

A Lei Maria da Penha e a importância do advogado

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Inovações da Lei Maria da Penha; 3. Advogado como função essencial da Justiça; 4. A Lei Maria da Penha e a Necessidade da Presença de Advogado; Conclusão; Referências.

RESUMO: o objetivo desse trabalho é a análise do advogado como sendo indispensável à Administração da Justiça, como determinado pela regras constitucionais de 1988, e o entrelaçamento disto com a necessidade da vítima da violência doméstica estar acompanhada por advogado nos atos processuais relativos à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) inovou no ordenamento jurídico pátrio ao tipificar, especificamente, os tipos de crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar, abrangendo as relações de afeto. Essa lei, ao tratar da violência de gênero da qual as mulheres são vítimas, criou mecanismo específicos para o combate a esse tipo de violência. Entretanto, uma das maiores inovações da lei, ao determinar que a mulher seja acompanhada nos atos processuais por advogado, constituído ou dativo, não excluindo a defensoria pública, trouxe uma valorização especial do advogado como indispensável à administração da justiça, ao contrário da lei 9.099/95, que em muitos atos, dispensou que a parte seja assistida por um advogado. É o objetivo deste trabalho comentar sobre a indispensabilidade do advogado, e da importância da sua função como sendo essencial à administração da justiça sua importância e o seu novo âmbito de atuação, expandido pela Lei Maria da Penha.

2. INOVAÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) inovou o ordenamento jurídico pátrio ao combater a violência doméstica com um conjunto de regras próprias que protege a mulher em suas relações afetivas, domésticas e familiares, reconhecendo-a como vítima especial de violência de gênero e dando-lhe garantias legais e mecanismos próprios no combate a essa violência.

Dentre as inovações da Lei, destaca-se:

a) a definição e tipificação dos crimes praticados contra as mulheres considerados dentro da situação de violência doméstica e familiar, reconhecendo as formas da violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral;

b) determina que a mulher somente possa retratar-se da representação anteriormente oferecida em audiência própria, antes do oferecimento da denúncia e perante o juiz e o representante do Ministério Público;

c) determina que a violência doméstica contra a mulher ocorra independentemente de sua orientação sexual;

d) proíbe a aplicação de penas meramente pecuniárias (pagamento de multas ou cestas básicas) nos casos de violência doméstica;

- e) proíbe que a mulher entregue qualquer tipo de correspondência ou intimação ao agressor;

- f) determina que a mulher vítima de violência doméstica seja notificada dos atos processuais, em especial quando impliquem do ingresso e saída do agressor da prisão;

- g) retira dos juizados especiais criminais a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher e determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger questões decorrentes da violência;

- h) altera a Lei de Execuções Penais para permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação;

- i) o juiz poderá conceder medidas protetivas de urgência para proteger a mulher vítima de violência doméstica, tendo sido alterado o Código de Processo Penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher;

- j) permite a autoridade policial prender o agressor em flagrante sempre que houver qualquer das formas de violência contra a mulher;

- k) determina que a mulher deverá estar acompanhada de seu advogado(a) ou defensor(a) em todos os atos processuais.

Também, ainda antes de adentrarmos no ponto nevrálgico deste trabalho, torna-se irroso destacarmos que a Lei Maria da Penha ao tornar obrigatória a presença do advogado a favor da vítima, queria também garantir os seus direitos constitucionais aclamado pela sociedade brasileira como: Direitos Humanos da

Vítima.

Estes Direitos Humanos Fundamentais visam sanar a negligência com a família, célula mater da sociedade, há tempos não aplica a contento pelo “Estado Democrático de Direito”, o que não significa mera enunciação formal de princípios, mais sim, a plena positivação de direitos inerentes a todos os seres humanos.

A tutela dos Direitos Fundamentais das vítimas e seus familiares, bem como a multiplicação da noção de cidadania são fatores essenciais para a construção de uma Sociedade mais justa e democrática. Mais a mais, a matéria ora fomentada será discutida em trabalho específico, haja vista, a magnitude do seu tema.

