



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

EDSON JUNIOR DE OLIVEIRA DA SILVA

**PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA: A PROBLEMÁTICA
DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 11.340/2006, DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA
PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO JUIZ**

**CAMPINA GRANDE
2018**

EDSON JUNIOR DE OLIVEIRA DA SILVA

PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA: A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 11.340/2006, DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO JUIZ

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal e Processual Penal

Orientadora: Prof. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado

**CAMPINA GRANDE
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S586p Silva, Edson Junior de Oliveira da.
Prisão preventiva na Lei Maria da Penha [manuscrito] : a problemática do artigo 20 da lei nº 11.340/2006: da (in)constitucionalidade da prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz / Edson Junior de Oliveira da Silva. - 2018.
39 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.
"Orientação : Profa. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado, Departamento de Direito Público - CCJ."
1. Violência contra a mulher. 2. Prisão Preventiva. 3. Decretação ex officio. 4. Inconstitucionalidade. I. Título
21. ed. CDD 345.05

EDSON JUNIOR DE OLIVEIRA DA SILVA

PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA: A PROBLEMÁTICA DO
ARTIGO 20 DA LEI Nº 11.340/2006, DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO
PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO JUIZ

Artigo apresentada ao Programa Graduação
em Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual
Penal.

Aprovada em: 10/12/2018.

BANCA EXAMINADORA

Ana Alice Ramos Tejo Salgado

Prof. Dr. Ana Alice Ramos Tejo Salgado (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Rosimeire Ventura Leite

Prof. Dr. Rosimeire Ventura Leite
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Paulo Esdras Marques Ramos

Prof. Ms. Paulo Esdras Marques Ramos
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Dedico este trabalho ao meu senhor Jesus Cristo.

“ De boas palavras transborda o meu coração.

Ao Rei Jesus consagro o que compus; A minha língua é como a pena de habilidoso escritor, porque é o Senhor que me ajuda, que coloca as palavras na minha boca. Eu te exaltarei, ó Deus, rei meu, e bendirei o teu nome pelo séculos dos séculos e para sempre”

Salmos 45.1 / 145.1

AGRADECIMENTOS

Agradecer significa reverenciar o comportamento ou a ajuda de pessoas pelo incentivo, carinho e amor sempre demonstrados pelas pessoas, direta ou indiretamente, envolvidas. É a oportunidade de reconhecer aqueles que ajudaram na caminhada a tornar possível a formação universitária de um modo ou de outro.

Neste raciocínio, primeiramente quero agradecer ao meu Senhor e Salvador Jesus Cristo, que me ajudou de maneira incondicional a prosseguir nesta caminhada, pois sem a ajuda Dele, nada disso estaria acontecendo na minha vida.

Gostaria de agradecer aos meus pais, pela luta e pelo incentivo que eles me deram, pelo amor, cuidado e toda as renúncias que fizeram em prol da minha vida. E em especial a memória do meu pai, um grande homem, que se estivesse vivo, seria uma das pessoas mais felizes do mundo neste momento.

De forma especial, venho expressar a minha gratidão a minha esposa Samara Liane, que esteve comigo durante todo esse período, me fortalecendo a prosseguir e superar todas as adversidades, ela faz parte disso tudo, minha ajudadora idônea que Deus me deu a graça de ter ao meu lado. E também agradecer a meu filhinho Samech, que durante as dificuldades, me fez sorrir com sua sublime alegria.

Agradecer ao meu pastor Josimar e sua esposa missionária Adjanice, pelas orações, incentivo, pelo zelo e cuidado que tem pela minha vida e da minha família. Além de meu pastor, um grande amigo, um pai que Deus me deu.

De forma especial, agradeço a minha sogra D. Lourdes, mulher de Deus, exímia incentivadora de todo esse projeto, e que esteve a todo momento orando pela minha vida para que tudo isso pudesse estar acontecendo.

Sou muito grato a professora Ana Alice Tejo Ramos Salgado, pela paciência, eficiência e determinação na orientação. Ao professor Paulo Esdras Ramos e Rosimeire Ventura Leite, banca excepcional que tive a graça de formar. Agradecer ao professor Tiago Leite que esteve me orientando no início desse trabalho.

Agradeço também aos meus professores, aqueles da educação básica, ensino fundamental e médio, e a todos que tiveram participação na minha formação acadêmica, enfim, que Deus abençoe a todos os incentivadores que passaram pela minha vida.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A LEI MARIA DA PENHA.....	10
2.1	Das medidas protetivas de urgência.....	12
2.2	A lei nº 13.641/2018 e o novo crime de desobediência de medidas protetivas	15
3	PRISÃO PREVENTIVA.....	17
4	CONSIDERAÇÕES SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE.....	21
5	DISCUSSÃO SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DECRETÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE OFÍCIO, PELO JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 20 DA LEI 11.340/06.....	23
5.1	Sistema processuais penais e a Constituição de 1988.....	26
5.2	O juiz no sistema acusatório.....	29
5.3	Da ilegalidade da prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz.....	32
6	CONCLUSÃO.....	36
	REFERÊNCIAS.....	39

PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA: A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 11.340/2006, DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO JUIZ

Edson Junior de Oliveira da Silva¹

RESUMO

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, surge como uma forma de resposta dada pelo Poder Público frente à sociedade, numa tentativa de coibir a violência doméstica e familiar e proteger os direitos da mulher no âmbito das relações domésticas e familiares ao prever a criação de mecanismos jurídicos de combate à violência e a criação de Juizados da Violência. O estudo tem por objetivo analisar a (in)constitucionalidade do artigo 20 da Lei Maria da Penha que estabelece a possibilidade da decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo juiz, ainda na fase de inquérito, quando há crime praticado contra a mulher no ambiente familiar, doméstico ou nas relações íntimas de afeto. A discussão é relevante porque argumenta-se que o citado dispositivo burla o sistema acusatório e a garantia da imparcialidade do julgador, canalizando a discussão para a conclusão sobre a ilegalidade de tal medida. É perceptível que artigo 20 da Lei Maria da Penha é uma violação ao sistema acusatório, onde o magistrado age com total parcialidade, deixando de lado o caráter equidistante, bem como as garantias intrínsecas ao indivíduo, de forma a abandonar os princípios norteadores do processo penal. Acerca da metodologia, utilizamos o método dedutivo, sendo necessária a pesquisa em diversas bibliografias, constituída principalmente de artigos científicos, doutrina, jurisprudência e leis, com o intento de, por meio destes, encontrar a resposta para o problema ao qual propusemos a resolver, acerca da (in)constitucionalidade da Lei 11.340/06.

Palavras-Chave: Violência contra a mulher. Prisão Preventiva. Decretação ex officio. Inconstitucionalidade.

¹Bacharel em Comunicação Social, habilitação Jornalismo, pela Universidade Estadual da Paraíba e aluno de graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I
Email:edsonjunior86@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher é um tema bastante atual e atinge milhares de mulheres em todo o mundo, esse problema é decorrente da disparidade existente nas relações entre homens e mulheres fruto de uma construção histórica. Como sabemos, as mulheres, na maioria das civilizações, foram vistas como inferiores aos homens; herança do poder patriarcal, sistema social ainda vigente nos dias atuais, em que o homem é figura social central, e, essa construção social, é, sem dúvidas, um dos grandes responsáveis por esse quadro de violência.

Como foi exposto, esse problema se perpetua em várias gerações, contudo, apenas a partir do século XIX, passou a ser alvo de debates e estudos em razão da constitucionalização dos direitos humanos. Assim, a violência doméstica contra mulheres, torna-se um problema central para a humanidade, tendo em vista que, até então, muitas sociedades entendiam esse tratamento diferenciado para com o sexo feminino como uma conduta normal e que não merecia tanta preocupação.

Por um longo período a mulher sofreu por não ter uma lei específica que resguardasse os seus direitos, no Brasil, o que impulsionou a criação da Lei 11.340/06 foi o caso da biofarmacêutica Maria da Penha Fernandes, cearense que foi vítima da violência doméstica e que sofreu com o descaso e omissão da justiça brasileira.

A Lei Maria da Penha constitui um importante avanço para a sociedade brasileira, representando, contudo, um marco indelével na história de proteção legal conferida às mulheres. Entretanto, não deixa de conter alguns aspectos que podem gerar dúvidas na aplicação, daí a necessidade de analisá-la na melhor perspectiva para as vítimas, e discutir a melhor maneira de implementar todos os seus preceitos e desta forma exaurir os vícios constante nessa lei.

