



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NO
CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

ORIENTANDO - NELSON AUGUSTO DA SILVA NETO
ORIENTADORA - PROF. – JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

GOIÂNIA-GO
2022

NELSON AUGUSTO DA SILVA NETO

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NO
CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof. (a) Orientador (a) – José Querino Tavares Neto.

GOIÂNIA-GO

2022

NELSON AUGUSTO DA SILVA NETO

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NO
CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Data da Defesa: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a): JOSÉ QUERINO TAVARES NETO. Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Nota

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	4
1. SISTEMA ACUSATÓRIO.....	4
1.1. Origem.....	4
1.2. O sistema acusatório expresso no ordenamento jurídico brasileiro	7
2. LEI MARIA DA PENHA.....	9
2.1. Origem	9
2.2. Interpretação e aplicação de acordo com o princípio da especialidade	12
3. PRISÃO PREVENTIVA.....	13
3.1. Prisão preventiva no Código de Processo Penal e na lei Maria da penha.....	13
4. A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO CONFORME A LEI MARIA DA PENHA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO	17
CONCLUSÃO.....	21
REFERÊNCIAS	23

RESUMO

A aplicabilidade da prisão preventiva decretada de ofício no contexto da lei Maria da Penha gerou uma discussão doutrinária, visto que o Código de Processo Penal e a Constituição Federal adota o sistema acusatório e, por isso, segundo parte da doutrina, a lei Maria da Penha, no tocante a decretação da prisão preventiva de ofício, é ilegal. Porém, outra parte tem outro posicionamento, ou seja, entende que a lei Maria da Penha é especial, portanto, aplica-se o princípio da especialidade, prevalecendo, assim, a aplicação da prisão preventiva de ofício. Por fim, através das pesquisas realizadas na legislação, na doutrina e na jurisprudência, o posicionamento adotado nesse artigo colaborou com o entendimento doutrinário de que deve-se aplicar o princípio da especialidade, prevalecendo a lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Aplicabilidade da prisão preventiva; sistema acusatório; lei Maria da Penha; princípio da especialidade.

INTRODUÇÃO

A lei Maria da Penha dispõe, no seu artigo 20, que a prisão cautelar poderá ser decretada de ofício pelo magistrado, apesar de o Código de processo penal, no seu artigo 311, não mencionar essa situação, exigindo para a decretação da prisão preventiva o requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação do delegado de polícia.

Para parte da doutrina, o artigo 20 da lei Maria da Penha afronta o sistema acusatório, devendo, também no caso de violência doméstica contra a mulher, o magistrado observar o artigo 311 do Código de Processo Penal. Outra corrente doutrinária entende que deve prevalecer a lei Maria da Penha com fundamento no princípio da especialidade, ou seja, pelo fato de a lei 11.340/2006 ser especial, naquilo que confrontar com a norma geral, as regras daquela devem ser aplicadas.

Assim, diante dessa situação, dispusemo-nos a trabalhar sobre a aplicabilidade e compatibilidade da decretação da cautelar de ofício à luz do Código de Processo Penal e o sistema acusatório a fim de contribuir e facilitar o entendimento de que deve prevalecer a lei Maria da Penha como um lei especial e, portanto, dando ao magistrado a possibilidade de decretar a prisão de ofício.

Logo, por questões didáticas, esse artigo foi dividido em quatro tópicos, o primeiro sobre o sistema acusatório, o segundo uma visão geral sobre a lei Maria da

Penha, o terceiro sobre a forma de decretação da prisão preventiva no Código de Processo Penal e na Lei Maria da Penha e o quarto trata-se da finalidade desse artigo, que é demonstrar que a mencionada lei deve prevalecer sobre o Código de Processo Penal naquilo em que aquela tratar de modo específico, como é o caso da prisão preventiva.

1. SISTEMA ACUSATÓRIO

1.1. Origem

Inicialmente, é necessário apresentar a etimologia da palavra sistema e conceituar o sistema acusatório para depois aprofundar na sua origem. Assim, de acordo com lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, sistema é definido como:

Conjunto de elementos, materiais ou ideias, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação.

Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada: sistema penitenciário; sistema de refrigeração.

Reunião de elementos naturais da mesma espécie, que constituem um conjunto intimamente relacionado [...] (p. 1594)

Nesse contexto, sistema processual penal é um conjunto de normas (regras + princípios) que devem ser observadas na aplicação do direito penal ao caso concreto. Assim, respeitado o devido processo legal torna-se legítima as decisões que o Estado tomar, seja durante a investigação, seja na fase da instrução criminal.