Em continuidade, a nosso ver, dentre todas as inovações trazidas pela Lei Maria da Penha, uma delas, em especial, apesar de rigorosamente aplicada, tem sido pouco discutida, que é a obrigatoriedade da presença de advogado acompanhando a mulher vítima de violência em todos os atos processuais. Esse artigo versa sobre essa possibilidade, estendendo um pouco os limites da interpretação considerada e aplicada até agora, objetivando de fato, darmos integral proteção as vítimas de atos ilícitos.

3. ADVOGADO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL DA JUSTIÇA

Na Constituição Federal, dentro do Capítulo V, Das Funções Essenciais à Justiça, situa-se a Seção III, que versa sobre a Advocacia e a Defensoria Pública, que, em seu art. 133 dispõe, in verbis:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Assim, o texto constitucional destaca expressamente a presença do Advogado como função essencial à justiça, e a importância da sua atuação. Lenza (2010, p. 684) considera que, deste artigo da Constituição, surgem então dois princípios:

a) Princípio da indispensabilidade do advogado: segundo este princípio, o advogado é indispensável à administração da justiça. Esse princípio não é absoluto, pois comporta exceções, sendo as principais: a dispensa do advogado na interposição de habeas corpus; nas causas com valor até 20 salários mínimos, segundo o art. 9º, caput, da lei 9.099/95; nas causas cíveis de até 60 salários mínimos, segundo o art. 10 da lei 10.259/01; e na Justiça do Trabalho.

b) Princípio da imunidade do Advogado: segundo este princípio, o advogado é imune as opiniões que emita no exercício de sua profissão, tendo como limite o Estatuto da OAB (lei 8.906/94) e o Código de Ética e Disciplina da OAB, que definirão as condutas proibidas e antiéticas do profissional Advogado.

Interessa aqui, sobretudo, o primeiro princípio, o da indispensabilidade do Advogado, que é garantia da parte, e não do profissional. Visto por alguns como expressão do corporativismo da Ordem dos Advogados do Brasil, ao proteger os profissionais e os filiados, este princípio, na verdade, não foi posto na Constituição como um favor corporativo aos Advogados, ou com o intuito de fazer reserva de mercado sobre a profissão, mas sim com o intuito de proteger a parte, uma vez que o Direito sendo uma ciência e tendo vocabulário e técnica específica, não pode ser manejado por quem não tenha a qualificação técnica para tanto. O prejuízo que a parte pode sofrer ao tentar representar-se sozinha pode ser muito grande, pois segundo De Paiva:

Em nossa sociedade contemporânea marcada por profundas desigualdades sociais, em que os mais favorecidos estão ao abrigo de defesa técnica e os menos favorecidos, sem nenhuma assistência profissional, assiste-se a maior violação das garantias constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa. (2011, s/ pag.)

São garantias constitucionais do processo como um todo o princípio do contraditório e da ampla defesa, além do princípio da paridade de armas. A parte, ao não contar com a defesa técnica proporcionada por Advogado, além de não ter seus interesses protegidos, pode ficar indefesa, numa flagrante violação aos princípios acima mencionados. Por isso a necessidade do Advogado para garantir o acesso ao judiciário, e a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outros textos legais, como a lei 9.099/95, ao instituir os juizados especiais cíveis e criminais, dispensou a figura do Advogado para o patrocínio de determinadas causas, numa exceção que se tem mostrado prejudicial aos interesses dos cidadãos que pleiteiam seus direitos nos já referidos juizados. Segundo essa lei, a parte pode dispensar a presença do advogado, ou seja, ele não é obrigatório, o que importa não só na desvalorização profissional da classe, mas também na não efetivação de certos direitos, uma vez que a parte, ao escolher representar-se sozinha, pode desconhecer ou desconsiderar algo da técnica jurídica e acabar prejudicada.

Por isso é preciso resgatar a condição da indispensabilidade do Advogado, conforme preceituado na Constituição Federal, a qual atribui à advocacia uma função social e de caráter público, mesmo que exercida como profissão privada. De Paiva completa que ela não é apenas um múnus público, mas sim um encargo indeclinável de contribuir com a realização da justiça (2011, s/ pag.).

