flagrante delito, pois sua conduta, segundo o STJ, é atípica.

Ou seja, a esposa terá que esperar o Sr. Tício resolver ir embora, de livre e espontânea vontade, para então procurar o Fórum, já que Tício não poderá ser preso em flagrante, enquanto risca a faca em frente à casa da vítima, para, somente então, noticiar o descumprimento da medida protetiva. Não poderá, nem mesmo, procurar a Delegacia, já que não se trata de crime, segundo o STJ. Aí, noticiando o descumprimento, o MP terá que representar contra o acusado, requerendo a aplicação de multa a, na maioria das vezes, um miserável. Esta, inclusive, seria a única punição para Tício, já que prisão cautelar não é punição, muito menos sanção, é medida acautelatória processual penal.

O entendimento do STJ, além de não possuir nenhum embasamento jurídico, é absolutamente violador do princípio da proibição à proteção deficiente. A mulher, vítima de violência doméstica, é abandonada à própria sorte pelo STJ.

Não bastasse isso (o que já é muito), o entendimento do STJ vulnera frontalmente a própria Lei Maria da Penha. O artigo 10 da Lei Maria da Penha prevê que:

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis. Parágrafo único. aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Ora, não poderia ser diferente. Uma mulher vítima de violência doméstica deve ser salva antes de ser morta. O parágrafo único do art. 10 da Lei Maria da Penha prevê expressamente: “aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida”. e o caput do art. 10 informa: “na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar

conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis”. Assim, prevalecendo a tese do STJ, que não é unânime, muito menos se consolidou, já que existem dissonâncias no próprio STJ, abaixo citadas, e o STF ainda não se manifestou, de atipicidade da conduta, faremos letra morta do art. 10 da Lei Maria da Penha (quicá, faremos também vítima morta). Quanto à vedação à proteção deficiente, algumas considerações ainda são necessárias.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, nesta senda, já reconheceu que o princípio da proporcionalidade encerra dois parâmetros de interpretação, pois os direitos fundamentais não configuram apenas mandamentos de garantias contra excessos do Estado, mas também trazem no seu núcleo material a necessidade de que o Estado tenha uma atuação mínima a garantir a sua tutela efetiva (princípio da proibição da proteção deficiente). Analisar os direitos fundamentais apenas sob o prisma da proibição do excesso é fazer um análise caolha. Assim é que, na ponderação de valores constitucionalmente equivalentes e em conflito em determinado caso concreto, o STF já se utilizou dos balizamentos da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente na busca da tutela mais adequada para o resguardo dos direitos fundamentais.

Vejamos, a esse respeito, um julgado do STF:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote) - HC 104410/RS - Segunda Turma; Rel. Min. Gilmar Mendes; julgado em 06.03.2012.

Vejamos também os escólio de BARROS:

O princípio da proibição de proteção penal deficiente emana diretamente do princípio da proporcionalidade, que estaria sendo invocado para evitar a tutela penal insuficiente, no caso em comento, o princípio *nemo inauditus damnari potest*, protege o acusado, mas a sociedade não pode ficar desprotegida, portanto, o Estado tem que ter mecanismos de tutela eficaz, incluindo-se os de natureza penal¹⁹.

O próprio STF já aplicou o princípio da proibição à proteção deficiente em julgado relativo à violência de gênero. Nos julgamentos da ADI n. 4.424/DF e ADC n. 19/DF assim fora consignado: Joaquim Barbosa, em seu voto, reconheceu expressamente a aplicabilidade da vedação à Proteção Deficiente na senda da violência de gênero, afirmando que: “quando o legislador, em benefício desses grupos, edita uma lei que acaba se revelando ineficiente, é dever do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração dados sociais, rever as políticas de proteção”. Rosa Weber, neste mesmo julgamento, afirmou que exigir da mulher agredida uma representação para a abertura da ação penal se revela como atentatório à dignidade da pessoa humana: “tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança.” Ou seja, seria deferir à mulher uma proteção deficiente, o que não seria tolerado.