Diante disso, o sistema acusatório pode ser definido como um sistema que dispõe como os órgãos (acusação, defensor e julgador) devem atuar, ou seja, quais são suas funções e quando devem agir – a acusação, nos crimes de ação pública, cabe ao Ministério Público; a defesa pode ser exercida por um advogado ou pela defensoria pública e o julgador cabe ao magistrado, que deve se manter imparcial (princípio da imparcialidade, juiz natural). Além disso, esse sistema exige que os procedimentos que são realizados durante o processo sejam públicos (princípio da publicidade), que a parte acusada tenha o direito de utilizar todos os meios legais para se defender (ampla defesa ou plenitude de defesa no júri) e que a prova seja produzida em juízo com observância ao contraditório e ampla defesa.

Portanto, conforme leciona Paulo Rangel: “em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado.” (RANGEL, Paulo. p. 168)

A respeito da origem: os procedimentos adotados pelo Estado para chegar à pena refletiam os valores sociais, morais e políticos daquela respectiva população e pela estrutura e concepção do poder estatal, além de ser também levado em conta o grau de criminalidade presente na sociedade. Quanto maior a incidência de delitos, mais rigoroso era o direito penal e, por consequência, os procedimentos para alcançar a punição do infrator. Assim, na lição de Aury Lopes Júnior: “(...) o *law and order* é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o direito penal e o processo.” (Lopes Junior, Aury. p. 200). Ou seja, desde os tempos mais remotos até os dias de hoje, o Estado acredita a implantação de um sistema e uma pena mais rigorosos é capaz de conter a criminalidade.

Na antiguidade, mais precisamente no direito grego, há a incidência do sistema processual acusatório, momento esse que já havia a divisão de função (acusação, defesa e julgador) para que o infrator pudesse ser punido. Essas funções tinha participação direta do povo que fazia daquela sociedade.

Nesse contexto, no direito romano da Alta República havia dois caminhos para chegar à punição legítima do delinquente. A primeira era denominada de *cognitio*, sendo caracterizada pelo poder concentrado na mão do magistrado, podendo o povo ingressar com um recurso de apelação. Porém, esse sistema não se apresentou de maneira eficaz, pois o citado recurso só poderia se impetrado caso o acusado fosse cidadão e varão, e à época a mulher não gozava desse recurso, porquanto não era considerada cidadã.

Diante disso, no último século da República, o cidadão que integrava o povo daquela sociedade passou a ocupar o espaço de acusador. Assim, quando ocorria um delito definido como de ordem pública, o titular do direito de ação estava na mão de uma pessoa do povo e não em poder do Estado. Assim, o juiz, como na atualidade, ficava inerte; as funções de acusar e julgar eram divididas, não ficando apenas a cargo do Estado; estavam presentes o direito do contraditório e da ampla defesa; o ônus da prova era da acusação; os procedimentos eram público e oral.

Com a ascensão do Império e posteriormente da Igreja Católica, os procedimentos foram mudando, como, por exemplo, os magistrados passaram a iniciar o processo de ofício, ou seja, sem a participação do órgão acusador, e com isso, foi desaparecendo as características do sistema acusatório e surgindo as do

sistema inquisitório, que teve uma grande influência no processo penal no século XII ao XVIII.

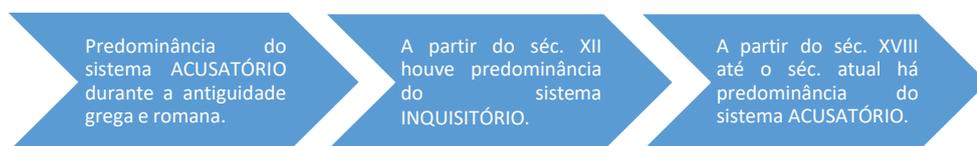
A partir do XVIII, com a contribuição da Revolução Francesa (1789) que tinha como principal objetivo derrubar a monarquia absolutista e instaurar um Estado democrático que assegurasse os direitos de todos os cidadãos, os países passaram, gradualmente, a reinserir, no processo penal, procedimentos que evidenciavam o sistema acusatório. Procedimentos esses que são descritos por Aury Lopes Júnior:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (Lopes Junior, Aury. p. 205)

Portando, conforme leciona Renato Brasileiro:

O sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro. (Lima, Renato Brasileiro. p. 42)

Ilustração:



1.2. O sistema acusatório expresso no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, a adoção expressa do sistema acusatório no Brasil veio com a Constituição Federativa da República que atribuiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública e inúmeros direitos à defesa, como, por exemplo, o contraditório e ampla defesa.