A lei Maria da Penha valorizou o princípio da indispensabilidade do Advogado ao dispor em seu art. 27 que a mulher deverá estar acompanhada de advogado nos atos processuais a que deva comparecer relacionados à referida lei.

4. A LEI MARIA DA PENHA E A NECESSIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO

Assim dispõe o art. 27 da lei 11.340/06, in verbis:

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Com esse dispositivo, a lei Maria da Penha inova ao incluir no ordenamento jurídico atos processuais que não podem existir sem a presença de advogado. Entretanto, no primeiro momento essa já parece ser a regra, então, onde estaria a inovação?

Dentro do processo cível, a mulher, ao ser parte em um processo de separação, divórcio, guarda dos filhos, ou pensão alimentícia, já deve estar necessariamente, representada por Advogado. Se ela for à parte autora, precisará do Advogado para patrocinar seus interesses. Se for a parte demandada, precisará de Advogado para defender-se.

Já no processo penal, o Ministério Público é o titular da grande maioria das ações penais iniciadas perante o Judiciário, pois ele é o titular das ações penais públicas incondicionadas, ações estas nas quais o Estado tem especial interesse na persecução penal e na apuração do delito, tanto que chama para si a titularidade da ação. Além disso, o Ministério Público é titular também das ações penais públicas condicionadas à representação, que são aquelas em que a vítima declara expressamente que quer a ajuda do Estado, materializada no órgão ministerial, para empreender a persecução penal. Nesses dois tipos de ação penal, a vítima é representada pelo Ministério Público, que leva a cabo não só os interesses do Estado na persecução penal, mas também os interesses da vítima, ao ver o crime resolvido e seus autores punidos.

Ocorre que na Lei Maria da Penha, mesmo se tratando de ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação, e não obstante a atuação do Ministério Público, a vítima deverá estar representada, nos atos processuais, por Advogado. E é exatamente neste ponto que a lei inova o

ordenamento jurídico. Nas palavras de Cunha e Pinto:

Interessante que o dispositivo obriga a presença de advogado, no acompanhamento da vítima, inclusive para as audiências criminais. Assim, a título de exemplo, enquanto o art. 68 da lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) impõe a obrigatoriedade de um defensor (constituído ou dativo) em prol do autor do fato, a presente lei vai além, exigindo que também a ofendida esteja, em todos os atos do processo, assistida por advogado, sem prejuízo da presença do Ministério Público que é também obrigatória (v. art. 25). A ratio legis foi de garantir maior proteção a ofendida, em preocupação que também se manifesta no art. 16 da lei, ao determinar que eventual renúncia ao direito de representação seja expressada na presença do juiz, do membro do Ministério Público e, por força do dispositivo em estudo, também do advogado. (2007, p. 110/111)

Essa previsão legal reforça o espírito da lei de proteção à mulher vítima de violência doméstica, de onde se pode inferir da mens legis que o legislador quis que o Ministério Público representasse o Estado na persecução penal, mas quis também que a vítima tivesse uma representação específica, por meio de Advogado constituído ou dativo, para patrocinar seus próprios interesses dentro do processo criminal.

Além disso, em seu art. 28, a lei garante o acesso específico da mulher vítima de violência, não só ao Advogado constituído, mas ao benefício da assistência judiciária gratuita, como também ao Advogado Dativo e a Defensoria Pública, onde existir. In verbis:

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

Cunha e Pinto (2007, pag. 111/112) lembra que o Advogado é obrigado a aceitar a nomeação feita pelo juiz, sob pena de, não o fazendo, incorrer na prática de infração disciplinar, nos termos do art. 34, XII da

Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que assim tipifica:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

XII - recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública;

Entretanto, essa regra não é absoluta e o advogado pode manifestar sua recusa nos termos do art. 15 da lei 1.0650/50 (Lei da Assistência Judiciária Gratuita), in verbis:

Art. 15. São motivos para a recusa do mandato pelo advogado designado ou nomeado:

§ 1º - estar impedido de exercer a advocacia.

