



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

ANA CAROLINE SARMENTO DO NASCIMENTO

**LEI MARIA DA PENHA: A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO
JUIZ NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL DIANTE DO SISTEMA PENAL
ACUSATÓRIO**

SOUSA – PB

2018

ANA CAROLINE SARMENTO DO NASCIMENTO

**LEI MARIA DA PENHA: A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO
JUIZ NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL DIANTE DO SISTEMA PENAL
ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

SOUSA – PB

2018

ANA CAROLINE SARMENTO DO NASCIMENTO

**LEI MARIA DA PENHA: A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO
JUIZ NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL DIANTE DO SISTEMA PENAL
ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Data de aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha amada avó Joana Sarmiento (in memoriam) por tudo que ela representou e continua representando na minha vida. Eterna fonte de inspiração e força. Razão de orgulho em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte inesgotável de força e refúgio, por ter me concedido o dom da vida, por me possibilitar trilhar esse caminho e ao fim sair vitoriosa. A ele toda honra e Glória.

Aos meus pais, Francisco Nogueira do Nascimento Junior e Maria do Desterro Sarmento, exemplos de vida, honestidade e força por todo amor, cuidado e proteção. Por todos os ensinamentos que serviram de base na formação do meu caráter. Por toda paciência quando falhei ou os desapontei. A vocês todo amor e gratidão que simples palavras não são capazes de mensurar. Essa vitória é de vocês e para vocês.

Às minhas irmãs, Isabella Sarmento e Viviane Sarmento, pelo companheirismo, lições de vida e amor compartilhado. Saibam que cada uma de vocês, nas suas particularidades, contribuíram significativamente para esta conquista, e eu serei eternamente grata a Deus por ter vocês na minha vida.

À minha avó materna, Joana Sarmento (*in memoriam*), mulher forte e guerreira, por todo o exemplo de vida, por ter cuidado da gente com tanto zelo na sua lucidez e por nos ensinar tanto mesmo depois de perdê-la. Tudo que eu sei sobre amor e dedicação eu aprendi com a senhora. À ela toda minha gratidão e saudade.

À minha amiga/irmã Hayanna Melo de Noronha, por toda cumplicidade e parceria, amor e cuidado. Ter encontrado com você nessa caminhada, sem sombra de dúvidas, a tornou mais leve e feliz. Obrigada por todos os momentos compartilhados, pelos sonhos sonhados juntas, alguns realizados, outros não, pela companhia fiel em todos os momentos durante esses 5 anos de graduação. Você me ajudou a chegar onde eu cheguei e por isso e tantos outros motivos que não cabem citar aqui, eu lhe serei sempre grata. Você é parte dessa conquista.

À Allanna Melo de Noronha, pela amizade construída ao logo desses 5 anos. Você foi e sempre será um presente de Deus em minha vida e eu sempre lhe serei grata por todos os momentos compartilhados e por toda cumplicidade que construímos. Obrigada pela amizade sincera.

Ao meu amado grupo, Galera do Espetinho. Á todos vocês meu muito obrigada pela parceria e cumplicidade. Para mim vocês são a tradução do que é ser amigo e eu me sinto imensuravelmente grata por ter sido apresentada a cada um de

vocês. Sem sombra de dúvidas a nossa convivência diária será o que mais me fará falta ao fim dessa caminhada, mas a certeza de que fiz amigos para toda a vida é o que acalenta o meu coração. Avante meu grupo!

Por fim agradeço a todos meus familiares e amigos, que contribuíram direta ou indiretamente com essa conquista. Que Deus nos abençoe e que todos os nossos objetivos possam ser concretizados assim como esse.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa esclarecer a dúvida existente sobre a legitimidade do artigo 20 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) no que se refere ao cabimento da decretação de ofício pelo Juiz da prisão preventiva na fase do inquérito policial em contraposição à previsão trazida pelo Código de Processo Penal que dispõe que o Juiz só poderá decretar a prisão preventiva de ofício se no curso da ação penal. Para isso, aborda aspectos históricos concernentes à concepção da Lei Maria da Penha bem como analisa o instituto da prisão preventiva, enquanto medida cautelar, em todas as suas peculiaridades. Durante o trabalho vamos fazer uma análise dos princípios que norteiam a temática, analisar de maneira pormenorizada o instituto da prisão preventiva e por fim verificar a (in)constitucionalidade do art. 20 da lei maria da penha. A metodologia adotada é o método dedutivo, a técnica de pesquisa é a pesquisa bibliográfica e documental. Temos como hipótese que há um possível conflito de normas entre o artigo 20 da lei maria da penha e o código de processo penal trazendo grande insegurança jurídica a sociedade. Como considerações conclusivas temos que o referido dispositivo é flagrantemente inconstitucional frente ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Lei Maria da Penha. Legitimidade.

ABSTRACT

The present course conclusion work aims to clarify the existing doubts about the legitimacy of article 20 of the Maria da Penha Law (Law n ° 11.340 / 2006 with regard to the fitting of the decree of ex officio preventive detention by the judge during the police investigation phase in contraposition to the prediction brought by the Code of Criminal Procedure which provides the Judge can only order preventive custody ex officio if in the course of the criminal action. To this, it addresses historical aspects concerning the conception of the Maria da Penha Law as well as analyzes the institute of preventive detention, as a precautionary measure, in all its peculiarities. In the course of the study, the legitimacy of Article 20 of Law 11340/2006 is clear, since this is subject to the requirements contained in article 312 of the CPP. The relevance of the study here is shown in the clarification of the doubt generated around a possible normative conflict. To obtain the results the deductive method was used, using a bibliographical and virtual research technique, using as sources the Constitution, infraconstitutional legislation, jurisprudence and specialized doctrines, as well as scientific articles, journals and reading texts about the problematic. Finally, it is concluded that the generating doubt article is legitimate and its application aimed at a specific situation so it does not contradict the current criminal procedural law.

Keywords: Preventive Detention. Maria da Penha Law. Legitimacy.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS QUE IMPORTAM AO TEMA | 12 |
| 2.1 Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade | 12 |
| 2.2 Princípio da imparcialidade do juiz | 13 |
| 2.3 Princípio do contraditório ou bilateralidade da audiência | 15 |
| 2.4 Princípio da ampla defesa | 16 |
| 2.5 Princípio da ação, demanda ou iniciativa das partes | 17 |
| 2.6 Princípio da oficiosidade | 18 |
| 2.7 Princípio do impulso oficial | 19 |
| 2.8 Princípio da motivação das decisões | 19 |
| 2.9 Princípio do promotor natural ou do promotor legal | 20 |
| 2.10 Princípio da proporcionalidade | 22 |
| 3 PRISÃO PREVENTIVA: DISPOSIÇÕES GERAIS E ESPECÍFICAS | 24 |
| 3.1 Conceito e natureza jurídica | 24 |
| 3.2 Características | 25 |
| 3.3 Pressupostos | 26 |
| 3.4 As hipóteses de decretação | 27 |
| 3.5 Infrações que comportam a medida | 29 |
| 3.6 Revogação | 30 |
| 3.7 Apresentação espontânea | 31 |
| 3.8 Preventiva versus excludentes de ilicitude | 33 |
| 4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: UMA ABORDAGEM SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL | 35 |
| 4.1 Lei Maria da Penha no contexto do Princípio Constitucional da Isonomia | 35 |
| 4.2 Da violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos | 36 |

| | |
|--|-----------|
| 4.2.1 <i>Historicidade dos direitos humanos das mulheres</i> | 37 |
| 4.3 Do papel da autoridade policial e do Ministério Público na fase inquisitorial | 39 |
| 4.3.1 <i>Sistemas Processuais Penais</i> | 39 |
| 4.3.2 <i>Fases no processo penal</i> | 41 |
| 4.3.3 <i>Do papel da autoridade policial</i> | 41 |
| 4.3.4 <i>Do papel do Ministério Público</i> | 44 |
| 4.4 Das medidas protetivas de urgência | 45 |
| 4.5 Uma análise da constitucionalidade da prisão preventiva de ofício da fase do inquérito policial | 47 |
| 5 CONCLUSÃO | 50 |
| REFERÊNCIAS | 51 |

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva enquanto medida cautelar revela-se como um importante instituto na garantia da ordem jurídica processual. Seu cabimento está condicionado à presença de uma série de pressupostos e requisitos previstos em lei assim como a competência para a sua decretação de tal maneira que o descumprimento de qualquer uma dessas exigências implica na sua anulação. Caracteriza-se como uma medida subsidiária, tendo em vista que o julgador deve se ater as demais medidas cautelares quando possível, e só na impossibilidade de sua aplicação deve se utilizar da preventiva.

A Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006) traz consigo duas hipóteses de prisão preventiva do agressor nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Uma dessas hipóteses, prevista em seu artigo 20 confere ao julgador a possibilidade de decretar de ofício a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial. O que contraria o artigo 311 do Código de Processo Penal que preleciona que a decretação de ofício pelo juiz só pode ocorrer no curso da ação penal. O aparente conflito de normas causa grande insegurança jurídica no caso concreto, quando da aplicação do dispositivo por parte dos magistrados. Ampliar a discussão como forma de minorar essa insegurança jurídica é um dos pontos mais relevantes da presente pesquisa.

A partir do conflito de normas mencionado levantou-se a seguinte problemática: É possível a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz na fase do inquérito policial diante do sistema penal acusatório?

Para responder a esse questionamento o presente trabalho irá analisar se as hipóteses de prisão preventiva trazidas pela Lei nº 11.340/2006 são constitucionais diante da previsão legal do artigo 311 do Código de Processo Penal e do princípio da presunção da inocência. A hipótese é que todos são presumidamente inocentes, e dessa forma, a decretação da prisão na fase de inquérito como previsto na lei maria da penha seria flagrantemente inconstitucional.

O trabalho traz no primeiro capítulo considerações acerca dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam a temática, fazendo uma relação com o instituto da prisão preventiva; no segundo capítulo é feita uma análise jurídica-legal da prisão preventiva, trazendo sua natureza jurídica e conceitos

doutrinários; no terceiro capítulo inicialmente é apresentado um breve histórico da conquista dos direitos das mulheres fazendo relação com os motivos que levaram o legislador a editar o artigo 20 da lei maria da penha, ao final são apresentados os argumentos favoráveis e contrários a inconstitucionalidade da referida norma.