Porém, há doutrinadores que divergem quanto ao funcionamento do sistema acusatório no Brasil. Aury Lopes Júnior menciona que o processo penal era inquisitório ou neoinquisitório (Lopes Junior, Aury. p. 230). Já Guilherme de Sousa Nucci (Nucci, Guilherme de Souza. p. 114), leciona que apesar de menções na Constituição Federal que evidenciavam o sistema acusatório, esse sistema não tinha total aplicabilidade, pois, para ele, o sistema que vigorava era o misto.

Contudo, após o advento da lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), que adotou de maneira expressa o sistema acusatório, Guilherme Nucci (Nucci, Guilherme de Souza. p. 114) relata que, atualmente, o sistema é acusatório mitigado; já Aury Lopes Júnior (Lopes Junior, Aury. p. 52) continua com o posicionamento de que o sistema é neoinquisitório: “na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.”

Por fim, nesse contexto, Renato Brasileiro de Lima leciona que o sistema acusatório no direito brasileiro tem vigor e tem aplicabilidade desde a promulgação da CFR e que o Código de Processo Penal, no artigo 3º-A seguiu o que já mencionava a Magna Carta, observe:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes. É exatamente nesse sentido, aliás, o art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (Lima, Renato Brasileiro. p. 42)

Assim, de forma esquematizada, períodos de adoção expressa do sistema acusatório pelo direito brasileiro:



2. LEI MARIA DA PENHA

2.1. Origem

O Brasil, até a edição da lei 11.340 de 2006, adotava como forma de coerção à violência perpetrada contra a mulher, somente o Código Penal, ou seja, o tratamento, em geral, era uniforme para os homens e as mulheres que eram vítimas de violência. Com isso, diante de um caso emblemático, o Brasil, então, editou a Lei 11.340 de 2006.

Em 1983, Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de violência doméstica perpetrada por seu marido o qual tentou matá-la em duas oportunidades: na primeira, o seu marido, simulando um assalto na residência do casal, desferiu tiros nas costas de Maria da Penha, deixando-a paraplégica. Na segunda oportunidade, enquanto Penha banhava, o seu marido tentou eletrocutá-la.

Diante disso, o caso foi levado ao júri. O agressor foi condenado em 1991, porém a decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Assim, somente em 1996 o agressor foi condenado novamente diante do segundo júri. Apesar da sua condenação, pelo fato da ineficácia do sistema penal brasileiro, apenas no ano de 2002 o agressor foi detido, momento em que se encontrava dando aulas na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

No intervalo entre a agressão e a detenção do agressor ocorreram fatos importantes. Em virtude da demora injustificada em processar, condenar e punir o agressor, além da ineficácia da justiça interna em reparar os danos sofridos pela vítima, Maria da Penha, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) ofereceram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Com isso, a Comissão Interamericana requereu uma manifestação por parte do Brasil em relação aos fatos narrados. O Brasil, manteve-se inerte. Assim, em 2001, o Brasil foi responsabilizado pelas violações que Maria da Penha sofreu em virtude da inércia da justiça brasileira.

Nessa situação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos fez sugestões de natureza individual e de políticas públicas para o Brasil.

Quanto às medidas dirigidas ao caso individual, determinou ao Estado brasileiro:

- Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da senhora Maria da Penha Fernandes.
- Também, proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades ou atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável; bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
- Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil. Quanto às medidas relacionadas à promoção de políticas públicas com objetivo de evitar a não repetição dos fatos, determinou ao Estado brasileiro:
 - Assegurar a capacitação e a sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados, para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica.
 - Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e as garantias do devido processo.
 - Estabelecer formas alternativas às judiciais - rápidas e efetivas - para assegurar a solução dos conflitos intrafamiliares.
 - Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
 - Incluir, em seus planos pedagógicos, unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. (Fernandes, Maria da Penha. p.170)

Além disso, em 2003, o Comitê da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) reforçou a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados

Americanos, fazendo a seguinte observação para o Estado Brasileiro: “adote sem demora legislação sobre violência doméstica e tome medidas práticas para seguir e monitorar a aplicação desta lei e avaliar sua efetividade”.

Assim, sob forte pressão da comunidade internacional, dos movimentos internos, dos juristas brasileiros e da própria Maria da Penha, em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei 11.340, atribuindo o nome da vítima do caso emblemático, Maria da penha, à lei, que entrou em vigor em 22 de setembro do mesmo ano.

