



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

VAMBASTER NOBRE UCHOA

**O CARÁTER INQUISITIVO DA PERSECUÇÃO PENAL COM ÊNFASE NO
INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA**

FORTALEZA

2014

VAMBASTER NOBRE UCHOA

**O CARÁTER INQUISITIVO DA PERSECUÇÃO PENAL COM ÊNFASE NO
INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Programa de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Prof. M. Sc. William Paiva
Marques Júnior

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- U19c Uchoa, Vambaster Nobre.
O caráter inquisitivo da persecução penal com ênfase no instituto da prisão preventiva na lei Maria da Penha / Vambaster Nobre Uchoa. – 2014.
39 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Processual Penal.
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Processo penal - Brasil. 2. Prisão preventiva - Brasil. 3. Lei Maria da Penha - Brasil. 4. Persecução penal - Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

VAMBASTER NOBRE UCHOA

**O CARÁTER INQUISITIVO DA PERSECUÇÃO PENAL COM ÊNFASE NO
INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA**

Trabalho de conclusão de curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Processual Penal.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. M. Sc. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Doutorando M. Sc. Álisson José Maia Melo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Emetério Silva Oliveira Neto
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, a minha família, a Gabriela
e ao Prof. William Marques.

AGRADECIMENTO

Primeiramente a Deus, pois foi Ele quem me deu a vida e todas as graças que recebi até hoje.

A meus pais, meus irmãos e minha família, pelo amor incondicional, apoio nas horas mais duras e ensinar-me os valores que carregarei para sempre.

A minha namorada, pela compreensão, cumplicidade e pelos puxões de orelhas tão necessários.

Aos meus amigos, fizeram cada momento na minha vida estudantil, como um todo, valer à pena.

Ao Prof. William que me acolheu num momento muito inoportuno, acreditou nesse trabalho e me ajudou mais do que eu poderia imaginar.

Aos demais integrantes da banca (Álison Melo e Emetério Silva), que mesmo tendo sido convidados na última hora, aceitaram o convite e contribuíram para que o trabalho pudesse ser melhorado.

RESUMO

Objetiva-se demonstrar que, no Código Processual Penal, ainda restam influências inquisitivas das suas origens, de modo que alguns de seus institutos não convivem em perfeito estado com as normas consagradoras dos direitos fundamentais previstos na Carta de 1998. Ainda que se busque uma interpretação desses institutos à luz da Constituição Federal, o legislador ordinário acaba por elaborar leis que reforcem o caráter inquisitivo, como, por exemplo, a Lei Maria da Penha, que em seu texto, acabou por acentuar tal característica da prisão preventiva.

Palavras-chave: Caráter Inquisitivo. Persecução Penal. Prisão Preventiva. Lei Maria da Penha

ABSTRACT

The objective is to demonstrate that in the text of Criminal Procedure Code are still inquisitive influences of their origins so that some of its institutes do not live in perfect condition with recognized standards of fundamental rights under the Charter 1998 remain. Yet who seek an interpretation these institutions in light of the Federal Constitution, the ordinary legislature ultimately legislate to strengthen the inquisitive character, such as the Maria da Penha Law, which in its text, eventually accentuate this characteristic of provisional detention.

Keywords: Inquisitorial Purposes. Criminal Prosecution. Provisional Detention. Maria da Penha's Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CF/88	Constituição de 1988
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DJ	Diário de Justiça
HC	Habeas Corpus
Inc.	Inciso
OEA	Organização dos Estados Americanos
PCPP	Projeto do Código de Processo Penal
PGR	Procurador Geral da República
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PERSECUÇÃO PENAL	12
2.1 Construção histórica	12
2.2 Caráter inquisitorial da persecução penal	14
2.3 As mudanças consagradas pelo Projeto do Código Processual Penal	18
3 PRISÃO PREVENTIVA: CONCEITO, REGULAMENTAÇÃO E INFRAÇÕES EM QUE SE APLICA	20
3.1 Delimitação conceitual, natureza jurídica	20
3.2 Regulamentação, requisitos e peculiaridades.....	20
3.2.1 Garantia da ordem pública	22
3.2.2 Garantia de aplicação da lei penal.....	23
3.2.3 Garantia da ordem econômica.....	23
4. PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA: HISTÓRICO, MUDANÇAS IMPLANTADAS PELA LEI.....	27
4.1 Histórico	27
4.2 Lei nº 11.340/06 e as mudanças na política de proteção à mulher.....	29
4.3 Prisão preventiva na Lei Maria da Penha.....	31
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF/88) de 1988 consagra a adoção do modelo acusatório por parte do processo penal brasileiro, restando claro no texto constitucional em diversos dispositivos, tais como no art. 5º, incisos I (isonomia processual), LIV (devido processo legal), XXXVII e LIII (juiz natural), LV, LVI e LXII (ampla defesa), e LVII (presunção de inocência), e, ainda no art. 93, IX (obrigatoriedade de motivação das decisões).

Contudo, o Código de Processo Penal (CPP) de 1941, que ainda está em vigência, foi elaborado com base na legislação processual penal italiana na década de 1930, período no qual o partido fascista de Mussolini controlava o país, desse modo nosso CPP tem bases notoriamente autoritaristas.

Diante disso, nota-se uma não recepção da legislação codificada pelo texto constitucional, pois enquanto aquela instituiu um sistema de amplas garantias individuais, essa se pauta pelo princípio da periculosidade e da culpabilidade do agente infrator.

Todavia, em que pese à doutrina majoritária entender que não se pode compreender nem aplicar a legislação processual se não à luz da Constituição, o legislador, em alguns diplomas (crimes resultantes de organizações criminosas – Lei nº 9.304/95; dos crimes de lavagem de dinheiro – Lei nº 9.613/98; crimes hediondos – Lei nº 8.072/90; Tráfico de Drogas - Lei nº 11.343/06; e do Estatuto do Desarmamento – Lei nº 10.826/03), pretende vedar *ex lege*, ou seja, por força da abstração da lei, que um indivíduo preso em flagrante, por exemplo, tenha sua liberdade restituída. Todavia, é notório que o Judiciário no seu papel de aplicador da lei, principalmente o STF, como guardião da CF/88, em suas decisões quanto a constitucionalidade ou não dessas legislações acaba por vetar as normas que não condizem com o texto constitucional

O presente trabalho tem o intuito de demonstrar que, muito embora a doutrina atual busque uma interpretação constitucionalizada dos institutos processuais penais, resta impossível o afastamento total do sistema inquisitorial, para tanto se recorre a uma metodologia baseada no estudo descritivo analítico, de tipo bibliográfico, objetivando realizar uma descrição do assunto em apreço e buscando o aprimoramento das idéias por meio das informações sobre o tema.

A fim de alcançar seus escopos, no primeiro capítulo se fará uma análise do caráter inquisitorial da persecução penal, primeiramente fazendo um breve histórico da legislação processual penal e em seguida analisando os institutos inquisitivos ainda vigentes no *codex*. Conclui-se que, devido as inspirações do CPP muitos são os institutos influenciados pelo sistema inquisitivo, tais como a iniciativa probatória do magistrado.

O segundo capítulo enfocar-se-á no conceito, características e requisitos da prisão preventiva, já que a mesma representa, em tese, uma ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência e, por tanto, uma antítese ao sistema acusatório implantado pela CF/88. Verificando-se que, a doutrina e jurisprudência buscam interpretá-la de acordo com os preceitos da CF/88.