O método de abordagem é o dedutivo, exaurindo todas as generalidades em relação ao instituto da prisão preventiva. Ademais, serão empregados os métodos histórico-evolutivo e o monográfico como método de procedimento, assim como a pesquisa bibliográfica e documental como técnica de pesquisa.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS QUE IMPORTAM AO TEMA

2.1 Princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade

Abordado, pela primeira vez, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na Revolução Francesa, o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade surgiu visando proteger a liberdade daqueles que eram atingidos pelo Estado e o seu poder de punir. Reportava-se tão somente à censura da prisão indevida bem como à repressão da severidade empregada na prisão legal. Atrelado a outros princípios, a exemplo do devido processo legal, este, garantia que todo aquele acusado da prática de um delito fosse considerado inocente até que fosse provada a sua culpabilidade com base na lei e no julgamento público, lhe sendo sempre assegurado o direito de defesa necessário, como foi analisado em face da leitura de Fernando Brandini Barbagalo, no livro Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais.

No Brasil, foi instituído e expressamente disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Até então, as constituições anteriores abordavam este princípio de forma velada dentro dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A partir daí, passou a ser considerado um direito e uma garantia constitucional, sendo manifesto o seu auxílio na devida interpretação do ordenamento jurídico.

Ainda segundo Barbagalo, vale evidenciar, quando do estudo desse princípio, a grande divergência doutrinária existente quanto a sua nomenclatura. Para alguns autores o termo mais correto é o da presunção da inocência, que significa dizer que toda pessoa deve ser encarada como presumidamente inocente até que seja comprovada com segurança a sua culpa. Os adeptos dessa corrente defendem que essa comprovação deve ser obtida por meio de um devido processo legal, julgado por um juízo competente e só após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em contrapartida, outros doutrinadores entendem que o uso do termo presunção é utilizado de forma equivocada, visto que o texto constitucional não

dispõe expressamente sobre o réu como “presumidamente inocente” e seguindo o pensamento de que: se o réu não pode ser considerado presumidamente culpado, também não pode ocorrer o seu inverso. Para esta parcela da doutrina, o princípio em questão, não gera, na verdade, uma presunção, mas uma condição de inocência.

Por fim, a doutrina contemporânea opta pela utilização do termo não-culpabilidade ao invés do termo presunção de inocência, utilizando como premissa a clareza do texto constitucional quando da utilização da expressão: “ninguém será considerado culpado”, sendo inegável a intenção do constituinte em considerar e não presumir. Entende-se desse modo, que aquele que for considerado inocente, assim será mantido até o fim que se deseja atingir. Fato é que a Constituição deve ser interpretada na sua literalidade e de acordo com a vontade do constituinte. Nessa linha, a posição de Badaró:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Em acordo a isso, Luiz Flávio Gomes, reforça citando Jaime Vergas Torres, afirmando

Não é possível distinguir presunção de não culpabilidade e presunção de inocência. Desse modo, o art. 27.2. da Constituição (italiana) não faz outra coisa que consagrar o princípio da presunção de inocência... Essa é a doutrina de Illuminati, Bellavista e outros... Este último, impugnando a tese de Frosali segundo a qual a Constituição enuncia somente a formulação negativa de não presunção de culpabilidade, afirmou: ‘Vale aqui a máxima qui dicit de uno, negat de altero. Quando não se é considerado culpado, se é considerado inocente. Tertium non datur.

Em síntese, esse princípio demanda do autor da ação penal o ônus da prova, que deve atestar a culpa daquele que é acusado da prática ilícita, e que por sua vez, deverá ser sempre absolvido quando houver dúvida acerca da sua inocência.

2.2 Princípio da imparcialidade do juiz

Indispensável à administração da justiça, o princípio da imparcialidade do juiz é inerente ao órgão jurisdicional e garante para as partes a certeza de um processo justo e uniforme. É condição fundamental para que o juiz possa desempenhar suas atribuições dentro do processo, de modo a estar sempre entre as partes, bem como, acima delas. Constitui o caráter de validade imprescindível à relação processual.

De acordo com o princípio em comento, o juiz deve basear suas decisões em um conhecimento racional e direto da causa, carecendo de julgar todo e qualquer jurisdicionado com a mesma régua. Para tanto, de acordo com Pellauer (2010) é necessário transcender suas próprias convicções pessoais, religiosas, políticas etc, quando do julgamento de qualquer causa. Todavia, revela-se dificultoso o seu estudo, visto que, como todo ser humano, o juiz é dotado de suas próprias crenças, princípios e ideais, o que o impede de ser visto como um ser apático e inteiramente indiferente aos eventos sociais.

Em vista disso, a obediência desse princípio deve ser condicionada à obediência de outro, qual seja, o princípio do livre convencimento do juiz, que o limita a realizar o seu julgamento com base na instrução probatória contida nos autos. Isso uma vez que, o juiz é alheio aos fatos que resultaram no litígio das partes e assim sendo, seu convencimento deve ser construído de acordo com as provas que lhe forem apresentadas durante a instrução do processo. A partir destas ele deverá, conforme seus princípios e sempre pautado na lógica e no que dispõe o ordenamento jurídico, motivar e fundamentar a sua decisão.

Com o intento de assegurar a aplicação desse princípio, a Constituição Federal de 1988 elencou um rol de garantias e vedações aos magistrados, possibilitando a eles o exercício de suas atribuições de forma isenta e independente. Em sua redação o artigo 95, do diploma supramencionado, prevê:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III – dedicar-se à atividade político-partidária.

IV- receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V- exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração

Além dessa previsão constitucional, o princípio da imparcialidade do juiz conta com o apoio de dois institutos criados pelo Código de Processo Penal, sendo eles o do impedimento (art. 134) e o da suspeição (art. 135). O impedimento consiste em uma circunstância concreta que acaba por ser absolutamente incompatível com o exercício da função julgadora por parte do magistrado, em virtude de sua ligação com uma das partes envolvidas ou com o caso em questão, como por exemplo, o juiz que é parte ou cônjuge de uma das partes do processo.

A suspeição consiste em situações mais peculiares que ensejam a inconveniência da atuação do magistrado em determinado processo, a exemplo daquele que mantém uma relação próxima de amizade com uma das partes ou que seja seu inimigo. Em ambos os casos, estes institutos devem ser manifestados em prazo de 15 dias a contar de seu conhecimento, para que desta forma, haja entre as partes a equidade necessária ao desenrolar do processo.

Isto posto, é manifesta a importância desse princípio ao devido processo legal, oferecendo a máxima segurança necessária às partes em litígio. A imparcialidade deve ser vista, portanto, como garantia fundamental inerente a todo cidadão.

2.3 Princípio do contraditório ou da bilateralidade da audiência

Esse princípio encontra-se expressamente disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 que diz: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. Em outras palavras, o princípio do contraditório ou da bilateralidade da audiência nada mais é do que a exteriorização da ampla defesa. Traduz-se na possibilidade de contradizer, de impugnar, de contrariar o que foi alegado pela parte contrária.

José Manoel de Arruda Alvim Netto adverte para que o contraditório seja efetivo são necessários dois requisitos, quais sejam: a ciência do ato processual,

que pode se dar através da citação, intimação ou notificação; e a possibilidade de reação, ou seja, produção de prova em sentido contrário. É importante salientar que deste princípio decorrem duas regras, sendo elas a da igualdade processual, que confere direitos e obrigações, bem como a da liberdade processual, que faculta a parte o exercício do direito. Mostra-se como um princípio de suma importância no processo, pois dele decorrem vários outros. O Juiz também é influenciado por esse princípio, tendo em vista que deve ouvir ambas as partes do processo e só a partir disso, formar o seu convencimento.

O texto constitucional, quando da regulamentação desse princípio, não estabeleceu nenhuma restrição quanto a sua aplicação, o que significa dizer que a todo e qualquer jurisdicionado deve ser concedido tal direito. Além disso, sua efetividade tem de ser demonstrada não só nos processos judiciais, mas também nos administrativos. Sua garantia se mostra como mais um viés da imparcialidade que o órgão jurisdicional deve dispor.

2.4 Princípio da ampla defesa

Também disposto no artigo 5º, inciso LV da CF/88, o princípio da ampla defesa é responsável por garantir a defesa da forma mais abrangente possível, tratando-a como um direito legítimo e inviolável. Compõe-se basicamente por duas regras essenciais, quais sejam, a possibilidade de se defender e a de recorrer. Pode ser exercida através da autodefesa ou defesa técnica, devendo o defensor, nesse último caso, estar legitimamente habilitado e para que seja efetiva, é necessário que se garanta sua participação no decorrer de todo o processo. A falta de defesa ou sua ineficiência pode ensejar a anulação do processo, resta claro na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal que aponta:

Súmula 523/STF - 18/12/2017. Defesa. Falta de defesa. Nulidade absoluta. Deficiência de defesa. Prova de prejuízo. CPP, arts. 563, 564, III. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Em outras palavras, esse princípio constitui a maneira pela qual a parte pode se utilizar de todos os meios legais para a produção das provas que serão utilizadas

em sua defesa. Em vista disso a sua derrogação mostra-se inaceitável, pois que, por ser um princípio essencial ao controle de atos tanto judiciais quanto administrativos, se derogado, viria a causar grande e irreparável prejuízo às partes litigantes. É uma norma constitucional plena, de eficácia imediata, o que significa dizer que não carece de nenhum complemento futuro para que possa vir a produzir os seus efeitos. Assim sendo, qualquer processo judicial ou administrativo deve, de pronto, respeitar tal princípio.

2.5 Princípio da ação, demanda ou iniciativa das partes

Este princípio, de forma simplificada, visa conceder à parte interessada, no caso, ao autor a plena autonomia de utilizar-se do processo como instrumento para a busca de uma determinada tutela específica, ou seja, para buscar a jurisdição. Destaca-se como sendo de grande importância na construção do processo e acima de tudo para o seu efetivo início e atribui à parte o ânimo de provocar a atividade jurisdicional, como bem foi apontado por Roberto Almeida (2010).