A edição da Lei Maria da Penha foi um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito da violência doméstica contra a mulher. Segundo o relatório publicado pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (Unifem/ONU), a Lei Maria da Penha é considerada uma das três leis mais avançadas do mundo.

Por fim, em 2008, após 25 anos das agressões sofridas por Maria da Penha e 7 anos da decisão da CIDH, o governo do Estado do Ceará realizou um evento público em Fortaleza, oportunidade em que efetivou um reparação simbólica e material a Maria da Penha, mediante o pagamento de indenização.

Permanece, entretanto, nessa história, uma dimensão das violações sofridas por Maria da Penha e outras vítimas que não se repara, como foi expresso pela própria Maria da Penha em trecho do discurso que realizou no evento de reparação simbólica e material, em 2008.

Apesar disso, Penha, em seu discurso reconhece sua relevância, acima de tudo, para evitar que outros casos como este tenham lugar:

A dor e a humilhação que sofri ao longo de quase vinte anos, tendo que tolerar a má-fé e a torpeza de muitos, tendo que bater de porta em porta para mendigar justiça é a mesma dor que me castrou o direito de acompanhar, mais de perto, o desenvolvimento de minhas filhas, hoje adultas e aqui presentes. É a mesma dor que lhes causou danos irreparáveis, pois não pude acompanhá-las à escola, aos passeios, não pude curar os seus machucados, não pude tomá-las no colo quando crianças e nem fazer o acalanto da maneira que nós, mães, gostamos de fazer. É a mesma dor que senti por temer causar-lhes dúvidas acerca da veracidade do que realmente aconteceu, veracidade essa, por duas vezes negada por aqueles que se propunham a fazer justiça. É a mesma dor que me dá a certeza de que nunca mais poderei correr ao encontro delas, para abraçá-las. Essa dor, senhores e senhoras, não tem preço. Essa dor está ligada à violação da dignidade da pessoa humana que o Estado jamais poderá

reparar. Resta, porém, a alegria de saber que a decisão em reparar um erro da justiça serve para evitar que novos casos se repitam. Resta a alegria que o meu Estado me proporciona, hoje, neste momento, por honrar esse compromisso que extrapola seus limites territoriais e adentra na esfera internacional.

(...)

Estou muito feliz por receber essa indenização, porém a minha maior alegria continua sendo a existência da lei 11.340/06 chamada Lei Maria da Penha, que me permite dividir com cada mulher que sofre violência nesse país. É ela que garante que a dignidade da mulher exige respeito e que transforma a violência contra a mulher em crime contra os direitos humanos. (Fernandes, Maria da Penha. p.175)

2.2. Interpretação e aplicação de acordo com o princípio da especialidade

A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo o ordenamento jurídico, além do dever de observar a Constituição Federal, deve, também, respeitar os tratados internacionais, principalmente os que versem sobre direitos humanos.

Com isso, para atender aos mandamentos constitucionais e aos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, o legislador editou uma lei específica para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Assim, como trata-se de uma lei que foi publicada com uma tarefa específica, verifica-se a importância de, no momento da sua aplicação, o magistrado ter um olhar especial para a lei, interpretando-a de acordo com sua finalidade social, pois trata-se de uma lei especial. De acordo com Carlos Maximiliano:

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. **É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é aplicar o Direito.** Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e , logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILIANO, Carlos, p.1, 2017). (grifei).

Assim, como foi relatado no tópico “origem”, a Lei Maria da penha foi editada e publicada com o objetivo específico, ou seja, a finalidade da lei foi a de trazer proteção integral para a mulher em situação de violência doméstica e familiar. Por isso, a Lei Maria da Penha deve ser interpretada de forma teológica, ou seja, o executor da norma jurídica deve identificar a sua finalidade e os resultados que ela precisa alcançar para atingir o seu propósito, o de proteger as mulheres que se encontram em situações de violência doméstica e familiar e tendo como norte os objetivos justificadores do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, além da finalidade torna-la especial, verifica-se, após a leitura que introduz a Lei Maria da Penha, o seu caráter especial, pois, no seu artigo 1º, é clara a intenção do legislado: a de “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Assim, esta lei evidencia a sua autonomia, visto que o legislador criou mecanismos específicos e apropriados de proteção e assistência.