Na terceira parte, se procederá ao estudo da prisão preventiva na Lei nº 11.340/06, por meio de um breve histórico, a fim de se entender a situação da legislação brasileira quanto à proteção da mulher, através da abordagem do caso ocorrido com a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, que, por conta da sua história teve o seu nome atribuído à lei, bem como uma análise, de seus dispositivos, que trouxeram uma revolução em termos de políticas judiciárias de proteção às mulheres no âmbito de sua dignidade, culminando no estudo de como ficou a aplicação da prisão cautelar, quando nos crimes domésticos, após a inclusão do inciso III, no art. 133 do CPP, pela supracitada lei.

2 PERSECUÇÃO PENAL

No momento em que se verifica a ocorrência de um fato delituoso, ou supostamente delituoso, se configura o dever do Estado de investigar e punir o infrator, cabendo a ele, Estado, “iniciar a *persecutio criminis* para apurar, processar e enfim fazer valer o direito de punir, solucionando as lides e aplicando a lei ao caso concreto”¹.

Ressalte-se que a persecução penal consiste de duas fases, o inquérito uma fase administrativa e pré-processual de índole “preliminar, inquisitiva”² e a fase processual, “submissa ao contraditório e a ampla defesa”³.

2.1 Construção histórica

A gênese do sistema processual vigente remete-se à “... tradição eclesiástica/ibérica”⁴, onde a precípua função do mesmo era servir ao Estado como forma de manutenção da ordem social, pois a infração era uma ofensa a mesma e deveria ser levada aos tribunais para o julgamento e a manutenção da ordem.

Essa forma de resolução de conflitos no país justifica o porquê da inquisitorialidade seguir presente no processo penal, no qual a busca pela verdade real encontra-se no centro da apuração.

Entre os séculos XVI e o início do século XIX⁵, foram vigentes no território as Ordenações do Reino, ou seja, a legislação processual adotada no Brasil colônia era a mesma que a da metrópole portuguesa.

Quando na vigência das Ordenações Manuelinas, foram estabelecidas as inquirições devassas gerais e as especiais. As primeiras apuravam, no primeiro mês de cada ano, “... a existência de crimes incertos, num verdadeiro “arrastão” e apanhar tudo o que pudesse existir de infração”⁶, já as segundas investigavam fatos certos, mas que a autoria era desconhecida. Para se obter as confissões, suplícios e torturas eram comuns nesse período, só sendo abolidos em 1821, junto com as prisões indiscriminadas e as devassas gerais, quando da outorga da Constituição da Monarquia Portuguesa.

¹ TÁVORA, ALENCAR, 2012. p. 99

² Idem. p. 99

³ TÁVORA, ALENCAR, op. cit., p. 99

⁴ GOMES, 2008. p. 19

⁵ OLIVEIRA, 2011. p.5

⁶ GOMES, 2008. p. 21

Nessa reforma liberal, foram criados os Juízes de Paz que eram eleitos pelo povo e possuíam competência para realizar conciliação, atividades policiais e restauração social da comunidade. Quando na apuração penal, realizavam o interrogatório dos suspeitos e a reunião do *corpus delicti* para a formação da prova, que era passada ao magistrado criminal.⁷

Em 1841, com a Lei nº 261, ocorreu uma restrição das atribuições do juiz de paz, conferindo aos delegados de polícia, nomeados pelo Governo, funções policiais e judiciárias para formar a culpa e proferirem decisões de pronúncia.⁸ Quanto ao julgamento definitivo, esse fica a cargo dos juízes municipais, que eram indicados pelo Executivo. Desse modo, nota-se que essa era uma legislação galgada no princípio da autoridade.

Em 1871, com a Lei nº 2.033, ocorreu à separação da polícia da judicatura, o estabelecimento de regras para a decretação da prisão preventiva e fiança, consagrou a defesa do sumário de culpa e ampliou o cabimento do *habeas corpus*.⁹

Já na República, com a Carta Constitucional de 1891, surgiram, com mais ênfase, as limitações às prisões provisórias; a ampla defesa e os recursos inerentes a ela; a inviolabilidade do domicílio, bem como o sigilo das correspondências; o julgamento por juízo competente, nos termos da lei anterior; o júri; e a consagração do *habeas corpus*.¹⁰

Contudo, nesse período cada Estado possuía autonomia para aplicação da legislação, sendo necessário, portanto, uma sistematização nacional, foi criado, em 1941, o, ainda vigente, Código de Processo Penal, que tem como características: a) redução das hipóteses de nulidade, prestigiando mais a substância que a forma; b) ampliação da noção de flagrante delito; c) estabelecimento das hipóteses obrigatórias de decretação da prisão preventiva; d) sistema presidencial de inquirição de testemunha; e) previsão de autonomia e controle judicial no que concerne à acusação, cabendo ao juiz, no momento da sentença, no primeiro caso, corrigir o libelo acusatório, ainda que importe uma pena mais grave, ou, no segundo caso, modificar o tipo, com nova oportunidade de para a defesa do acusado ou de aditamento para o Ministério Público.

⁷ FLORY apud Gomes et al., 2008. p. 21

⁸ GOMES, op. cit., p. 21

⁹ GOMES, op. cit., p. 22

¹⁰ GOMES, op. cit., p. 22

Ainda que tenham sido implantadas garantias individuais, o processo penal brasileiro não conseguiu se afastar do modelo predominante público, embasado numa busca pela verdade e de punição por meio do processo.

A situação sofre alterações quando da promulgação da Carta Política de 1988, onde surgem:

... uma série de modificações que transmutaram teórica e empiricamente o processo disciplinado no Código de 1941, a ponto de pelo menos repercutir o ideal de Justiça penal mais conciliatória e aberta à vontade das partes, e de afastar a legitimação de determinadas condutas das autoridades encarregadas da persecução penal, naquilo em que ainda procuram se ater a práticas autoritárias de apuração do delito e solução do conflito criminal.¹¹

Todavia, ainda subsistem no procedimento pátrio institutos que guardam um caráter predominantemente inquisitorial.

2.2 Caráter inquisitorial da persecução penal

Antes de focar no caráter inquisitorial do Processo Penal, faz-se mister explicar acerca deste e do sistema acusatório, sistemas esses que servem para balizar as normas processuais penais, possibilitando alcançar-se um rito mais humanístico (sistema acusatório) ou um em que os direitos individuais decaiam em face da punição do infrator (sistema inquisitivo), para tanto recorre-se à uma análise a partir do modelo proposto por Eugênio Pacelli de Oliveira¹², que em sua obra assim qualifica os dois sistemas:

a) no sistema acusatório, além de se atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação;

b) já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento.

Tendo caracterizado ambos, o autor continua sua lição, agora, esforçando-se para apontar qual o sistema utilizado na processualística nacional, contudo, como o mesmo assevera, essa tarefa não se perfaz simplesmente, pois com o advento da Carta Constitucional de 1988, na qual o legislador originário buscou um fortalecimento dos direitos do indivíduo, haja vista o recente fim da Ditadura militar, alguns institutos da

¹¹ GOMES, 2008. p. 24.

¹² OLIVEIRA, 2011. p. 10

Código Processual Penal de 1941 não condizem com alguns princípios expostos na Carta Magna.

Deste modo para Pacelli o nosso processo é acusatório, contudo como o texto do *codex* processual é evidentemente inquisitorial, é deveras complicado a estruturação de um modelo efetivamente acusatório.