Em outras palavras o processo, em regra, deve-se iniciar a partir do impulso da própria parte, da busca do próprio autor em pretender algo e utilizar-se da jurisdição para essa finalidade. A inércia inicial da atividade jurisdicional se faz necessária para que o magistrado possa apreciar o mérito valendo-se de total imparcialidade, evitando assim, que uma das partes seja indevidamente beneficiada.

Os axiomas latinos *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio* marcam o princípio da iniciativa das partes, afirmando que não há juiz sem autor, ou sem provocação da parte interessada o juiz fica incapacitado de começar o processo de ofício.

Ainda sobre isso, Diego Augusto Bayer, afirma:

O CPP prevê expressamente o aludido princípio quando, por intermédio dos arts. 24 e 30, dispõe que a ação penal pública deve ser promovida pelo Ministério Público, através da denúncia, e que a ação penal privada deve ser promovida pelo ofendido ou por quem caiba representá-lo, mediante queixa.

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Tais dispositivos podem ser confirmados pelo art. 28 do mesmo diploma legal, o qual dispõe que, nos casos em que o órgão do Ministério Público deixa de oferecer a denúncia para requerer o arquivamento do inquérito policial, ainda que o Juiz não concorde com as alegações do MP, não poderá dar início à ação penal *ex officio*, devendo remeter os autos ao Procurador Geral para que esse tome as providências que julgar cabíveis.

É importante ressaltar que existem exceções previstas no nosso ordenamento jurídico que possibilitam ao juiz provocar o possível início da atuação jurisdicional. Todavia, o artigo 26 do CPP, antes considerado como uma dessas exceções, não foi recepcionado pela nossa Constituição, tornando defeso o início da ação, nas contravenções penais, por meio de portaria baixada por delegado ou magistrado. Desse modo a titularidade da ação em comento passou a ser privativa do Ministério Público, podendo, nos casos previstos, ser de iniciativa privada.

Vale dizer também que é lícito aos juízes e tribunais concederem Habeas Corpus de ofício, desde que comprovada ameaça de lesão a liberdade de locomoção, configurando assim, uma exceção ao princípio em comento.

2.6 Princípio da oficiosidade

A palavra oficiosidade indica algo que pode ser feito de ofício, logo, o princípio da oficiosidade indica que o Ministério Público pode oferecer denúncia de ofício na ação penal pública incondicionada, sendo assim, é irrelevante a manifestação de vontade de qualquer uma das partes. Seu fundamento encontra-se no pensamento de que o interesse estatal em aplicar a pena deve ser maior que o interesse da vítima em não querer que o crime seja apurado. Vale ressaltar que esse princípio é restrito à ação penal pública incondicionada, sendo defeso a sua aplicação aos demais tipos de ação penal.

Em poucas palavras, este é um princípio geral que se refere às autoridades integrantes do processo criminal, não abarcando o magistrado, visto que esse é relacionado com o princípio do impulso oficial. Dessa forma, estas autoridades, ao tomarem conhecimento da ocorrência de um delito devem, via de regra, agir *ex officio* imediatamente, sem a necessidade de qualquer provocação, ressalvados os casos da ação penal privada (art. 5º, § 5º, CPP) e da ação penal pública condicionada, como bem afirmou Nucci (2012, p. 111).

2.7 Princípio do impulso oficial

Este princípio, que tem relação direta com o princípio da demanda, determina que começada a ação, essa se desenvolva dentro de seus próprios limites materiais, visto que o Estado precisa dar a melhor resposta possível ao jurisdicionado, temos que esse impulso no processo é de seu interesse. Cabe ao magistrado coordenar o andamento do processo uma vez quebrada a inércia do judiciário, intimando as partes para que cumpram, dentro do prazo estipulado, as providências assinaladas por ele. Isto posto, compete à parte movimentar o processo sempre sob a coordenação do próprio Judiciário.

É considerado pelo ordenamento processual um princípio basilar e a sua aplicação está atrelada a do princípio da ação, de modo que um não funciona sem o outro. Isto quer dizer que, por ser a ação um direito inerente à parte, cabe a ela a sua provocação, devendo o judiciário permanecer inerte até que seja provocado através da propositura do processo. Todavia, em consequência de tal provocação, sendo chamado a intervir no conflito, não poderá o Judiciário se esquivar de conceder a tutela pleiteada, obrigando assim o magistrado a conduzir ex officio o processo até a sua resolução.

Destarte, o magistrado na qualidade de preposto do poder estatal toma este princípio como uma de suas obrigações primordiais no tocante as suas atribuições, qual seja a de coordenar o processo até que seja alcançada a efetiva prestação jurisdicional. Isto posto, temos este princípio como um dos vetores que conduzem o processo fazendo com que se atinja suas finalidades. Em suma, podemos afirmar que o processo nasce pelo exercício do direito de ação, porém só se desenvolve ex officio.

2.8 Princípio da motivação das decisões

Previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, esse princípio determina que todas as decisões judiciais devem ser devidamente motivadas, sob pena de nulidade. Assim dispõe o referido artigo:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

Essa motivação deve ser apreciada levando-se em consideração importantes aspectos, quais sejam, a necessidade de informação dos atos judiciais bem como a sua submissão ao Estado de Direito e às garantias constitucionais. Essa observância traz consigo diversos outros princípios constitucionais imprescindíveis ao nosso ordenamento jurídico, a exemplo da imparcialidade do juiz, da publicidade das decisões judiciais, da independência jurídica do magistrado etc. Além disso, as decisões que envolverem matérias de ordem administrativa também devem ser alvo desse princípio, haja vista a constituição não ter restringido esse princípio apenas às decisões jurisdicionais.

Devemos entender por fundamentada aquela decisão judicial que alude a uma apreciação do que consta nos autos ou nas alegações das partes, ao passo que, nessa apreciação se exponha um juízo de valor acerca das demandas que serão levadas a julgamento.

Ratifique-se que a exigência constitucional em motivar toda e qualquer decisão judicial, qualquer que seja a sua natureza jurídica, se faz necessária para legitimar o provimento jurisdicional como ato de vontade do magistrado e para evitar a imposição arbitrária dessa vontade. Isto posto, conclui-se que este princípio vai muito além de sua utilidade técnica, sendo considerado como garantia constitucional e como tal, imprescindível ao controle externo da atividade judicial.

2.9 Princípio do promotor natural ou do promotor legal

Também chamado de princípio do promotor imparcial, é um princípio constitucional implícito que deriva do princípio do juiz natural previsto no artigo 5º, inciso LIII da Constituição Federal que assim dispõe: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Sua definição reside na ideia

de que da mesma forma que o jurisdicionado tem garantido o direito de ser julgado por um juiz competente, imparcial e provido de jurisdição, sendo defeso a criação de qualquer juízo ou tribunal de exceção, também lhe é assegurado o direito de ser acusado por órgão competente previamente designado por lei, como aponta Capez em seu Curso de Processo Penal (ed. 21, p.72).

Ainda conforme a posição do ilustre doutrinador, “ninguém será processado senão pelo órgão do Ministério Público, dotado de amplas garantias pessoais e institucionais, de absoluta independência e liberdade de convicção e com atribuições previamente fixadas e conhecidas”. Consoante o posicionamento supracitado constata-se que os membros do Ministério Público gozam das mesmas prerrogativas inerentes aos magistrados, quais sejam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos subsídios, possibilitando assim a existência de tal princípio. Fato é que estas prerrogativas inerentes aos seus membros lhe conferem garantias fazendo com que estes não precisem direcionar suas atribuições para a obtenção de alguma vantagem pessoal, propiciando assim maior lisura no transcorrer do processo

Ademais, alguns doutrinadores, a exemplo de Guilherme Souza Nucci (2014, p. 81) citam com embasamento no princípio do promotor natural outros princípios constitucionais, a exemplo do da igualdade, do devido processo legal e da ampla defesa. O órgão do Ministério Público foi reconhecido pela Constituição Federal como uma instituição inalterável e primordial no exercício da função jurisdicional do Estado, tendo sido a ela dado o encargo de defender a ordem jurídica, o estado democrático de direito bem como os interesses sociais e individuais disponíveis.

Nesse sentido tem-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI E INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONTENDO DUPLO FUNDAMENTO: LEGAL E CONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE CABIMENTO SOMENTE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR ENTENDER QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM TERIA ADOTADO O TEMA RELACIONADO À OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL COMO FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE PARA DECIDIR A CONTROVÉRSIA. ARGUMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Tendo o tribunal de origem decidido a controvérsia com base em fundamento constitucional e legal, impunha-se a interposição simultânea

de recurso especial, sob pena de não o fazendo subsistir hígido o tema afeto à interpretação da legislação ordinária. O conhecimento do extraordinário, assim, encontra óbice na Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal.

2. In casu o acórdão recorrido assentou (folha 642): Júri. Duplo homicídio duplamente qualificado. Atuação em plenário de julgamento de promotor de justiça estranho à comarca e ao feito. Ferimento ao princípio do promotor natural. Nulidade reconhecida. Embora não previsto expressamente em lei, o Princípio do Promotor Natural decorre de dispositivos constitucionais e é admitido na doutrina e na jurisprudência, ainda que comportando alguma relativização. No caso, a atuação em plenário de julgamento de um Promotor de Justiça estranho à Comarca e ao feito, sem regular designação e estando a titular da Promotoria em pleno exercício de suas funções, constitui ferimento ao referido princípio e acarreta a nulidade do julgamento. De outra banda, estando o réu preso há quase onze meses e pronunciado há cerca de sete meses, está caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, impondo-se a concessão de habeas corpus de ofício. Apelo provido, por maioria. Habeas Corpus concedido de ofício, por maioria.

3. Agravo regimental no recurso extraordinário. Alegação de não cabimento de recurso especial, porquanto o acórdão recorrido teria adotado a violação ao princípio do promotor natural como fundamento autônomo e suficiente ao prover o recurso de apelação interposto contra a decisão proferida pelo Tribunal do Júri. Argumentação insubsistente, dado que, tendo em vista a realidade processual e os fatos jurídicos ocorridos na sessão do Júri, o Tribunal estadual assentou a violação a regras processuais e o vício no ato de designação do Promotor de Justiça que fora designação para atuar tão somente na assentada em que o recorrido seria submetido a julgamento, o que viria patentear a ocorrência de nulidade após a pronúncia, razão pela qual o recurso de apelação foi conhecido com base no artigo 593, III, a, do Código de Processo Penal.