Ademais, é perceptível que objetivo da edição e publicação dessa norma, a qual possui regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução, foi de, no momento da sua aplicação, interpretá-la de forma especial, ou seja, de acordo com as suas regras e a sua finalidade, devendo prevalecer sobre regras gerais naquilo em que for divergente, com fundamento no princípio da especialidade.

Robustecendo a especialidade da referida lei, o seu artigo 4º reforça que no momento da sua interpretação e aplicação deve o magistrado observar as condições de vulnerabilidade que as mulheres se encontram, no tocante à violência doméstica e familiar. Por isso, o seu sistema jurídico deve ser autônomo regido por regras específicas, recorrendo às regras gerais somente naquilo em que não conflitar com as regras da própria lei Maria da penha. Fazendo jus tanto ao princípio da especialidade quanto da subsidiariedade.

3. PRISÃO PREVENTIVA

3.1. Prisão preventiva no Código de Processo Penal e na Lei Maria da Penha

A prisão preventiva é mencionada no Código de Processo penal, capítulo III, artigo 311 e seguintes e na Lei Maria da Penha, capítulo II, artigo 20.

Inicialmente, Fernando Capez conceitua a prisão preventiva da seguinte forma: “prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores” (2014, p. 335).

Para Gobbis Pagliuca, a mencionada medida cautelar “trata-se de modalidade de custódia cautelar inibidora do direito de locomoção ao acusado de crime, por ordem judicial, em razão dos pressupostos legais à sua pertinência” (2008, p. 115).

O Código de Processo Penal estabelece que a prisão preventiva poderá ser decretada durante toda a persecução penal, ou seja, na fase investigativa ou pré-processual, representada pelo Inquérito Policial e na fase Processual, momento em que a denúncia ou queixa foi **recebida**.

Além disso, essa medida cautelar será decretada pelo juiz, desde que haja requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação do delegado de polícia, civil ou federal.

Com isso, para que o juiz possa decretar a prisão preventiva será necessário observar os requisitos que são impostos pela lei. Esses requisitos podem ser divididos em gerais e específicos. Os gerais são os que estão elencados no artigo 282 do CPP, que devem ser observados no momento de aplicação de toda e qualquer medida cautelar que esteja no CPP. Esses requisitos são:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Já os requisitos específicos que tornam legal o requerimento das partes ou representação da autoridade policial para que o juiz decrete a prisão preventiva estão expressos no artigo 312 do CPP, que são: “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da

lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.”. Além dessa hipótese, a prisão também poderá ser decretada quando o investigado ou acusado descumprir outra medida cautelar. Assim assevera Eugênio Pacelli:

A prisão preventiva, então, passa a apresentar duas características bem definidas, a saber: (a) ela será *autônoma*, podendo ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior; e (b) ela será *subsidiária*, a ser decretada *em razão do descumprimento* de medida cautelar anteriormente imposta. E mais.

Há três situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

- a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo *autônomo* e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP);
- b) como *conversão* da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e
- c) em *substituição* à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP). (PACELLI, Eugênio, p. 701)

Porém, além do dever de observar os requisitos supracitados para a decretação da prisão preventiva, é necessário, também, analisar a proporcionalidade entre a conduta realizada e a medida cautelar que será aplicada. Posto isso, deve-se verificar qual será a pena que poderá ser imposta no fim do processo penal em razão da conduta praticada pelo indivíduo, pois se a possível pena for menos grave do que a medida cautelar que será imposta ao indivíduo, não estará o juiz atendendo ao princípio da proporcionalidade.

Com isso, o artigo 313, inciso I, dispõe que a prisão preventiva poderá ser aplicada caso seja o crime doloso e com pena máxima superior a quatro anos. O inciso II dispõe que será possível decretar a prisão preventiva se o indivíduo for reincidente, pelo fato de ter praticado outro crime doloso e com sentença transitada em julgado. O inciso III permite a decretação da prisão preventiva a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, idoso, enfermo, pessoa com deficiência, adolescente e criança. Ademais, em situações que gerar dúvida sobre a identidade civil da pessoa, essa poderá ser submetida à prisão preventiva. Mas, nesse caso, não havendo outro motivo para manter a pessoa presa preventivamente, assim que o preso for identificado, deverá ser posto em liberdade imediatamente.