O autor usa de exemplos para justificar tal posicionamento, quais sejam, a possibilidade do magistrado requisitar de ofício novas diligências probatória, quando o *Parquet* se manifesta no sentido de arquivar o inquérito – hipótese sobre a qual a Suprema Corte já teve a oportunidade de decidir pela sua total impossibilidade (STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. DJ 19.12.2002, p.92) – outra amostra da presença do sistema inquisitorial no processo brasileiro citado pelo doutrinador é a liberdade de iniciativa probatória garantida ao magistrado, segundo o qual é legitimada em virtude do princípio da verdade real, princípio esse que, nas palavras do autor:

[...] na extensão que se lhe dá, pode ser- e muitas vezes foi e ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva a ele.¹³

Ainda sobre a iniciativa probatória do julgador:

[...] deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP, trazidas pela Lei nº 11.690/08.¹⁴

Ademais vários são os exemplos da presença do sistema inquisitivo na persecução penal pátria, como a alteração do art. 156 do CPP, mudança esta realizada pela Lei nº 11.690/08, segundo a nova redação, o magistrado pode, de ofício, ainda que não iniciada a ação penal, ordenar a produção de provas que julgar urgentes e relevantes, nota-se aqui uma incompatibilidade com a idéia da imparcialidade judicial, pois o julgador assume as atribuições do *Parquet*, o que poderia ocasionar uma pré-concepção do mesmo, antes mesmo de tomar conhecimento das provas da outra parte.

Sobre essa norma Norberto Avena entende que muito embora se condicione a atuação do julgador à existência de “... *urgência e relevância das provas a serem antecipadas, bem como à necessidade, adequação e proporcionalidade da*

¹³ OLIVEIRA, 2011. p.10

¹⁴ OLIVEIRA, op. cit. p. 11

providência ordenada”¹⁵ a interpretação literal do texto normativo aparenta um deslocamento da função do magistrado, passando de julgador para investigador.

De forma a evitar tal deturpação, Avena elenca pressupostos para que o juiz possa requerer as provas *ex officio*, dessa maneira o artigo se compatibilizaria com os princípios e o sistema acusatório presentes na Lei Magna, como acontece com o art. 3º, I da Lei nº 9.296/96 que regulariza as interceptações telefônicas, deste modo eis os pressupostos¹⁶:

- a) Existência de investigação em andamento, iniciada pelos órgãos competentes;
- b) Existência de expediente ou procedimento sob análise judicial, cujo desiderato dependa da prova a ser produzida de ofício;
- c) *Periculum in mora*, demonstrado por meio da relevância e urgência da medida determinada pelo magistrado;
- d) *Fumus boni iuris*, externado por meio de indícios de autoria de uma infração penal ou de prova de sua materialidade;
- e) Excepcionalidade da atuação judicial, detectada a partir de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade da medida probatória, em conformidade com o que reza a parte final do art. 156, I, do CPP.

Contudo, não há em nosso ordenamento amostra maior do caráter inquisitivo ainda presente que a fase do inquérito policial, conforme lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar:

O inquérito é inquisitivo: as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa.¹⁷

Nos dizeres dos autores, essa inquisitorialidade garante a essa fase uma maior agilidade nas investigações, porém como não há a participação do suspeito nessa fase, fazendo-se valer do contraditório, o juiz não pode, na fase processual, valer-se apenas do inquérito para embasar sua sentença, o que acabaria por violar os princípios constitucionais.

Contudo é crescente na doutrina o posicionamento que defende a implantação do contraditório no inquérito policial, com fundamento na Constituição, conforme assevera Pacelli que faz coro a esse posicionamento.

Ademais, há uma doutrina minoritária, como Marta Saad, que defende a possibilidade de defesa no inquérito:

¹⁵ AVENA, 2008. p. 8

¹⁶ AVENA, 2008. p. 9

¹⁷ TÁVORA, ALENCAR, 2012. p. 108

[...] se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar 'em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa', e se trata de oposição ou resistência à imputação informal pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão.¹⁸

Nota-se, portanto, que, ainda que muito explícito o caráter inquisitivo da investigação policial, a doutrina busca mudar essa condição defendendo ou a implantação do contraditório no inquérito ou a participação da defesa no mesmo.

Ainda sobre o inquérito, muito embora Nestor Távora e Rosmar Rodrigues acentuem o caráter inquisidor do mesmo, esses não deixam de reconhecer que deve ser assegurado ao indiciado, tanto a assistência do advogado, como o direito de defesa, haja vista que a investigação deve funcionar como um filtro, para que seja deflagrado o processo quando haja justa causa e, sobretudo, para evitar que inocentes sejam processados.

Na mesma linha de pensamento segue Oliveira¹⁹, contudo esse faz uma ressalva, quando se refere a normas que porventura venham a surgir trazendo uma maior participação da defesa na fase da investigação policial, em destaque para o acompanhamento da perícia oficial:

Não obstante, de *lege ferenda*, isto é, para a lei futura, não vemos maiores inconvenientes na proposta, incluindo o acompanhamento da perícia oficial, desde que seja ressalvado o sigilo para determinadas questões, como pode ocorrer com a representação da autoridade policial, ou do Ministério Público (quando se denominará requerimento), para fins de imposição de algumas das chamadas medidas cautelares pessoais (art. 319, CPP, e também e, sobretudo, a prisão preventiva), de autorização para buscas e apreensões, e, enfim de quaisquer medidas que tragam a marca da urgência.

Em que pese Oliveira defender, como exposto acima, uma espécie de sigilo ante a defesa em determinadas situações, o legislador, incorporou essa medida no Projeto do Código de Processo Penal (PCPP), vide art. 12 do PCPP:

Art. 12. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às medidas cautelares em andamento cujo êxito pode ser comprometido com a ciência prévia do investigado ou seu defensor.

Além dessa, várias são as mudanças trazidas pelo projeto, a fim de tornar a codificação processual pátria mais compatível com os anseios e princípios constitucionais.

¹⁸ SAAD, Marta, 2004. p.221-222.

¹⁹ OLIVEIRA, 2011. p.

2.3 As mudanças consagradas pelo Projeto do Código Processual Penal

No PCPP, que ainda aguarda a criação de uma comissão no Congresso Nacional, o legislador ao regular os princípios da persecução penal, deixa claro o sistema adotado pelo Brasil:

Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedadas a iniciativa instrutória do juiz, a decretação de medidas cautelares de ofício e a atuação substitutiva da parte acusadora, em qualquer fase do procedimento.

Parágrafo único. O juiz somente pode atuar de ofício no que tange à concessão de *habeas corpus*, à decretação da extinção da punibilidade e à declaração de nulidade absoluta.

Além de facilitar o estudo quanto à sistemática processual adotada, pelo ordenamento pátrio, haja vista o art. 4º do PCPP deixar claro ser o sistema acusatório, criou-se a figura do juiz das garantias, o qual irá atuar nos momentos pré-processuais, de modo a buscar minimizar a inquisitorialidade no processo penal.

Acontece que, atualmente, vigora o princípio da prevenção, segundo Távora e Rodrigues²⁰:

[...] concorrendo dois ou mais juízes competentes ou com jurisdição cumulativa, prevalente é aquele que primeiro pratica atos do processo ou medidas relativas ao futuro processo, ainda que anteriores ao oferecimento da denúncia ou da queixa. Ex: juiz que decide, na fase do inquérito, sobre a prisão preventiva, torna-se, pela prevenção, competente para a futura ação penal.