§ 2º - ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual;

§ 3º - ter necessidade de se ausentar da sede do juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis;

§ 4º - já haver manifestado por escrito sua opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear;

§ 5º - haver dada à parte contrária parecer escrito sobre a contenda.

Parágrafo único. A recusa será solicitada ao juiz, que, de plano a concederá, temporária ou definitivamente, ou a denegará.

Uma vez que tenha aceitado o múnus, tem o Advogado, ao ser nomeado dativo, direito a contraprestação pelo serviço, cabendo ao juiz a fixação dos honorários, segundo o art. 22, § 1º do Estatuto da OAB, in verbis:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Entretanto, na prática, percebe-se que o entendimento adotado seria o de que o advogado deveria acompanhar apenas a vítima em audiência, não tomando parte em todos os atos processuais, como determina a lei. Ousa-se aqui fazer uma interpretação extensiva, no sentido de que o Advogado constituído ou nomeado para acompanhar a vítima, não o deve fazer só em audiência, mas também pode refutar a resposta escrita a acusação, caso tenham sido argüidas preliminares, pode requerer diligências e apresentar alegações finais. Essa seria a melhor alternativa, para atender aos ditames da lei.

Considera-se também, a necessidade da vítima estar acompanhada de advogado também ao ser atendida na Delegacia de Polícia, ao fazer o Boletim de Ocorrência noticiando as agressões sofridas ou ao ser chamada pela autoridade policial para que sejam tomadas suas declarações. Aquelas vítimas que tem

condições financeiras para tanto, já assim o fazem, constituindo Advogado para acompanhá-las também na fase de inquérito policial. Entretanto, a grande maioria das vítimas não procede assim. Ousa-se também sugerir que, para atender ao espírito da lei, a mulher também deveria estar acompanhada de advogado na fase indiciária. A esse respeito, Cunha e Pinto (2007, pag. 111/112) comenta que:

Um tanto mais complexo, e, aparentemente, de difícil implantação na prática, este dispositivo garante a mulher vitimada o acompanhamento de advogado também na fase policial. De se ver, inicialmente, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, que poderia ser aplicado por analogia (art. 13), não faz qualquer menção à presença de advogado no âmbito policial. Também é omissa, nesse sentido, o Estatuto do Idoso, outro diploma que poderia atuar subsidiariamente. Mesmo o Código de Processo Penal não faz nenhuma referência ao atendimento da vítima pelos órgãos de segurança pública.

Fazendo uma interpretação sistemática, percebe-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII, assegura ao preso em flagrante a assistência de Advogado. Entretanto, a jurisprudência tratou de mitigar essa garantia:

Os defeitos por ventura existentes no auto de prisão em flagrante não têm o condão de, por eles próprios, contaminarem o processo e ensejarem a soltura do réu, ainda mais se os autos demonstram ter havido o recebimento da denúncia. A presença do advogado no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante não constitui formalidade essencial a sua validade.

(STJ - Habeas Corpus nº 22526-MG (2002/0060084-2), 5ª turma do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp. j. 21.11.2002, DJU 03.02.2003, p. 329).

No mesmo sentido:

Não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de habeas-corpus, a manutenção de prisão em flagrante, regularmente imposta pela autoridade policial, assegurando ao preso todas as faculdades de exercício de seus direitos constitucionais, ainda que sem a presença de seu advogado.

(STJ - Habeas Corpus nº 8830-RJ (2002/0060084-2), 6ª turma do STJ, Rel. Min. Vicente Leal. j. 21.09.1999, DJU 20.03.2000, p. 122).

Assim, percebe-se que, se mesmo para o preso em flagrante, a imposição constitucional de presença de advogado na fase policial e na prisão em flagrante já foi mitigada, será muito mais difícil implementar a inovação decorrente da lei Maria da Penha de que a mulher vítima de violência doméstica, afetiva ou familiar tenha um Advogado acompanhando-a em todas as fases do processo, inclusive na fase administrativa, indiciária, do inquérito policial.

