

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA TURMA ESPECIAL DA SEÇÃO
DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Proposta de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

Requerente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Síntese: *controvérsia sobre questão exclusivamente de direito: a definição do recurso ou ação impugnativa cabível contra decisão que indefere a aplicação de medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Entendimentos divergentes na jurisprudência deste Tribunal de Justiça. Casos de utilização de Recurso em Sentido Estrito, Agravo de Instrumento, Apelação e Mandado de Segurança. Efetiva controvérsia nas decisões das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo. Entendimentos divergentes que causam grave ofensa à isonomia e à segurança jurídica.*

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, apresentada pelas/os Defensoras/es Públicas/os subscritoras/es, lotadas/os na cidade de São Paulo/SP, com endereço para intimação na Praça João Mendes, 13º andar, sala 1323/1325, cidade de São Paulo - SP - Fone: (011) 3107-5237, vem perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil, propor a instauração de **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**, nos termos da fundamentação jurídica adiante exposta.

I - DO CABIMENTO DO INCIDENTE EM MATÉRIA PENAL

O Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 3º, admite que ocorra aplicação supletiva dos princípios gerais do Direito, desde que compatíveis, para suprir as omissões legislativas.

Em que pese no Código de Processo Civil (CPC) não haver previsão expressa quanto à possibilidade de aplicação supletiva ao CPP, há entendimento firmado no Enunciado nº 03, da I Jornada de Direito Processual Civil, de que “*As disposições do CPC se aplicam supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei*”.

O supracitado entendimento é de suma importância de modo geral, sobretudo em casos como o presente, em que o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) representará verdadeira garantia de segurança jurídica e isonomia à sociedade.

Como verificado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu o IRDR nº 2103746-20.2018.8.26.0000, que trata de matéria de execução penal, demonstrando que **mecanismos de uniformização de jurisprudência previstos no Código de Processo Civil sempre foram admitidos no processo penal:**

Observa-se, de plano, que o Código de Processo Penal não previu mecanismos de uniformização da jurisprudência, seja como forma de diminuição do número de questões postas em julgamento, seja, e aqui tal efeito é essencial, como forma de garantia de tratamento igualitário a réus que se encontrem na mesma situação jurídica. Ou seja, para além da livre convicção motivada, não houve pelo então legislador do Código de Processo Penal preocupação com medidas de uniformização da interpretação do direito.

Isto não significa, por óbvio, que não se tenha, no âmbito do processo penal brasileiro, a adoção de mecanismos de uniformização da jurisprudência ou da interpretação das normas legais, bastando a tal conclusão a constatação da edição de Súmulas por Tribunais Superiores em matéria processual penal, bem como a pacificação da interpretação do Direito a partir de julgamentos de recursos especiais pela sistemática dos recursos repetitivos, bem como o julgamento de recursos extraordinários aos quais se tenha reconhecida a característica da repercussão geral.

Enfim, tudo de modo a indicar que a adoção de mecanismos de uniformização da jurisprudência, pela aplicação analógica do Código de Processo Civil, sempre se admitiu no âmbito do processo penal. (TJSP; IRDR nº 2103746-20.2018.8.26.0000, Decisão de admissibilidade e distribuição proferida pelo presidente da Seção de Direito Criminal, Des. Fernando Torres Garcia; Decisão proferida em 24/05/2018) - grifo nosso. (Doc. 01)

Em suma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência – inclusive deste Egrégio Tribunal de Justiça – têm demonstrado a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC ao processo penal em determinados casos, sendo um deles a instauração de IRDR, visando proteção aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

II - DO OBJETO DO INCIDENTE: A QUESTÃO DE DIREITO CONTROVERTIDA E DO CASO CONCRETO UTILIZADO COM PARADIGMA

O objeto do presente incidente é a resolução de controvérsia decorrente de questão unicamente de direito, **a respeito da definição do instrumento processual adequado para a insurgência de postulante, mulheres em situação de violência doméstica e familiar, contra decisão judicial que indeferir, liminarmente, pedido de aplicação de medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).**

No caso concreto, escolhido como **paradigma** para a propositura deste incidente, houve o indeferimento da concessão das medidas protetivas de urgência formuladas por **G. F. DE A. V.** nos autos de processo nº **1505597-09.2019.8.26.0001**, em trâmite na Vara da Região Norte de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Paulo, dando origem ao recurso de **Agravo de Instrumento nº 2285931-89.2019.8.26.0000, distribuído à Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal, com Relatoria do Excelentíssimo Desembargador MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI.**

A Agravante é viúva e tem três filhos, todos maiores. Desde a adolescência, o Agravado apresenta temperamento agressivo. Entretanto, após o falecimento do genitor, o Agravado passou a praticar atos de violência física, verbal e moral em face da genitora, na intenção de expulsá-la do imóvel em que ela residia com seu marido (genitor do Agravado). A documentação encartada aos autos não deixa dúvidas que o Agravado tem apresentado atitudes de violência extrema em face da genitora, humilhando-a, agredindo-a e ameaçando-a de morte, a caracterizar violência doméstica, nos termos da Lei 11.340/2006.

A despeito disso, a Agravante teve seu pleito de medidas protetivas indeferido pelo Juízo *a quo*, sob o argumento de que os elementos dos autos seriam insuficientes para formar o convencimento de que a ofendida esteja em situação de urgência e emergência, do ponto de vista da proteção criminal. Insurge-se a Agravante contra referida decisão, desejando sua reforma para que sejam deferidas as medidas protetivas de urgência

prevista na Lei Maria da Penha em seu favor, em razão da situação de risco e urgência em que se encontra atualmente.

O Agravo de Instrumento fora protocolado em 18/12/2019. Em 04/03/2020 foi encaminhado para parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo. (Doc. 02 e 03)

Frisa-se que o entendimento a respeito de qual o instrumento processual adequado para a insurgência de postulante contra decisão judicial que indeferir, liminarmente, pedido de aplicação de medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, não é pacífico nas Câmaras deste Tribunal.

Desse modo, busca-se solução para a seguinte indagação:

Qual o recurso ou ação impugnativa cabível diante do indeferimento liminar ou em sede de tutela antecipada, em primeiro grau de jurisdição, de pedido de aplicação de medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)?

As decisões que versam sobre a aplicação das medidas protetivas de urgência possuem nítido caráter decisório e, portanto, sujeitam-se a recurso ou outra forma de impugnação. No entanto, não há previsão legal acerca do recurso cabível, vindo a falta de previsão expressa causar enorme dificuldade para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Anota-se que o próprio Tribunal de Justiça vem divergindo acerca do instrumento processual adequado.

Diante dessa divergência, sem a definição sobre a forma de impugnação correta, somam-se julgados com posicionamentos díspares prevendo o cabimento de 4 meios de insurgência: **i) mandado de segurança, ii) recurso em sentido estrito, iii) apelação ou iv) agravo de instrumento.**

Poder-se-ia argumentar que parte das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicariam o Princípio da Fungibilidade dos recursos quando da controvérsia sobre o meio de impugnação adequado ao indeferimento das medidas protetivas de urgência. Entretanto, nem sempre isso ocorre, causando a situação de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Desta forma, o tema reveste-se de grande relevância, tendo em vista o alto número de pedidos de medidas protetivas apresentados pela Defensoria Pública em favor das

mulheres em situação de violência doméstica e familiar que são indeferidos em primeiro grau¹. E a utilização de instrumento processual tido por inadequado acarreta prejuízos concretos às postulantes, além do risco de ofensa ao princípio da isonomia e ao princípio segurança jurídica.

Portanto, importante ressaltar que a uniformização do entendimento deste Tribunal de Justiça em matéria de violência doméstica trará segurança jurídica e oportunizará às mulheres a utilização do meio impugnativo adequado, garantindo-se a sua proteção, em todas as esferas.

III - DOS REQUISITOS PARA INSTAURAÇÃO DO PRESENTE INCIDENTE

Dispõe o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 - que é cabível a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando estiverem presentes dois requisitos: a **efetiva repetição de processos** e **risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica**.