Portanto, tendo em vista todos os requisitos e motivos que devem ser observados e fundamentados no momento de decretar a prisão preventiva, verifica-se que essa medida tem a finalidade de proteger tanto a efetividade das fases de investigação e processual, que pode o investigado ou acusado causar danos, quanto para garantir a ordem pública, que segundo Basileu de Garsia, a ordem pública pode ser entendida da seguinte forma:

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida social é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência. (GARCIA, 1945, p. 169)

Eugênio Pacelli, na mesma linha argumenta que a prisão cautelar fundamentada na garantia da ordem pública:

Não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. (PACELLI, 2014, p. 556)

Na Lei Maria da Penha, a prisão preventiva é mencionada no artigo 20, o qual dispõe que essa medida poderá ser decretada pelo juiz, de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público ou por representação do delegado de polícia.

Nesse contexto, o Código de Processo Penal, no art. 313, inciso III, dispõe que a prisão preventiva poderá ser decretada para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência. Assim descreve Renato Brasileiro:

Como a redação do inciso III do art. 313 não faz distinção quanto à natureza da pena do crime doloso, deve-se entender que, independentemente da espécie de pena cominada ao delito (reclusão ou detenção) e do quantum de pena a ele cominado, a prisão preventiva pode ser adotada como medida de ultima ratio no sentido de compelir o agente à observância das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, mas desde que presente um dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312).

Assim, a prisão preventiva, segundo a doutrina de Renato Brasileiro, deve ser decretada se as medidas cautelares diversas da prisão não forem suficientes para atingir o propósito que fundamentou a sua imposição. Logo, uma característica marcante da prisão preventiva, tanto no CPP quanto na Lei 11.340/06 é que ela é aplicada como a última medida, ou seja, somente se as outras medidas não forem suficientes para cessar o perigo.

Além dessa hipótese, a prisão preventiva poderá ser decretada também quando, na audiência de custódia, não cabendo a concessão de liberdade provisória, ficar demonstrado que, não convertendo a prisão em flagrante em preventiva, existe risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva.

Por fim, a prisão preventiva poderá ser revogada pelo magistrado caso ele verifique, no caso concreto, que os motivos que ele se baseou para a decretação não estão mais presentes, podendo, também, decretá-la novamente se necessário para a manutenção da lei e ordem social.

4. A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO CONFORME A LEI MARIA DA PENHA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Com o advento da Lei 11.964 de 2019 o Código de Processo Penal (CPP) passou a adotar de maneira expressa o sistema acusatório e isso significa que durante a persecução penal, em regra, deve o Estado-juiz sair da inércia quando acionado pelo Ministério Público, assistente, querente ou autoridade policial. Além de expressar a adoção do sistema acusatório, houve uma mudança significativa em relação a prisão preventiva, vedando a decretação da medida cautelar de ofício (art. 311 do CPP).

Nesse contexto, apesar de a lei alterar o CPP, em nada alterou o artigo 20 da lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha - LMP) que permite ao juiz que decrete a

prisão preventiva de ofício, tanto na fase de investigação quanto durante a instrução criminal.

Com isso surgiu uma discussão no meio jurídico a respeito da aplicabilidade da prisão preventiva de ofício no contexto da violência doméstica à luz da lei nº 11.964/19 e do sistema acusatório. Nesse cenário há dois posicionamentos: seguindo o raciocínio da doutrina de Renato Brasileiro não é possível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher:

de acordo com o art. 20 da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, *de ofício*, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”. É bem provável que alguns ainda queiram invocar o princípio da especialidade para justificar a subsistência desse dispositivo. Ocorre que o dispositivo em questão não representa nada de novidade em relação ao Código de Processo Penal. De fato, à época em que a Lei Maria da Penha entrou em vigor – 22 de setembro de 2006 –, os dizeres de seu art. 20 funcionavam como mera transcrição, quase que literal, da redação original do art. 311 do CPP então vigente: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, *de ofício*, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”. Se assim o é, alterada a redação dos art. 282, §§2º e 4º, e 311, ambos do CPP, inicialmente pela Lei n. 12.403/11, para fins de se vedar a possibilidade de decretação de qualquer medida cautelar de ofício pelo juiz durante a fase investigatória, e, agora, com a Lei n. 13.964/19, também durante a fase processual, forçoso é concluir que tal mudança também deverá repercutir no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.⁴⁷ Prova disso, aliás, é o próprio art. 13 da Lei n. 11.340/06, segundo o qual são aplicáveis as normas do Código de Processo Penal ao processo, julgamento e execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. (p. 949)

Adotando outro entendimento sobre o tema, a Doutora e Autora Alice bianchini aponta que o artigo 20 da Lei Maria da Penha ainda tem aplicabilidade em relação a matéria que é tratada na mencionada lei devido à sua especialidade.