Dessa maneira, o magistrado atua tanto na primeira fase da persecução (que é incontestavelmente inquisitiva), quanto na segunda fase (acusatória), o que impede uma crítica dos atos cometidos na etapa pré-processual, além do que, o magistrado, tendo decidido, por exemplo, pela interceptação telefônica ou pela prisão preventiva do acusado, pode ter sua imparcialidade afetada.

A fim de evitar essa afronta ao princípio da imparcialidade, o PCPP estabelece que haja um juiz responsável pela primeira fase da persecução e outro pela segunda, conforme se aduz da leitura dos art. 15, *caput* e incisos; e §2º do art. 16:

Art. 15. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído no rol abaixo estabelecido, ficará impedido de funcionar no processo:

I – receber comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da

Constituição da República;

II – receber o auto de prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 531;

²⁰ TÁVORA, ALENCAR, 2012. p. 275

- III – zelar pela observância dos direitos dos presos, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
- IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou prosseguimento;
- X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação;
- XI – decidir sobre os pedidos de:
 - a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
- XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.
[...]

Art. 16 [...]

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz na fase investigatória não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

Como se observa, quando aprovado o texto do PCPP, ainda que não se possa afastar completamente a inquisitorialidade do processo penal, o mesmo assegurará a observância aos direitos individuais e ao princípio da imparcialidade do juiz, pois o julgador que proferirá a sentença não terá decidido a favor ou contra nenhuma das partes.

3 PRISÃO PREVENTIVA: CONCEITO, REGULAMENTAÇÃO E INFRAÇÕES EM QUE SE APLICA

Pode-se notar que a prisão preventiva também é uma representação do sistema inquisitivo no *codex* processual penal, haja vista que a mesma justificaria uma limitação no direito à liberdade, além de se admitir que a mesma seja declarada anteriormente à instauração do inquérito, bastando que os requisitos legais sejam preenchidos.

3.1 Delimitação conceitual, natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica a prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, que possui índole tipicamente cautelar.

Trata-se da prisão cautelar mais ampla, “[...] sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal”.²¹

Justificando-se pela “tutela da persecução penal”, pois sua decretação impede que sejam realizadas condutas, quer seja pelo autor, quer seja por terceiros, que venham a prejudicar a efetividade do processo.

Em que pese à prisão preventiva tratar-se de um instituto de características inquisitivas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em entendimento sumulado (Súmula 9)²² compreende que a preventiva não ofende o princípio da presunção de inocência, pois o texto constitucional a autoriza em casos de flagrante delito e crimes inafiançáveis. Deste modo, Capez²³ entende “não restar dúvidas que a prisão provisória pode ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem ofensa à presunção de inocência”.

3.2 Regulamentação, requisitos e peculiaridades

Quanto à regulamentação, a mesma passou a ser realizada pela Lei nº 12.403/11 que instituiu diversas outras medidas cautelares alternativas ao cárcere.

²¹ TÁVORA; ALENCAR, 2012. p. 275

²² STJ Súmula nº 9 - 06/09/1990 - DJ 12.09.1990

Prisão Provisória - Apelação - Presunção de Inocência

A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

²³ CAPEZ, 2011. p. 324

Anteriormente a essa norma, cabia a preventiva nos casos arrolados pelo art. 313 do CPP e desde que constassem as circunstâncias expressas no art. 312 do mesmo *codex*, após o vigor da lei em comento, além da decretação nos casos em que se fazem presentes os requisitos fáticos do art. 312 do CPP, também é possível decretar a preventiva para que garantir o cumprimento de medida cautelar, diversa da prisão (art. 282, § 4º, CPP).

Desse modo, três são as situações em que pode ser imposta a preventiva, como nos ensina Oliveira²⁴:

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

Continua o autor:

Nas primeiras hipóteses, a e b, a prisão preventiva dependerá da presença das circunstâncias fáticas e normativas do art. 312, CPP, bem como daquelas do art, 313, CPP; na última, apontada pela alínea c, retro, não se exigirá a presença das hipóteses do art. 313, CPP.²⁵

Para explicar de forma mais detalhada as circunstâncias do art. 312, CPP, apontadas pelo processualista, retro transcrito, vale-se da lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues, para os quais, o artigo em questão, compõe-se por um binômio, que tem como um dos fatores o *fumus commissi delicti*²⁶, que por sua vez se subdivide em:

- a)prova da existência do crime: materialidade do delito tem que estar comprovada;
- b)indícios suficientes de autoria: Não há necessidade da existência de uma prova concreta que demonstre autoria, mas tão somente indícios que façam crer que o indiciado cometeu o crime.

Prosseguem os doutrinadores afirmando que ainda que se demonstre o binômio é necessária a configuração do fator de risco que justifique a necessidade da medida. Deste modo seguem elencando os “[...] fundamentos legais para a prisão preventiva (art. 312, *caput*, CPP), que se consubstanciam no *periculum libertatis*, integralizando o binômio da medida cautelar”²⁷, que devido a sua complexidade e importância merecem ser abordados em separado

²⁴ OLIVEIRA, 2011. p. 544

²⁵ Idem. p. 545

²⁶ TÁVORA, ALENCAR, 2012. p. 580

²⁷ Idem. p. 581

3.2.1 Garantia da ordem pública

Não há posição pacífica na doutrina, no que diz respeito ao significado dessa expressão, para os autores, que buscam realizar uma interpretação constitucional ao termo, a ordem pública resta em perigo quando comprovado de forma categórica (não bastando a existência de antecedentes, por exemplo), que permanecendo livre o suspeito voltaria a cometer crimes.

Importante apontar o pensamento dos autores: Tourinho Filho, para quem, quando essa prisão cautelar se fundamentar na garantia da ordem pública a mesma afronta o texto da CF/88, pois fere a presunção de inocência²⁸; já no pensar de Guilherme de Souza Nucci²⁹, essa garantia deve ser visualizada sob a ótica do trinômio “gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente” e que quaisquer desses elementos de forma conjunta ou individualizada podem justificar a prisão preventiva do suspeito.

Uma crítica feita por Távora e Rodrigues ao posicionamento de Nucci é que aqueles pensam, tal como Tourinho Filho, que o judiciário não pode ter em mente uma política da “boa vizinhança” quando no momento de decretar a prisão preventiva, pois “[...] o sentimento popular não pode pautar a atuação judicial com repercussão tão gravosa na vida do agente”.³⁰

Ademais salutar a transcrição de julgado do STF sobre a prisão preventiva como instrumento assegurador da ordem social:

RHC 118034 / DF - DISTRITO FEDERAL
 Relator(a): Min. ROSA WEBER
 Ementa
 EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO DENEGADA NO STJ POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. ESTUPRO. **PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.** EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. [...] **2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a prisão preventiva quando as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco à ordem pública.** [...] (GRIFO NOSSO)

²⁸ TOURINHO FILHO, 2003. v.III. p. 509

²⁹ NUCCI, 2007. p. 547

³⁰ TÁVORA, ALENCAR, 2012. p. 582

Conveniência da instrução criminal: objetiva proteger uma livre produção probatória, de modo a impedir que o agente destrua provas, ameace testemunhas ou comprometa de qualquer modo a busca pela verdade.

3.2.2 Garantia de aplicação da lei penal

Busca-se evitar a fuga do acusado, sendo necessário para tanto comprovar fundamentadamente a possibilidade de fuga do agente, a mera ausência no interrogatório não autoriza a decretação da preventiva, ainda que justificada.

Desse modo, quer-se evitar que a aplicabilidade da sanção penal imposta seja comprometida, pois do contrário poderia ocorrer que, quando transitado em julgado a decisão, o agente tivesse seu paradeiro desconhecido, sem possibilidade de ser encontrado.