Desde a edição da Lei Maria da Penha diversas interpretações jurídicas têm surgido no sentido, aparentemente, de tentar reduzir o número de ações judiciais em trâmite perante o Judiciário nacional, de processos criminais atinentes a delitos praticados no ambiente doméstico contra a mulher.

O Judiciário nacional se habituou a ver, antes da edição da Lei Maria da Penha,

¹⁹ BARROS, Francisco Dirceu. *Curso de Processo Penal para Concursos*. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.187 (no prelo).

90% (noventa por cento) dos processos criminais atinentes a crimes praticados no ambiente doméstico contra a mulher serem extintos na malfadada “audiência preliminar”, em nosso sentir absolutamente inconstitucional. A estatística supra é confirmada por pesquisa. Vejamos:

Professora Stela Cavalcanti – “Esse arquivamento (ou desistência da vítima) em geral, era induzido pelo magistrado ou conciliador, através da insistência feita à vítima de aceitar o compromisso (verbal e não expresso) do agressor de não cometer mais o ato violento. (...) Em 90% dos casos os processos eram arquivados. (...) Nota de rodapé – Nos juizados em Porto Alegre a conciliação renunciatória tem sido de 90% conforme dados obtidos na pesquisa já mencionada. CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados Criminais e seu déficit teórico.”²⁰.

Assim, por mais que a Lei Maria da Penha diga expressamente que não se aplica a Lei 9.099/95 aos casos àquela submetidos, muitos ainda insistem em oferecer transação penal. Começa a crescer também corrente que defende a aplicação da suspensão condicional do processo a esses casos. Muitos ainda insistem em designar a audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha como se esta fosse de ocorrência obrigatória, independentemente de a mulher ter manifestado ou não desejo de se retratar, até mesmo em casos de lesões corporais leves. Tudo isso, aparentemente, no intuito de se reduzir o número de demandas em curso no Judiciário, já que antes tínhamos a extinção de 90% dos casos e agora temos esses processos “abarrotoando” ainda mais a Justiça. Não bastassem todos sofrimentos e humilhações impingidos às mulheres no Brasil, toda a discriminação a elas direcionada, agora as mulheres terão que carregar também, sobre os seus ombros, a pecha de levarem à falência a Justiça Penal brasileira. Não nos parece justo. Essa culpa não poderá recair sobre as mulheres vítimas. Elas merecem proteção e não vitimização secundária e violência institucional.

É preciso lembrar que, segundo o IPEA, “2.1 milhões de mulheres são espancadas por ano no país, 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minutos – uma a cada 15 segundos”.

Segundo pesquisa do Senado, uma mulher é morta a cada duas horas no Brasil²¹. Ou seja, a lógica da Lei Maria da Penha é tratar com mais rigor casos supostamente menos graves para evitar a reiteração delitiva e a ocorrência de crimes ainda mais gravosos. Os crimes domésticos têm esse fator específico: a reincidência é grande porque vítima e agressor, mesmo que separados, têm contatos recorrentes, seja em razão dos filhos, seja em razão da burocracia estatal para a partilha dos bens, etc.

A Lei Maria da Penha e os seus estudiosos sabem que não é a Justiça Penal, sozinha, que resolverá o problema desta criminalidade específica, tanto que na norma citada somente existem dois ou três dispositivos penais propriamente ditos (todos os outros buscam a solução holística do problema, seja na área da educação, seja na área do tratamento para o agressor, do atendimento para a ofendida, etc), mas o Judiciário tem papel importante e fundamental, de evitar a reiteração delitiva de gravidade crescente, bem como de responsabilizar o agressor pela sua conduta.

Parece-nos que o STJ ignorou tudo isso ao entender que o descumprimento de medida protetiva de urgência é fato atípico penalmente.

Uma outra questão ainda me parece fundamental: A AMAB, Associação dos Magistrados da Bahia, recentemente lançou uma campanha, à qual aderimos completamente, de valorização dos Magistrados e do Poder Judiciário baiano. A campanha foi assim divulgada:

²⁰ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da Lei Maria da Penha*, n. 11.340/06. 4a ed. Salvador: JusPodvim, 2012. p. 198.