Não se pode ignorar que alguns julgados deste Tribunal de Justiça aplicam o Princípio da Fungibilidade buscando a melhor proteção da mulher vítima de violência doméstica, como no exemplo abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO RECEBIDO COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS - PLEITO DE CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS EM DESFAVOR DE EX-COMPANHEIRO JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA - RECURSO NÃO PROVIDO (TJSP, RESE nº 2222639-09.2014.8.26.0000; Órgão Julgador 10ª Câmara de Direito Criminal, Relator Des. Nuevo Campos; Decisão proferida em 5 de fevereiro de 2015). (Doc. 04)

Todavia, há casos que o citado Princípio da Fungibilidade não fora observado, indeferindo-se o pedido de medida protetiva. Nos casos abaixo, os recursos não foram conhecidos porque não seriam os adequados. As 8ª, 13ª e 15ª Câmaras Criminais possuem decisões neste sentido:

“Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Ameaça - Recurso ministerial - pretendida interpretação extensiva ao disposto no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal - Indeferimento por parte da MM. Juíza de Direito “a quo” de medida protetiva postulada pelo órgão ministerial - Curso de

¹ Segundo Estatística Anual, na Área de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres, disponibilizado pela Corregedoria Geral da Defensoria Pública, no ano de 2018 foram requeridas 960 medidas protetivas de urgência pela Defensoria Pública. O relatório encontra-se disponível no link a seguir: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Totaliza%C3%A7%C3%A3o%20das%20atividades%20da%20Defensoria%20P%C3%ABlica%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo%20-%20202018.pdf> acesso em 04/03/2020



reeducação familiar (artigo 22, “caput”, da Lei n. 11.340/06) - **Inadmissibilidade** - ***Por não estar elencada entre as situações que admitem o recurso em sentido estrito nem com elas possuindo relação que admita interpretação extensiva, é descabido o manejo desse recurso contra a decisão do Juízo de primeiro grau que indeferiu medida protetiva consistente em curso de reeducação familiar - Recurso não conhecido***. (TJSP; Rese nº 0005685-14.2017.8.26.0318, Órgão Julgador 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Sergio Ribas; Decisão proferida em 29/11/2018). (Doc. 05)

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO Matéria criminal Recurso manejado previsto, todavia, apenas na legislação o processual civil **Inadmissibilidade na espécie Ausência de previsão legal Erro grosseiro Inviabilidade de eventual aplicação do princípio da fungibilidade Recurso não conhecido**”. (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2113732-32.2017.8.26.0000, Órgão Julgador 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. De Paula Santos; Decisão proferida em 29/06/2017). (Doc. 06)

“Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração visando reformar decisão que indeferiu pedido de medidas protetivas de urgência no âmbito da Lei Maria da Penha - Inocorrência de direito líquido e certo a ser amparado por esta via excepcional - **O mandado de segurança não é substituto de recurso próprio, qual seja, agravo de instrumento** - Exegese da Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal Mandado não conhecido”. (...) **“Dessa forma, havendo instrumento processual adequado e eficiente para a impugnação da r. decisão de primeiro grau, qual seja, agravo de instrumento, definitivamente não se presta o presente remédio para se buscar a concretização do direito a que a impetrante entende adequado, não podendo o mandamus ser utilizado como sucedâneo recursal, em especial pelo que preconiza o teor da Súmula no 267, do Egrégio Supremo Tribunal Federal.”** (TJSP; **Mandado de Segurança nº 2061155-77.2017.8.26.0000**; Relator: Ricardo Sale Junior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 10/10/2018). (Doc. 07)

Nesta mesma toada, em decisão da 13ª Câmara Criminal, no Agravo de Instrumento nº 2080793-28.2019.8.26.0000, julgado em 13/06/2019, pelo Relator Des. Augusto de Siqueira, não foi conhecido o recurso, mesmo requerendo-se expressamente a aplicação do princípio da fungibilidade, objetivando ultrapassar a questão processual e se adentrar no mérito. Segue o entendimento apresentado:

“Com efeito. **O recurso não comporta conhecimento**. A providência, sempre respeitados os posicionamentos em sentido contrário, ensejava a interposição de apelação. Um dos requisitos para o recurso em matéria penal é o seu cabimento, sua previsibilidade legal, cabendo destacar que a hipótese em questão não está elencada no rol previsto no artigo 581 do Código de Processo Penal. Outrossim, cumpre dizer que até mesmo a nova sistemática do vigente Código de Processo Civil traz, para efeito do Agravo de Instrumento, hipóteses objetivas, em tipo processual fechado. O recurso ora interposto, frise-se, contra decisão de natureza criminal, que indeferiu aplicação de medidas protetivas, fundamentou-se, exclusivamente, na

*legislação processual civil, especificamente, nos artigos 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil, revelando o que a doutrina convencionou chamar de “erro grosseiro”, tornando inaplicável o princípio da fungibilidade. (...) **Assim, por não se configurar meio hábil para impugnação de decisão proferida em âmbito criminal, o presente recurso não possui condições de admissibilidade, não podendo ser conhecido.** Diante do exposto, não se conhece do recurso”. (Doc. 08)*

Ainda, em casos em que se optou pela utilização do Mandado de Segurança, com fundamento no direito líquido e certo ao duplo grau de jurisdição, as decisões provenientes da 2ª e 10ª Câmaras de Direito Criminal deste E. Tribunal foram no sentido do indeferimento liminar pela inadequação da via eleita. Houve, também a indicação na decisão de que o meio de impugnação adequado seria o Recurso em Sentido Estrito:

*“É o relatório. Em que pese aos argumentos trazidos com a impetração, o que se vê é que a ação não deve ser conhecida. **O Mandado de Segurança é ação de utilização subsidiária, cabível apenas para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data** (art. 1º, caput, da Lei nº 12.016/09). O mencionado diploma ainda estabelece outras restrições, dentre elas a vedação à concessão da segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, inciso II). Tal entendimento também foi tratado na Súmula 267 do Col. Supremo Tribunal Federal com a seguinte redação: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Conforme consta do relatório, a impetrante busca atacar decisão que denegou prosseguimento ao seu recurso de apelação, situação que enseja o manejo de recurso em sentido estrito (art. 581, inciso XV, do Código de Processo Penal), ao qual é conferido efeito suspensivo, nos termos do art. 584, caput, do Código de Processo Penal. Diante disso, como a decisão atacada é passível de recurso com efeito suspensivo **NÃO CONHEÇO** do Mandado de Segurança. **DECISÃO MONOCRÁTICA** (Mandado de Segurança Processo nº 2156105-15.2016.8.26.0000 Relator(a): Luiz Fernando Vaggione Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal.) (Doc. 09)*

É, em síntese, o relatório. Impõe-se, monocraticamente, com fulcro no art. 168, § 3º, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, e no art. 10, da Lei 12.016/2009, indeferir a inicial, por inadequação da via judicial eleita. Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, a demandar proteção em virtude de violação decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Não se demonstrou, de plano, a insuficiência das medidas protetivas fixadas em caráter provisório pelo D. Juízo a quo. Importa consignar, ademais, que, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 19 e do art. 20, ambos da Lei 11.340/06, novas medidas protetivas poderão ser aplicadas a qualquer tempo, caso, à evidência, fique demonstrada a necessidade, considerando, ainda, que a prisão preventiva poderá ser decretada em caso de descumprimento das obrigações impostas ou se sobrevierem razões outras que lhe confirmem justa causa. Ademais, nada há de concreto, no presente feito sentido de que o menor, filho do casal, necessite de medida protetiva de urgência em seu favor ou mesmo que tal se faça necessário em favor da ora impetrante, na medida em que restou expressamente consignado na r.