Ainda mais quando se reconhece a situação precária em que se encontra a maioria das unidades policiais de atendimento ao público.

O ideal seria a implantação de Delegacias de Polícia específicas para o atendimento da mulher[3], com toda estrutura para propiciar um atendimento multidisciplinar, que abrangesse não apenas o advogado, mas também assistentes sociais, psicólogos, médicos, entre outros profissionais e conforme previsto no art. 29 da Lei Maria da Penha. Segunda Cunha e Pinto (2007, pag. 112) “são aspirações, porém, um tanto distantes de nossa realidade”.

Importante mencionar que a presença do Advogado, conforme prevista na aludida lei, comporta uma exceção, qual seja, em relação ao requerimento das medidas protetivas de urgência. Segundo o art. 19, in verbis:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

Percebe-se assim que as medidas protetivas, são consideradas pela lei como sendo de urgência, e podem ser requeridas pela ofendida ou pelo Ministério Público, diretamente ao juiz, ou mesmo concedidas de ofício por este, caso entenda necessário. Essas medidas podem ser pleiteadas por meio de advogado, mas não é obrigatório que seja assim. Em relação a essa exceção, Cunha e Pinto (2007, pag. 79) explica que:

É o que se infere da análise deste dispositivo juntamente com o art. 27 da lei. Com efeitos, o art. 27 torna obrigatória a assistência de advogado (aqui incluído, por óbvio, o defensor público, nos termos do art. 28), mas faz uma ressalva, exatamente, quanto ao art. 19.

Vale dizer, dada a urgência da situação, a exigir, como tal, a adoção de medidas imediatas de proteção a vítima, pode ela mesma se dirigir a presença do magistrado, postulando por seus direitos. Parece salutar que, uma vez passada a situação de urgência, se torne a regra geral do art. 27, nomeando-se advogado para acompanhamento da mulher vitimada.

Ou seja, como as medidas protetivas são ações cautelares, de urgência, é essa mesma urgência que autoriza que a vítima não esteja acompanhada de advogado ao pleitear as medidas, para que o tempo gasto a procura de um profissional seja melhor aproveitado, pelo juiz, já diretamente na análise e concessão das referidas medidas.

CONCLUSÃO

Do estudo realizado, percebe-se o ineditismo da Lei Maria da Penha, ao proteger a vítima de forma integral, determinando que esta seja acompanhada de Advogado nos atos processuais, tanto cíveis quanto criminais, a que se refere à lei. Essa proteção valoriza não só o Advogado, como também reconhece a sua atuação como indispensável e essencial a Administração da Justiça, na esteira do que preconiza a

Constituição Federal.

Sugere-se que este acompanhamento por parte de Advogado seja reconhecido não só como o comparecimento às audiências, mas também como oportunidade de rebater as preliminares argüidas pela Defesa do réu na resposta escrita a acusação, requerer diligências, e apresentar alegações finais. Por fim, considera-se também que, para atender ao espírito da lei, a vítima deveria estar acompanhada de Advogado também na fase do inquérito policial, mesmo sendo sabedores da dificuldade de implementar tal medida.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica:** Lei Maria da Penha (11.340/06) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 176p

DE PAIVA, Clemilton Francisco. **A indispensabilidade do advogado no Estado Democrático de Direito.** Texto enviado ao JurisWay em 7/11/2007. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=397. Acesso em: 07 de junho de 2011.

GRECO, Leonardo, MENEZES, Gisele Moraes, GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu, SOUZA, Roberta Ferreira de. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:** lei Maria da Penha - alguns comentários. Disponível em: <http://www.fdc.br/Artigos/..%5CArquivos/Artigos/11/ViolenciaDomestica.pdf>. Acesso em: 08.12.10.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher:** aspectos criminais da lei n. 11.340/06. São Paulo:

Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha Comentada**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Violência Doméstica: lei 11.380/06. IN: _____.

Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

[3] Como temos na Comarca de Londrina-Pr, a Delegacia da Mulher.

<https://www.diritto.it/a-lei-maria-da-penha-e-a-importancia-do-advogado/>