Assim, corroborando com esse raciocínio, o Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal – CIJDF emitiu uma nota técnica sobre a especialidade da Lei Maria da Penha, ou seja, afirmando que devido à sua especialidade a regra geral do CPP, que veda a decretação de ofício, não deve ser aplicada na referida lei:

No caso, temos uma antinomia entre uma norma anterior especial (Lei n. 11.340/2006) e uma norma posterior geral (Lei n. 13.964/2019 e suas alterações no CPP), cuja regra de resolução é a de que a primeira prevalece sobre a segunda, isto é, *lex specialis derogat legi generali*. Isso, porque, a Lei Maria da Penha ostenta o caráter de norma especial em relação a que promoveu mudanças no Código Processual Penal, de modo que suas peculiaridades e sua razão de existir se sobrepõem às regras gerais e devem subsistir às mudanças destas.

Além disso, a nota técnica demonstra a necessidade de uma atuação especial por parte do poder judiciário em casos que envolvem violência doméstica pelo fato de a própria lei demonstrar em seu corpo que em casos de divergência com o CPP deve-se aquela prevalecer (art. 13 da LMP), fazendo jus ao princípio da especialidade:

A violência doméstica é um fenômeno dinâmico e singular que, por isso mesmo, demanda uma atuação diferenciada do Poder Judiciário, que, a nível preventivo, deve ser mais diligente e proativo, de modo a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica.

(..)

Deve-se ter em mente que o juiz da vara especializada em violência doméstica e familiar atua não apenas como garantidor dos direitos e da liberdade do investigado ou acusado e das normas de direito e de processo. Também é garantidor da vida da mulher submetida a um cenário de violência, cuja atribuição decorre de normas superiores, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

O Superior Tribunal de Justiça também tem o entendimento de que situações em que a mulher estar envolvida requer um tratamento especial em razão da sua vulnerabilidade:

[...] 3. A situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela ipso facto. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o **Estado oferecer proteção especial** para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei. Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração dessa presunção, que, aliás, é insita à condição da mulher na sociedade hodierna. [...] (REsp 1416580/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 15/04/2014).

Por isso, o legislador editou a referida lei 11.340/06 para que o Estado-juiz se comporte de maneira especial e não adote regras gerais que não são compatíveis com as regras especiais adotadas para prevenir e reprimir infrações penais

relacionadas à violência doméstica contra a mulher. Assim, deve o juiz(a) agir de forma discriminada em relação a essa matéria, visto que é visível o estado de vulnerabilidade dos sujeitos que são protegidos por essa lei (11.340/06). De acordo com esse posicionamento, Alice Bianchini leniona que:

Protagonismo da atuação do(a) magistrado (a) na Lei Maria da Penha:

Em relação ao saudável e imprescindível distanciamento do(a) juiz(a) em relação aos fatos (tomando uma posição equidistante), quando se está na seara das medidas protetivas de urgência, a Lei Maria da Penha exige, embora a prudência, o comprometimento do(a) juiz(a) com a causa da violência doméstica e familiar e uma atuação marcada pela eficiência, e pela capacitação plena do(a) magistrado(a) para que compreenda as questões de gênero e possa decidir, não necessariamente a favor da mulher em situação de violência, mas de acordo com tal compreensão. É nisso que se baseia o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2021.

Nessa linha de raciocínio, de que os casos em contexto de violência doméstica contra a mulher merece tratamento especial em face da regra processual geral, a Nota Técnica nº 5 emitida pelo Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal menciona uma decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli:

(...) a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão. Portanto, pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica (p. 3)

Diante de duas posições sobre a aplicabilidade da prisão preventiva de ofício no contexto da lei Maria da Penha, entendo que o mais adequado é a prevalência da lei especial sobre a geral. Pois, conforme foi apresentado, há fundamentos materiais para a manutenção da prisão preventiva de ofício, porque, conforme foi mencionado no capítulo anterior, a Lei Maria da Penha foi editada com o objetivo de trazer tratamentos diferenciados para melhor proteção das mulheres e um tratamento mais severo com o agressor, haja vista que o autor do crime cometido

contra Maria da Penha, vítima do caso que inspirou a edição dessa lei, foi punido somente em 2002 por um fato cometido em 1983.

Logo, a sua edição, que ocorreu por forte pressão de entidades internacionais, teve e tem o objetivo de coibir e punir qualquer ato de violência patrimonial, psicológica, sexual e moral, mesmo que para atingir o seu objetivo precise renunciar, em parte, princípios, direitos ou garantias, como o sistema acusatório. Assim leciona Alice Bianchini:

Decorrentemente, não obstante toda a preocupação que se deve ter com a manutenção e reforço do sistema acusatório, no momento da ponderação de interesses, há que preponderar a norma de proteção integral à mulher em situação de risco (LMP, artigo 4º).

Para atingirmos tal desiderato, temas como a prisão preventiva de ofício, que, de forma excepcional, deve ser admitida para os crimes praticados no contexto da Lei Maria da Penha, e tantos outros instrumentos presentes na lei, precisam ser corretamente compreendidos e urgentemente implementados. Só assim, até que a triste situação se altere, conseguiremos proteger a mulher em situação de violência doméstica e familiar, contribuindo para diminuir os números dessa pandemia, que representam dor, sofrimento e morte para tantas mulheres e para toda a família (incluindo filhos e filhas), amigos e conhecidos da vítima.

Portanto, há claras razões principiológicas e sociais para manter e prevalecer o artigo 20 da lei 11.340/06 em face do artigo 311 do Código de Processo penal, pois a lei Maria da Penha, como supracitado, trata-se de contextos especiais, logo, deve-se sustentar o princípio da especialidade no caso em tela, uma vez que a hierarquia entre a lei Maria da penha e o Pacote Anticrime é indiferente pelo fato se serem lei ordinárias.

CONCLUSÃO

Verifica-se em todo exposto neste artigo que procurou-se demonstrar, de acordo com a doutrina e entendimento dos tribunais que, apesar de o Código de Processo Penal adotar de forma expressa o sistema acusatório com o advento do “pacote anticrime”, a lei Maria da Penha é uma lei especial, editada e publicada com

o objetivo de prevenir e punir os autores das infrações penais contra a mulher, em razão da quantidade de casos de violência doméstica.

Assim, como foi apresentado no respectivo artigo, antes da lei entrar em vigência, os casos de violência contra a mulher eram resolvidos como um caso comum, tendo como punição, em muitas ocasiões de violência contra a mulher, uma simples prestação de serviço à comunidade. Por isso, em razão de adotar tratamentos iguais independente do gênero, ocorreu o caso de Maria da Penha, momento em que o Brasil, por pressão de órgãos estrangeiros e da própria sociedade brasileira, teve que editar a lei 11.340 de 2006 para tratar, especificamente, de assuntos relacionados a violência contra a mulher.

Logo, como demonstrada a finalidade da lei Maria da Penha, que é prevenir e punir os casos de violência contra a mulher, em decorrência da situação de vulnerabilidade em que a mulher se encontra, observa-se a sua especialidade, seu caráter individual em relação as regras gerais, ou seja, a sua imposição sobre o Código de Processo Penal em ocasiões de divergência.

Com isso, então, como trata-se de uma lei especial, a Lei Maria da Penha deve prevalecer sobre o Código de processo penal ainda que seja necessáriosacrificar direitos, garantias ou princípios a fim de assegurar a dignidade humana da mulher.

Por fim, a nosso ver, o respectivo artigo cumpriu-se a promessa de atingir os seus objetivos, além de auxiliar aqueles que têm o poder-dever de aplicar o direito no caso concreto e os demais que queiram estudar sobre o respectivo tema.

REFERÊNCIAS

Bianchini, Alice. A prisão preventiva de ofício no contexto da Lei Maria da Penha. Publicado em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/bianchini-prisao-preventiva-oficio-lei-maria-penha>;

CENTRO DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – CIJDF. NOTA TÉCNICA 5. Inaplicabilidade das alterações da Lei n. 13.964/2019, acerca da possibilidade de decretação da prisão cautelar ex officio nos casos específicos da Lei n. 11.340/2006. Publicado em: t.ly/5MiC;

Fernandes, Maria da Penha. *Maia Sobrevivi --: posso contar* / Maria da Penha. - 2ª reimpr. - 2. ed. -- Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012;

Lima, Renato Brasileiro de *Manual de processo penal: volume único* / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020;

Lopes Junior, Aury. *Fundamentos do Processo Penal* / Aury Lopes Junior. 6. ed. São Paulo :Saraiva Educação, 2020;

Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira;

Nucci, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal* / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014;

Rangel, Paulo *Direito processual penal* / Paulo Rangel. – 29. ed. – Barueri [SP] : Atlas, 2021;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal* . 12ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017;