*decisão de primeiro grau de jurisdição que o requerido deverá exercer eventual direito de visita do filho de modo a não acarretar o descumprimento das medidas impostas. Assim, a eventual necessidade de compatibilização e equacionamento entre o exercício do direito de visita do autor e o cumprimento das medidas protetivas impostas em favor da ora impetrante deve ser deduzida perante o R. Juízo da Família competente. Como se vê, não se vislumbra a ocorrência de qualquer ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. **Não há como se reconhecer, portanto, direito líquido e certo a ser amparado por esta via jurisdicional. Por derradeiro, a via eleita não é adequada à análise da competência do Juizado de Violência Doméstica para a apreciação do pleito de suspensão do direito de visitas do autor, bem como para a determinação de atendimento de equipe multidisciplinar, nos termos do art. 30, da 11.340/2006.** Face ao exposto, com fundamento no art. 168, § 3º, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, e, no art. 10, da Lei 12.016/2009, indefiro a inicial e julgo extinto o feito sem julgamento de mérito. (Mandado de Segurança nº 2165052-92.2015.8.26.0000 de relatoria do E. Desembargador Nuevo Campos, da 10ª Câmara de Direito Criminal). (Doc. 10)*

A par do constatado acima, se demonstra que não há entendimento pacificado sobre qual recurso/ação impugnativa cabível na hipótese aqui questionada, a divergência ora exposta cumpre plenamente os requisitos para o recebimento do IRDR: efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

Em levantamento de recursos interpostos neste Tribunal de Justiça, identificou-se multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria. Com esse acervo jurisprudencial, foi possível notar que o assunto já foi objeto de julgamento em quase todas as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, demonstrando a repetição de processos.

Ademais, para além da efetiva repetição, identificou-se relevante divergência no entendimento das Câmaras Criminais nos julgamentos envolvendo a questão suscitada. **Abaixo, buscamos explicitar a divergência.**

As 4ª, 7ª, 8ª e 15ª Câmaras de Direito Criminais deste Tribunal proferiram acórdãos nos quais expressaram o entendimento de que o **recurso cabível contra a decisão que indefere a medida protetiva de urgência é agravo de instrumento:**

*Ementa: Recurso em sentido estrito - Violência doméstica - **Conhecimento como agravo de instrumento** - Princípio da fungibilidade - Ameaça de mal injusto Indeferimento de medidas protetivas sem a realização de audiência de justificação - Decisão que se reforma – Audiência- tal que se mostra imprescindível - Recurso conhecido e provido. “Então, prudente que se conheça do reclamo como agravo de instrumento, tendo em vista os princípios que dizem com o acesso à jurisdição, duplo grau e*



instrumentalidade das formas com destaque para o princípio da fungibilidade recursal.” (TJSP; Recurso Em Sentido Estrito nº 0088674-76.2015.8.26.0050; Relator: Ivan Sartori; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 17/10/2017). (Doc. 11)

*Ementa - “Violência doméstica Artigo 5º da Lei 11.340/06 - Deferimento de medidas protetivas de urgência Recurso que almeja o afastamento da aplicação das medidas protetivas Recurso conhecido aplicação do princípio da fungibilidade Recurso improvido”. (...) “O Recurso em Sentido Estrito não é o meio cabível para discutir sobre a concessão de medidas protetivas. (...) aplica-se o princípio da fungibilidade recursal, **havendo de ser recebido o presente recurso como agravo de instrumento criminal.**” (TJSP; Recurso Em Sentido Estrito nº 0029237-72.2016.8.26.0114; Relator: Freitas Filho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 26/07/2017). (Doc. 12)*

*Ementa: Recurso em Sentido Estrito – Violência doméstica – Interposição contra indeferimento de medida protetiva de urgência – Situação não relacionada dentre as hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito – Recebimento enquanto Agravo de Instrumento – Necessidade de elementos mínimos indicativos da necessidade da medida prejudicial ao agressor – Entendimento Descabe cogitar-se de Apelação eis que a decisão negando a concessão de medidas protetivas de urgência não pode ser tida como definitiva ou com força definitiva. O indeferimento desse tipo de pleito é momentâneo, podendo as medidas cautelares requeridas ser revistas a qualquer tempo (art. 19, § 2º e § 3º, da Lei n. 11.340/06). Não se pode olvidar, outrossim, que a situação não está relacionada dentre as hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito, além do que, **em se tratando de pedido de medidas cautelares, deve ser seguido o rito do CPC, pelo que se tem mais um motivo pelo qual o agravo de instrumento seria o recurso adequado à espécie.** Na análise do mérito do pedido, deve ser ressaltado que, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, é descabida a concessão de medidas protetivas de urgência prejudiciais ao agressor, caso não esteja comprovado nos autos o seu indispensável deferimento, para salvaguardar a integridade física e moral da vítima. (TJSP; **Recurso Em Sentido Estrito nº 9000002-18.2017.8.26.0001**; Relator: Grassi Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 22/02/2018). (Doc. 13)*

*Ementa: “**AGRAVO DE INSTRUMENTO Pedido de Medidas Protetivas de Urgência - Indeferimento Medida excepcional Liminar concedida** - Medidas protetivas previstas no artigo 22, inciso II, com a conseqüente recondução da agravante ao respectivo domicílio, e inciso III, letras “a”, fixando-se o limite mínimo de distância entre estes e o agravado de 500 (quinhentos) metros e “b”, da Lei nº 11.340/2006 Recurso provido, convalidando-se a liminar anteriormente deferida”. (TJSP; **Agravo de Instrumento nº 2006811-20.2015.8.26.0000**; Relator: Ricardo Sale Junior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 22/02/2018). (Doc. 14)*

Em oposição, a 5ª e 10ª Câmaras Criminais proferiram acórdãos nos quais expressam o entendimento de que é cabível, em razão da interpretação extensiva, **o recurso em sentido estrito**:

*Ementa: “Recurso em sentido estrito - Delitos de lesão corporal de natureza leve e ameaça, cometidos, em tese, no âmbito doméstico - Decisão que indeferiu a aplicação de medidas protetivas de urgência em desfavor do agressor, ora recorrido - Recurso do Ministério Público - Existência de notória controvérsia quanto ao recurso cabível, no particular - **Rol previsto no art. 581, do CPP, que admite interpretação extensiva - Precedente do STJ - Aplicação dos princípios da fungibilidade e economia processual, a fim de se garantir a paridade de armas entre as partes e o devido processo legal** - Mérito - Necessidade de imposição de medidas protetivas de urgência em prol da vítima - Prova de materialidade e indícios de autoria suficientes para a concessão da tutela de urgência - Evidência de risco à integridade física e psicológica da ofendida e de possibilidade de reiteração criminosa - Aplicação das medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, III, a, b e c, da Lei nº 11.340/06, imperativa - Recurso conhecido e provido, com determinação”. (...) “**inexiste razão lógica para não se admitir o manejo desse mesmo recurso também para a hipótese de indeferimento de pleito de medidas protetivas de urgência**”. (TJSP; Recurso Em Sentido Estrito: 9000003-03.2017.8.26.0001; Relator: Juvenal Duarte; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 30/08/2018). (Doc. 15)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO RECEBIDO COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS - PLEITO DE CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS EM DESFAVOR DE EX-COMPANHEIRO JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA - RECURSO NÃO PROVIDO. (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 2222639-09.2014.8.26.0000. 10ª Câmara de Direito Criminal, Relator Nuevo Campos, Julgado em 5 de fevereiro de 2015). (Doc. 04)

Destaca-se que as 2ª, 3ª, 4ª, 6ª, 7ª, 9ª 10ª, 11ª e 12ª Câmaras Criminais proferiram acórdãos nos quais expressam a **divergência em relação ao tema** e não adotam posição para pacificar o entendimento a respeito de qual recurso é cabível. Em alguns casos, demonstram entendimento favorável ou desfavorável quanto a algum recurso específico:

*Ementa: “**Recurso em sentido estrito**. Vias de fato. Violência de gênero. Medidas protetivas de urgência. Reeducação familiar. A aplicação das medidas protetivas de urgências há de ser individualizada segundo a natureza do conflito de gênero noticiado entre o agressor e a ofendida”. (TJSP, Recurso em Sentido Estrito nº 0004244-95.2017.8.26.0318, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Sergio Mazina Martins, 29/10/2018). (Doc. 16)*