4. A reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objeto último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. (Habeas Corpus nº 67.759-2/RJ, Plenário, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 01.07.1993).

5. Agravo regimental não provido.

Por fim, resta nítida a obrigatoriedade do respeito a esse princípio em virtude dos direitos e garantias por ele assegurados. Ainda que implícito na Constituição, deve ser acolhido e aplicado no nosso processo penal em consonância com a doutrina preponderante bem como com a jurisprudência, assegurando que o jurisdicionado seja acusado tão somente por um membro do Ministério Público previamente constituído por força da lei.

2.10 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, como apontado por Denilson Pacheco, é mais um princípio constitucional implícito que visa estabelecer a avaliação da norma mais razoável a ser aplicada em determinado conflito entre princípios jurídicos e/ou valores. Em outras palavras é uma forma de controle das normas pela qual é possível observar se uma norma é ou não constitucional. Se fundamenta na ideia de que uma norma que não é proporcional torna-se, por consequência, inconstitucional. A análise de certos fatores como sociais, políticos, econômicos e culturais se fazem imprescindíveis quando da aplicação desse princípio, não se esquecendo dos critérios legais.

O cumprimento desse princípio destina-se a evitar a ocorrência de decisões desproporcionais e arbitrárias sempre que existir conflitos entre preceitos básicos indispensáveis. Com efeito, preleciona o notório jurista José Sérgio da Silva Cristóvam (2006. p. 211), quando diz:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Destarte, cumpre destacar que o princípio em comento, em virtude de sua importância na aplicação das normas jurídicas deve ser amplamente utilizado como forma de proteção dos direitos dos cidadãos perante o arbítrio do Estado.

3 PRISÃO PREVENTIVA: DISPOSIÇÕES GERAIS E ESPECÍFICAS

A prisão, em uma análise geral, consiste na privação da liberdade de locomoção de um indivíduo, justificado pela prática de um ilícito ou por uma ordem legal e para que seja decretada necessita de uma ordem judicial que a justifique. As prisões cautelares caracterizam-se como uma espécie da prisão e se definem como medidas preventivas que objetivam garantir a lisura necessária à aplicação da lei. Não possuem caráter definitivo por não resultarem de sentença penal condenatória transitada em julgado e são divididas em três modalidades, quais sejam a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

Como o objeto desse trabalho circunda os limites da aplicação da prisão preventiva, adentraremos numa análise mais aprofundada acerca dessa modalidade de prisão cautelar.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

Para Renato Brasileiro (2016, p.1261), a prisão preventiva consiste em uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, por meio de representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer das fases de investigações ou do processo criminal, de modo que, nesta última, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado. Poderá ser decretada sempre que forem preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 313 do CPP, bem como tiverem ocorrido os motivos autorizadores dispostos no artigo 312 do mesmo código, além de se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares da prisão trazidas pelo artigo 319.

Encontra previsão legal no artigo 311 do Código de Processo Penal que traz a seguinte redação:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Sua natureza jurídica é de provimento cautelar e funciona como uma medida destinada a assegurar a eficácia do processo até a prolação da sentença além de garantir a instrução probatória. Quando da análise do conceito doutrinário é possível perceber que uma de suas características essenciais é a cautelaridade. Na qualidade de espécie de medida cautelar pessoal, a sua decretação está ligada tanto à observância dos requisitos específicos, previstos nos arts. 312 e 313 do CPP, quanto à obediência dos princípios que norteiam a sua aplicação. Sua natureza jurídica objetiva “punir a ocorrência de danos de difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim” (LIMA, 2014, p.789).

Em poucas palavras, a prisão preventiva caracteriza-se como uma prisão processual que precede a condenação, limitando parcialmente a liberdade física do indivíduo e que pode ser revogada a qualquer tempo sob a condição de que não existam mais as razões que a ensejaram. Isto posto, conclui-se que sempre que houverem a existência comprovada do ilícito bem como os indícios de autoria o julgador deverá analisar a existência dos requisitos expressos no artigo 312 do CPP.

3.2 Características

A prisão preventiva, por ser uma espécie medida cautelar, apresenta todas as características que são intrínsecas a estas medidas, quais sejam: a) a revogabilidade, que se traduz na possibilidade de a qualquer tempo ser revogada, desde que as razões que a justificaram tenham findado; b) a instrumentalidade, onde a custódia do acusado é considerada como próprio instrumento do processo principal, objetivando sua efetividade; c) a facultatividade, visto que configura uma medida facultativa ao julgador, o qual só poderá decretá-la quando estiverem presentes os seus pressupostos; e por fim, d) a provisoriedade, por não possuir caráter definitivo, sendo sua duração condicionada a duração da tramitação do processo.

Nessa direção é o posicionamento de Antônio Alberto Machado (2005, p. 117) quando diz:

De tudo, pode-se observar que a prisão preventiva reúne mesmo os caracteres da instrumentalidade, da facultatividade, da provisoriedade e da revogabilidade, o que a qualifica como medida cautelar típica, ou a mais típica das nossas providências cautelares em matéria de prisão processual.

Talvez a única prisão provisória que realmente exhibe os traços de medida cautelar preparatória e incidental.

A análise das características e de outros aspectos dogmáticos do instituto jurídico em comento se faz necessária e extremamente importante para uma correta aplicação e interpretação e é a partir dessa análise que pode se concluir que a prisão preventiva é acima de tudo cautelar.

3.3 Pressupostos

Consoante o exposto anteriormente, a prisão preventiva é caracterizada como medida cautelar e como tal deve atender aos pressupostos inerentes à essência cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. De acordo com Tatiana Paula Cruz (2015), o primeiro desses pressupostos já se manifesta na preventiva a partir do momento em que a lei impõe a comprovação da existência do crime e dos indícios suficientes de autoria. Ou seja, se faz necessário a presença de pelo menos uma plausibilidade em relação à autoria do crime para que possa ser decretada a prisão cautelar.

O segundo pressuposto se revela nos motivos autorizadores da preventiva, expressos no artigo 312 do CPP, configurando o perigo da demora do processo que ameaça o efetivo provimento final. Em vista disso, tem-se que a decretação da prisão preventiva de acordo com esse pressuposto visa assegurar a garantia da conveniência da instrução criminal, a aplicação da lei penal, bem como a garantia da ordem pública e econômica, fundamentos inerentes ao processo e que possibilitam o resguardo de seu resultado útil.

O Código de Processo Penal traz expressamente no seu artigo 312 os pressupostos da prisão preventiva, da seguinte forma:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Analisando o artigo em comento, percebe-se que a prova da existência do crime diz respeito à tipicidade provada, isto é, um fato que não enseje dúvidas. É importante evidenciar que as provas da existência do delito devem ser cabais,

incontestáveis, de modo a apresentar fatos que atestem a provável autoria delitiva, sem a necessidade de certeza e de produção de provas mais robustas, visto que o juízo de certeza se refere ao mérito do processo criminal e este só é alcançado ao final do processo com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como bem pontuou André Delgado Freire (2016, p. 28).

3.4 Hipóteses de decretação

As hipóteses de decretação da prisão preventiva estão previstas no artigo 313 do CPP da seguinte maneira,

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

Na visão de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1282),

Na hipótese de inadmissibilidade da decretação da prisão preventiva, porquanto não preenchidos os requisitos do art. 313, incisos I, II e III, e parágrafo único, do CPP, nada impede a decretação de medida cautelar diversa da prisão pela autoridade judiciária, desde que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (CPP, art. 283, § 1º). Aliás, no tocante à possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão em relação às infrações de menor potencial ofensivo, confira-se o teor do Enunciado nº 121 do XXX FONAJE, realizado em São Paulo entre 16 e 18 de novembro de 2011: “As medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e suas consequências, à exceção da fiança, são aplicáveis às infrações de menor potencial ofensivo para as quais a lei cominar em tese pena privativa de liberdade”.

Em conformidade com o artigo 312 do CPP, a decretação da prisão preventiva se admite nos casos de crimes dolosos que são punidos com pena

privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, independentemente da natureza da pena, seja ela de reclusão ou detenção. Destarte conclui-se que esse tipo de medida cautelar não se aplica nos casos de crimes culposos ou de contravenções penais devido à taxatividade do legislador quando citou apenas os crimes dolosos.

No tocante às hipóteses de concursos de crimes o julgador deve considerar o quantum resultante da soma das penas nos casos de concurso material e formal impróprio, bem como a majorante oriunda do concurso formal próprio e do crime continuado. Deve também se ater à diferença entre a determinação do cabimento da prisão preventiva e a contagem da prescrição que recai isoladamente sobre cada crime. Outrossim, ocorre com as qualificadoras que devem ser consideradas quando da aferição do cabimento da prisão cautelar.

Já no que concerne às causas de aumento e diminuição de pena, o cabimento da preventiva se verifica com base no máximo da pena cominada ao delito, ou seja, quando se tratar das causas de aumento, deverá se considerar o quantum que mais aumente, quando se tratar das causas de diminuição, se utilizará o quantum que mais diminua a pena. Por fim, ao tratar das atenuantes e agravantes, estas não serão consideradas na análise de cabimento da preventiva, haja vista não haver um critério legal previamente disposto para majoração ou diminuição de pena por sua incidência.

Em conformidade com o artigo 312 do CPP, caberá também a prisão preventiva nas situações em que o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, tendo a sentença transitado em julgado. Em outras palavras, independentemente de ser o delito punido com reclusão ou detenção, caberá prisão preventiva ao acusado reincidente em crime doloso. Nesse sentido, ainda acompanhando o pensamento de Renato Brasileiro (p. 1284),

não basta que o acusado seja reincidente. Na verdade, o legislador exige que esta reincidência seja específica em crime doloso, hipótese em que sua prisão preventiva poderá ser decretada independentemente da quantidade de pena cominada ao delito.

Outra hipótese de cabimento da decretação da prisão preventiva é se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa portadora de deficiência como meio de garantia da execução das medidas protetivas de urgência. O parágrafo único do artigo 313 do CPP, acrescentado pela Lei nº 12.403/11, trouxe outra possibilidade de decretação da

preventiva nas situações em que houver dúvida acerca da identidade do acusado ou quando este não a indicar ou não fornecer os elementos para esclarecê-las.