Assim, pretende-se analisar a (in)constitucionalidade da decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo juiz ainda na fase de inquérito nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha, haja vista, afrontar contra os princípios constitucionais. O mesmo torna-se necessário, devido ao fato do dispositivo levantar questões polêmicas, como por exemplo, a aplicação do artigo 20 da referida Lei influenciar de sobremaneira no aspecto constitucional do nosso Ordenamento Pátrio, no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988, canalizando a discussão para a conclusão sobre a ilegalidade de tal medida.

Desta forma, canalizaremos o estudo para o momento da decretação da preventiva durante a fase preliminar de investigações, medida essa prevista no artigo 20 da Lei em comento. Iniciaremos a discussão acerca da difícil coexistência entre o princípio constitucional da presunção de inocência com a prisão preventiva, para depois tratarmos a respeito da ilegalidade desse tipo de prisão, por violar o sistema acusatório e a garantia da imparcialidade do julgador.

No que tange à metodologia, para que fosse possível a realização do trabalho, utilizamos o método dedutivo, sendo necessária a pesquisa em diversas bibliografias, constituída principalmente de artigos científicos, doutrina, jurisprudência e leis, com o intento de, por meio destes, encontrar a resposta para o problema ao qual propusemos a resolver, acerca da inconstitucionalidade da Lei 11.340/06.

Para o presente estudo será apresentado um breve histórico da Lei Maria da Penha, em seguida, serão analisadas as medidas protetivas de urgência. Em capítulo posterior, será estudada a prisão preventiva para, por fim, discutir a (in)constitucionalidade da decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo juiz ainda na fase de inquérito nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A violência contra as mulheres é um problema universal e muito antigo. Ao longo dos séculos, o mundo, influenciado pela cultura patriarcal, assistiu aos mais variados abusos praticados contra o sexo feminino sem dar a devida importância.

Cunha define a violência contra a mulher como:

Qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meios de enganos, ameaças, coações ou qualquer outro meio, a qualquer mulher e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais.(CUNHA, 2007, p.24)

O artigo 5º da Lei nº 11.340/2006 estabeleceu:

Violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

I- No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

II- Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Percebe-se que a Lei Maria da Penha tem como objetivo proteger toda mulher e oportunizar a esta um viver sem violência, com preservação de sua saúde mental, física e patrimonial, assegurando os seus direitos e garantias fundamentais.

A Lei 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, foi resultado de tratados internacionais, firmados pelo Brasil, com o propósito de não apenas proteger a mulher, vítima de violência doméstica e familiar, mas também prevenir contra futuras agressões e punir os devidos agressores.

A lei surgiu com uma missão um tanto quanto complexa, pois representa uma audaciosa proposta de mudança cultural e jurídica a ser implantada no ordenamento jurídico brasileiro na busca pela erradicação da violência praticada contra as mulheres. No preâmbulo define o seu propósito de criar mecanismos jurídicos de combate à violência - no estudo foram discutidas as medidas protetivas; assim como, a criação de Juizados da Violência.

Quanto ao objetivo, a lei visa coibir a sensitiva e repetida prática de violência doméstica contra a mulher, fazendo com que a mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Como também trouxe punições mais severas aos agressores. Com o advento da Lei Maria da Penha, acresceu-se a qualificadora discriminada no art. 61, II, alínea “f” do Código Penal, mais uma hipótese gravame na ocorrência de delitos, assim, se o crime é cometido com violência contra a mulher na forma da lei em estudo, terá o acusado sua pena agravada. Segundo Capez:

O fundamento da exasperação da pena nestas circunstâncias consiste no fato de o agente transformar em agressão o que devia ser apoio e assistência. Como aquela atitude de solidariedade e auxílio era o que devia ser nessas situações, o agente viola a confiança natural e, que se encontra a vítima, o que lhe diminui a defesa, facilitando a execução da ação criminosa e favorecendo a segurança do autor” (CAPEZ, 2011, p. 488).

A Lei Maria da Penha, quando criada, não visou apenas a punição do agressor, mas antes de tudo, principalmente a proteção da mulher agredida. Por essa razão esta lei impõe algumas medidas que visam impedir a ocorrência de outras agressões contra a vítima, garantindo assim sua integridade física, psíquica, patrimonial e moral, estas são as medidas protetivas chamadas de urgência trazem obrigações ao ofensor.

2.1 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Na Lei 11.340/06, estão elencados um vasto rol de medidas a serem tomadas pelos agentes responsáveis pela proteção e pelo julgamento dos atos envolvendo a violência doméstica e familiar, com o intuito de assegurar às vítimas o direito de uma vida sem violência. Dias (2007, p. 85), salienta ainda que "são previstas medidas inéditas, que são positivas e mereceriam, inclusive, extensão ao processo penal comum, cuja vítima não fosse somente a mulher, o que de fato ocorreu com as modificações das medidas cautelares do Art. 319 do CPP, com base na Lei 12.403/2011".

É notório que o papel de conter o agressor e garantir a sua integridade física, psíquica, moral, como também a segurança patrimonial da vítima da violência doméstica e familiar está a cargo da polícia, do juiz e do Ministério Público, devendo estes atuarem de modo imediato e eficiente.

A vítima poderá pedir as providências necessárias à justiça, a fim de garantir a sua proteção por meio da autoridade policial, e o delegado de polícia deverá encaminhar, no prazo de 48 horas, o expediente referente ao pedido, juntamente com os documentos necessários à prova, para que este seja conhecido e decidido pelo juiz.

De acordo com a Lei 11.340/06, estão elencadas em seus artigos 22, 23 e 24, as medidas protetivas de urgência:

O inciso I do artigo 22, aborda a prática da violência por quem tem porte de arma, devendo esta ser imediatamente suspensa ou restrita da posse do agressor, quando determinado pelo juiz, devendo ser comunicado o ato de restrição/suspensão ao órgão competente. Assim, por exemplo, sendo o agressor policial, diante da violência praticada contra a mulher no ambiente doméstico ou afetivo, o juiz poderá determinar a suspensão da posse ou restrição do porte da arma, devendo ser analisado cada caso concreto (DIAS, 2007, p. 82).

O agressor poderá ser afastado do ambiente familiar do qual mantinha a convivência com a ofendida, a fim de resguardar a vida desta e de seus familiares. Esta é a previsão do inciso II, do artigo 22, da Lei 11.340 de 2006. Isso ocorre para que a vítima não tenha que se preocupar em conseguir outro lugar para morar, uma vez que a convivência com seu marido, por exemplo, está impossível por causa das agressões sofridas.

Também, o inciso III proíbe algumas condutas, as quais irão dificultar uma próxima ameaça ou agressão. Prevê que o magistrado poderá proibir o agressor de se aproximar até determinada distância ou de manter contato com a vítima, seus familiares e testemunhas, para

que não haja coação ou mais agressões. Também, poderá restringir que o agressor frequente determinados lugares, a fim de resguardar ainda mais a integridade física e psicológica da ofendida (artigo 22, III, da Lei 11.340 de 2006).

Percebendo o juiz haver necessidade, poderá restringir ou suspender temporariamente a visita do agressor a seus dependentes, devendo, conforme prevê o inciso IV do artigo 22, ser ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar. Isso ocorre para que o agressor não estenda a violência, (seja moral, psicológica, física, material ou sexual) a seus dependentes menores (artigo 22, IV, da Lei 11.340/06). Porto (2007, p. 86) salienta que só será possível o afastamento do lar se houver alguma notícia da prática ou risco concreto de algum crime que certamente irá justificar o afastamento, não apenas como mero capricho da vítima, pois se sabe que muitas vezes o afastamento do varão extrapolará os prejuízos à sua pessoa. Tal medida pode ser considerada violenta, por privar os filhos do contato e do convívio com o pai.

Por fim, outra medida que pode ser aplicada ao agressor é a prestação de alimentos provisórios ou provisionais, conforme determina o inciso V, do artigo 22. Isso para que a ofendida não fique desamparada financeiramente (artigo 22, V, da Lei 11.340/06).

Cabe ainda salientar que, de acordo com Porto (2007, p.87), quando não for mais possível o flagrante, devido à evasão do local dos fatos por parte do agressor, a apreensão das armas também é permitida à autoridade policial, sendo necessária a prévia autorização da vítima para a busca na casa, sendo que não há nenhuma ilegalidade no ato policial. O doutrinador destaca o velho ditado popular: “é melhor prevenir do que remediar”.

O legislador estabelece, nos artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha, medidas determináveis pelo juiz, destinadas à proteção da ofendida e de seus bens particulares ou do patrimônio do casal.

No artigo 23, o inciso I, o encaminhamento da vítima e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, estará condicionado à existência de projetos, mesmo não sendo específicos ao tipo de violência a ser combatida no caso em tela. (PORTO, 2007, p.88).