*Ementa: “Recurso em sentido estrito interposto pelo representante do Ministério Público - Decisão que indeferiu o pedido de fixação de medida protetiva de urgência formulado pela Justiça Pública - **Rol taxativo do artigo 581 do CPP - Hipótese que desafia recurso de apelação**, a teor do artigo 593,*

inciso II, do CPP - Decisão com força de definitiva no âmbito do pedido cautelar - Justificativa para o indeferimento das medidas que não se sustenta - Atribuição do juiz em fixá-las - Competência da vara criminal, enquanto não implementados os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher - Inviabilidade, contudo, de fixação da medida pleiteada - Ausência de 'periculum in mora' - Fatos que ocorreram há mais de um ano - Ausência dos requisitos da atualidade ou iminência da violência doméstica a justificar o deferimento da medida protetiva - Impossibilidade de cerceamento de direitos fundamentais do acusado, sem que para tanto se demonstre a efetiva necessidade, sob pena de constrangimento ilegal - Recurso de apelação desprovido. (...) “cumpre consignar que a decisão impugnada não desafia recurso em sentido estrito, (...) por se tratar de decisão com força de definitiva no âmbito do pedido cautelar, o recebo a título de recurso de apelação.” (TJSP; Recurso Em Sentido Estrito nº 0004624-21.2017.8.26.0318; Relator: César Augusto Andrade De Castro; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 24/04/2018). (Doc. 17)

“MANDADO DE SEGURANÇA - Decretação de medidas protetivas de urgência Indeferimento pelo Juízo de origem, que entendeu desnecessária tal providência, no caso concreto Violação de direito líquido e certo da impetrante não verificada Segurança denegada”. (TJSP, Mandado de Segurança nº 2074050-36.2018.8.26.0000; Relator Edson Brandão, 4ª Câmara de Direito Criminal, 05/06/2018). (Doc. 18)

Ementa: “Mandado De Segurança - Violência Doméstica e Familiar (Lei Nº 11.340/06) - Pretendida a imposição de medidas protetivas de urgência contra o suposto autor dos fatos – Impossibilidade- Conjunto probatório frágil - Não demonstrada nos autos a imprescindibilidade das Medidas De Exceção - Decisão Mantida - Ordem Denegada.” (...) “Necessário destacar que, de fato, há controvérsia acerca de qual o recurso seria cabível contra a decisão judicial que indefere a imposição de medida projetivas de urgência, prevista na Lei Maria da Penha. Anoto que o mandado de segurança visa proteger direito líquido e certo, quando não cabível outro meio de defesa. Sua concessão está subordinada à presença inequívoca do fumus boni iuris e do periculum in mora, o que se verifica no presente caso. Assim, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), não se pode negar o direito da impetrante ao duplo grau de jurisdição, sendo inócua neste momento nos aprofundarmos em discussões teóricas e técnicas acerca do recurso mais adequado, seja à luz do Código de Processo Penal ou do ordenamento jurídico brasileiro como um todo.”. (TJSP; Mandado De Segurança Nº 2243132-02.2017.8.26.0000; Relator: Marco Antonio Marques Da Silva; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 22/02/2018). (Doc. 19)

*Ementa: “Lesão corporal e violência doméstica – Indeferimento de medida protetiva de urgência – Recurso da vítima que almeja a sua concessão – **Cabimento** – Presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora – Recurso provido”. (TJSP; Recurso Em Sentido Estrito nº 0105496-77.2014.8.26.0050; Relator Fernando Simão; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 31/03/2016). (Doc. 20)*

*“De início, cumpre observar que seria o caso de não conhecimento do pedido, haja vista que as hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito estão elencadas no art. 581 do Cód. De Processo Penal de maneira taxativa, ou seja, numerus clausus, nas quais não se contemplam decisões de concessão ou indeferimento das medidas protetivas de urgência. Contudo, com o desiderato de se evitar eventual alegação de cerceamento de defesa, conheço do recurso e passo a analisar a situação sub judice”. (TJSP; **Recurso Em Sentido Estrito** nº 0031062-49.2016.8.26.0050; Relator Costabile e Solimene; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 26/10/2017). (Doc. 21)*

MANDADO DE SEGURANÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – INDEFERIMENTO DA CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA, COM BASE NA LEI 11.340/06 – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – OCORRÊNCIA – AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL – DESCABIMENTO ANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – RESTRIÇÃO DE APROXIMAÇÃO E CONTATO COM A IMPETRANTE – **DEFERIMENTO – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA**. (Mandado de Segurança nº 2010967-46.2018.8.26.0000 Comarca: São Paulo. 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Amaro Thomé. Julgamento: 08/03/2018.) (Doc. 22)

*Ementa: “Recurso Em Sentido Estrito - Medidas Protetivas - Justa Causa para aplicação - Medidas de Natureza Cautelar - Processo Principal em Curso- Ausência de Demonstração de Alteração da Situação Fática que ensejou a fixação das medidas - Recurso Improvido”. (TJSP; **Recurso em Sentido Estrito** nº 0006360-77.2016.8.26.0005; Relator: Nuevo Campos; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 24/08/2017). (Doc. 23)*

*Ementa: “Mandado de segurança Indeferimento de medidas protetivas Lei nº 11.340/06 Violação de direito líquido e certo Inocorrência Precedentes Ordem denegada”. (...) **“E, de fato, não se desconhecendo que a controvérsia sobre a matéria de direito não impede a concessão da segurança (Súmula nº 625, do Supremo Tribunal Federal), realmente não existe prova pré-constituída capaz de tornar incontestáveis os fatos sobre os quais se pretende que a norma protetiva recaia.”** (TJSP; **Mandado de Segurança** nº 2165253-16.2017.8.26.0000; Relator: Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 01/11/2017). (Doc. 24)*

*Recurso em Sentido Estrito – (...) **“Preliminarmente, conhece-se do recurso em sentido estrito**. Este Relator já assinou acórdão em que não conhecia de recurso em sentido estrito, na mesma situação ora narrada (RESE nº 0064441-49.2014.8.26.0050, j. 17.02.2016, m.v.). Tal posição, porém, foi superada pela orientação pretoriana adotada nesta Col. 12ª Câmara Criminal do TJSP, e a ela me curvo, nos precisos termos da manifestação do Des. Paulo Rossi, nos autos do RESE nº 0004243-13.2017.8.26.0318, j.04.04.2018, v.u.” (TJSP; **Recurso em Sentido Estrito** nº: 0005744-02.2017.8.26.0318; Relator: João Morenghi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 17/12/2018). (Doc. 25)*

EMENTA: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RECURSO MINISTERIAL PLEITO DE DEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE ENCAMINHAMENTO DO RÉU

*PARA CURSO DE REEDUCAÇÃO FAMILIAR - DESCABIMENTO. Inexistência dos requisitos legais exigidos para o deferimento da almejada medida protetiva de urgência, uma vez que os fatos se deram há tempos pretéritos e não há elementos nos autos que apontem para a existência de qualquer risco atual ou iminente à integridade física ou psíquica da suposta vítima. Recurso improvido”. (...) “Primeiramente consigno que, é notória a divergência jurisprudencial que até os dias de hoje impera a respeito da questão, mesmo que uma medida protetiva possa ser concedida ou revogada a qualquer tempo, ou seja, não dá termo ao processo ou incidente, quando ocorre seu deferimento ou indeferimento, ex vi do disposto no art. 13 da Lei 11.340/06 c/c os arts. 162, § 2º e 522 e ssss. do Código de Processo Civil. **De qualquer forma, não se chegou a um consenso sobre qual seja o recurso cabível, pelo que, com fulcro no princípio da fungibilidade recursal, art. 579 do CPP”.** (TJSP; Recurso em Sentido Estrito nº: 0004243-13.2017.8.26.0318; Relator Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 04/04/2018). (Doc. 26)*

Desta feita, da análise dos acórdãos colecionados acima, é possível identificar que a questão tem sido decidida de maneira bastante distinta entre as Câmaras Criminais deste Egrégio Tribunal de Justiça, tanto na aplicação ou não do princípio da fungibilidade, quanto na definição do meio impugnativo adequado ao indeferimento do pedido de medidas protetivas previstas na Lei 11.340/2006.