Nesta última hipótese, o legislador não fez nenhuma menção quanto à natureza da infração penal, desta feita, conclui-se que nestes casos a preventiva poderá ser decretada tanto para crimes dolosos quanto para culposos, não importando a pena a eles cominada. Nesse sentido, Brasileiro (2016, p.1288) ensina que,

O parágrafo único do art. 313 do CPP deve ser interpretado em cotejo com a possibilidade de obtenção da identificação do indiciado por meio da identificação criminal. Em outras palavras, mesmo diante da dúvida sobre a identidade civil da pessoa, da recusa do indiciado em fornecer ou indicar elementos para esclarecer sua identidade, caso a identificação criminal efetuada por meio do processo datiloscópico e fotográfico seja capaz de sanar a dúvida quanto a sua verdadeira identidade, não se faz necessária a decretação de sua prisão preventiva.

À vista disso, verifica-se que mesmo que o acusado omita sua identidade ou não forneça os elementos necessários ao seu esclarecimento, se essa omissão for sanada por meio da identificação criminal, a decretação da preventiva perde o seu fundamento.

3.5 Infrações que comportam a medida

De maneira a exemplificativa e tratando-se de rol taxativo na nossa legislação, seguem a seguir os crimes previstos no Código Penal que comportam o cabimento da prisão preventiva: Homicídio simples e qualificado; Femicídio; Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; Infanticídio; Aborto provocado por terceiro; Lesão corporal grave ou seguida de morte; Exposição ou abandono de recém-nascido resultando morte; Furto qualificado; Roubo; Extorsão, Extorsão mediante sequestro; Apropriação indébita previdenciária; Estelionato; Abuso de incapazes; Receptação qualificada; Estupro; Violência sexual mediante fraude; Estupro de vulnerável; Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou vulnerável; Mediação para servir a lascívia de outrem, se menor; Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual; Rufianismo, com menor; Tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual; Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual; Registro de nascimento inexistente; Parto suposto; Supressão ou alteração de

direito inerente ao estado civil de recém-nascido; Sonegação de estado de filiação; Incêndio; Inundação; Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento; Difusão de doença ou praga; Perigo de desastre ferroviário; Desastre ferroviário; atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo; Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo; atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública; Epidemia; Envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal; Corrupção ou poluição de água potável; Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios; Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; Emprego de processo proibido ou de substância não permitida; Invólucro ou recipiente com falsa indicação; Substância destinada à falsificação; Constituição de milícia privada; Moeda falsa; Crimes assimilados ao de moeda falsa; Petrechos para falsificação de moeda; Falsificação de papéis públicos; Falsificação do selo ou sinal público; Falsificação de documento público; Falsificação de documento particular; Falsidade ideológica; Supressão de documento; Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária ou para outros fins; Adulteração de sinal identificador de veículo automotor; Fraudes em certames de interesse público; Peculato; Inserção de dados falsos em sistema de informações; Concussão; Excesso de exação; Corrupção passiva; Facilitação de contrabando ou descaminho; Violação de sigilo funcional; Usurpação de função pública; Tráfico de influência; Corrupção ativa; Contrabando; Subtração ou inutilização de livro ou documento; Sonegação de contribuição previdenciária; Corrupção ativa em transação comercial internacional; Tráfico de influência em transação comercial internacional; Denúnciação caluniosa; Exploração de prestígio

3.6 Revogação

Para que a prisão preventiva seja revogada se faz necessário que o julgador verifique se os motivos que a ensejaram deixaram de existir. Assim dispõe o artigo 316, CPP:

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo

decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)

Acerca do tema, Tourinho (2010, p. 487) informa que:

Já vimos que a prisão preventiva é medida excepcional e, por isso mesmo, decretável em caso de extrema necessidade. Segue-se, pois, que, se durante o processo o Juiz constatar que o motivo ou os motivos que aditaram já não mais subsistem, poderá revoga-las.

Ainda de acordo o que pensa o doutrinador, essa revogação pode ser determinada de ofício pelo juiz, através do requerimento do assistente do Ministério Público ou pelo próprio acusado, além de poder ser indicado pela autoridade policial nos casos em que o inquérito policial ainda estiver em andamento. Fato é que para que o Juiz revogue a prisão preventiva não se faz necessário a existência de fato novo ou novos elementos de prova. É possível a revisão dos mesmos fatos e provas, bem como é possível que o julgador, por si só, volte atrás se convencido de que a medida é dispensável.

Da mesma forma que a decisão que decreta a prisão preventiva carece de fundamentação, a que informa a sua revogação precisa de atender a mesma exigência, em concordância com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que exige a fundamentação de toda e qualquer decisão judicial. Mesmo depois de revogada, pode o julgador, novamente, decretá-la, se ressurgirem as razões que a justifiquem. Souza (2004, p. 139), defende que para que ocorra novamente a decretação da preventiva, se faz necessária nova fundamentação, afirmando, então, que:

Ao ser decretada novamente a prisão preventiva do agente, entendemos que deve haver uma nova fundamentação, e não simplesmente, usar dos mesmos argumentos, ou se servir dos mesmos argumentos para uma nova decretação da medida cautelar. Por quantas vezes houver motivos para a decretação da prisão preventiva do agente, em todas elas deverá o Juiz promover uma nova fundamentação.

Isto posto, conclui-se que a prisão preventiva pode ser revogada a qualquer tempo no decorrer do processo, desde que devidamente fundamentada, bem como o juiz pode decretá-la novamente, ressurgindo as razões que a ensejaram.

3.7 Apresentação espontânea

A apresentação espontânea configura causa impeditiva da prisão em flagrante, visto que, o agente que se entrega à polícia quando esta não o persegue, e confessa o crime não suscita a necessidade de ser preso em flagrante. Nessas situações não há a configuração de flagrante próprio ou impróprio, muito menos presumido, todavia, havendo a presença dos pressupostos dos artigos 312 e 313 do CPP, pode a autoridade judiciária competente decretar a prisão preventiva desde que se revelem inadequadas e insuficientes as demais medidas cautelares diferentes da prisão.

Nesse sentido, para Renato Brasileiro (2016, p. 1310),

a apresentação espontânea de acusado primário, com bons antecedentes, inclusive com a entrega de passaporte, denota, pelo menos a princípio, que o agente não pretende fugir do distrito da culpa, desautorizando, por conseguinte, eventual decretação de sua segregação cautelar. Obviamente, se o magistrado perceber que o agente utiliza a apresentação espontânea apenas como um subterfúgio para escapar da indispensável segregação cautelar, deve o magistrado decretá-la, apontando os fundamentos que a autorizam.

No mesmo sentido é a decisão do STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO. CRIME. CONDENAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ATOS INFRACIONAIS. APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA DO RÉU. MERAS CONJECTURAS. ILEGALIDADE. 1. A vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração para quaisquer fins do Direito Penal, razão pela qual, no processo por crime, não podem atos infracionais servirem de fundamento à prisão preventiva. 2. Ocorrendo a apresentação espontânea do réu, não subsiste, como fundamento para a prisão cautelar decretada com o objetivo de garantir a aplicação da lei penal, a fuga anterior. 3. O caráter excepcional da custódia cautelar não permite a sua decretação com base em meras conjecturas, devendo resultar de elementos concretos que demonstrem a sua necessidade. 4. Recurso ordinário em habeas corpus provido para permitir que Francisco Leonardo do Nascimento dos Santos recorra em liberdade da sentença condenatória, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.

Ainda de acordo com as lições de Brasileiro, na seara processual penal militar, se o acusado comparecer espontaneamente, suas declarações deverão ser tomadas a termo. Se o seu comparecimento não ocorrer perante a autoridade judiciária, a ela serão apresentados o termo e o acusado para que haja a deliberação quanto à prisão preventiva ou outra medida considerada cabível (CPPM, art. 262, caput). Visto isso, de acordo com o artigo 3º do CPP, entende-se a

possibilidade de aplicar o artigo 262 do CPPM subsidiariamente ao processo penal comum.

3.8 Preventiva *versus* excludentes de ilicitude

A decretação da prisão preventiva não será admitida nas situações em que o julgador constatar, por meio das provas contidas nos autos, que o acusado praticou o delito amparado pelas causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23, incisos I, II e III, do Código Penal, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Isto porque é ilógico decretar a prisão preventiva quando o julgador já prevê uma eventual e possível absolvição do acusado com fulcro no artigo 386, inciso VI do CPP.

O consentimento do ofendido enquanto instituto não possui previsão legal, não sendo reconhecido pelo Código Penal como excludente de ilicitude. Todavia, é considerado majoritariamente pela doutrina como causa supralegal de exclusão da ilicitude em razão da ocorrência de situações que ensejam a aplicação desse instituto. Nesse sentido é o pensamento de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p.195) quando diz que

como o legislador não pode prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, [...] deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supraleais de exclusão da antijuridicidade [...]

Da mesma forma, defende Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 271) quando afirma que

não se trata de matéria pacífica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, pode-se observar que a maioria tem perfilhado o entendimento de que se trata de excludente de ilicitude aceitável, embora não prevista expressamente em lei.

Destarte, nota-se que o entendimento da doutrina majoritária expressa a ideia de que é impossível para o legislador prever todas as situações fáticas que ocorrem ou podem ocorrer na sociedade, defendendo o pensamento de que as normas jurídicas devem se adequar a estas situações. Todavia, existem doutrinadores que não concordam com tal pensamento, a exemplo do posicionamento de Zafaroni e Pierangeli (2015, p. 490/491):

Devido a carências do código penal alemão de 1871, a doutrina alemã entendeu que era necessário construir uma teoria das causas de justificação 'supralegais', particularmente no tocante ao estado de necessidade justificante. Hoje, esta teoria já foi abandonada, e, em nosso país, é totalmente desnecessária, pois nosso CP tem as causas de justificação perfeitamente estruturadas, incluindo o exercício regular de direito (art. 23, III, que implica uma remissão às disposições permissivas encontráveis em outra parte da ordem jurídica). Como consequência do que acabamos de dizer, negamos que a antijuridicidade possa ter outro fundamento além da lei, ainda que para sua determinação nos casos concretos, eventualmente, se deva recorrer a valorações sociais.