3.2.3 Garantia da ordem econômica

Foi acrescentada pela Lei n.º 8.884/94 (Lei Antitruste), visando coibir que o agente continue a cometer fraude contra o sistema econômico.

Vale lembrar a hipótese, já mencionada, no caso de descumprimento de obrigações impostas por medidas cautelares.

Importante frisar que a prisão preventiva configura-se como uma medida de exceção, sendo, portanto, necessária uma interpretação mais restritiva para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5, inc. LVII, CF/88).

3.3 Infrações que comportam a aplicação da prisão preventiva

Nos dizeres de Távora e Rodrigues³¹, “[...] a preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos (art. 313, inc. I, CPP, com redação determinada pela Lei n.º 12.403/11)”. Esta é a regra. Porém há excepcionalidades, cabendo a cautelar em crimes dolosos menos graves:

³¹ TÁVORA, ALENCAR, 2012. p. 584

- i) Réu já condenado por crime doloso, com sentença transitada em julgado que cometeu o crime antes de transcorridos os cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena aplicada na primeira infração, nesse caso, pouco importa se o novo crime tenha pena igual ou superior a quatro anos, com base no art. 313, inc. II, CPP.
- ii) Existindo dúvida na identificação civil do suspeito e o mesmo não fornecendo dados para saná-la, com amparo no art. 3º da Lei n.º 12.307/09, contudo, ocorrendo à identificação, o agente deve ser solto, salvo se outra medida recomendar a manutenção da prisão (art. 313, parágrafo único, CPP).

Os autores fazem uma ressalva³²:

[...] o parágrafo único do art. 313 do CPP não fez qualquer referência ao tipo de delito praticado pela pessoa não identificada civilmente, é dizer, não especificou se é doloso ou culposos, nem delimitou o quantitativo de pena. A nosso sentir, e mais uma vez invocando a proporcionalidade, não é razoável adotar-se a medida extrema (segregação preventiva), em delitos de natureza culposa, devendo-se ter por referência os próprios incisos do art. 313 do CPP.

Vale ressaltar que, além do previsto no arts. 312 e 313, CPP, o magistrado deve, no momento de decretar ou não a prisão cautelar, atentar para a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, postulado hermenêutico esse que, embora não esteja expresso no texto da Carta Magna de 1988, pode ser deduzido pelo conjunto de normas das garantias individuais. Tal princípio divide-se em duas perspectivas, quais sejam: a necessidade e a adequação, de acordo com a lição de Oliveira³³.

- a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;
- b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma, legal ou constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Todavia o entendimento do autor é minoritário na doutrina, sendo majoritário o pensamento de que o princípio da proporcionalidade divide-se em três sub-regras, sendo elas a análise da adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³⁴.

³² TÁVORA, ALENCAR. Op. cit. p. 585

³³ OLIVEIRA, 2011. p. 504

³⁴ SILVA, 2002. p. 36

Neste sentido observa-se o escólio de Virgílio Afonso da Silva, que em sua obra, primeiramente afirma que a proporcionalidade trata-se de uma regra e não de um princípio, com base nos ensinamentos de Alexy³⁵. Em seguida, o autor apresenta o pensamento majoritário que divide a regra da proporcionalidade em três sub-regras, conforme exposto acima, explicando cada uma delas:

- a) Adequação: um meio se mostra adequado, quando além de alcançar um objetivo, também fomenta que o mesmo possa ser realizado.
- b) Necessidade: para se verificar a necessidade de um ato, diferentemente da adequação, que basta a análise do meio em si, é preciso que se compare um meio a outro, desse modo será necessária à medida que alcance ou fomenta um objetivo, se não houver outra que o faça, de forma a limitar menos o direito fundamental atingido.
- c) Proporcionalidade em sentido estrito: ainda que a medida seja adequada e necessária, se, quando se compara a sua justificativa e o direito fundamental atingido, chega-se a um juízo de valor completamente descabido, por exemplo, encarcerar todos os portadores da AIDS para a proteção do resto da sociedade.

Três são as observações a serem feitas sobre a regra da proporcionalidade, segundo o texto de Virgílio Afonso da Silva³⁶, a primeira é que sua análise deve obedecer a seguinte ordem: adequação – necessidade – proporcionalidade em sentido estrito; a segunda é que as sub-regras têm caráter excludente, ou seja, se uma medida não for adequada não há que se analisar a sua necessidade, nem sua proporção ou se uma medida for adequada, mas não necessária, não há que se falar na sua proporcionalidade³⁷; a última é que, embora o STF faça alusão a essa tripartição da regra da proporcionalidade em seu julgado, não se percebe uma verificação minuciosa dessas sub-regras, por parte dos Ministros, quando no exame dos casos concretos, consistindo apenas em um apelo a razoabilidade.³⁸ Importante apontar julgado recente que traduz o entendimento da Suprema Corte acerca da regra da proporcionalidade:

HC 119376 / MS - MATO GROSSO DO SUL
 HABEAS CORPUS
 Relator(a): Min. LUIZ FUX

Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, E ART. 35,

³⁵ SILVA, 2002. p. 26

³⁶ Idem. p. 35

³⁷ SILVA. Op. cit. p. 36

³⁸ SILVA. Op. cit. p. 47

CAPUT, DA LEI 11.343/2006). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM CONCRETO DOS CRIMES. **EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO.** INEXISTÊNCIA DE PRAZO RIGIDAMENTE IMPOSTO DE DURAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE DE EXAME À LUZ DA PROPORCIONALIDADE. COMPLEXIDADE DO FEITO. ORDEM DENEGADA. [...] **2. O excesso de prazo não resulta de simples operação aritmética, uma vez que a complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal (GRIFO NOSSO)**

Por decorrência desse princípio, o legislador deixa evidente sua intenção de tornar a privação da liberdade uma *ultima ratio*. Vontade essa que fica clara com a Lei n.º 9.714/98, onde foram ampliadas as hipóteses de aplicação da pena restritiva de direito, permitindo a substituição da privativa de liberdade para as condenações não superiores a quatro anos ou se o crime for praticado sem violência ou grave ameaça (art. 44, inc. I, CP).

Outra decorrência é a atenção que se deve ter ao estipular o prazo para a manutenção da preventiva, haja vista que a mesma não pode ter uma duração maior do que a pena máxima do tipo cometido pelo infrator.

Quanto ao prazo de duração da prisão preventiva, o Projeto do Novo Código Penal traz uma novidade no seu art.546, que é o estabelecimento do tempo de duração da restrição, tomando por base a fase processual em que ocorreu.

Neste ponto, pode-se notar que houve uma facilitação na expedição da prisão preventiva com o advento da Lei nº 11.304/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha.

4. PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA: HISTÓRICO, MUDANÇAS IMPLANTADAS PELA LEI.

Ante o número alarmante de casos envolvendo violência doméstica, dentre os quais, alguns acabavam de uma forma trágica e da forte pressão da imprensa e da população, o legislador em 2006, aprovou a Lei nº 11.340/06, ou como ficou popularmente conhecida, “Lei Maria da Penha”; entretanto, em contrapartida a segurança que a nova legislação proporcionou, o seu texto, trouxe possíveis lesões aos direitos individuais assegurados pela Carta Magna.

4.1 Histórico

Nos últimos vinte anos, vem ocorrendo na sociedade brasileira o reconhecimento de que a violência contra a mulher é um problema público e de proporções que deveriam situá-la na pauta emergencial de segurança e, principalmente, da saúde pública.

Desde a década de 1970 os movimentos feministas alertavam a sociedade para as grandes proporções de casos de violência contra as mulheres, embora fosse invisível a época.

Graças ao combate a essa invisibilidade a violência desse tipo deixa de ser um problema doméstico e passar a ser tratado com uma questão de violação aos Direitos Humanos. Tendo sido abordada pela Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência Contra a Mulher), adotada pela Organização dos Estados Americanos que assim dispôs quanto à definição do que seria a violência contra a mulher: “[...] qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico á mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”³⁹

Contudo, mesmo ratificando dita convenção, a postura do Estado brasileiro não mudou em relação à violência contra a mulher, ganhando visibilidade internacional em 16 de abril de 2001, em face da publicação do Relatório nº 54/2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), haja vista o descumprimento das recomendações expostas no relatório pelo país e com base no disposto no art. 53.1 do Pacto de San José.

³⁹ OEA, 1994

Esse relatório dizia respeito ao caso de Maria da Penha Maia Fernandes, ora em análise:

No dia 29 de maio de 1983, em Fortaleza, Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por um tiro de espingarda disparado pelo seu marido. Em função desse tiro, Maria ficou paraplégica.⁴⁰

O relacionamento era marcado por agressões por parte do marido, tanto para com esposa, quanto para com as filhas do casal, o que impedia a mulher de pedir a separação.

Ficou comprovado que o autor agiu com premeditação, pois dias antes solicitou que a mulher assinasse um seguro de vida, além de assinar um recibo de venda, em branco, do seu veículo a pedido do marido.⁴¹

Em 1984, o Ministério Público ofereceu a denúncia, ocorrendo à pronúncia em 1986, sendo o réu julgado em 1991, quando foi condenado.⁴² O agressor apelou da decisão, alegando falha na elaboração dos pedidos. A defesa foi acatada e o réu foi submetido a novo julgamento em 1996, tendo sido novamente condenado.⁴³ Voltou a recorrer, bem como interpôs recursos aos tribunais superiores, restando que, apenas em 2002 – ou seja, depois de mais de 19 anos da prática do crime – o agressor foi preso.⁴⁴ Condenado a 10 anos de prisão em regime fechado, cumpriu 1/3 da pena nesse regime, sendo beneficiado pela progressão de regime, pois a época do cometimento do delito não havia entrado em vigor a Lei n. 8.930/94.⁴⁵

Em 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia apresentada pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e Direito Internacional e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa da Mulher.⁴⁶

No relatório da CIDH, foi feita uma análise do fato, apontando as falhas do Estado brasileiro, como signatário da Convenção Americana e da Convenção de Belém do Pará, tendo a Comissão⁴⁷ se pronunciado sobre o caso da seguinte forma:

⁴⁰ CUNHA, PINTO, 2008. p. 21

⁴¹ CUNHA, PINTO. Op. cit., p. 21

⁴² CUNHA, PINTO. Op. cit., p. 22

⁴³ CUNHA, PINTO. Op. cit., p. 22

⁴⁴ CUNHA, PINTO. Op. cit., p. 23

⁴⁵ CUNHA, PINTO. Op. cit., p. 23

⁴⁶ CUNHA, PINTO. Op. cit., p. 23

⁴⁷ Relatório 54/2001. Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.

Tais pedidos foram dirigidos ao governo brasileiro no ano de 1998⁴⁸, em que pese à posição do Palácio do Planalto ter sido a de se omitir e não fornecer quaisquer respostas, seguiram-se três anos de sucessivas tentativas da Comissão sem obter um posicionamento do Estado brasileiro, que sempre foi respondido com o silêncio desse, por conta disso, valendo-se da prerrogativa concedida aquela entidade pelo Pacto de San Jose, a mesma tornou público o relatório.

Diante desse caso icônico e de tantas outras violações aos direitos humanos das mulheres em situação de vulnerabilidade, o legislador criou a Lei nº 11.340/06, passando a ser o 18º país na América Latina e Caribe a ter uma legislação específica para o enfrentamento da violência doméstica.

A aprovação dessa lei representou um marco histórico de reconhecimento da violência contra as mulheres como um problema social do país, resultado de um processo que ganhou força a partir dos anos 1970.

4.2 Lei nº 11.340/06 e as mudanças na política de proteção à mulher.

É necessário observar que, conforme o texto da própria lei, a proteção imposta por ela se restringe aos casos de violência ocorrido no ambiente doméstico, isso ocorre por dois motivos: esse é o contexto em que as mulheres mais sofrem violência e a lei é uma contraposição a uma política criminal que coloca a proteção da família em primeiro lugar, em detrimento dos direitos individuais.

Se por um lado há essa restrição, por outro lado a proteção asseverada pela lei estendesse a todas as mulheres, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, conforme o art. 2º, abarcando, inclusive, a união homoafetiva (art. 5º, parágrafo único).

⁴⁸ CUNHA, PINTO, 2008. p. 25

Ainda que nítido o caráter penal do novo diploma, o mesmo busca realizar medidas em outros campos, sendo três eixos de atuação:

a) medidas criminais, para a punição da violência. Estão inclusos nele, procedimentos como a retomada do inquérito policial, a prisão em flagrante, a preventiva ou decorrente de pena condenatória;

b) medidas de proteção da integridade física e do direito da mulher. Integram-no conjuntos de medidas protetivas com caráter emergencial para a mulher e medidas voltadas para o atendimento de forma integral, com atendimento psicológico, jurídico e social;

c) medidas de prevenção e educação, para evitar a propagação social da violência e da discriminação de gênero.

Atualmente, as medidas mais severas impostas pela lei, perdem espaço para as penas alternativas, que incluem prisões em flagrante utilizadas como estratégia de contenção do agressor, envio do mesmo para tratamento psicológico ou de alcoolismo e aplicação de penas mínimas com o benefício do *sursis*, perdendo-se de vista a responsabilização do agressor pelo crime cometido.

Contudo não são só as medidas da seara criminal que carecem de atenção, as medidas de proteção encaram o mesmo problema, pois sem políticas sociais tendentes à promoção dos direitos das mulheres e programas de assistência para que as mesmas saibam dos seus direitos, as respostas possíveis restringem-se ao assistencialismo da cesta básica e inclusão em programas sociais.

Por derradeiro, importante comentar a respeito da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 4424, propostas ante o STF, pelo Presidente da República e pelo Procurador Geral da República (PGR), respectivamente.

A ADC tinha como objetivo declarar a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41, para que houvesse uma uniformização dos julgados, já que alguns magistrados entendiam serem inconstitucionais tais normas.

Em seus votos os decanos da Suprema Corte entenderam pela constitucionalidade dos mesmos, enfatizando, nas palavras do então Ministro Ayres Brito,

que a lei “... rima com a Constituição”.⁴⁹ Além disso, em seu voto, o Ministro Celso de Mello, lembrou a importância da CIDH na criação da lei, que apontou a deficiência judiciária nacional a cerca do assunto, exigiu uma investigação séria e a punição do autor.

Já na ADI 4424, o PGR questionava a validade dos arts. 12, inc. I; 16 e 41 da Lei nº 11.340/06. O art. 16 preceituava ser a ação penal pública condicionada, contudo o pleno do Supremo decidiu que a ação deveria ser incondicionada, em respeito a dignidade da vítima, como bem apontou o Ministro Luiz Fux⁵⁰ em seu voto:

Sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétreia.

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso, o único a discordar do relator entendeu que, sendo os crimes de competência do Juizado Especial, devido à celeridade do trâmite, bem como defendeu que, se o legislador entendeu que a ação deveria ser condicionada a representação, não o fez de forma leviana e que “o cidadão é sujeito de sua história, é dele a capacidade de decidir por um caminho”. Ainda frisou o Ministro a situação de um casal que faz as pazes e é surpreendido por uma ação penal, para justificar seu ponto de vista.⁵¹

No entender da maioria dos ministros, a competência para julgamento desses crimes não deve ser do juizado especial criado pela lei, mas sim da Justiça Comum.

4.3 Prisão preventiva na Lei Maria da Penha

O art. 42 da Lei nº 11.340/06 acabou acrescentando um inc. IV ao art. 313 de CPP (alterado posteriormente pela Lei nº 12.403/11, que criou o inc. III), in verbis:

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

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>> Acessado em 20 maio 2014

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>> Acessado em 20 maio 2014

⁵¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>> Acessado em 20 maio 2014

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; [...]

Contudo, conforme nota-se dos ensinamentos de Nucci⁵², a nova possibilidade de aplicação da prisão preventiva requer do julgador muita cautela para adotá-la, pois, segundo o autor:

Há delitos incompatíveis com a decretação da prisão preventiva. Ilustrando: a lesão corporal, possui pena de detenção de três meses a três anos; a ameaça, de detenção de um a seis meses ou multa. São infrações penais que não comportam preventiva, pois a pena a ser aplicada, no futuro seria insuficiente para ‘cobrir’ o tempo de prisão cautelar (aplicando-se, naturalmente, a detração, conforme art. 42 do CPP).

Ademais, além da questão levantada por Nucci, Sanches e Batista fazem outra ressalva, mas para uma melhor compreensão, mister se faz a transcrição dos artigos 22, 23 e 24 da lei em apreço:

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

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. [...]

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

⁵² NUCCI, 2006. p. 877

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
 IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. [...]

Como pode-se notar e foi apontado por Cunha e Pinto⁵³, várias das medidas elencadas nos artigos supra transcritos têm primordialmente caráter civil, portanto a adoção de uma medida restritiva de liberdade para garantir a execução devida da medida, “parece provimento que incorrerá em inevitável pecha de inconstitucionalidade”:

Com efeito, se a medida protetiva é de caráter civil, a decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, violará o disposto nos arts. 312 e 313 do CPP, que tratam, por óbvio, da prática de crimes. E pior, afrontará princípio constitucional esculpido no art. 5º, LXVII, que autoriza a prisão civil apenas para as hipóteses de dívida de alimentos ou depositário infiel. Tais hipóteses, como é cediço, compõem um rol taxativo que, por importarem em restrição da liberdade, não admitem ampliação.⁵⁴

Arrematam os mesmos, usando para tanto o exemplo de Eduardo Luiz Santos Cabette⁵⁵, que sugere a decretação da prisão preventiva contra àquele que não respeitar o limite de aproximação da vítima fixado pelo juiz, mas para isso é preciso que esse desrespeito venha acompanhado da prática de algum crime, pois no entender dos três, as hipóteses pelos arts. 312 e 313, CPP, só fazem jus em se tratando de tipos penais, ou seja, a mera desobediência a medida cautelar não legitima a decretação da preventiva, pois incorreria em inconstitucionalidade.

Na mesma linha de pensamento pronuncia-se Moreira⁵⁶, para quem:

A lei criou, portanto, este novo requisito a ensejar a prisão preventiva. Não seria mais necessária a demonstração daqueles outros requisitos (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, além da magnitude da lesão causada - art. 30 da Lei nº. 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

Sobre o assunto, observe-se o posicionamento de Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez⁵⁷:

⁵³ CUNHA, PINTO, 2008. p. 121

⁵⁴ CUNHA, PINTO, 2008. p. 121

⁵⁵ CABETTE, Eduardo Luis Santos. **Anotações** críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. <w ww.jusnavigandi.com.br> 20 maio 2014

⁵⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10291/a-lei-maria-da-penha-e-suas-inconstitucionalidades/3>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁵⁷ SENDRA. apud MOREIRA, op. cit.

Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea – probable comisión de ‘otros’ o ‘ulteriores’ delitos – deja entrever que esta concepción se

Tão pouco pode se atribuir à prisão preventiva um fim **de prevenção especial**: evitar o cometimento de delitos pela pessoa que tem a liberdade privada. A própria terminologia mais frequentemente empregada para expressar tal idéia – provável cometimento de ‘outros’ ou ‘ulteriores’ – deixa entrever que esta concepção se assenta em um presunção de culpabilidade. (...) Pelas mesmas razões não é defensável que a prisão provisória deva cumprir a função de **acalmar o alarde social** que o delito tenha produzido, enquanto não se tenha determinado quem seja seu responsável. Apenas embasado dentro do esquema lógico de presunção de culpabilidade pode se conceber a privação em um estabelecimento penitenciário, o encarceramento do imputado, como instrumento apaziguador das ânsias e dos temores suscitados pelo delito. (...) A via legítima para acalmar o alarme social – essa espécie de “sede de vingança” coletiva que alguns aparecem guardar e por desgraça em certos momentos aflora – não pode ser a prisão provisória, encarcerando o maior número de pessoas que, à primeira vista aparecem como autores de atos criminosos, mas um julgamento rápido sobre o mérito condenando ou absolvendo, porque só a decisão proferida em um processo pode determinar a culpa e a punição criminal. (Grifos no original)

Sobre o assunto, é válido o ensinamento de Alberto Bovino⁵⁸, para o qual, não é possível:

... que a situação do indivíduo ainda inocente seja pior do que a da pessoa já condenada, é dizer, de proibir que a coerção meramente processual resulte mais gravosa que a própria pena. Em consequência, não se autoriza o encarceramento processual, quando, no caso concreto, não se espera a imposição de uma pena privativa de liberdade de cumprimento efetivo. Ademais, nos casos que admitem a privação antecipada da liberdade, esta não pode resultar mais prolongada que a pena eventualmente aplicável. Se não fosse assim, o inocente se acharia, claramente, em pior situação do que o condenado.

Nota-se assim que a normatização da prisão preventiva trazida pela Lei Maria da Penha é eivada de inconstitucionalidade, pois o legislador quis fazer da mesma uma resposta radical ao grande número de casos de violência doméstica, esquecendo-se de alguns princípios do processo penal que se encontram no texto constitucional.

Dessa forma, podem ocorrer situações esdrúxulas de cerceamento de liberdade, como um indivíduo ser preso por desobedecer a uma ordem de afastamento.

asienta en una presunción de culpabilidad. (...) Por las mismas razones no es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del imputado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito. (...) La vía legítima para calmar la alarma social – esa especie de ‘sed de venganza’ colectiva que algunos parecen alentar y por desgracia en ciertos casos aflora – no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que prima facie aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal (TRADUÇÃO LIVRE).

⁵⁸ BOVINO, Alberto. Apud Moreira, Rômulo Andrade.

Entende-se a necessidade de um combate a violência em âmbito doméstico, contudo o legislador cometeu deslizes na redação da lei de modo a poderem acontecer situações absurdas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Franz Kafka, em sua obra “O Processo”, apresenta a história de um homem que de repente se vê acusado por algo que ele não sabe que fez e por pessoas que ele não sabe quem são, da forma mais arbitrária possível. Kafka, por meio desse livro, busca mostrar, com a licença poética, o quão absurdo é o julgamento de um cidadão pautado num sistema inquisitivo e arbitrário.