A existência de entendimento controverso, **representa grave risco de ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica**, como anteriormente mencionado, uma vez que o tratamento distinto para casos idênticos impossibilita que o postulante confie em um ordenamento jurídico que está em constante divergência.

IV – DA TESE JURÍDICA PERSEGUIDA

Nada obstante a controvérsia existente entre as Câmaras deste Egrégio Tribunal quanto a resolução de casos envolvendo o objeto do presente incidente, **na nossa visão, a tese jurídica a ser fixada deve ser a que entende pelo Agravo de Instrumento como recurso cabível contra a decisão que indefere a aplicação das medidas protetivas, tendo em vista sua natureza jurídica de tutela inibitória, conforme restará demonstrado no tópico a seguir.**

Importante precedente sobre o cabimento do **Agravo de Instrumento** foi firmado na ocasião do julgamento do Recurso Em Sentido Estrito nº 0088674-76.2015.8.26.0050, em 17/10/2017, pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. O Desembargador Relator Ivan Sartori proferiu em seu voto o seguinte:

*“Por primeiro, anote-se que as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito são apenas aquelas dos arts. 581 do Código de Processo Penal e 294, parágrafo único, da Lei 9.503/97. E nesse rol taxativo não está contemplada a decisão que indefere medidas protetivas da Lei Maria da Penha a vítimas de violência doméstica e familiar. Desse modo, ter-se-ia por ausente condição de admissibilidade recursal. **Aliás, há precedente desta relatoria, entendendo cabível o agravo de instrumento na espécie, aplicada, por analogia, a Lei Processual Civil, em homenagem ao princípio do amplo acesso à jurisdição** (Agravo de Instrumento nº 217087921.2014.8.26.0000, julgado em 02.02.2016). De todo modo, a jurisprudência não entrou em harmonia quanto ao recurso cabível em casos que tais ou se viável apenas mandado de segurança. Então, prudente que se conheça do reclamo como agravo de instrumento, tendo em vista os princípios que dizem com o acesso à jurisdição, duplo grau e instrumentalidade das formas com destaque para o princípio da fungibilidade recursal.” (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0088674-76.2015.8.26.0050; Relator (a): Ivan Sartori; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - Vara do Foro Central de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 17/10/2017; Data de Registro: 23/10/2017)².*

Sendo assim, por total ausência de previsão legal e afronta aos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da legalidade, torna-se necessária a fixação da tese do cabimento do **Agravo de Instrumento** para a impugnação da decisão que indefere a tutela inibitória de medida protetiva fundada na Lei Maria da Penha, senão vejamos.

IV.1 - DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS

Ao nosso ver, faz-se necessário definir a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Analisando atentamente a fundamentação apresentada pelos julgados proferidos pela Seção de Direito Criminal, percebe-se que não há convergência de entendimento a respeito do instituto das medidas protetivas. Dito isso, qual seria a definição/essência e classificação/posicionamento que determinariam a natureza jurídica das Medidas Protetivas previstas na Lei Maria da Penha?

² No mesmo sentido tem-se os julgados, respectivamente, da 3ª e 12ª Câmaras de Direito Criminal, cuja ementa segue: "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. RECURSO PRÓPRIO. CONHECIMENTO. DECURSO DO TEMPO. MEDIDAS PROTETIVAS REQUERIDAS. INDEFERIMENTO. 1- Considerando sua natureza interlocutória e não definitiva, **cabe agravo de instrumento da decisão que indefere o pedido de medidas protetivas previstas na Lei n.º 11.340/2006** (Lei Maria da Penha). 2- Diante do longo tempo transcorrido desde a data do fato, sem informações sobre o ajuizamento da ação penal respectiva, incabível o deferimento de medidas protetivas, sob pena de se perpetuar indefinidamente um constrangimento ilegal sem a comprovada justa causa. 3- Preliminares rejeitadas – Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento-Cr 1.0024.11.053334-6/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/04/2013, publicação da súmula em 09/05/2013).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **CABIMENTO NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL, QUANDO DISCUTIDOS O DEFERIMENTO/INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS REGULADAS PELA LEI MARIA DA PENHA**. MÉRITO. CASO CONCRETO QUE NÃO DENOTA, SEM MARGEM A DÚVIDAS, NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS POSTULADAS. AGRAVO MINISTERIAL IMPROVIDO. (TJSP, 12ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 0067172-52.2013.8.26.0050, Rel. Des. Paulo Rossi, j. 05/02/2014).

Naturalmente, há uma dificuldade inicial razoável no que tange a tais questionamentos, mormente em razão de não haver posicionamento doutrinário ou jurisprudencial consolidados no direito pátrio.

A primeira conceituação que deve ser afastada é a de que as medidas protetivas da Lei 11.340/2006 ostentam a natureza jurídica de medidas cautelares, sendo por consequência medidas de caráter instrumental.

Não se pode confundir provimento cautelar com a função de preventividade que diversos provimentos jurisdicionais possuem, incluindo os provimentos cautelares. Assim, é que se pode concluir que existem procedimentos jurisdicionais que possuem caráter preventivo, posto que se destinam a evitar a lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme preconiza o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e provimentos jurisdicionais de caráter repressivo aptos à tutela de direitos já lesionados.

No que se refere à tutela jurisdicional de caráter preventivo, não se pode olvidar que esse tipo de tutela não se esgota nos procedimentos cautelares, devendo, em verdade, considerar-se esse tipo de tutela (preventiva) um gênero, nas quais se encontram como espécies, a tutela cautelar, a tutela inibitória e a tutela antecipada que, para alguns, é uma técnica processual. Em relação ao tema assim afirma CASSIO SCARPINELLA BUENO:

“Melhor do que entender a preventividade como algo inerente a um “processo” (o “cautelar”), portanto, é entendê-la como algo inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. E nem poderia ser diferente à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que se refere expressamente a lesão ou ameaça de lesão a direito, impondo que ambas sejam objeto de proteção do Estado- Juiz. Por isso, a proposta desde o n.2 da Introdução, é a de distinguir a “tutela jurisdicional” (e não o processo ou a ação) em “preventiva” e “repressiva”. É aquela, a tutela “preventiva”, que se relaciona (mas não se esgota) com que o Código de Processo Civil chama de “processo cautelar.”³”

Desta feita, não se pode, simplesmente, classificar as medidas protetivas de urgência como “cautelares propriamente ditas” somente pelo fato de as mesmas apresentarem feição preventiva, posto que, conforme já mencionado, existem diversos outros tipos de provimentos jurisdicionais preventivos diversos dos cautelares.

³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. 04, 6. Ed. Editora Saraiva, Pag. 158.

Dessa forma, **as medidas protetivas ostentam em sua maioria natureza jurídica de tutela inibitória**. Buscam resguardar o direito material da mulher em ter sua vida, integridade física e psicológica não violadas, de modo que a ofendida busca um provimento judicial que visa inibir um ato ilícito ainda não praticado ou impedir a reiteração de um ato já cometido ou a continuação de uma atividade ilícita em curso por parte do agressor. Trata-se de tutela jurisdicional preventiva, voltada para o futuro. **Não se trata, pois, de procedimento cautelar, razão pela qual não há que se falar em processo principal**, pois o procedimento para a decretação de medidas protetivas de urgência é de conhecimento, principal e satisfativo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni “o ordenamento jurídico estimula a adoção da tutela inibitória apta a prevenir, remover ou impedir a continuação de um ato ilícito”. Trata-se, pois, de uma modalidade de provimento jurisdicional voltado para o futuro, com intuito de impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, sendo uma tutela de caráter eminentemente preventivo, conforme mencionado acima. Em relação ao tema assim se posiciona Luiz Guilherme Marinoni:

“O direito à tutela jurisdicional, que é decorrência da própria existência do direito substancial e da proibição da sua realização privada, não é apenas direito de ir ao Judiciário, mas o direito de obter a via técnica adequada para que o direito material possa ser efetivamente realizado através da jurisdição. O direito a tutela, assim, é o direito à técnica processual (por exemplo, sentença e meios executivos) capaz de permitir a efetiva proteção do direito material”⁴.