Diante o exposto, conclui-se que o consentimento do ofendido enquanto causa supralegal de excludente de ilicitude, para que possa motivar o impedimento da decretação da preventiva deve ser analisada minuciosamente pelo julgador, levando-se em consideração todas as particularidades do caso além dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: UMA ABORDAGEM SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL

Antes de analisar o cabimento da prisão preventiva, objeto desse estudo, durante o inquérito policial nos casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher faz-se necessário aprofundar o estudo acerca de cada instituto separadamente de modo a facilitar o entendimento do tema.

4.1 Lei Maria da Penha no contexto do Princípio Constitucional da Isonomia

A lei nº 13.340/2006 intitulada de Lei Maria da Penha foi resultado de um longo e espinhoso processo desencadeado pela luta de mulheres engajadas em movimentos feministas junto de outras organizações da sociedade brasileira que tinham o propósito de criar uma legislação que protegesse efetivamente a mulher vítima de violência doméstica e familiar. A referida lei representou, do ponto de vista legal, um grande avanço em relação a omissão com que eram tratados os crimes de violência doméstica em virtude da falta de institutos legais que possibilitassem a sua efetiva punição bem como o resguardo imediato das vítimas.

A lei em comento trouxe mecanismos que objetivam coibir e proibir a violência doméstica e familiar, propiciando a garantia da integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial. Antes de sua criação, os crimes praticados no âmbito familiar eram submetidos a égide dos juizados especiais por serem considerados crimes de menor potencial ofensivo, o que acarretava o arquivamento em massa desses processos. De acordo com Maria Berenice Dias (2007, p. 01)

A partir da vigência da nova lei, a violência doméstica não guarda correspondência com quaisquer tipos penais. Primeiro é identificado o agir que configura violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois são definidos os espaços onde o agir configura violência doméstica (art. 5ª, incs. I, II e III): no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação de afeto. Finalmente, de modo didático e bastante minucioso, são descritas as condutas que configuram a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Faz-se mister citar que de acordo com Diogo Basílio Vailatti (2017, p. 77), o advento dessa lei instaurou uma grande discussão acerca da sua

constitucionalidade devido ao seguinte questionamento: Ao tratar homens e mulheres de maneira diversa, a Lei Maria da Penha iria contra o princípio da isonomia previsto no artigo 5º, caput, da Carta Magna? Para responder tal pergunta, o autor defende que os direitos fundamentais trazidos pela Constituição devem ser interpretados com base em anseios e necessidades da sociedade. Desta feita, falar em igualdade não se resume apenas a pressupor a sua existência, mas também na busca de instrumentos que concretizem a sua existência no plano material e formal.

Assim deve-se entender a Lei Maria da Penha como mais um instrumento na busca dessa igualdade. Levando em consideração todas dificuldades enfrentadas pelas mulheres, a lei em comento configura mais uma ferramenta de concretização do princípio da isonomia. Ainda conforme Diogo Basílio, “com a evolução da sociedade, bem como com a constatação da necessidade de proteção diferenciada das mulheres, percebe-se que o princípio da isonomia admite tais diferenciações”.

4.2 Da violência contra mulher como uma violação dos direitos humanos

Quando estamos diante de um quadro de violência contra a mulher, estamos estabelecendo uma relação de poder entre o elo que se intitula mais forte e aquele que ele ver como fragilizado, uma vez que a violência é mais flagrante manifestação de poder de uma pessoa em relação a outra, conforme a ONG Artemis (2017).

Nesse diapasão, a violência é utilizada como uma forma de subjugar a mulher e garantir a sua obediência, que se estabelece com a hierarquia social da postura masculina sobrepondo a feminina.

A violência cerceia a liberdade, autonomia e a autodeterminação das mulheres, haja vista que os danos físicos e psicológicos afetam a sua auto-estima criando, assim, a auto-imagem de um ser subjugado e serviente aos ditames sociais, que estabelecem que as mulheres sejam limitadas pelo papel da figura masculina.

Toda espécie de violência contra a mulher configura-se uma violação dos direitos humanos, uma vez que limitam o exercício de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Para Phumzile Mlacuka, diretora executiva da ONU Mulheres, a violência contra a mulher é “a violação de direitos humanos mais tolerada no mundo”, haja vista a sua continua presença, mesmo diante da dinamicidade social.

Realizada essas considerações iniciais cumpre mencionarmos a historicidade dos direitos humanos das mulheres

4.2.1 Historicidade dos direitos humanos das mulheres

As declarações Americana de Virginia (1776) e Francesa (1789) constituíram o marco na concepção moderna de conceituação e introdução dos direitos humanos. Esses documentos representam a ascensão dos movimentos sociais e políticos que questionavam as circunstâncias que assolavam a sociedade na época.

Emergido pelas insatisfações sociais, foi redigida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que instituíram os direitos de primeira geração, centralizado as discussões na liberdade do indivíduo diante da arbitrariedade estatal. Desse modo, os direitos civis foram postulados como forma de defesa perante a figura estatal.

Nesse contexto, Diego Ramires Bittencourt (2014) enfatiza:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida em pleno processo revolucionário francês, demarca o estabelecimento dos direitos fundamentais de primeira geração, com enfoque na liberdade do indivíduo diante do estado. Nesse período, os direitos civis ou individuais e políticos conformaram-se enquanto instrumentos de defesa perante o Estado, que teve sua área de atuação limitada para não interferir arbitrariamente na vida do indivíduo. Porém, esses direitos foram restritos aos homens, detentores de poderes político e econômico, sendo a igualdade de gênero desconsiderada.

Com o avançar dos séculos, especificamente no século XX, o holocausto redefiniu a concepção de direitos humanos, passando em 1948 a ser instituída a Declaração Universal dos Direitos Humanos, balizando direitos e liberdades aos cidadãos.

Nesse diapasão, esse foi o primeiro documento que tratou as mulheres como portadora de direitos, mas ainda de forma bem genérica, uma vez que o seu preâmbulo intitulava que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, não tratando especificamente dos direitos das mulheres.

Buscando aprofundar essa generalização Diego Ramires Bittencourt (2014) nos ensina:

É notório que a Declaração trata de “pessoas” sem estabelecer distinções entre homens e mulheres, estendendo direitos ao ser humano sem prerrogativas de sexo. A partir da discussão desencadeada no âmbito

internacional de que o ser humano é detentor de direitos protetivos, instaurou-se a concepção de que os direitos humanos são “inerentes, à pessoa, independentemente de seu reconhecimento pelo estado, cultura, nacionalidade, sexo, orientação sexual, cor, etnia, classe social [...]”. Assim “toda pessoa, pelo simples fato de ser um ser humano, é titular de direitos.

Desse modo, diante das crescentes modificações sociais e a incessante luta para emergir as classes marginalizadas socialmente, o mundo voltou os olhos para a dignidade humana, passando a discutir a violência contra as mulheres como um problema de saúde pública e de violação aos direitos fundamentais do ser humano. Destarte, a violência contra as mulheres entrou na pauta das discussões internacionais.

Diante desse cenário, em 1993, a violência contra as mulheres foi reconhecida como uma violação dos direitos humanos, por meio da Conferência das Nações Unidas Sobre Direitos Humanos. Desse modo, alguns países signatários passaram a discutir a eliminação desse tipo de violência.

O compromisso dos Estados passou a ser a erradicação das violências contra as mulheres, conforme enfatiza REIS (2006):

O foco central desta Convenção, conforme orienta Reis¹⁸, é o compromisso do Estado com ações de prevenção, punição e erradicação das violências contra as mulheres mediante medidas que possibilitem a investigação, apuração e punição dos agressores, bem como garantir recursos adequados, suficientes e efetivos para o devido atendimento e compensação às vítimas de violação. Nesse sentido, caso os Estados não o façam incorrem em omissão, uma vez que devem fazer relatórios periódicos e demonstrar que medidas ou políticas estão sendo adotadas. Estão também sujeitos a serem alvos de petição junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que após detalhada análise, e conferindo aos Estados o direito de se manifestarem, adotam as medidas cabíveis aos casos de omissão. São dois os mecanismos de implementação das diretrizes estabelecidas na Convenção de Belém do Pará no âmbito dos Estados. O primeiro ocorre através de relatórios nacionais e o segundo por meio da apresentação de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos de violação ao preceituado no documento.

Trazendo essas modificações para o Brasil, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, prevendo em seu artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Apesar da previsão constitucional, o papel da mulher na sociedade ainda continuou na mesma situação. A idealização de superioridade masculina e da

relação de dominação e de poder que os homens estabeleciam com suas companheiras continuavam dominando o pensamento social.

A violência contra a mulher só foi considerada juridicamente no Brasil com o advento da Lei Maria da Penha que passou a estabelecer penas para os algozes das mulheres, visando, mesmo que minimamente diminuir os danos sofridos pelas vítimas.

Nesse contexto, Diego Ramires Bittencourt (2014) apud Mello leciona:

As denúncias de violência contra a mulher tornavam-se situações dramáticas, pois poucas eram as condenações e menor ainda a punição. As denúncias davam origem ao processo investigativo sem que o agressor fosse preso em flagrante, nem pagasse fiança. No Juizado Especial ouvia-se a vítima e o agressor, com a possibilidade de uma conciliação. Havendo acordo, o processo se encerrava e nada constaria nos registros do agressor, e caso a agressão repetisse, novo acordo e nova indenização poderiam ser determinados, sucessivamente. Nestes casos, a mulher não poderia mais apresentar a representação, pois havia renunciado ao processo. Uma vez que a mulher não concordasse com a reparação civil, ela deveria expressamente manifestar sua vontade para que o processo prosseguisse. Se condenado, o agressor estaria sujeito às penas restritivas de direito, que consistiam em prestação de serviço à comunidade ou, o que ocorria com frequência, em pagamento de cestas básicas para entidades assistenciais ou multa em dinheiro.

Assim, os direitos das mulheres passaram a ser discutido na orbita da violação dos direitos humanos, uma vez que esse liame torna mais possível a discussão e criação de meios para combater a violência contra as mulheres.

Passemos agora a discutir este cenário e sua inserção na seara judicial.

4.3 Do papel da autoridade policial e do Ministério Público na fase inquisitorial

Antes de explicitarmos melhor sobre a temática, cumpre discutirmos no presente trabalho os sistemas processuais no processo penal, uma vez que é de extrema importância para a construção coerente do tema aqui abordado.

4.3.1 Sistemas Processuais Penais

Majoritariamente é concebido que no nosso ordenamento jurídico são três os sistemas processuais, o sistema acusatório, o inquisitório ou inquisidor e o misto.

O sistema acusatório possui como princípio unificador o fato de quem produz a prova ser diverso do agente julgados, havendo uma nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender.

Nesse diapasão, Martina Pimentel (2013) aduz:

Pode-se dizer, resumidamente, que o sistema processual penal acusatório apresenta como características^[10]: as funções de acusar, julgar e defender em mãos distintas; a publicidade dos atos processuais como regra; a presença do contraditório e da ampla defesa durante todo o processo; o réu como sujeito de direitos; a iniciativa probatória nas mãos das partes; a possibilidade de impugnar decisões com o duplo grau de jurisdição; e o sistema de provas de livre convencimento motivado.

Desse modo, no sistema acusatório é afastado o poder inquisitório do juiz, deixando-o de realizar por si todas as fases processuais.

Ainda nesse sentido, Jacinto Nelson Miranda (2012, p.03) nos ensina:

No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de judge made law). Aliás, O processo penal inglês, assim, dentro do common law, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. (...) É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais arredia a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados.

Assim, o sistema acusatório é o adotado pela maioria dos doutrinadores brasileiros que entendem que o papel do juiz não deve ser centralizado, uma vez que o processo é eivado pela dinamicidade entre todas as partes envolvida.

Já o sistema penal inquisitivo muda a figura do processo de forma radical, uma vez que concentra nas mãos do Estado-Juiz a função de acusar e julgar.

Conforme Marck Shikasho (2011), o sistema inquisitorial possui as seguintes características:

- a) reunião das funções: o juiz julga, acusa e defende;
- b) não existem partes – o réu é mero objeto do processo penal e não sujeito de direitos;
- c) o processo é sigiloso, isto é, é praticado longe “aos olhos do povo”;
- d) inexistem garantias constitucionais, pois se o investigado é objeto, não há que se falar em contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.;
- e) a confissão é a rainha das provas (prova legal e tarifação das provas);

f) existência de presunção de culpa? O réu é culpado até que se prove o contrário

Assim, no sistema inquisitório o juiz é o gestor da prova, em que as provas que são colhidas durante o processo configuram-se meramente como forma de comprovar seu pensamento. Destarte, ele irá produzir somente as provas que conduzam para a sua convicção acerca do caso.

Por fim o sistema misto, que consiste em duas fases, uma preliminar instruída pelo juiz, nitidamente inquisitiva, e uma segunda, judicial, sendo a acusação feita por um agente distinto do que irá fazer o julgamento.

Conforme Martina Pimentel (2013), o sistema misto pode assim se resumido:

O sistema processual penal misto tem como característica básica, portanto, ser bifásico, com “uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”. Sendo o procedimento preliminar secreto, escrito, sem contraditório e ampla defesa; e a fase judicial, oral, pública, com todos os atos praticados em audiência, garantidos ao acusado os direitos de contraditório e ampla defesa.

Desse modo, há uma dupla participação no processo penal, retirando todos os comandos da figura do Estado-juiz.

4.3.2 Fases no processo penal

Depois de tomado conhecimento da infração penal, será estabelecida a persecução penal, ou seja, o agente infrator será investigado da autoria do delito pelo Estado.

A persecução penal é dividida em duas fases, uma pré-processual chamada de inquérito policial e posteriormente teremos a ação penal. A primeira se dá quando o Estado toma conhecimento do acontecimento da infração penal, sendo a figura do estado representado pelo delegado. Já a segunda, o delegado finda as investigações e passa para o Estado- Juiz com a função de punir o agente.

Dentro desse contexto passemos a analisar o papel da autoridade policial, bem como do ministério público na fase inquisitorial nos processos que envolvam violência contra a mulher.

4.3.3 Do papel da autoridade policial

Uma das fases mais importantes nos casos de violência contra mulher é a inquisitorial, visto que a mulher ainda se encontra fragilizada e o medo da quebra da barreira em denunciar o agressor ainda continua latente.

O ambiente hostil das delegacias afasta grande parte das mulheres de realizarem a denúncia dos seus agressores, uma vez que são obrigadas, muitas vezes, a falar em público o que aconteceu, bem como falar diretamente com um policial, aumentando ainda mais o medo da figura masculina.

Isso viola totalmente os preceitos do art. 10 da Lei 11.340/2006 que diz que na hipótese de iminência ou da consumação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Em grande parte dos casos, a mulher chega muito debilitada à delegacia, haja vista que o ato de coragem em denunciar a violência corresponde uma fuga de uma realidade que era tida como normal.

Nesse contexto, Samanta Khoury (2017) nos ensina:

Deparam-se os policiais com vítimas em extrema perturbação psicológica, bem mais cruel que as marcas físicas, porque nutrem estreito contato com seu agressor (cônjuge, convivente, namorado, noivo, ex-amante, pai). Ao contrário do processo psicológico vislumbrado na Síndrome de Estocolmo, na violência familiar, a vítima possui vínculo pré-existente de afetividade com o agressor e, posteriormente, o amado transforma-se em seu algoz. O sentimento inicial da vítima é a negação, a justificativa, por esta razão, a maior parte das ocorrências não resulta em registros. As vítimas temem porque desconhecem seus direitos, temem as consequências posteriores à denúncia, temem porque são dependentes economicamente daquela pessoa. É para o bom combate em prol da vítima e não do favorecimento à impunidade que vemos no Ciclo Completo da Polícia Militar, uma medida constitucional de factível implementação e potencialmente efetiva para diminuição dos índices de violência doméstica e familiar, com tratamento digno e humanitário àqueles que pagam o preço social diário do jugo do agressor.

Assim, a autoridade policial é de suma importância nessa fase pré-processual, em que serão obtidas as primeiras informações acerca do ocorrido.

Buscando solucionar esses problemas a Lei Maria da Penha estabeleceu um tópico exclusivo tratando do atendimento da autoridade policial para com a mulher vítima de violência. Em seu artigo 10-A prescreveu:

Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial;

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a gravação e a mídia integrar o inquérito.

Nesse mesmo contexto, o artigo 12 estabeleceu procedimentos a serem tomados quando a autoridade policial toma conhecimento da violência, conforme prescreve o dispositivo:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde

Diante deste cenário torna-se perceptível a grande importância da atuação policial na fase inquisitorial, bem como o zelo com que este deve tratar as mulheres vítimas de violência, uma vez que é a única forma de evitar que a mulher silencie a sua dor.

4.3.4 Do papel do Ministério Público

Titular da ação penal pública, o Ministério Público exerce grande papel nos casos de violência contra as mulheres, uma vez que sua atuação busca resguardar os direitos dessas pessoas que se encontram fragilizadas e temendo retaliações do agressor.

Conforme ensina Ela Wiecko (2013), o papel do MP pode ser assim definido:

A Lei Maria da Penha identifica o Ministério Público como uma das instituições do Estado brasileiro com a obrigação de atuar no escopo da Lei, tanto na esfera judicial como na extrajudicial. Tem a obrigação de intervir nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher; de requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social, entre outros; de fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, bem como de adotar as medidas cabíveis para sanar as irregularidades constatadas; cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, o Ministério Público desempenha funções essenciais nos casos de violência contra as mulheres, seja no âmbito civil, criminal ou administrativo.

No que se refere às causas cíveis, a autora supracitada menciona:

No tocante às causas cíveis decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, em geral, são aquelas em que se discutem guarda de filhos e alimentos para os filhos, hipóteses em que o Ministério Público já intervinha por força do Código de Processo Civil. De acordo com a Lei Maria da Penha, essas questões deveriam ser resolvidas pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que possui competência penal e civil. Entretanto, a maioria do, Juizados declina da competência para a Vara de Família, onde o contexto de violência doméstica contra a mulher sequer é mencionado, olvidando inclusive medidas protetivas de urgência concedidas. Nos casos de guarda a violência vivenciada pela mulher e pelos filhos perde relevo em favor da manutenção da convivência familiar. Lembrar do contexto de violência é uma tarefa a ser assumida com mais vigor pelo Ministério Público, para que as decisões judiciais não reforcem a vitimização das mulheres.

Já no âmbito administrativo, o MP tem a função de requisitar força policial, bem como de serviços públicos necessários à proteção das vítimas. Ademais, guarda a grande função de fiscalizar as entidades criadas para o atendimento das mulheres vítimas de violência.

Assim, não resta dúvida da importância do papel do Ministério Público para segurar a efetividade da Lei Maria da Penha, uma vez que a sociedade mesmo diante de diversas mudanças ainda continua arraigada aos pensamentos de dominação do homem para com a mulher.

4.4 Das medidas protetivas de urgência

As medidas protetivas de urgência estão previstas no artigo 19 da Lei Maria da Penha e são espécies de medidas cautelares de urgência. Em sua redação, o artigo supramencionado assim dispõe:

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

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

O seu requerimento deve conter apenas o pedido da cautelar emergencial e as informações propriamente ditas acerca dos motivos que deram azo ao pedido, sendo narradas na notícia-crime já que é prestada de forma unilateral pela suposta vítima. Nessa perspectiva destaca-se o trecho de uma decisão sobre o pedido de medidas protetivas de urgência

Cuida-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulado com fundamento na Lei nº 11.340/06, por T.T.R.A. em desfavor de P.H.R.A. O requerimento veio acompanhado da ocorrência nº 88517-5/2014, 6º DP. É o relatório. DECIDO. Não obstante as alegações da vítima quando de sua oitiva na delegacia, não se pode olvidar que as peças que instruem o presente pedido não são suficientes para acolhimento dos pedidos. Com efeito, este juízo para conceder medidas protetivas de urgência, deve possuir elementos necessários a uma análise mais aprofundada do caso submetido à apreciação. Assim, em juízo de cognição sumária, este juízo fica limitado aos fatos narrados no procedimento policial, o qual se encontra

desprovido dos indícios necessários à formação de um juízo de valor seguro a necessidade da tutela pretendida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ata de Audiência. 2014.08.1.008517-5, Medidas Protetivas de urgência (Lei Maria da Penha), DIREITO PENAL)

Percebe-se que o requerimento das medidas protetivas, em virtude de sua natureza emergencial, revela-se na maioria das vezes carente de informações sobre os motivos ensejadores do pedido. Sobre o assunto o artigo 12 da referida lei assim preleciona:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

Deve se somar a isso a determinação da oitiva de possíveis testemunhas e o suposto agressor. O deferimento dessas medidas se resume na imposição de restrições ao suposto agressor, trazidos no artigo 22 da lei em comento, quais sejam: afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de contato por qualquer meio de comunicação; e limite mínimo de distância da vítima, a ser respeitado pelo suposto agressor, em qualquer lugar em que ela se encontre.