A recondução da ofendida ao respectivo domicílio, após o afastamento do agressor ocorre quando necessária. Pressupõe o acompanhamento por oficial de justiça e a utilização de força policial, a fim de coibir novas investidas violentas do acusado. Carece de conjunto probatório, o qual poderá conter parecer técnico de equipe multidisciplinar ou laudo de especialista, para contribuir com o convencimento do julgador. (PORTO, 2007, p.89).

Ao magistrado delega-se a possibilidade de autorizar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo de direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos. Será descabida, em virtude do exposto, a acusação de abandono do lar, uma vez que assim sucedera por razões de segurança. (PORTO, 2007, p.90).

Ao Juizado, competirá a determinação da separação de corpos (casados) ou medida cautelar inominada (união estável), diante das situações de risco previstas em Lei. Enquanto não instalado, tal competência será delegada à Vara Criminal. (CUNHA, 2007, p.121).

A Lei Maria da Penha também prevê, em seu artigo 24, a concessão de medidas protetivas na esfera patrimonial.

O artigo 24 em seu inciso I estabelece a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor. Menciona o inciso II do referido artigo, onde é permitido ao juiz determinar a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e de locação de qualquer propriedade, a não ser que o próprio juiz permita que o agressor o faça, sendo conveniente que a vítima arrole os bens que deverão ser protegidos.

No entendimento de Dias (2007, p. 101), a hipótese do inciso III do artigo 24 da Lei Maria da Penha é uma das mais providenciais, pois permite ao Juiz suspender procurações outorgadas pela vítima ao agressor, no prazo de 48 horas após a denúncia.

Porto (2007, p. 98) foi feliz em afirmar que a procuração depende da fidúcia entre as partes, e que, quando esta confiança é quebrada, de acordo com o artigo 682, I, do Código Civil Brasileiro, o mandante poderá revogar o mandato, sendo necessária a divulgação do ato para evitar danos a terceiros de boa-fé.

Por fim, a medida acautelatória prevista no inciso IV do referido artigo garante a satisfação de um direito que venha a ser reconhecido em demanda judicial a ser proposta pela vítima, determinando o depósito judicial de bens e valores. Essas medidas podem ser formuladas perante a autoridade policial, uma vez que são meramente extrapenais (DIAS, 2007, p.99).

Como podemos ver, as medidas protetivas de urgência foram criadas para coibir e cessar a violência doméstica, em virtude disso, foi disposto em lei que havendo o descumprimento de qualquer das medidas já citadas, acarretará uma nova ação penal contra o agressor, conforme a Lei 13.614/2018, que dispõe sobre o crime de desobediência a medidas protetivas, que, ao contrário do que muitos pensam, esse é o primeiro e único crime tipificado na Lei Maria da Penha.

2.2 A LEI 13.641/2018 E O NOVO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE MEDIDAS PROTETIVAS

A Lei 13.641, de 3 de abril de 2018, alterando a Lei Maria da Penha para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, assim dispõe:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Logo de início, pode se dizer que a Lei 13.641/2018 interrompeu o ciclo de uma jurisprudência que se desenvolvia no sentido da atipicidade do descumprimento da medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha. Para essa corrente, até então formada, o inadimplemento da medida protetiva de urgência deveria gerar como consequência a imposição de multa e a prisão preventiva do agressor.

Com a edição da mesma, está encerrada qualquer discussão acadêmica ou jurisprudencial: o descumprimento da medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha configura o crime do artigo 24-A.

O núcleo do tipo penal, ou seja, o verbo que descreve a conduta proibida pela lei penal é “descumprir”, o que denota que somente admitido o dolo, a vontade livre e consciente para a caracterização do delito, visando o agente ao abalo à integridade física e psicológica da ofendida.

A Lei 13.641/2018, prevê uma pena muito branda para o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência (três meses de detenção), vale salientar que o crime de desobediência previsto no CP ainda tem pena cominada inferior, o que não deixa de ser um ponto positivo da lei.

Um ponto muito positivo da lei em comento, foi o de consagrar definitivamente a possibilidade do deferimento de medidas protetivas de urgência pelo juízo com competência cível, notadamente o de família e infância e juventude. Vejamos:

Art. 24-A. (...)

§1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

A Lei 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima de violência, em seu artigo 6º, prevê que o menor tem direito a pleitear na

Vara da Infância, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência, com aplicação à luz da Lei Maria da Penha (parágrafo único).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também já caminhava nesse sentido da possibilidade do deferimento de medidas protetivas de urgência pelo juízo com competência cível:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA).

INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. 'O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas' (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1.419.421/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014)".²

Nos termos da nova lei, descumprida a medida protetiva de urgência deferida pelo juízo cível, o caso será de prisão em flagrante do agressor, com o seu encaminhamento à autoridade policial para lavratura do auto.

A fiança poderá ser arbitrada pelo delegado de polícia nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, como autoriza o artigo 322 do Código de Processo Penal. Mas, somente poderá ser concedida pelo juiz no crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (artigo 24-A, parágrafo 2º, da Lei 13.641/2018).

O artigo 24-A, parágrafo 2º, da Lei 13.641/2018 prevê que a imputação do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. Autorizando dizer que o agressor, mesmo autuado em flagrante por esse delito, poderá, de outro lado, ver sua prisão preventiva decretada nos autos da violência doméstica anteriormente praticada.

Em relação à possibilidade de decretação de prisão preventiva, prevista na referida lei, especial atenção merece ser destinada, vez que o tema gera polêmicas e discussões a

² Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1419421 GO 2013/0355585-8 - Inteiro Teor; Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044002/recurso-especial-resp-1419421-go-2013-0355585-8-stj/inteiro-teor-25044003>

respeito da legalidade desta prisão e inclusive de sua constitucionalidade, como será adiante explanado.

3. PRISÃO PREVENTIVA

Conforme lição de Capez (2017, p.307), "prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito". A prisão é um "castigo" imposto pelo Estado ao condenado pela prática de infração penal, para que este possa se reabilitar visando restabelecer a ordem jurídica violada. O direito divide a prisão em diferentes espécies, entre elas estão a definida como Prisão-pena que é a imposta depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não tem natureza acautelatória, já que visa à satisfação da pretensão executória do Estado. A mesma gera a prisão definitiva quando não é possível recurso e a decisão se consolida. Encontra-se disciplinada no Código Penal e Lei de Execuções Penais.

Outra espécie é a definida como prisão provisória, esta tem natureza processual, e assegura o bom andamento da investigação e do processo penal, evitando, ainda, que o réu volte a cometer crimes, se solto. Nela estão incluídas a prisão em flagrante; a prisão preventiva e a prisão temporária.

A prisão em flagrante vai muito além da "voz de prisão". Trata-se de forma de cerceamento momentâneo da liberdade de quem é encontrado praticando um crime (por isso, se chama "prisão"). O seu objetivo, dentre outros, é evitar a consumação ou o exaurimento do crime, a fuga do possível culpado, garantir a colheita de elementos informativos e assegurar a integridade física do autor do crime e da vítima.

A prisão temporária: tem como objetivo assegurar o êxito da investigação policial, na hipótese em que a liberdade do investigado possa colocá-la em risco. Também é admissível quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Como é modalidade de prisão voltada à investigação policial, não é possível a sua decretação durante a ação penal.

A prisão preventiva é a espécie de prisão provisória mais utilizada no Brasil, tendo a função de proteger o processo enquanto durarem seus fundamentos. A sua incidência torna-se possível da data do fato potencialmente criminoso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Trata-se de uma modalidade de medida cautelar pessoal complexa que é acionada com o preenchimento de requisitos de prova da existência do crime, indício suficiente de

autoria, e de fundamentos que são a garantia da ordem pública, garantia de ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. A previsão legal desta espécie de prisão processual está no Título IX, Capítulo III do Código de Processo Penal.

Com advento das Constituições Brasileiras houve algumas mudanças com o passar dos anos, a primeira Constituição Republicana, em 1831, a ideia de encarceramento cautelar preventivo se ratificou inconstitucional. Todavia a Constituição de 1934 proporcionou a criação de um Código de Processo Penal, que regeria acerca da matéria, portanto em 1941, com a criação desse Código, inseriu-se no cenário processual brasileiro essa medida de custódia, denominada prisão preventiva.

A prisão preventiva está dentro do contexto da prisão processual, provisória ou cautelar, sendo aquela que ocorre antes do trânsito em julgado, sempre que houver necessidade e adequação na sua decretação que nada tem a ver com o juízo de culpa do investigado ou réu, não encerrando, pois, exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII da CF/88, *in verbis*: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Daí podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia), sendo este, fruto da evolução civilizatória, o que nos leva a crer que, se o processo penal é termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles.

Lopes Jr. (2011, p. 159) irá nos ensinar que a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente, atuando em duas dimensões: interna e externa ao processo. Na dimensão interna, coloca o autor que, a presunção de inocência é um dever de tratamento imposto, primeiramente, ao juiz, incumbindo que o dever de provar seja inteiramente do acusador, pois o réu é inocente, não devendo este provar nada e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; implicando, ainda, severas restrições ao uso ou abuso da prisão cautelar.

De tal sorte, a prisão preventiva é a modalidade de prisão cautelar decretada pelo juiz de ofício (no curso da ação penal), ou a requerimento ou representação a qualquer tempo, nos termos do artigo 311 do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a

requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Logo, o juiz não pode decretar prisão preventiva de ofício na fase de inquérito policial, pois o requerimento ou representação é condição de procedibilidade.

De mais a mais, deve-se atentar ao que prescreve o artigo 282 do Código de Processo Penal, atinente aos requisitos básicos à fixação de qualquer medida cautelar. Vejamos:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

Desse modo, deve o juiz atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando entre a gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como a situação pessoal do imputado, em consonância com as diversas medidas cautelares, assim, deverá optar por aquela que melhor acautele a situação, reservando a prisão preventiva, sempre, para situações extremas.

Nesse sentido, Badaró (2007, p. 215) sintetiza que deverá haver uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada. Dessa forma, o juiz também deverá verificar a probabilidade de que ao final tenha que executar uma pena privativa de liberdade. Se a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada de caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória fosse mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar.

O segundo subprincípio trata da necessidade. Entende-se que a medida não deve exceder o imprescritível para a realização do resultado que almeja.

O terceiro subprincípio trata da proporcionalidade em sentido estrito, cabendo ao juiz fazer a lógica da ponderação, de um lado, o imenso custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e do outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes. Considera-se adequado aquilo que se encaixa perfeitamente à situação jurídica posta, devendo-se levar em conta a eficácia da medida. A medida deve ser proporcional a fim de se evitar o sofrimento desnecessário do acusado, mas também atingir sua finalidade de cautela.

De tal sorte, para a aplicação da prisão cautelar, requer-se: *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) + *periculum libertatis*. O *fumus commissi delicti* consiste na prova da ocorrência do crime somada aos indícios de autoria (*justa causa*). Logo, a prisão cautelar poderá ser decretada quando além da prova da existência do crime e dos indícios de autoria, houver necessidade e adequação, binômio este que revela o *periculum libertatis*.

Ainda quanto à necessidade, o artigo 312 do Código de Processo Penal fixa que a prisão preventiva poderá ser decretada, desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, como: garantia da ordem pública, da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal;

Além disso, a admissibilidade da prisão preventiva, nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal, deve observar as seguintes hipóteses alternativas: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa; ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Assim, dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O caput do artigo 313 nos apresenta os requisitos para que seja decretada a prisão preventiva, bem como, os limites de sua incidência, para tanto, devem estar presentes os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, isto é, materialidade e indícios de autoria, aliados à garantia da ordem pública, econômica, de aplicação da lei penal ou à da instrução criminal.

Verifica-se que nas hipóteses dos incisos I, II e III, a prisão preventiva é cabível apenas em relação a crimes dolosos. De fato, tanto o inciso I quanto o II, fazem menção expressa a prática de crimes dolosos, porém, quanto ao inciso III, pode-se pensar, à primeira vista, seria cabível tanto em relação a crimes dolosos quanto culposos, já que o referido inciso não estabelece qualquer distinção, referindo-se apenas a pratica de um crime.

Todavia, uma leitura mais atenta nos instiga a raciocinar que se o inc. III do art. 313 pressupõe a pratica envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher e afins, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência que o agente voluntariamente deixou de cumprir, é evidente que o referido crime só poderia ter sido praticado com dolo. Afinal, fica evidenciada a consciência e a vontade do agente de atingir tanto a vítima, como a de violar as medidas protetivas impostas, o que não resta caracterizado nas hipóteses de crimes culposos.

Já na hipótese do parágrafo único, a Lei nada disse em relação à natureza do crime. Portanto, a prisão preventiva poderá ser decretada quando for necessária para dirimir qualquer dúvida em relação à identidade civil da pessoa, ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, dessa forma, conclui-se que a prisão poderá ser decretada tanto em relação a crimes dolosos como culposos, pouco importando o quantum de pena cominado ao delito. (PRADO, 2005, p.265).

Por fim, ressalta-se que, na hipótese de admissibilidade da decretação da prisão preventiva, devido não preenchidos os requisitos do art. 313 do CPP, nada impede a decretação de medida cautelar diversa da prisão, desde que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente, conforme dispõe o art. 283, § 1º, do CPP.

Atenhamos-nos a prisão preventiva, e a possibilidade de ser decretada de ofício pelo juiz, ainda na fase inquisitorial, nos ditames do artigo 20 da Lei Maria da Penha. A decretação de ofício segue o caminho inverso aos ditames constitucionais, e contra o sistema processual penal acusatório, onde a polícia investiga, o Ministério Público acusa, o acusado se defende e, por fim, o juiz julga de acordo com as provas colhidas durante a instrução, conforme veremos, antes faremos algumas considerações sobre inconstitucionalidade.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE

O termo "constitucional" não é unívoco e, pois, deve-se distinguir-lhes os sentidos. "Constitucional" pode significar os valores essenciais que dão unidade à sociedade. São

aqueles encontrados na Constituição, que serão chamados constitutivos, para evitar a ambiguidade; a qualidade que outro valor tem de ser conforme a valores constitutivos.

Para Silva (2016, p. 48), a respeito da inconstitucionalidade, fala-nos sobre "conformidade com os ditames constitucionais", a qual "não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição", mas ainda com o não "omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina", Canotilho, sob a ótica do parâmetro constitucional, lembra o conceito clássico, aliás, como se viu, repetido por todos: "inconstitucional é toda lei que viola os preceitos constitucionais" (CANOTILHO, 2000, p. 878), e a omissão inconstitucional esse autor vai tratá-la à parte, então definindo-a "principalmente, mas não exclusivamente, como omissão legislativa inconstitucional, o não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas".(CANOTILHO, 2000, p. 879).

A inconstitucionalidade ou a constitucionalidade são aferidas sempre entre dois termos, a norma ou a ausência dela (omissão) – valoração atualizada – e a Constituição, isto é, um valor constitutivo. São, portanto, antes de mais nada uma relação, aquela contrária, esta coincidente, entre valores inseridos no mundo jurídico.

Em segundo lugar, o conceito atual de inconstitucionalidade costuma considerar isoladamente a existência de uma norma ou de uma omissão do legislador, utilizando-se, portanto, de elementos contingenciais, que podem ou não estar presentes. Se ela acontece em duas situações diferentes, é preciso que se busque a nota distintiva de uma e de outra, a fim de ser construído o conceito de inconstitucionalidade. Deve haver algo na norma e na omissão que as igualem. Algo que faz com que ambas possam ser consideradas em face da Constituição. Falar em ato positivo e ato negativo do legislador seria apenas dar nomes diferentes às mesmas coisas, norma e omissão.

O conceito de inconstitucionalidade, na dogmática, ensejará a garantia da Constituição. Firme-se, pelo até agora exposto, esta noção de inconstitucionalidade: é a relação contrária entre um valor atualizado e um valor constitutivo; a constitucionalidade, o inverso.

Para o Direito, de cujo vocabulário técnico decorre a palavra "inconstitucionalidade", a noção deve ser mais restrita. Ao termo "Constituição" devem ser acrescidos aqueles predicados a ele atribuídos pelo Direito Constitucional, isto é, o conjunto de normas jurídicas que presidem o ordenamento jurídico de um Estado moderno; por "valor atualizado" deve-se entender aquele eleito pela autoridade ou órgão competente para produzir normas (legislador).

É comum pensar-se na inconstitucionalidade como garantia da Constituição. Mas a inconstitucionalidade é algo que contraria a Constituição, e há um processo de controle, no intuito de manter essa garantia. O controle de constitucionalidade deve ser compreendido a partir de sua finalidade, sem a qual, aliás, o Direito não faz sentido. "Um fim outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de sua conduta", diz Reale (1990, p. 544).

O motivo do controle de constitucionalidade é a manutenção da unidade do ordenamento jurídico, impedindo a subversão dos valores hierarquizados na Constituição; em consequência, é a manutenção dos valores que presidem a sociedade, pela exclusão de escolhas feitas contra os princípios comuns. Controle é defesa da Constituição, observando seus valores, para afastar os que lhe são impróprios.

O controle de constitucionalidade pretende que a ordem de valores máximos do grupo social – a Constituição – não seja alterada ilegitimamente. Contribui, dessa maneira, para que a ordem geral de valores prevaleça sobre as valorações individuais ou setoriais, as quais só hão de influir naquela ordem geral de valores na forma como ela própria tiver estabelecido, o que se traduz na legitimidade do processo político e na segurança jurídica.

Assim, é pelo grau de realização de sua finalidade que se pode avaliar a excelência do controle de constitucionalidade. Será ele tão melhor quanto mais impedir a atualização de valores contrários à Constituição.

Fez-se necessário essas considerações, pois identificamos no teor do artigo 20 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), um problema, especificamente quanto à possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio* por parte do magistrado ainda na fase policial, por ofensa ao sistema acusatório e imparcialidade do Poder Judiciário, e com isso adentraremos em polêmica questão doutrinária sobre eventual inconstitucionalidade desse texto legal.

5. DISCUSSÃO SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE OFÍCIO, PELO JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 20 DA LEI 11.340/06.

Primordialmente, antes de adentrarmos na celeuma referente à decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar, importante consignar que a Lei 11.340/06 foi fruto de estudos e questões de Política Criminal.

Importante frisar que a Política Criminal, o Direito Penal e a Criminologia constituem ramos autônomos das ciências penais. Em síntese, a Política Criminal é a ciência na qual desenvolve necessárias estratégias de combate ao crime através de estudos, ao passo que, o

Direito Penal e o Direito Processual Penal consagram instrumentos e normas jurídicas aptas à efetivação das estratégias da Política Criminal.

Não obstante a autonomia das referidas ciências penais, cabe asseverar que tais institutos devem obediência à Constituição Federal, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico, sob pena de vício de inconstitucionalidade.

Como forma de suprimir eventual resquício ditatorial, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema processual penal acusatório, ao passo que separou as funções de julgamento e acusação à órgãos distintos.

Em síntese, para assegurar a imparcialidade do Poder Judiciário, o sistema acusatório exige o afastamento do magistrado das funções de investigação, cabendo tais funções ao Ministério Público e Polícia Judiciária, bem como o exame quanto à necessidade de custódia cautelar para a proteção da persecução penal.

Ocorre que, ainda que fundamentada sob critérios de Política Criminal, a Lei Maria da Penha trouxe no bojo de seu artigo 20, a possibilidade de prisão preventiva decretada de ofício pelo magistrado em fase inquisitorial. Vale transcrever o artigo supracitado com destaque ao trecho ora objeto de estudo do presente artigo, *in verbis*:

Art. 20. 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.

Defendendo a validade do referido artigo Nucci (2007, p.105) aduz que “por restar certa influência inquisitorial no Código de Processo Penal, nosso sistema acusatório seria híbrido, inquisitivo garantista ou misto, referindo-se à antiga redação do artigo 311 do citado Código”.

Nesse mesmo sentido, a principal justificativa para entender que o art. 20 não sofreu qualquer alteração baseia-se no fato de ser, a Lei Maria da Penha, norma especial, e, por conta disso, é ela que deve prevalecer sobre a regra geral (do CPP). É nesse sentido o posicionamento de Rui Porto (2012, pag. 79) e de Andrey Borges de Mendonça (2016, pag. 452).

Nos filiamos ao entendimento diametralmente oposto, no qual entende pela inconstitucionalidade de parte do artigo 20 da Lei Maria da Penha. Para esta corrente, ainda que o legislador, na melhor das intenções, tenha se valido de Política Criminal quando da elaboração da Lei Maria da Penha, ainda assim os ditames contidos na lei deverão coadunarse com a Constituição Federal.

Nesse sentido, vale destacar as sábias palavras de Hassemer (2008, p.11), quando aduz que “a defesa de exigências injustificadas ao Direito Penal por parte da Política Criminal começa com uma análise precisa da capacidade do sistema jurídico-penal”. Vale salientar que, a luz de um Estado Social e Democrático de Direito, e de uma Constituição Federal pautada na observância e positivação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, há um claro dever por parte do poder público em assegurá-los, dessa forma, respeitando a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, não se admite um modelo de persecução penal lastreado, ainda, nas raízes de um sistema inquisitorial.

O entendimento equivocado de parte da doutrina e da jurisprudência de que o artigo 20 da Lei nº 11.340/06 estaria respaldado com base na redação pretérita do artigo 311 do Código de Processo Penal³ não encontra mais guarida em razão da nova Lei nº 12.403/11, no qual alterou a redação do artigo 311 do CPP, vedando a decretação da prisão preventiva *ex officio* pelo juiz no curso da fase inquisitorial.

Vale transcrever a redação do artigo 311 do Código de Processo Penal após a alteração levada a efeito pela Lei nº 12.403/11, *in verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Frente ao referido artigo e a nova redação do artigo 311 do CPP, percebe-se que a Lei Maria da Penha não recepcionou a nova redação trazida pela Lei 12.403/11, uma vez que, o artigo 20 da mencionada Lei, prevê exatamente o contrário, permitindo que o juiz decrete a preventiva em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. Ao confrontarmos os dois dispositivos, percebemos que o artigo 20 da Lei Maria da Penha, por ser bem mais recente, acabou recepcionando o antigo texto trazido pelo artigo 311 do CPP, que hoje, com nova redação, acabou por trazer este impasse na doutrina e na jurisprudência.

Clarividente que tratou-se de notória confirmação do sistema acusatório contido na Constituição Federal, o que por conseguinte, inviabilizou a decretação da prisão preventiva *ex officio* pelo Juiz durante a fase policial nos casos tratados pela Lei nº 11.340/06.

Em síntese, com a devida vênia àqueles que se posicionam favoravelmente à constitucionalidade do artigo 20 da Lei 11.340/06, somos adeptos ao entendimento no qual o

³ A redação do artigo 311 do Código de Processo Penal foi dada pela Lei 5.349/67, no qual previa a prisão preventiva decretada pelo juiz de ofício no curso da investigação policial, na visão de parcela da doutrina, não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, diante de patente violação ao sistema acusatório.

referido artigo resta eivado de inconstitucionalidade em razão de manifesta violação ao sistema acusatório aderido pela Constituição Federal.

Considerando os legítimos fundamentos de Política Criminal para a elaboração da Lei Maria da Penha, vale repetir: os instrumentos de Política Criminal deverão estar sempre alinhados com o sistema jurídico-penal vigente, o que de fato não é o caso do artigo 20 da Lei 11.340/06.

É perceptível no artigo 20 da Lei Maria da Penha uma violação ao sistema acusatório, onde o magistrado age com total imparcialidade, deixando de lado o caráter equidistante, bem como as garantias intrínsecas ao indivíduo, de forma a abandonar os princípios norteadores do processo penal, os quais já foram citados em outro momento. Sendo assim, acreditamos que a Lei Maria da Penha foi revogada pela nova redação do art.311 do CPP, sendo ilegal a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado.

5.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Quando se refere à Sistema Processual Penal, há a divisão clássica em inquisitorial, acusatória e mista.

O sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que ficarão a cargo de pessoas distintas. A base do sistema acusatório inclui a rigorosa observância das garantias constitucionais do acusado, pois o réu é sujeito de direitos. Chama-se acusatório porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, assegurando ao acusado o contraditório e a ampla defesa, num procedimento (processo) público e oral. Nesse sistema se presume a inocência do réu e por esse fato, responde a acusação em liberdade. É típico de regimes democráticos, pois há paridade de armas, segundo o princípio da isonomia, havendo um órgão julgador imparcial, e partes em igualdade de condições, uma acusatória e outra na linha defensiva, na produção de provas dentre outros direitos.

O sistema inquisitivo, contempla um processo judicial em que podem estar reunidas na pessoa do juiz as funções de acusar, defender e julgar, típico dos sistemas ditatoriais. Não há obrigatoriedade de que haja acusação por um órgão público distinto, ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio, inclusive* na produção de provas. Esse sistema dá margem a excessos processuais, pois ao réu não são garantidos direitos processuais (ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc.), exatamente por isso, em regra, o processo tem caráter sigiloso. O sujeito “réu” é objeto processual, destituído

de direitos. Presume-se ao réu a presunção de culpabilidade, podendo, ao longo do processo, responder com o seu direito de locomoção restringido.

O fator essencial para distinguir o sistema acusatório do inquisitório é o equilíbrio e divisão de poderes no processo (órgão acusador não coincide com o julgador).

Já o sistema misto é modelo intermediário entre os dois sistemas anteriormente mencionados, pois há observância de garantias constitucionais (presunção de inocência, ampla defesa, contraditório), mas mantém alguns resquícios do sistema inquisitivo, como a faculdade de o juiz na iniciativa probatória (*ex officio*).

Grande parte da doutrina considera que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como sistema processual penal, o acusatório, mas de forma implícita quando ela separa as funções de acusar e julgar, ex: art. 102, I, que diz que cabe ao STF “processar e julgar”. De modo semelhante os artigos 105, I; 108, I; 109, “caput”; 114, “caput”; 124, “caput”, respectivamente relativos ao STJ, TRF, juízes federais, justiça do trabalho, justiça militar, etc, todos da CF/88.

Relativo ao Ministério Público, a Constituição Federal de 1988 confere expressamente a função privativa de acusação (art. 129, I), ou seja, cabe ao MP a função precípua de promover a ação penal pública. Importante, ainda, destacar as garantias processuais positivadas na Constituição, são elas: isonomia processual (art. 5º, I), devido processo legal (art. 5º, XXXVII e LIII), contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LIV) e presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Essa corrente parte do pressuposto básico de que a Constituição fez sua escolha, mas de forma implícita, quando separa as funções de julgar e acusar, além de estabelecer expressamente as garantias processuais típicas de um sistema acusatório.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou, no sentido acusatorial do sistema processual penal brasileiro, no HC 84580 SP⁴, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em julgado de 25.08.2009, em relação à obrigatoriedade de o Ministério Público apresentar denúncia apta:

O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro [...] repudia as imputações criminais

⁴Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS : HC 84580 SP - Inteiro Teor <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5417693/habeas-corporus-hc-84580-sp/inteiro-teor-101870519?ref=juris-tabs> . Acesso em: 28nov18.

genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA.

[...]

- Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.

Há que se salientar que para o STF considerar o sistema acusatório como sendo o sistema adotado pelo ordenamento pátrio, exigiu que essa conclusão somente pode ser feita se outras características acusatorias forem mencionadas, como o respeito ao devido processo legal e seus subprincípios do contraditório e ampla defesa, juiz natural e imparcial, presunção de inocência, etc, e não somente se considerar como marco divisório entre os sistemas inquisitório e o acusatório a característica isolada da titularidade das funções de acusar e julgar numa mesma pessoa ou órgão (inquisitório), ou em pessoas ou órgãos distintos (acusatório).

O surgimento moderno do Estado de Direito fez enterrar de vez o modelo inquisitório, visto que restou, segundo Lopes Jr. (2016, p.158), “desacreditado — principalmente — por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

Na atualidade, o sistema acusatório é aquele pelo qual o modelo de persecução se faz mediante total respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado e do acusado, em processo público e transparente, com um juiz devidamente investido em suas funções (princípio do juiz natural) e afastado da produção da prova, cuja atribuição da carga é do órgão acusador. Assegura-se, no sistema acusatório, a paridade de armas e o juiz é o verdadeiro guardião constitucional do respeito aos direitos fundamentais. Ferrajoli (2014, p. 521) diz que:

pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.

Destaca-se que, no modelo acusatório, o juiz deve ser apenas o receptor da prova produzida para que não se contamine com a sua coleta direta, tal como se dava no método inquisitório. Lopes Jr. (2016, p. 165) relembra:

Como explica J.Goldschmidt, no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material aqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes. O procedimento penal se converte

desse modo em um litígio, e o exame processado não tem outro significado que o de outorgar audiência.

No sistema acusatório, o juiz deixa de se juntar à acusação e exercer seu verdadeiro papel de julgador, preservando-se de forma equidistante das partes, descomprometido com a coleta de provas, cuja carga recai sobre o órgão acusador criado para essa finalidade. A atividade do juiz é marcadamente imparcial.

A função do julgador no sistema acusatório, como guardião dos direitos fundamentais, é primordial não apenas para deixar de produzir provas para o órgão acusador, mas, também e principalmente, para assegurar a todo tempo a paridade de armas. Por isso que, dessa análise histórica antes vista, o sistema acusatório consolidou-se nos Estados Democráticos de Direito por respeitar globalmente os direitos humanos e, uma vez internalizados, os direitos e garantias fundamentais e as liberdades públicas.

5.2 O JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO

A importância de tratar do tema acima destacado repousa na necessidade de, a partir da compreensão inicial das diretrizes básicas dos sistemas de investigação, especialmente o inquisitório e o acusatório, possa a figura do juiz criminal ser compatibilizada com o “devido processo penal” do país. Nas palavras de Tucci (2009, p. 61):

Assim concebido, especifica-se o devido processo penal nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; h) da legalidade da execução penal

Em nossa ordem jurídica, o sistema adotado é o acusatório pelo que a atuação do juiz criminal deve estar afeiçoada a esse modelo, e não a características de índole autoritária, o que muitas vezes ocorre de maneira até inconsciente, fruto da cultura inquisitória, e por estar convencido que esse proceder se compatibilizaria com o anseio “utilitarista” da sociedade órfã.

O primeiro aspecto a estar atento é que a ação penal não é deflagrada de ofício pelo Estado-juiz, mas por órgão constitucionalmente criado para tanto, o Ministério Público, de modo que é preciso estar atento à natureza jurídica do processo. A ação penal é provocada pelo órgão acusador e este tem a atribuição pela carga probatória em juízo diante da aludida situação jurídica do processo.

É importante observar que o figurino consentâneo ao juiz do sistema acusatório deve estar imunizado de eventuais influências que lhe cercam em suas atividades cotidianas na verdade, deve o juiz ter “imparcialidade”, que significa, colocar entre parênteses as considerações subjetivas do julgador, e ter uma postura no processo que se compatibilize com essa característica.

A problemática da incompatibilidade do juiz do modelo acusatório com esse sistema se dá quando este profissional entende que sua atuação é mais conveniente para a sociedade ao se juntar ao órgão acusador na produção de provas, tal como ocorria, quando da atuação ativista do juiz inquisidor, essa era a lógica inquisitória.

Nessa acumulação indevida de funções (produtor de provas + julgador), seu convencimento estará contaminado: sua atuação futura, certamente, buscará ratificar suas hipóteses; o processo tornar-se um mero instrumento contemplativo, pois a culpa estará consolidada de antemão; tudo que praticar estará virtualmente direcionado para aquilo que irá decidir.

Por isso, o juiz do sistema acusatório deve cumprir o princípio, segundo o qual a gestão das provas recai sobre as partes, visto que é só na regência do “princípio inquisitivo” que se justifica um juiz que tenha responsabilidade pela gestão probatória. Vale dizer: no sistema acusatório, o juiz criminal não deve ser agente protagonista do processo penal na produção da prova.

É preciso entender que, com a Constituição de 1988, a República conferiu a atividade da investigação à Polícia Judiciária, e ao Ministério Público a titularidade, em regra, da ação penal, razão pela qual recai a atribuição exclusiva da carga probatória de determinado fato penalmente relevante. Não é o juiz, no devido processo penal, quem deve preocupar-se em perseguir a prova da acusação, acreditando, com essa ambição probatória, estar sendo eficiente quando assim o faz. O Ministério Público é parte exatamente “criada” no processo penal, para exercer a função ativa no processo penal e para afastar o juiz dessa função.

Quando o juiz se junta à acusação para produzir provas, desnivela a balança do processo e, por autoridade própria, deixa de ser o garantidor da paridade de armas, para ser o protagonista da violação dessa garantia. O juiz é o destinatário da prova e essa é a única postura que se espera de um magistrado quando se opera no sistema acusatório, expungindo-se da perigosa ambição pela busca da verdade. Salah H. Khaled Jr (2012, p.23), adverte:

Ao sistema acusatório convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos e, portanto, mais prudente do que sapiente, enquanto o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.”

No entanto, alguns entendem que o juiz pode ocupar o lugar do acusador, alguns encaram tudo isso com surpreendente naturalidade, o que não é por acaso: escondem sua predileção por estruturas processuais penais autoritárias.

Por isso, o juiz que produz provas ao lado do Ministério Público, sob a égide do modelo acusatório, consequentemente acusa e, infalivelmente, se contaminará para julgar por acumular funções que são manifestamente incompatíveis entre si (acusar e julgar). Se busca provas antes de julgar o processo, se valoriza as mesmas precocemente. Na observação de Prado (2006, p. 141):

O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar.

Desse modo, falar em segurança jurídica, dentro do Estado Democrático de Direito, é pensar o Processo Penal como ritual de persecução criminal que observa as regras do jogo, as quais são preestabelecidas, não aleatoriamente, mas pelo ordenamento jurídico; por isso, é o Estado quem deve ser o primeiro a cumpri-las. Nessa construção teórica, pode-se afirmar que, no sistema inquisitório, busca-se obter o resultado da investigação a qualquer custo, por qualquer meio, ao passo que, no sistema acusatório, privilegiam-se, sobretudo, as referidas regras.

Da nítida distinção entre os sistemas inquisitivo e acusatório transmuda-se, outrossim, o modo de encarar a verdade no processo penal, livrando-se de muitos equívocos decorrentes do terrível influxo da teoria geral do processo e da mencionada cultura inquisitória do processo. Com efeito, não se afigura mais apropriado dizer que o processo civil busca a “verdade formal”, ao passo que o processo penal persegue a “verdade real”, pois esta classificação, a rigor, está subsumida ao modelo inquisitório antes mencionado, que busca coletar a prova a qualquer custo e onde investigado é considerado objeto da prova, e não sujeito de direitos. O processo penal de modelo acusatório não busca uma verdade real, mas tem, tecnicamente, nível de cognição mais denso do que no processo civil, em termos de busca da verdade dos fatos trazidos ao mundo dos autos.

Sendo assim, não há como considerar constitucional a decretação de ofício da prisão preventiva pelo juiz, pois possui claramente um caráter inquisitório, contrário ao sistema processual vigente e a todos os princípios constitucionais norteadores dentro de um processo penal igualitário.

5.3 DA ILEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO

Como bem já fora dito, recordando-se apenas, a prisão preventiva pode ser decretada tanto no curso de uma investigação criminal, como do próprio processo, inclusive após sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, poderá ser decretada a prisão preventiva, com fundamento na garantia da aplicação da lei penal.

A prisão preventiva pode, então, ser decretada por um juiz ou tribunal, mediante representação da autoridade policial ou a partir de requerimento do Ministério Público, conforme disposto no artigo 311 do CPP.

Infelizmente, a nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011 não representou um avanço significativo, pois segue insistindo o legislador em permitir a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz - desde que no curso da ação penal -, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia da imparcialidade do juiz.

A decretação de ofício segue o caminho inverso aos ditames constitucionais, e contra o sistema processual penal acusatório, onde a polícia investiga, o Ministério Público acusa, o acusado se defende e, por fim, o juiz julga de acordo com as provas colhidas durante a instrução.

Ao permitir a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz, o Código de Processo Penal acaba por ferir e violar a Constituição Federal de 1988, negando assim, a teoria geral do direito e da divisão trifásica entre autor (Ministério Público), réu (acusado) e juiz (Estado), onde se encontra um dos mais importantes princípios constitucionais, o princípio da inércia, onde o juiz só poderá agir no processo caso seja provocado por uma das partes (autor ou réu).

Talvez o maior problema do ativismo judicial seja a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a posição de terceiro que ocupa o Estado no processo, por meio do juiz, atuando, assim, como órgão supraordenado às partes. Mais do que isso, exige-se do juiz uma posição de imparcialidade, ou seja, estar alheio aos interesses das partes na causa, isso não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor, que detém poderes investigatórios, ou, muito pior, quando ele mesmo assume a postura inquisitória, decretando de ofício a prisão preventiva. Portanto, ao decretar a prisão preventiva de ofício, o juiz acaba por assumir uma posição incompatível com aquela

exigida pelo sistema acusatório, e principalmente com aquela figura de afastamento, se resguardando para garantir a imparcialidade.

Deste modo, a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado deve ser vista como inconstitucional, conforme avulta a decisão proferida pelo TJRS, no HC nº 70016461592, que afirma que a segregação cautelar decretada de ofício fere frontalmente o sistema acusatório, sendo esta prática rejeitada pela Constituição Federal. Vejamos:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DE OFÍCIO.

1.O paciente, vereador licenciado para concorrer à candidatura de Deputado Estadual, foi condenado em primeiro grau, pelo delito de receptação. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, sendo, outrossim, concedido o direito de apelar em liberdade.

2.Após ter sido instado a explicar na tribuna sobre sua condenação, manifestou indignação, alegando ser inocente. Foi-lhe decretada a prisão preventiva, com fundamento na ordem pública.

3. Além de a segregação cautelar ter ferido frontalmente o sistema acusatório, pois a decretação foi de ofício, prática rejeitada pela Constituição de 1988, foi totalmente desnecessária, tendo em vista que os pronunciamentos no âmbito da Casa Legislativa, onde o paciente é vereador, criticando instituições, não ameaçam a ordem do Estado de Direito, cuja “artificial reason” transcende aos limites da urbe localizada.

4. Além de não haver ofensa à ordem pública, não houve demonstração de nenhuma outra situação que pudesse ensejar a decretação da custódia cautelar, tal como o risco de fuga, por exemplo. Tanto é verdade que respondeu ao processo em liberdade e lhe foi concedido o direito de apelar em liberdade. (HÁBEAS-CÓRPUS Nº 70016461592. 7ª CÂMARA CRIMINAL. ITAQUI. REL. DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI. 31-08-06).⁵

Eis as razões do Excelentíssimo Des. Nereu Giacomolli, no Habeas Corpus citado:

Após o advento da Constituição de 1988, a qual adotou o sistema acusatório, caracterizado, essencialmente, pela distinção entre as atividades de acusar e julgar; imparcialidade do juiz; contraditório e ampla defesa, motivação das decisões judiciais, livre convencimento motivado, entre tantas outras, totalmente descabida qualquer decretação *ex officio*. A acusação, nos termos do art. 129 do Constituição, está totalmente a cargo do Ministério Público, constituindo-se em ilegalidade a decretação de prisão de ofício.

Sendo assim, não há como considerar constitucional a decretação de ofício da prisão preventiva pelo juiz, pois possui claramente um caráter inquisitório, contrário ao sistema processual vigente e a todos os princípios constitucionais norteadores dentro de um processo penal igualitário.

A imparcialidade é princípio elementar da jurisdição, notadamente, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito. Logo, esta imparcialidade é uma garantia que se tem no processo penal, e da qual jamais se poderá abrir mão.

⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, HC nº 70016461592 Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19809574/habeas-corpus-hc-70016461592-rs>: acessado em 30/10/2018

Nesse ponto, merece ressalvas a atuação do Juiz, quando este age de ofício, sem ser provocado por uma das partes no processo penal. Ainda mais quando se está a tratar de prisão preventiva.

É sabido que a autoridade judicial poderia, de ofício, converter o flagrante em prisão preventiva, conforme art. 310, II, do CPP, assim como também poderia, de ofício, conceder liberdade provisória.

Todavia, a atuação de ofício do magistrado, notadamente ao decretar uma prisão preventiva, sem qualquer pedido ou parecer da acusação, titular da ação processual penal, o torna inegavelmente um juiz-inquisidor, rompendo com a exigência e crença na imparcialidade judicial. Se, de antemão, o próprio juiz decreta de ofício a prisão cautelar, o que se dirá da sentença ao final do processo.

E o art. 311, do CPP, estabelece que "em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público (...) ou por representação da autoridade policial". Então, eis a questão: a prisão preventiva, no curso da investigação, pode ser decretada de ofício pelo Juiz?

Ao que tudo indica a resposta somente pode ser negativa, ainda mais para aqueles que defendem um processo penal acusatório. Entretanto, não raras vezes, é possível se deparar com alguns absurdos.

Por esta razão é preciso louvar decisões como as que seguem, pois nos fazem acreditar que o processo penal tem de ser visto de acordo com os ditames trazidos pela Constituição. As normas processuais penais é que devem ser interpretadas à luz da Constituição.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, decidiu, nos autos do HC 12599/GO - 0012599-83.2012.4.01.0000, data de publicação 13/04/2012:

Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO.

1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas.
2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes.

3. A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial.⁶

No teor do voto, o relator Tourinho Neto (HC 12599/GO) ainda fez questão de fazer constar:

Pode o juiz decretar prisão preventiva de ofício? Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes. A decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz é rejeitada por parte da doutrina processualista brasileira, por ser uma característica do sistema inquisitório. *Ne procedat iudex ex officio.* (...) O art. 311 do CPP, com a nova redação ditada pela Lei 12.403, de 2011, impede que o juiz possa decretar prisão preventiva de ofício na fase policial. Pode na fase judicial. A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial.

Nessa linha, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF, em 2016, nos autos do *habeas corpus* nº 0035896-79.2016.8.07.0000 0035896-79.2016.8.07.0000, já alertava:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELO JUIZ DO NÚCLEO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO JUIZ A QUEM FOI DISTRIBUIDO O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com o art. 311, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, não pode o juiz decretar de ofício a prisão preventiva, antes de instaurada a ação penal.

2. Também não cabe ao juiz natural da causa, sem qualquer fato superveniente, revisar a decisão do magistrado do Núcleo de Audiência de Custódia, que concedeu ao paciente, preso em flagrante, a liberdade provisória mediante fiança.