Portanto, as medidas protetivas de urgência da Lei Federal 11.340/2006 não possuem natureza jurídica de cautelares, pois não são dotadas das características da instrumentalidade, referibilidade e provisoriedade, comuns as “cautelares propriamente ditas”.

As medidas protetivas da Lei 11.340/2006 não se destinam a eficácia da decisão jurisdicional a ser proferida em outro processo (no caso, em feito de natureza criminal), o objetivo das medidas protetivas **é a defesa dos direitos da paz, habitação e inviolabilidade da integridade física e psicológica das mulheres em situação de violência**.

No ponto, deve-se destacar que os objetivos do processo criminal e do requerimento de concessão de medidas protetivas são diversos. Ora, quando se pratica um

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. TUTELA INIBITORIA: INDIVIDUAL E COLETIVA, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pag. 71.

crime (ação/omissão contrária à norma penal) surge para o Estado- Juiz a possibilidade de aplicação da norma penal secundária, quer dizer o “direito de punir”, a ser exercido no decorrer de um processo criminal. Nesse sentido, para que a ação penal seja julgada procedente, necessário que o órgão de acusação tenha êxito na prova da culpa do acusado, surgindo, por consequência, o direito de punir ou aplicar a pena.

Por outro lado, as medidas protetivas de urgência objetivam a tutela da integridade física e psicológica da mulher em situação de violência, em nada se relacionado com a aplicação da pena pelo Estado-Juiz.

Cumpra-se destacar que a análise do art. 282 do Código de Processo Penal permite inferir que as cautelares penais possuem basicamente quatro funções, quais sejam: a garantia da aplicação da pena, a garantia da produção da prova, a reparação dos danos e, por fim, a garantia da ordem pública (função de prevenção especial).

Perceba-se que as medidas previstas na Lei 11.340/2006 não se encaixam em nenhuma dessas funções, quando muito, pode-se afirmar que as medidas protetivas de urgência teriam o objetivo de evitar a prática de novos crimes, garantindo, pois, a ordem pública. Não obstante, ainda que fosse essa a tese defendida, a própria função de cautelaridade, nesse caso específico, é questionável, uma vez que a função de prevenção especial é fim da própria pena, de forma que a aplicação de medida, nesse sentido, constituiria antecipação do provimento jurisdicional final, fato que infirma seu caráter cautelar.

Como se não bastasse, para a concessão das cautelares penais, a lei adjetiva penal exige como pressupostos o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*. Ocorre que exigir a ocorrência de um crime para concessão de medidas protetivas de urgência pode levar a uma interpretação restritiva da Lei 11.340/2006, contrariando os fins sociais a que a lei se destina e a especial condição da mulher em situação de violência.

Isso porque a Lei 11.340/2006 não enuncia tipos penais, repise-se, mas formas de violência em rol exemplificativo. Não se pode afirmar que a todo tipo de forma de violência haverá uma correspondente infração penal. Como exemplo disso, pode-se citar os casos em que o homem autor de violência segue a mulher, de forma contumaz, nos locais em que ela frequenta (casa, trabalho, residência de familiares), sem, contudo, dirigir-lhe a palavra. Neste caso, a perseguição contumaz pode não implicar a prática de qualquer delito

tipificado no Código Penal, mas é descrita na Lei Federal 11.340/2006 como uma forma de violência psicológica⁵.

Diversamente das cautelares penais, o objetivo das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha é a garantia do direito a paz, habitação, vida, incolumidade física e psicológica da vítima de violência doméstica, sendo, portanto, um fim em si mesmo, de forma que as medidas protetivas tutelam o próprio direito material. Não se pode assegurar que ao fim do processo criminal as medidas protetivas de urgência deixam de ser úteis, sobretudo, nos casos em que a violência não cessou.

A exposição acima demonstra que as medidas protetivas não encartam as características determinantes dos provimentos cautelares propriamente ditos, sobretudo, a instrumentalidade e referibilidade. Em relação ao tema, este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CAUTELAR. Medidas Protetivas. Lei Maria da Penha. **Caráter Satisfativo da Tutela de Urgência. As medidas protetivas de natureza civil são independentes da persecução penal, ainda que processada pelo juízo criminal.** A aplicação da medida protetiva não está condicionada, pela lei, à representação pela ofendida. Vítima não pode ser obrigada a, contra sua vontade, deflagrar ação penal e, ainda assim, faz jus à proteção conferida pela lei. A questão deve ser debatida no curso do processo cautelar, não se fazendo necessário seja rediscutida a matéria em ação autônoma. Confirmada a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Recurso provido para aplicar as medidas protetivas pleiteadas. (Relator(a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Comarca: Araraquara; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 31/07/2014; Data de registro: 01/08/2014).*

Deve-se destacar, ainda, outro ponto de fundamental relevância, **a necessidade de se respeitar a autonomia da mulher em situação de violência.** Embora, a mulher, nesses casos, esteja vulnerável e necessite de uma especial proteção por parte do Estado, não se pode retirar da mesma o poder de decidir. Assim, se a vítima não deseja representar criminalmente o autor da violência (por ainda possuir com ele relação de dependência emocional ou mesmo temor de presenciar um membro da família condenado criminalmente), não se pode exigir como condição para a tutela de sua incolumidade física e

⁵ **Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: II - a violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, **mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;**

psicológica (através das medidas protetivas), a representação criminal, sob pena de CONDICIONAR a proteção da mulher em situação de violência, negando, inclusive, o acesso à justiça.

Não bastasse o acima exposto, o fato de se considerar que as medidas protetivas de urgência possuem natureza jurídica de cautelares propriamente ditas pode levar a um cenário de “penalização” das mulheres em situação de violência doméstica e familiar por eventual ineficiência do sistema de proteção.

Esse cenário é concretizado pelos dados do Conselho Nacional de Justiça-CNJ que revelam: a) em 2016, no Brasil, para cada dez inquéritos policiais relacionados a violência doméstica e familiar, mais de 7 foram arquivados sem ensejar o início de processos de conhecimento criminais; b) no ano de 2016, em todo o Brasil, para cada 100 sentenças proferidas em casos de violência doméstica, apenas 7 estipularam a condenação penal do agressor; c) em 2016, foram instaurados, em todo o Brasil, cerca de 270 inquéritos policiais, foram concedidas pouco mais de 180 medidas protetivas e foram iniciados ao redor de 12 processos de execução penal em casos relativos à violência doméstica contra mulheres (todos os indicadores relativos ao número de registros por grupo de 100 mil mulheres). Portanto, é possível estimar que, a cada 20 inquéritos policiais abertos, são concedidas 13 medidas protetivas e há apenas 1 condenação penal do agressor; d) a análise comparativa entre as taxas de inquéritos policiais sobre violência doméstica instaurados, por grupo de 100 mil mulheres, permitiu verificar que há grandes diferenças no acesso à prestação jurisdicional a depender do estado⁶.

Nesse cenário, admitir que as medidas protetivas de urgência são cautelares e por consequência se referem a um processo principal pode ter como resultado a extinção das medidas protetivas pelo simples fato de o processo criminal não resultar em condenação, de forma que a mulher em situação de violência não teria garantido o acesso à justiça.

A Lei Maria da Penha tem o mérito de deixar de tratar a mulher em situação de violência como objeto, elevando-a a condição de sujeito de direitos. Como sujeito de direitos é essencial que essa mulher faça parte de seu plano de atendimento e possa decidir,

⁶ *Panorama da violência contra mulher no Brasil indicadores nacionais e estaduais, nº 02, Brasília 2018. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf> acesso em 05/03/2020.*

de forma qualificada e nos casos que a Lei admite, acerca do início ou não da ação penal, sem que isso implique em redução de sua segurança.

Dessa forma, ao buscar um provimento judicial capaz de protegê-la, a mulher vítima de violência, embora possa esperar que o agressor responda a processo criminal e venha a ser penalizado, tem como maior interesse (às vezes único interesse) a manutenção de sua integridade física e psíquica e a de seus familiares.