Isto posto, é importante salientar que apesar das fragilidades enfrentadas na sua decretação, a medida protetiva de urgência acaba por ser a mais efetiva em virtude da rapidez de sua apreciação e aplicação nos casos de violência doméstica contra a mulher.

4.5 Uma análise da (in)constitucionalidade da prisão preventiva de ofício da fase do inquérito policial

A alteração legislativa do Código de Processo Penal trazida pela Lei de nº 12.403 de 04 de maio de 2011, confere nova interpretação dos procedimentos judiciais referentes a prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. O referido diploma legal preserva a modalidade da prisão preventiva, admitida no sistema protetivo a mulher contra violência doméstica e familiar (artigo 20 da Lei 11.340/2006), bem como a modalidade de prisão preventiva que visa assegurar a execução das medidas protetivas de urgência.

Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça demonstra posição firme em consonância com a interpretação da “Lei Maria da Penha”.

Corroborando com o entendimento supramencionado:

HABEAS CORPUS. AMEAÇA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. FUGA LEGÍTIMA. INOCORRÊNCIA. PRISÃO ESPECIAL. PRETENSÃO NÃO EXAMINADA PELAS INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS. PRETENSÃO IGNORADA PELO JUIZ. OMISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Hipótese em que o paciente descumpriu as medidas protetivas de urgência fixadas pelo magistrado de primeiro grau, voltando a manter contato com a vítima e a ameaçá-la gravemente. Após a decretação da prisão preventiva, evadiu-se, não mais sendo localizado. 2. Nos termos do art. 313, IV, do Código de Processo Penal, e da jurisprudência firmada por esta Corte Superior de Justiça, o descumprimento de medidas protetivas autoriza a decretação da prisão preventiva, desde que demonstrada a presença dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma. 3. Se o magistrado justificou adequadamente a necessidade da custódia cautelar, especialmente para a garantia da ordem pública, ressaltando que o paciente, com suas atitudes, demonstrou possuir ‘desequilíbrio e destempero’, colocando em risco a integridade física da vítima, não há constrangimento ilegal a ser reconhecido. 4. Tratando-se de decreto devidamente fundamentado, não há que falar em fuga legítima, mostrando-se inviável a proposta do paciente de comparecer em juízo caso revogada a custódia. 5. Se o pedido de prisão especial não foi examinado pelas instâncias originárias, embora formulado, impõe-se seja suprida a omissão, para que o magistrado a quo se manifeste acerca da aplicação do disposto no art. 295 do Código de Processo Penal. 6. Habeas corpus parcialmente concedido apenas para, mantida a custódia

cautelar, determinar que o Juiz de primeiro grau se manifeste acerca da possibilidade de o paciente ser recolhido em prisão especial.

No tocante a disciplina da prisão preventiva para os crimes com violência doméstica, a medida cautelar constante do artigo 20 da “Lei Maria da Penha”, submete-se as exigências do artigo 312 do Código de Processo Penal, podendo ser modificada por outra medida cautelar sempre que o caso concreto a ensejar. Isto posto, conclui-se que a prisão preventiva enquanto medida cautelar visa a garantia não só do processo como também dos bens jurídicos tutelados pela norma, quais sejam: a integridade física, psíquica, moral, patrimonial, social e sexual da mulher vítima de violência doméstica.

Analisando a nova redação do artigo 311 do CPP, conferida pela Lei 12.403/2011, nota-se que a Lei Maria da Penha vai de encontro ao supramencionado, isto porque permite que o juiz decrete a preventiva em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. Ao colacionar os dois dispositivos, percebe-se que o artigo 20 da Lei Maria da Penha, por ser posterior, acaba por recepcionar o antigo texto trazido pelo artigo 311 do CPP, de modo que, com a nova redação, acabou por edificar tamanho obstáculo para doutrina e para a jurisprudência.

Diante disso, surge a seguinte indagação: a nova redação do artigo 311 do CPP teria o condão de revogar o disposto no artigo 20 da Lei Maria da Penha? Qual norma deverá prevalecer?

De acordo com o pensamento professora Alice Bianchini:

(...) não obstante ofender o sistema acusatório (já que o juiz acaba por perder a necessária posição equidistante), no momento da ponderação de interesses, há que preponderar a norma de proteção integral à mulher em situação de risco. (art. 4º, LMP).

Tal posicionamento é respaldado pelas estatísticas, as quais demonstram o elevadíssimo índice de homicídios, dentre outras violências, praticados por homens cuja vítima mulher mantinha ou manteve com ele uma relação íntima de afeto (BIANCHINI, 2012).

Apesar do disposto pela jurista e doutrinadora de renome Alice Bianchini, o seu posicionamento não sustenta o viés da pesquisa em tela. Discorda-se pelo fato de que no artigo 20 da Lei Maria da Penha, ocorre uma violação ao sistema penal acusatório, no qual o Juiz deve agir de maneira imparcial, afastando seu caráter equânime, desrespeitando dessa forma os princípios, já mencionados, que lastreiam

o processo penal. Isto posto, observa-se que há conflito entre os dispositivos legais, violando a harmonia do sistema penal acusatório, no que tange à decretação da prisão preventiva no âmbito da violência doméstica.

Dessa forma, é flagrante a ilegalidade da decretação da preventiva de ofício pelo magistrado na fase de inquérito, pois trata-se de medida inconstitucional e ilegal, visto que a legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz da nossa Carta Magna que traz em seu bojo o princípio da presunção da inocência, mencionado no tópico 2.1 do presente estudo. Importa destacar, ainda, que o magistrado se valerá de tal medida cautelar em última *ratio*, conforme depreende-se da interpretação do Código de Processo Penal. Destaque-se que esta conduta por parte do Estado, na figura do Juiz, revela-se irreparável retrocesso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto no decorrer deste trabalho, conclui-se que há uma incompatibilidade entre a nossa Constituição Federal, e o art. 20 da lei maria da penha, uma vez que a primeira é baseada no modelo de sistema penal acusatório, lastreada pelo Estado de Direito, que prever direitos e garantias aos indivíduos, já o segundo, é baseado no modelo de sistema penal inquisitório, pois percebe-se que no contexto adotado pelo dispositivo o juiz atua como um verdadeiro inquisidor, agindo como parte no processo, assumindo o condão de acusar, processar e julgar, tratando o acusado como um objeto, ignorando os princípios previstos na Constituição Federal, tais como o da publicidade, presunção de inocência, da imparcialidade.

Ademais, o disciplinamento da prisão preventiva nos crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher a prisão preventiva trazida pelo artigo 20 da Lei Maria da Penha não se submete as exigências dispostas no artigo 312 do CPP, e não pode ser substituída por outra medida cautelar de acordo com as peculiaridades do caso. Isto posto, conclui-se que a hipótese trazida pelo artigo 20 se contrapõe à previsão legal da prisão preventiva trazida pelo Código de Processo Penal, havendo aqui um conflito entre normas.

O legislador reformista trouxe algumas mudanças no instituto da prisão preventiva, mas conservou seu caráter inquisitorial, uma vez que, permite ao juiz atuar de ofício frente a uma medida que deve ser analisada de forma sucinta. Uma vez que o juiz, ao verificar ao longo do tramite do processo, encontra uma das hipóteses que ensejam a decretação da preventiva, deve ouvir o Ministério Público ou o querelante. Esta atuação do juiz é mais apropriada ao modelo de sistema penal acusatório, atendendo o previsto na Constituição Federal, assegurando os direitos e garantias fundamentais como a imparcialidade.

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.

REFERÊNCIAS

A VIOLÊNCIA é a mais flagrante manifestação do poder de uma pessoa em relação à outra. Disponível em: <<https://br.lush.com/artigo/por-que-violencia-contra-mulher-e-violacao-de-direitos-humanos>>. Acesso em fev. de 2018.

AZEVEDO, Amanda Araújo. **Lei Maria da Penha: o deferimento das medidas protetivas de urgência e suas consequências práticas**. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, 1, 2011, Saraiva, São Paulo.

BRASIL. **Lei nº 11.340. Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em fev. 2018.

CAROLINO, Alana de Oliveira Nascimento. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública em face do princípio da presunção de inocência**. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 46, 2007.

FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. A prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência. **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 5, n. 1, 2015.

FREIRE, André Delgado et al. **Prisão preventiva: hipóteses justificadoras e sua aplicação na jurisprudência**. 2016.

FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro. Medidas Cautelares Processuais Penais E Presunção De Inocência. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 2, p. 43-72, 2014.

GALINDO, Lígia Alves; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Lei Maria Da Penha e sua inconstitucionalidade no tocante a decretação da prisão preventiva. **Encontro de iniciação científica-ISSN 21-76-8498**, v. 4, n. 4, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

Disponível em:

<file:///C:/Users/Isabella/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/4025-13163-1-PB.pdf>. Acesso em fev. 2018.

MELLO, Adriana & BITENCOURT, Diego Ramires. **Violência contra a mulher, direitos humanos e gênero**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28394/violencia-contra-a-mulher-direitos-humanos-e-genero>>. Acesso em fev. de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, 2007, RT, São Paulo, p. 271.

SANEMATSU, Marisa. **A Lei Maria da Penha e o Ministério Público**, por Ela Wiecko V. de Castilho.

SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro; VAN BEETHOVEN, Ludwig. O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 12, 2007.

SOUSA, Juciane Cavalcante. **Prisão preventiva**: discussões acerca do limite temporal. 2016.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. As hipóteses de prisão preventiva da Lei Maria da Penha na visão do Superior Tribunal de Justiça. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral, p. 490/491.