²¹ <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/11/20/uma-mulher-e-morta-a-cada-duas-horas-no-brasil>

A JUSTIÇA QUE ATENDE A VOCÊ, CIDADÃO, EXIGE ATENÇÃO! Os juízes têm a missão de garantir que os direitos sejam respeitados. Para isso, eles dedicam o seu tempo, energia, conhecimento, sensibilidade. Os juízes correm riscos, enfrentam pressões e trabalham com afinco e imparcialidade, para resolver conflitos que aumentam a cada dia. A verdade é que, cedo ou tarde, você, como tantas outras pessoas, pode precisar da decisão de um juiz. Qual poderá ser a sua necessidade? Saúde, educação, liberdade, patrimônio, dignidade, vida? Cada pedido formulado faz funcionar uma grande oficina de ideias e ações que se encontra sobrecarregada, prestes a parar de funcionar. São quase 2 milhões de processos para pouco mais de 580 juízes, na Bahia. Os juízes despacham, decidem, julgam, realizam audiências, conciliam, atendem partes e advogados, trabalham em plantões noturnos, finais de semana, muitas vezes em mais de um cartório, cumprem metas, fazem relatórios. Também julgam crimes graves e hediondos, contrariam grandes interesses, impõem limites a quem não respeita a lei. Depois que os juízes analisam os processos, os funcionários do cartório precisam executar os atos, atender as partes, fazer mandados, cartas, notificações, juntar petições e cumprir as determinações dos juízes. FALTAM JUÍZES: São cerca de 4 magistrados para cada 100.000 habitantes na Bahia. A ONU estabelece a média de 400 processos por ano para cada juiz. (...) Não bastam caneta, conhecimento e amor pela missão. Os juízes precisam de ferramentas para prestar a você, cidadão, uma justiça mais rápida, acessível e justa!²²

A valorização é, sem dúvida nenhuma, um ato externo. Ou seja, o Judiciário precisa ser valorizado por todos, já que é a última trincheira do cidadão perante o abuso estatal, por vezes até mesmo praticado pelo MP. Todavia, a valorização é também um ato interno, que deve partir do próprio Judiciário. Neste particular, nos parece que o entendimento do STJ é um posicionamento desprestigiado em relação ao ato mais importante do Magistrado, que é uma decisão judicial. Ora, me parece anacrônico constituir crime o descumprimento de ordem legal de um agente de trânsito ou de um oficial de justiça e ser fato atípico o descumprimento de uma determinação judicial expressa.

2.2 - Descumprimento de medidas protetivas de urgência como fato típico: artigo 359 do Código Penal.

Todavia, independentemente da discussão acima, entendemos que o descumprimento de medidas protetivas de urgência constitui crime sim, proscrito no artigo 359 do Código Penal, existindo, inclusive, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça neste mesmo sentido.

O STJ, também em decisão recentíssima, afirmou que o descumprimento de medidas protetivas de urgência fixadas pelo juízo não caracteriza o crime previsto no art. 330 do CPB, e sim o delito previsto no art. 359 do Código Penal. Vejamos a recente decisão do STJ, *in verbis*:

STJ - HC 220392/RJ - Rel. Ministro JORGE MUSSI - QUINTA TURMA - DJe 10/03/2014 – Ementa: DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI 11.340/2006. ALEGADA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 330 DO ESTATUTO REPRESSIVO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INCIDÊNCIA DO TIPO ESPECÍFICO DISPOSTO NO ARTIGO 359. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Da leitura do artigo 359 do Código Penal, constata-se que nele incide todo

²² <http://www.amab.com.br/images/panfleto.pdf>.

aquele que desobedece decisão judicial que suspende ou priva o agente do exercício de função, atividade, direito ou múnus. 2. A decisão judicial a que se refere o dispositivo em comento não precisa estar acobertada pela coisa julgada, tampouco se exige que tenha cunho criminal, bastando que imponha a suspensão ou a privação de alguma função, atividade, direito ou múnus. Doutrina. 3. A desobediência à ordem de suspensão da posse ou a restrição do porte de armas, de afastamento do lar, da proibição de aproximação ou contato com a ofendida, bem como de frequentar determinados lugares, constantes do artigo 22 da lei 11.340/2006, se enquadra com perfeição ao tipo penal do artigo 359 do Estatuto repressivo, uma vez que trata-se de determinação judicial que suspende ou priva o agente do exercício de alguns de seus direitos.

O tipo penal do art. 359 do CPB assim prescreve:

Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito - Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

Ora, as medidas protetivas são justamente suspensões judiciais do direito do agressor de livre locomoção, de portar armas, de livre comunicação e manifestação.

Assim, por mais que o Ministério Público tenha oferecido Denúncia fazendo referência ao art. 330 do CPB, sabe-se que o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação jurídica proposta na Peça Acusatória, vez que em relação a esta (capitulação) existe um instituto jurídico à disposição do magistrado, que é o emendatio libelli. Assim, não seria o caso de rejeição da denúncia, por atipicidade da conduta, e sim de, ao final do processo, aplicar-se o emendatio libelli.

O art. 383 do CPP assim dispõe: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)”.

Sobre emendation libelli, pertinente trazer à colação os escólios de Rômulo de Andrade Moreira:

Nesta hipótese, como se sabe, a peça acusatória narrou perfeitamente o fato criminoso, tendo o Juiz “*liberdade de atribuir ao delito conceituação jurídica diversa da que lhe foi dada pelo acusador, mesmo para impor pena mais grave, contanto que não substitua o fato por outro*”, como já explicava Basileu Garcia²³.

Não se trata, pois, de hipótese de rejeição da inicial, muito menos de atipicidade da conduta.

3 – Conclusão:

Segundo o Ex-Procurador-Geral de Justiça do Estado da Bahia, o Dr. Wellington César Lima e Silva, em palestra proferida na FESMIP – MP Ba, há mais de 06 anos, a correta tipificação de uma conduta poderia ser comparada à tentativa de sintonização perfeita de uma emissora de rádio em um aparelho analógico. O ouvinte, almejando escutar a emissora com clareza e sem ruídos, deslocaria lentamente o “dial” do aparelho do seu rádio até encontrar a sintonia fina. A metáfora não poderia ser mais perfeita, apesar de revelar a idade de quem a compreende, em plena era digital. A tipificação não é um juízo pronto e acabado, definitivo.

²³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Reforma do Código de Processo Penal: Procedimentos*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3095

A correta tipificação de uma conduta é uma busca, que nesse caso desagua no art. 359 do Código Penal, apesar da jurisprudência do STJ estar, aparentemente, se consolidando noutro sentido. Todavia, tal entendimento do STJ, além de vulnerar o princípio da vedação à proteção deficiente, como visto acima, não se compatibiliza com a legislação e principiologia penal, muito menos com os ditames da Lei 11.340/2006. Ademais, a sintonia fina da tipicidade penal indica a ocorrência do crime previsto no art. 359 do CPB. Em sendo crime, possível é a prisão em flagrante.

4 – Bibliografia:

- 4.1 - BARROS, Francisco Dirceu. *Curso de Processo Penal para Concursos*. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- 4.2 - BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial*. vol. 04. São Paulo: Saraiva, 2004.
- 4.3 - CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da Lei Maria da Penha, n. 11.340/06*. 4a ed. Salvador: JusPodvim, 2012.
- 4.4 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V. 2. Salvador: JusPodvim, 2007.
- 4.5 - FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- 4.6 - FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Julgar ou gerenciar?* Editorial do periódico Folha de São Paulo: disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-gerenciar.shtml>
- 4.7 - GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Admistrativa*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- 4.8 - GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Coordenação: Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- 4.8 - LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- 4.10 - MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Reforma do Código de Processo Penal: Procedimentos*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3095
- 4.11 - SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 1a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- 4.12 - SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. Fonte: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos
- 4.13 - STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- 4.14 - STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?*. In. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Org. André Luís Callegari; Lenio Luiz Streck; Leionel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.
- 4.15 - SUASSUNA, Ariano. *O Santo e a Porca*. 29a ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2014.