Nesse sentido, valiosa a lição da Ilustre Defensora Pública Júlia Maria Seixas Bechara, em artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

“Para alguns, é possível que se entenda que o principal é o processo criminal. Todavia, essa vinculação traria inconvenientes, em especial a desproteção da mulher em caso de retratação da representação ou a manutenção dessa para garantia de vigência da ordem. Ademais, não se pode admitir que medida de natureza cível vincule-se a processo principal de caráter criminal. [...] Tal conseqüência, por demais gravosa, vai de encontro à razão de existência das próprias medidas protetivas. Se, de um lado, se constatam dificuldades para o ajuizamento das demandas, como o acesso à célere assistência jurídica, a obtenção de documentos necessários à propositura da ação ou mesmo a instabilidade emocional, de outro lado é possível que sequer exista a necessidade de outro feito, como mencionado anteriormente. De tal modo, a exigência de futura propositura de ação significaria nova desproteção à vítima, em atendimento a formalismo incompatível com o mecanismo de solicitação da ordem”⁷. Grifo Nosso.

Oportuna também a citação abaixo, em que a doutrinadora Maria Berenice Dias conjuga do posicionamento aqui esposado, pugnano também pela manutenção das Medidas Protetivas em favor da mulher:

“As medidas deferidas, em sede de cognição sumária, não dispõe de caráter temporário, ou seja, não é imposto à vítima o dever de ingressar com a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias. Todas têm caráter satisfativo, não se aplicando à limitação temporal imposta na lei civil. Subtrair a eficácia da medida depois do decurso de determinado prazo, conforme é sustentando em sede doutrinária, pode gerar situações para lá de perigosas. Basta supor a hipótese de ter sido afastado o ofensor do lar em face das severas agressões perpetradas contra a mulher, tendo ela ficado no domicílio comum junto com a prole. Decorridos 30 dias da efetivação da medida, de todo descabido que, pelo fim da eficácia da decisão, tenha o agressor o direito de retornar ao lar”⁸.

⁷ BECHARA, Júlia Maria Seixas. *Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/689/Viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica+e+natureza+jur%C3%ADdica+das+medidas+protetivas+de+urg%C3%Aancia>.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A possibilidade de aplicação do CPC ao procedimento de concessão de medidas protetivas de urgência decorre de autorização expressa da própria Lei 11.340/2006, que possui caráter misto, **caracterizando-se por ser sistema legal múltiplo com dispositivos de natureza penal, civil e processual com vistas a garantir ampla e integral proteção da mulher vítima de violência.**

Em que pese a constatação acima mencionada, não se pode olvidar que, atualmente, os Juizados de Violência Doméstica têm se transformado em “varas criminais”, de modo que as medidas protetivas de urgência têm sido interpretadas como cautelares penais. Tal fato também transparece no seguinte Enunciado do Fonavid, abaixo transcrito:

ENUNCIADO 3 – A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações relativas a direito de família ser processadas e julgadas pelas Varas de Família.

Essa interpretação vai de encontro ao objetivo da Lei Maria da Penha, mitigando a proteção da mulher em situação de violência, bem como, condicionando a proteção da incolumidade física e psicológica dessas mulheres à existência de um Boletim de Ocorrência ou processo-crime, por exemplo, frustrando, dessa forma, a finalidade social da lei.

Ademais, condicionar a competência do Juizado de Violência Doméstica à existência de *Notitia Criminis* ou Boletim de Ocorrência é manifesta violação ao art. 14 c/c art. 33 da Lei 11.340/2006, que criaram um verdadeiro “juízo universal” ou “juízo integral” para processamento, julgamento e execução das causas derivadas de violência doméstica, com intuito de facilitar o acesso à justiça, evitar decisões contraditórias e perceber o problema da mulher em situação de uma forma completa.

Importante ressaltar, ainda, que o fato de as medidas protetivas de urgência possuírem caráter de tutela inibitória não faz com que estas medidas possuam duração *ad aeternum* ou que os direitos de réus sejam restringidos de modo permanente. Desse modo, a todo tempo, o réu poderia, em tese, comprovar alteração na situação fática que ensejou a concessão das medidas protetivas de urgência, à semelhança do que ocorre com todas as ações de trato sucessivo, que fazem coisa julgada *rebus sic stantibus*. A esse respeito, não se pode deixar de registrar que nunca foi aventado que em relação a essas ações de trato

sucessivo (alimentos, fixação de guarda ou regulamentação de visitas, dentre outras) há limitação de direitos constitucionais do réu.

Naturalmente, inexistindo ação criminal em andamento ou procedimento criminal, não se pode decretar a prisão preventiva do réu pelo descumprimento das medidas protetivas - consequência mais gravosa prevista na Lei 11.340/2006 -, para obrigar o agressor a respeitar as medidas estabelecidas judicialmente. Apesar disso, existem outros meios capazes de coibir o réu a respeitar a determinação judicial, tal como a fixação de multa, nos termos do que dispõe o art. 22 da Lei 11.340/2006⁹.

Cumprido destacar que a possibilidade de fixação de multa, em virtude do estabelecimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, bem como a referência expressa ao art. 461 do CPC/Art. 497 CPC¹⁰ é conclusão lógica de que as medidas da Lei Maria da Penha têm caráter de tutela inibitória. É cediço que o art. 461 do CPC “*é a fonte normativo –processual da tutela inibitória individual, tornando viável a obtenção desta tutela através da propositura de uma única ação, sem que seja necessário pensar em ação cautelar e ação de execução.*”¹¹

Conforme já mencionado acima, a possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil ao procedimento de concessão de medidas protetivas de urgência decorre de autorização expressa da própria Lei 11.340/2006, que possui caráter misto, caracterizando-se por ser **sistema legal múltiplo com dispositivos de natureza penal, civil e processual com vistas a garantir ampla e integral proteção da mulher vítima de violência.**

A natureza do caráter de tutela inibitória das medidas protetivas de urgência também foi reconhecida pelo Fórum Nacional de Juízes e Juízas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e se traduz por meio dos seguintes enunciados:

ENUNCIADO 11: Poderá ser fixada multa pecuniária no caso de descumprimento de medida protetiva de urgência.

⁹ § 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).

¹⁰ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **TUTELA INIBITORIA: INDIVIDUAL E COLETIVA, 5 / *ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, pag. 86.

ENUNCIADO 37 – A concessão da medida protetiva de urgência não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal. **(Aprovado no VIII FONAVID-BH. Revogado o Enunciado 5 em razão da aprovação deste Enunciado).**

Por fim, não se pode deixar de destacar que a Lei Maria da Penha é um marco para a luta dos movimentos das mulheres que buscou através dessa normativa abordar a prevenção e coibir a violência. Por isso, o referido diploma legislativo possui diversas previsões de caráter preventivo (inclusive com a previsão de políticas públicas) e assistencial (termo aplicado no sentido de minorar os efeitos da violência doméstica após sua ocorrência). Por outro lado, a Lei 11.340/2006 sequer faz menção a tipos penais, razão pela qual não se pode incorrer no erro de transformar esses Juizados em Varas Criminais.

Por todo o exposto, pode-se concluir que as medidas protetivas de urgência, em razão da natureza de tutela inibitória, possuem como meio de impugnação mais adequado quando do indeferimento do pedido de sua aplicação o **Agravo de Instrumento**, por se tratar de decisão de caráter interlocutório e inibitório.

IV.II - DA ADEQUAÇÃO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES OBJETO DO PRESENTE IRDR

Segundo a lição da doutrina, repetida pelo artigo 203 do Código de Processo Civil, os pronunciamentos do/a juiz/a consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. São consideradas decisões interlocutórias todos os pronunciamentos judiciais de natureza decisória que não põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como não extinguem uma execução.

No CPC de 1973, a decisão interlocutória era aquela que resolvia uma questão incidente. O Código Buzaid reformou a sistemática recursal anterior, do CPC de 1939, aboliu os agravos de petição e no auto do processo, prevendo o agravo de instrumento que poderia tramitar de imediato ou ficar retido nos autos.