3. Ordem concedida.⁷

No teor do voto condutor, em referido *habeas corpus*, relator Jesuino Rissato (, ainda restou ponderado que:

mesmo diante da ausência de requerimento, o julgador a quo decretou a segregação cautelar de ofício. Após o advento da Constituição de 1988, a qual adotou o sistema acusatório, caracterizado, essencialmente, pela distinção entre as atividades de acusar e julgar; imparcialidade do juiz; contraditório e ampla defesa, motivação das decisões judiciais; livre convencimento motivado, entre tantas outras, totalmente descabida qualquer decretação ex officio. A acusação, nos termos do

⁶ Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - HABEAS CORPUS: HC 0012599-83.2012.4.01.0000 GO 0012599-83.2012.4.01.0000; Disponível em <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21613030/habeas-corpus-hc-12599-go-0012599-8320124010000-trf1>

⁷ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF: 0035896-79.2016.8.07.0000 0035896-79.2016.8.07.0000; Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380308393/20160020336847-0035896-7920168070000>

art. 129 da Constituição, está totalmente a cargo do Ministério Público, constituindo-se em ilegalidade a decretação de prisão de ofício.

Espera-se que este seja o entendimento aconselhável dentro da lógica de um processo penal acusatório. Conclui-se, assim, pela importância em afirmar-se que, na atualidade nosso ordenamento jurídico segue o modelo acusatório no processo penal, de modo que cabe ao juiz criminal compreender suas nuances ao exercer a jurisdição nessa seara e manter postura, inclusive estética de imparcialidade, que se compatibilize com seus elementos fundantes, cujos alicerces repousam nos princípios da teoria do garantismo, uma vez que vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, onde a jurisdição penal deve ser trilhada livre do tão repudiado processo ofensivo.

6 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado pretendeu realizar um estudo tendo por objeto de análise, a Lei 11.340/2006, a fim de verificar a (in)constitucionalidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz, na fase de inquérito, no contexto do sistema acusatório de processo.

Observa-se que, conforme dispõe seu artigo 20, a Lei Maria da Penha inovou ao prever a decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo juiz, ainda na fase de inquérito. Todavia, tal previsão provoca grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, e revela-se, a nosso ver, inadequada conforme argumentos que se seguem.

Com a promulgação da Constituição Federal da República de 1988, o Brasil elegeu o sistema acusatório de processo penal; se o Estado brasileiro não fez esta escolha expressamente em seu texto constitucional, implicitamente sim. Podemos afirmar isso, quando observamos, por exemplo, a separação que há entre a função de acusar e julgar a ação penal, devendo este último constituir-se como sendo um órgão totalmente imparcial, no que diz respeito à aplicação da lei.

Não obstante, a Constituição Federal, em seu artigo 129, inc. I, delega ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, alçando o MP à condição de dominus litis, ou seja, de autor da ação, cabendo a este órgão o ônus de promover a acusação. Em sentido inverso – e proporcional – a defesa utiliza-se amplamente do contraditório, tendo como aliado a presunção de inocência do acusado, que encontra-se ao seu lado. Por outro lado, o juiz deve-se posicionar de forma imparcial aos polos da relação processual, cabendo a este a função de julgar a lide.

No sistema acusatório, o juiz não mais inicia de ofício a persecução penal, como outrora ocorria no sistema inquisitório. Sendo assim, observa-se que o poder do juiz é, de certa forma, restrito, devendo atuar quando provocado e julgar conforme o processo, zelando pelo princípio da inércia da jurisdição. Além da separação das funções, nossa Constituição assegurou os princípios da publicidade, ampla defesa, contraditório e livre convencimento motivado das decisões, sendo estes, os mesmos princípios que asseguram o sistema acusatório de processo penal, o que reforça a ideia de escolha desse tipo de sistema pelo legislador.

Nesse sentido, considera-se inadequada a atuação, de ofício, pelo juiz na fase de inquérito policial. Entender de maneira distinta, significa atentar contra o sistema acusatório que orienta o processo penal brasileiro e afrontar a Constituição da República do Brasil.

Não obstante, com o surgimento da Lei 12.403/2011, a hipótese de decretação da prisão preventiva de ofício, pelo juiz, ainda na fase de inquérito, restou afastada, privilegiando-se uma política criminal não intervencionista, ou seja, a nova Lei de 2011, em seu artigo 311, afastou a prisão preventiva para o status de extrema *ratio* da *ultima ratio*, isto é, a Lei repeliu a decretação de ofício pelo juiz; a preventiva deve ser vista como última medida a ser tomada, quando não mais houver outro meio cabível.

Caso não seja observado tal raciocínio, o magistrado estaria afastando-se de sua posição de imparcialidade. Conseqüentemente, descaracterizar-se-ia o próprio sistema acusatório eleito pela própria Constituição Federal, o que implicaria, certamente, em admitir que critérios de política criminal possam ocasionar, através de exceções, frestas dentro do sistema jurídico brasileiro, quando o ideal seria o de construir um sistema jurídico-penal em comum acordo com a Constituição, de maneira que a política criminal tivesse ajustada ao sistema processual adotado.

O Direito deve se adaptar a sociedade, a sua evolução, buscando sempre a justiça, mas de forma digna, assegurando aos indivíduos os seus direitos de primeira geração, os quais gozam desde o nascimento, como a vida e a liberdade. Pensar e refletir acerca das arbitrariedades por parte do juiz já é um grande passo para a mudança, e a sociedade clama por ela, sem ter que assistir a estagnação e retrocesso por parte do Estado.

PREVENTIVE PRISON IN THE MARIA DA PENHA LAW: THE PROBLEM OF ARTICLE 20 OF LAW No. 11.340 / 2006, OF THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF PREVENTIVE PRISON DECREE OF TRADE BY JUDGE

ABSTRACT

The Law 11.340 / 06, known as the Maria da Penha , appears as a form of response given by the Government to society, in an attempt to curb domestic and family violence and protect women's rights in the context of domestic and family relations. provide for the creation of legal mechanisms to combat violence and the creation of Juveniles of Violence. The purpose of this study is to analyze the (in) constitutionality of article 20 of the Maria da Penha Law, which establishes the possibility of decreeing pre-trial detention by the judge, even in the investigation phase, when there is a crime committed against women in the environment family, domestic or intimate relationships of affection. The discussion is relevant because it is argued that the aforementioned device circumvents the accusatory system or the guarantee of the impartiality of the judge, channeling the discussion to the conclusion on the illegality of such measure. It is noticeable that Article 20 of the Maria da Penha Law is a violation of the accusatory system, where the magistrate acts with total partiality, leaving aside the equidistant character, as well as the intrinsic guarantees to the individual, in order to abandon the guiding principles of the criminal process . Regarding the methodology, we use the deductive method, being necessary the research in several bibliographies, consisting mainly of scientific articles, doctrine, jurisprudence and laws, with the intention of, through these, to find the answer to the problem to which we propose to solve, about the (in) constitutionality of Law 11.340 / 06.

Keywords: Violence against women. Preventive Arrest. Unconstitutionality.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal**. Tomo II. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.

BASTOS, Tatiana Barreira. **Violência doméstica e familiar contra mulher: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006): um diálogo entre teoria e prática**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. Revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/>. Acesso em: 21/11/2018.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 17/11/2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941 (Código Processual Penal Brasileiro)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em 17/11/2018.

_____. **Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em 20/11/2018.

_____. **Lei nº. 12.403, de 04 de Maio de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm> Acesso em 20/11/2018.

_____. **Lei 13.641, de 3 de abril de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm> Acesso em 20/11/2018.

CANOTILHO, José J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3º. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de processo penal – parte geral**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTI, Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**. Salvador: Ed.PODIVM. 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro**. p. 5. Disponível em: <http://www.revistas.ufpr.br> > Acesso em: 26 nov. 18.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha) : Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal**. In: Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal. Porto Alegre, n. 2, abr/08, p.1-16. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acessado em 05/11/2018.

KHALED JR, Salah H. **Os inquisidores espetaculares e a bigbrotherização do processo penal**. Disponível em:< <http://justificando.com/2015/09/12/os-inquisidores-espetaculares-e-a-bigbrotherizacao-do-processo-penal/>> Acesso em: 24 Nov. 18.

LAVORENTI, Wilson. **Violência e discriminação contra a mulher: Tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro**. Campinas, SP : Millenium Editora, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. I., Niterói, RJ: Editora Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. II 5ª Ed., Editora Lumen Juris, 2011.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (Coleção leis penais e processuais penais comentadas).

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2017.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica** / Pedro Rui da Fontoura Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

SOARES, Bárbara M. **Enfrentando a violência contra a mulher**. 2007. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-menu/nucleo-de-genero-pro-mulher-menu/209-nucleos/nucleo-de-genero/639-comentarios-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 20 Nov 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª edição. Revista, ampliada e atualizada. 1ª tiragem. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40º. ed., rev. e atualizada até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35º ed. Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. 3º.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.