Contudo, a história retratada pelo autor não se restringe apenas ao mundo fantástico, no Brasil, por exemplo, houve tempos em que o princípio que embasava o codex processual penal era o da presunção de culpabilidade, muito diferente da atualidade, pois com a promulgação da Constituição de 1988, ficou adotado o sistema acusatório para reger o processo penal e junto com ele o princípio da presunção de inocência, consagrada como direito fundamental. .

Acontece que, muito embora a Carta Magna consagre um fortalecimento das garantias e direitos individuais, o texto do CPP ainda guarda muitas influências da legislação processual italiana fascista, haja vista que o mesmo teve sua elaboração influenciada pelos ideais dessa.

O legislador ordinário elaborou várias leis de modo a compatibilizar a interpretação do Código de Processo Penal com o estabelecido na Constituição, dessa maneira buscando suplantar os resquícios existentes do sistema inquisidor, porém, na contramão desse raciocínio, o Legislativo passou a criar ordenamentos que cerceiam a liberdade de um acusado.

Ditas leis foram criadas, pois, muitas às vezes em que ocorrem casos que choquem a nação, a população, diante de um sentimento de “revolta social” e de incredibilidade do Judiciário, da legislação penal e processual vigente, sofrendo influência das mídias, passa a exercer uma grande pressão sobre os integrantes dos órgãos legisladores em busca de medidas que possam responder a esse clamor.

Diante dessa pressão e com o intuito de dar uma satisfação rápida aos anseios do povo, deputados federais e senadores acabam por elaborar e aprovar leis que, de fato, apresentam punições, bem como medidas cautelares mais graves a serem adotadas contra os infratores, mas em contrapartida o texto está eivado de inconstitucionalidades, pois não foram observados os princípios constitucionais que devem embasar o processo penal.

Em que pese não só essas novas legislações, o CPP brasileiro, como exposto têm, em muitos dos seus dispositivos, resquícios do período que o influenciou e por consequência amostras do sistema inquisitivo.

Contudo, ainda que subsistindo esses institutos que remetem a uma persecução penal diametralmente oposta a tendência de um direito mais humanitário, é notório o posicionamento da doutrina processualística penal pátria em buscar uma compatibilização das ditas normas com os preceitos trazidos pela Constituição Federal, a um quando da faculdade do magistrado de ordena a produção de provas emergenciais e que podem perecer, ainda que não instaurado o processo penal, o mesmo impõe uma série de requisitos para que o julgador proceda a tal trâmite, visando a não ocorrência de uma quebra da imparcialidade daquele; outro exemplo é no que se refere ao inquérito policial, é crescente a corrente doutrinária que entende a maior participação da defesa no procedimento, inclusive respeitando o contraditório.

Ainda quanto ao inquérito policial, alguns autores, a exemplo de Norberto Avena, não o consideram como um resquício do sistema inquisitivo em nosso código, pois esse instituto não serve, necessariamente, para que o magistrado valora sua decisão, valendo-se de que o mesmo não é um requisito para a instauração do processo, desse modo não há que se falar da participação da defesa e, por consequente, de contraditório nessa fase, já que ao julgador resta a faculdade de ignorar a investigação policial quando na prolação da sentença.

Contudo, partindo do princípio de que a defesa não deveria ser ouvida no momento do inquérito, não há que se falar na busca pela verdade real – que se tornaria mais demorada com a participação do réu e do seu representante – uma vez que sem o contraditório, é considerada tão somente uma versão no momento da apuração dos fatos, de sorte que a verdade dificilmente seria alcançada dessa maneira.

Ademais, ainda quanto à investigação, a possibilidade da existência do contraditório e da ampla defesa já nessa fase poderia acarretar em alguns casos a celeridade na resolução de algumas situações, não necessitando a intervenção do judiciário, bem como evitar-se-iam constrangimentos, tome-se por exemplo o caso de um sujeito que mata um assaltante agindo em legítima defesa própria ou de outrem, caso o inquérito não consiga demonstrar a excludente de ilicitude aquele teria que prová-la em juízo, pois contra ele seria instaurada uma denúncia com a acusação de homicídio, nesse meio tempo o acusado poderia ter sua imagem prejudicada ante a imputação do crime. Entretanto,

podendo o réu exercer sua defesa durante o inquérito a excludente seria provada antes que o pobre cidadão fosse erroneamente denunciado, dessa forma tanto se preservaria a imagem do sujeito, quanto evitar-se-ia uma mobilização desnecessária do Judiciário.

Quanto à prisão cautelar, em específico a prisão preventiva, percebe-se que o instituto não pode ser mais caracterizado como um adiantamento de condenação sem o trânsito em julgado, haja vista todos os requisitos impostos pelo CPC para que o juiz autorize a prisão preventiva, diante da análise daqueles, nota-se que o legislador, embora almeje a paz social, tem plena compreensão de que a mesma não pode ser alcançada suprimindo o os direitos do cidadão.

A Lei nº 11.340/06, criada tanto em decorrência da pressão exercida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tinha por objetivo que o Brasil obedecesse ao Pacto de San José da Costa Rica, quanto impulsionada pelo supracitado anseio da população em punir os infratores, nesse caso específico, os maridos e companheiros que lesavam e que lesam fisicamente suas esposas e parceiras, que se silenciavam e, ainda que com promulgação da lei, seguem em silêncio diante de tal atrocidade, acabou por acrescer no artigo do Código Processual Penal que trata da preventiva, um inciso claramente inconstitucional.

O legislador definiu uma série de medidas protetivas de caráter claramente civil e logo em seguida dispôs que a prisão cautelar estaria autorizada quando o infrator, sobre quem foi imputado a medida, desobedecer a mesma, dessa maneira a legislação utilizasse de um instituto penal para assegurar o cumprimento de uma medida civil, o que representa um descabimento, haja vista a falta de ponderação entre a punição e a infração. Ademais a que se frisar nítida inconstitucionalidade, já que a lei criou uma nova forma de prisão civil, o que segundo a Carta Magna e o Pacto de São José da Costa Rica só é autorizada para os casos de atraso injustificado em pensão de caráter alimentício.

Outro problema é perceptível: o novo inciso possibilita que seja decretada a prisão preventiva em casos que não a recebem, percebe-se, o crime de lesão corporal tem pena de detenção de três meses a três anos, entretanto o codex processual, em seu próprio texto (art. 313) determina que a cautelar seja adotada em casos de infrações cuja pena mínima exceda a 4 (quatro) anos, aplicando-se a prisão provisória nesse caso configurar-se-ia, no momento em que a decisão transita-se em julgado, a detração penal, instituto que determina a redução do tempo que o infrator passou preso preventivamente do total ao qual ele foi sentenciado a cumprir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acessado em 20 maio 2014

CABETTE, Eduardo Luis Santos. Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. <www.jusnavigandi.com.br> 20 maio 2014

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)**. Comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

KAFKA, Franz. **O Processo**. 543. ed. Porto Alegre: L&PM, 2012.

GOMES, Abel Fernandes et al. Persecução Penal e Devido Processo Legal no Brasil e na Common Law Tradition: Análise à Luz da Aplicação de Princípios Democráticos. **Revista Sjrj**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 22, p.17-33, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10291/a-lei-maria-da-penha-e-suas-inconstitucionalidades/3>>. Acesso em: 15 maio 2014.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAAD, Marta. **O direito de defesa do inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p.23-50, abr. 2002

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.III.