Já o CPC de 2015 adotou a definição de que uma decisão interlocutória é toda aquela que não é uma sentença, ou seja, sua definição é residual. Além disto, outra novidade do CPC 2015 foi a criação de duas categorias de decisões interlocutórias: as agraváveis, previstas no rol expresso do artigo 1015 e as não agraváveis.

A Comissão de Juristas que elaborou o novo CPC 2015 buscou simplificar o sistema recursal, extinguindo o antigo agravo retido e a prevendo que o agravo de instrumento ficaria mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência, para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos em que houvesse previsão legal expressa.

Tal categorização e adoção de rol estanque para o manejo de Agravo de Instrumento foi bastante criticada pela doutrina logo no início da vigência do novo CPC. Durante a própria tramitação legislativa do Código de Processo Civil a possível falha da opção pela taxatividade foi apontada. Exemplo desta discussão foi a Emenda nº 92, proposta pelo Senador Aloysio Nunes. Apesar da alegação de que existiriam várias hipóteses de decisões interlocutórias que não foram contempladas e que mereceriam ser impugnáveis desde logo, a emenda foi rejeitada por um óbice regimental.

A grande velocidade e a dinâmica das relações sociais se mostraram incompatíveis com a previsão de um rol fechado de hipóteses de cabimento de agravo, razão pela qual o STJ, através da sistemática dos Recursos Repetitivos, firmou em 05/12/2018 através do Tema 988 a seguinte tese:

“O Rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”

O atual entendimento a respeito das hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento é absolutamente compatível com a aplicação deste às decisões interlocutórias, de caráter inibitório e de natureza cível, proferidas quando do indeferimento de pedidos relacionados às medidas protetivas.

Neste sentido, ao concluir o julgamento do Recurso Especial 1.704.520, sob o rito dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça definiu o conceito de taxatividade mitigada do rol previsto no art. 1015 do CPC e como consequência admitiu a possibilidade de interposição de agravo de instrumento fora das hipóteses expressamente previstas no texto legal.

Segundo a Ministra Relatora Nancy Andrighi um rol taxativo raramente conseguiria abarcar a complexidade da vida. A Ministra rejeitou, ainda, a existência da

interpretação extensiva ou analógica do art. 1015 do CPC por entender que desnatura a essência dos institutos jurídicos e por fim considerou que, a despeito do rol do art. 1015 do CPC, não ser exemplificativo, a admissibilidade do recurso, fora das hipóteses expressamente previstas em lei, deve estar condicionada a existência da urgência, já que nestes casos, não seria possível esperar pelo julgamento da apelação, firmando entendimento que o rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada.

A seguir a ementa do Recurso Especial Repetitivo mencionado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”. 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na ripristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência. 9- Recurso especial conhecido e provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.704.520 - MT (2017/0271924-6). RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGH.)

No caso que se analisa, é evidente a urgência existente na fundamentação da interposição do agravo de instrumento, no caso de indeferimento liminar de medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha.

Ora, o art. 22 da Lei 11.340/2006 determina que as medidas protetivas de urgência são cabíveis, uma vez constatados indícios ou práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo que o provimento jurisdicional se presta a prevenir, inibir, impedir ou evitar a continuação da violência contra as mulheres. Por este motivo, a Lei Maria da Penha, impõe à autoridade policial a obrigação de requerer as medidas protetivas em 48 horas- art. 12 da Lei 11.340/2006 e o dever da autoridade judicial de proferir decisão em igual período- art. 18 do mesmo diploma legislativo.

Já os demais meios de impugnação/recursos admitidos pelas Câmaras de Direito Criminal do Tribunal de Justiça são inaplicáveis à hipótese de indeferimento de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, senão vejamos.

O **Mandado de Segurança**, que possui a natureza de ação constitucional mandamental e que tem por objeto a proteção de direito diverso da liberdade de locomoção e do livre acesso a registro de dados pessoais e sua retificação foi frequentemente utilizado na vigência do CPC/39 como sucedâneo recursal.

Esta utilização foi paulatinamente reduzida pelo CPC/73. A Ação Mandamental não é o meio processual mais adequado para que se provoque o reexame da questão ventilada em decisão interlocutória pelo Tribunal. A Lei do Mandado de Segurança prevê expressamente o seu descabimento nos casos em que da decisão judicial caiba recurso

com efeito suspensivo, tratando-se de hipótese de impossibilidade jurídica do pedido do Mandado de Segurança.

Segundo Kasuo Watanabe, “*ser garantia constitucional não torna o mandado de segurança um substitutivo incondicional dos recursos e tampouco panaceia geral para toda e qualquer situação*”¹². Ainda, a Súmula 267 do STF determina que “**Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção**”. A Súmula, editada pelo Plenário do STF em 13/12/1963, na vigência da Lei 1355/1951, acolhe o entendimento posterior de que só há uma possibilidade excepcional de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial que seja impugnado através de recurso: a inexistência de efeito suspensivo.

No caso deste IRDR, nenhuma das hipóteses de cabimento do Mandado de Segurança se faz presente. Apesar de, em tese, tratarmos de direitos não protegidos por Habeas Data ou Habeas Corpus, há a previsão no ordenamento processual civil (CPC) da possibilidade de aplicação de recurso dotado de efeito suspensivo (agravo de instrumento). Portanto, o cabimento do Mandado de Segurança deve ser afastado.

Melhor sorte não possui o **Recurso em Sentido Estrito**. Previsto no CPP em seu artigo 581, o RESE se presta a atacar decisões interlocutórias, sentenças e atos administrativos **de natureza penal**. Desta forma, cristalina a sua inaptidão para resguardar o direito das mulheres vítimas de violência cujas medidas protetivas são indeferidas, pelo singelo fato de que estas possuem natureza jurídica de tutela inibitória e caráter civil.

Por fim, deve ser afastado o cabimento do Recurso de **Apelação** como meio impugnativo. A Apelação é, segundo definição da legislação e da doutrina, cabível em face do pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento, ou seja, **a sentença**. Como o indeferimento de medidas protetivas é realizado através de uma decisão interlocutória de caráter inibitório, não há que se falar em cabimento do Recurso de Apelação nestas hipóteses, seja ela cível ou criminal.

¹² WATANABE, Kasuo. *Controle Jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: ED. RT, 1980.

V- DO PEDIDO

Ante todo o exposto, a fim de uniformizar a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça e com fulcro no artigo 976 e seguintes do CPC c.c artigo 3º do CPP, requer-se a admissão e posteriormente o julgamento do presente incidente para que seja resolvida a controvérsia quanto *“ao adequado instrumento processual, seja mandado de segurança, apelação, agravo de instrumento ou recurso em sentido estrito, para a insurgência de uma postulante, vítima de violência, contra decisão judicial indeferindo pedido de aplicação de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha nº 11.340/2006.”*, de modo que possa ser respondido o seguinte questionamento:

Qual o recurso ou ação impugnativa cabível diante do indeferimento liminar ou em sede de tutela antecipada em primeiro grau de pedido de aplicação de medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)?

Por fim, pugna-se para que a tese jurídica a ser fixada seja a do **cabimento do recurso de Agravo de Instrumento para a impugnação de decisões que indeferem as medidas protetivas às vítimas em casos de violência no âmbito da Lei Maria da Pena.**

Requer-se, ainda, seja a Defensoria Pública intimada pessoalmente, especialmente para a realização de sustentação oral quando do julgamento do presente IRDR, nos termos do art. 937, §1º c/c art. 984, ambos do CPC.

São Paulo, 8 de março de 2020.

LUCIANA JORDÃO DA MOTTA ARMILIATO DE CARVALHO

Defensora Pública Coordenadora
Núcleo de 2ª Instância e Tribunais Superiores

JOÃO FELIPPE BELEM DE GOUVÊA REIS

Defensor Público Coordenador Auxiliar
Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores

PAULA SANT'ANNA MACHADO DE SOUZA

Defensora Pública Coordenadora
Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres

NÁLIDA COELHO MONTE

Defensora Pública Coordenadora Auxiliar
Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres