

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LUANNA PAIVA DE OLIVEIRA MARQUES DA COSTA

**A LEI MARIA DA PENHA E A PROBLEMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA
DECRETADA DE OFÍCIO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL**

Recife
2014

LUANNA PAIVA DE OLIVEIRA MARQUES DA COSTA

**A LEI MARIA DA PENHA E A PROBLEMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA
DECRETADA DE OFÍCIO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia apresentada ao curso de bacharel em
Direito da Faculdade Damas como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira

Recife
2014

Costa, L. P. O. M.

A lei Maria da Penha e a problemática da prisão preventiva decretada de ofício na fase de inquérito policial. Luanna Paiva de Oliveira Marques da Costa. Recife: O Autor, 2014.

51 folhas.

Orientador (a): Drº Leonardo Siqueira

Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Trabalho de conclusão de curso, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Prisão Preventiva 3. Medida Cautelar 4. Violência Doméstica 5. Medida Protetiva.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2014 – 248

FOLHA DE APROVAÇÃO

Luanna Paiva de Oliveira Marques da Costa

**A LEI MARIA DA PENHA E A PROBLEMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA
DECRETADA DE OFÍCIO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL**

DEFESA PÚBLICA, em Recife, 02 de junho de 2014

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador Prof. Dr. Leonardo Siqueira (FADIC)

1.Examinador: Prof. André Carneiro Leão (FADIC)

2. Examinador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira (FADIC)

Aos meus avós maternos queridos, Lícia Maria Garboggini Marques da Costa (*in memória*) e Antonio Marques da Costa, por toda dedicação e amor ao longo de toda minha vida e a minha mãe por toda credibilidade e apoio.

AGRADECIMENTOS

Aos professores que mais que discentes foram verdadeiros anjos.

À Faculdade Damas da Instrução Cristã, incluindo funcionários e colegas de turma, por todo o incentivo e apoio necessário.

À minha família e amigos por toda a compreensão em que nos momentos mais difíceis estiveram ao lado e aceitaram minha ausência diante do meu compromisso.

RESUMO

O presente trabalho procurar fazer uma explanação sobre a problemática da possibilidade da decretação de prisão preventiva de ofício pelo Juiz, na fase do inquérito policial prevista na Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Gerando confronto com o sistema acusatório em que a figura do magistrado é imparcial, não interferindo na gestão de prova revelando-se no andamento do processo somente quando provocado. Cabendo a parte o ônus probatório para acusar o réu e este no seu direito de defesa. Análise será focado sobre a lei Maria da Penha foi criada com o escopo de proporcionar meios que fossem capazes de combater a violência praticada contra a mulher, violência de gênero previu dessa forma a possibilidade do Juiz agir de Ofício, durante a fase investigativa, decretando a prisão preventiva do agressor, alterando assim o artigo 311 do Código de Processo Penal, porém a lei 12.403 criada no ano de 2011, posterior a lei Maria da Penha, alterou o respectivo artigo do Código de Processo Penal, restando assim a divergência doutrinária se é possível a decretação de ofício ou não na fase investigativa.

Palavras Chaves: Prisão Preventiva – Medida Cautelar – Violência doméstica – Medida Protetiva.

ABSTRACT

This paper seek to make an explanation on the issue of the possibility of adjudication probation by Judge ex officio , during the police investigation under Law 11.340/2006 , known as the Maria da Penha Law . Generating confrontation with the adversarial system in which the figure of the judge is impartial and not interfering in the management of evidence revealed in the course of the process only when provoked. Fitting the part of the evidential burden to the defendant and acknowledge this right in their defense . Analysis will focus on the Maria da Penha law was created with the aim of providing means they were able to practice combat violence against women , gender violence predicted in this way the possibility of acting Judge Office, during the investigative stage, enacting remand the offender , thereby amending Article 311 of the Code of Criminal Procedure , but the law 12,403 established in 2011 , later the Maria da Penha law , amended the relevant article of the Criminal Procedure Code , thus leaving the doctrinal divergence is possible the enactment of office or not in the research phase .

Key Words: Injunction - Domestic Violence - Measure protective Arrest: Keys words.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O CODIGO DE PROCESSO PENAL E SUA CONFORMIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO	11
1.1 FORMAÇÃO HISTORICA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	11
1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	16
1.3 GESTÃO DE PROVA	23
2 A PRISÃO PROCESSUAL E A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI MARIA DA PENHA	28
2.1 OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM CONJUGAÇÃO COM A ORIGEM DA PRISÃO PROCESSUAL	28
2.2 PRISÃO PROCESSUAL.....	29
3 A LEI MARIA DA PENHA E A PROBLEMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL.....	36
3.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER (ART. 20 DA LEI 11.340/2006)	36
4 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIA	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a previsão no artigo 20 da Lei 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, da possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado na fase do inquérito policial. Nesse ponto, a lei 11.340/2006 inovou, porém no ordenamento jurídico brasileiro essa possibilidade causou controvérsia na doutrina.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema acusatório, que se trata de um sistema em que há separação nas funções de acusar e julgar deixando assim a figura do magistrado imparcial. O sistema acusatório rege-se pelos princípios do contraditório, ampla defesa, publicidade, entre outros. Tem como sua marca a existência bem definida de três papéis na relação processual o juiz, o autor e o réu. Portanto, o poder do magistrado não é ilimitado, não havendo com ele o poder de iniciativa, salvo quando incitado e deliberar segundo o que ficou comprovado nos autos.

No entanto há de se notar que há previsão expressa no Código de Processo Penal que o magistrado possui poderes de iniciativa para que antes mesmo de iniciar a ação penal determinar a antecipação de provas urgentes e relevantes, violando a garantia da imparcialidade que se faz presente no sistema acusatório. Desse modo, o papel do magistrado no processo penal brasileiro é neutro, e quando se tratar de um procedimento investigatório não pode assim atuar de ofício.

Diante disso, o surgimento da Lei Maria da Penha, em especial ao acrescentar mais uma hipótese de decretação de prisão preventiva, ficou prejudicada com a criação da Lei 12.403/2011 que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro, ressaltando assim uma prevalência ao princípio da imparcialidade do Juiz e uma política criminal não interventista.

Observando que a prisão preventiva para a sua decretação é necessária a constatação pelo magistrado sobre a impossibilidade da substituição por qualquer outra medida de natureza cautelar diversa da prisão.

A lei Maria da Penha foi criada com o escopo de proporcionar meios que fossem capazes de combater a violência praticada contra a mulher, violência de gênero previu

dessa forma a possibilidade do Juiz agir de Ofício, durante a fase investigativa, decretando a prisão preventiva do agressor, alterando assim o artigo 311 do Código de Processo Penal, porém a lei 12.403 criada no ano de 2011, posterior a lei Maria da Penha, alterou o respectivo artigo do Código de Processo Penal, restando assim a divergência doutrinária se é possível a decretação de ofício ou não na fase investigativa.

Para o estudo mais aprofundado do tema foi feita, inicialmente, um levantamento bibliográfico, realizado em obras de renomados doutrinadores, jurisprudências, decisões do STF e STJ, artigos específicos, sites, legislação específica, etc..

E no meio desse estudo, surge a problemática da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado durante a fase do inquérito policial.

O presente estudo no primeiro capítulo fará uma análise histórica sobre o surgimento do direito Processual Penal e sobre os sistemas processuais, fazendo uma passagem sobre o surgimento da pena, as hipóteses de solução de conflitos que surgiram. E dando ênfase ao momento em que o Estado passou a ser titular do poder de punir, deixando a vingança privada, e formando o processo penal.

Será abordado o sistemas processuais existentes, de modo sintético será explicado sobre o sistema inquisitivo, em que é marcado pela ausência da ampla defesa e contraditório até o nascimento do sistema acusatório havendo nesse uma separação nítida dos personagens de acusar julgar.

Ainda no primeiro capítulo será analisada a gestão de prova frente ao ordenamento jurídico brasileiro que apesar de adotado o sistema acusatório há poder conferido ao magistrado para instruir a gestão de prova, ficando ou não prejudicada, a garantia da imparcialidade.

No segundo capítulo será abordada a questão da prisão no ordenamento jurídico brasileiro, os tipos de prisões e prevalência do princípio da inocência. Os tipos de prisões processuais e as novas medidas cautelares diversas da prisão.

O enfoque nesse capítulo será a questão da prisão preventiva que se trata uma medida cautelar que constringe a liberdade e quando não bem fundamentada pode ocasionar uma antecipação de pena.

No terceiro e último capítulo será estudado a verdadeira problemática desse estudo, uma análise sobre a Lei 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, com algumas definições, sem limitar o tema, sobre o que é a violência doméstica e familiar contra a mulher, que se enquadra no sujeito passivo e ativo dessa conduta, os tipos de violências e as inovações trazidas por esta lei.

Na última análise será feita um questionamento sobre a previsão do artigo 20 da Lei Maria da Penha que prevê a possibilidade do magistrado de ofício na fase do inquérito policial decretar a prisão preventiva ao agente e alteração realizada no Código de Processo Penal, o que deve prevalecer a lei especial sobre a norma geral ou a proteção ao sistema acusatório.

1 O CODIGO DE PROCESSO PENAL E SUA CONFORMIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

1.1 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O processo penal surgiu como a porta para que o Estado tomasse legitimidade para impor à pena, uma vez que o único arcabouço para contentamento do anseio acusatório e a aplicação de uma pena é através do Estado.

Afirma Tourinho Filho¹, o ser humano não pode viver de outra forma que não seja em sociedade e para que se possa viver desta forma e manter as liberdades individuais, ou seja, o bem-estar de maneira geral, os homens passaram a se organizar em Estado. Incidindo de tal modo a se submissão às ordens dos ditos governantes, não mais fazendo o que queriam, mas o que era então permitido.

Segundo Norberto Avena, a história do Processo Penal está intimamente ligada com a história da pena, a qual na esfera penal apresenta relação direta com o papel do direito de punir do Estado.

Basta observar que, se uma pessoa realizar determinada conduta descrita em um tipo penal incriminador, a consequência desta prática será o surgimento para o Estado do poder-dever de aplicar-lhe a sanção correspondente. [...] Aqui surge, o processo penal, como instrumento destinado à realização do *jus puniendi* do Estado e cujo desenvolvimento será regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõem o direito processual².

Outro ensinamento de Tourinho Filho³, caracteriza que nas primeiras sociedades os poderes permaneciam na mão de apenas uma pessoa, mesmo com o aparecimento do Estado, por algum tempo o papel de criar as leis, aplicar e administrar o Estado conservar-se concentrado na mesma pessoa. E apenas na fase do Iluminismo que Montesquieu, grande filósofo político do Iluminismo, destacou a necessidade de realizar a divisão dos poderes, sob o risco de constituir assim uma forte tirania, porém a transformação ocorreu de maneira lenta, sendo esse o ponto de partida para a adoção da separação funcional dos poderes do Estado.

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva, p. 41

² AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 2012, 5 ed revista e ampliada. São Paulo, Editora Método. p. 3

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva, p. 42

Do ponto de vista de Aury Lopes⁴, quando o Estado possui a titularidade exclusiva do poder de penar nasce do momento em que desaparece a vingança privada e são impostos os critérios de justiça. O Estado passa a chamar para ele o direito de proteger a sociedade.

Em outra obra, Aury Lopes⁵ afirma que a evolução do processo penal está ligada a evolução da pena. Tendo início pela autotutela, que é uma forma de defesa privada, posto que a vítima decide agir por conta própria para revidar uma ação que tenha sofrido. Nessa modalidade é marcada pela ausência do Estado havendo uma imposição de vontade. Vigorando uso da força. Há quem entenda existir vestígio no Direito Penal atual, como exemplo a legítima defesa e o estado de necessidade.

Do mesmo modo, Tourinho Filho afirma que “o emprego da força devia ter sido a forma mais usual para a sua solução. Era a ‘autodefesa’. Por óbvio não era a solução ideal, porquanto o mais forte levaria vantagem.”⁶

Para Fernando Capez⁷, a autotutela, presente nos primórdios da civilização, como sendo caracterizada pelo uso da força bruta com o intuito de satisfazer interesses. Sendo pelo regime de vingança privada que ocorriam as repressões aos atos delituosos, não sendo presente a interferência de órgãos imparciais. Tendo como traços característicos da autotutela a não presença de uma autoridade imparcial e imposição de uma parte sobre a outra.

Depois surgiu a autocomposição, forma mais cordial em que as partes em comum acordo decidem o fim do conflito. Aqui não há imposição de forças, há resolução através de acordo entre as partes. Conforme Fredie Didier Jr.⁸, pode este instituto ser caracterizado como “forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio” (2010, p. 93). Nessa forma solução de conflitos, ocorre quando uma das partes cede em favor da outra parte ou quando ambas as partes

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p 3

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p 77

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva, p. 44

⁷ CAPEZ, Fernando. **Processo Penal Simplificado**. 2012. p. 23

⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento – vol.1**. 12. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p.93

abrem mão de seus interesses para que de forma pacífica solucionem o atrito existente. Tendo como formas de autocomposição a desistência, renúncia à pretensão, submissão e a transição, que nada mais é que as concessões recíprocas, onde a Constituição Federal no artigo 98, inciso I, prevê a possibilidade de transação em delitos de menor potencial ofensivo:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Para Tourinho Filho⁹, a autocomposição seria uma excelente maneira de solução de conflito por estar ausente a violência, há uma economia de despesas, porém mesmo que presente atualmente em algumas situações, não pode ser ampliada a todas as situações de conflitos, por poder ocasionar uma situação de um dos litigantes não querer a composição, permanecendo assim o conflito.

Houve também como forma de composição de conflito a heterotutela, a qual há participação de um terceiro em prol de uma das partes. E por fim, a heterocomposição, presente a figura de um terceiro imparcial retirando a autonomia das partes e evitando o uso da força, não sendo presente no Processo Penal, vez que a pena é de atuação pública não podendo assim ter natureza privada.

Outro ensinamento de Tourinho Filho¹⁰ é que apenas o Estado é que poderia fazer o papel desse terceiro, e com isso o Estado chamou para o si a função de gerar a justiça devolvendo a ordem jurídica quando esta fosse transgredida.

E desde o início da humanidade, segundo Nucci, o ser humano violou as regras de convivência, atingindo seus semelhantes e até mesmo a própria comunidade em que vivia, tornando assim indispensável a aplicação de uma punição¹¹

De acordo com Luiz Regis Prado¹²:

A prisão somente surge como pena no Direito Canônico, através do recolhimento em cela, dos religiosos que houvessem perpetrado delitos

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva, p. 44

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva, p. 44

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. São Paulo: RT, 2009, p.68

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**. Vol I, 9ª ed., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 515

eclesiásticos, bem como daqueles submetidos a julgamento pelos tribunais da Igreja. Tinha, predominantemente, caráter de expiação, com o objetivo primeiro de estimular o arrependimento dos condenados.

Afirma Lopes Jr: “Até então, séculos XVI e XVII, havia o uso generalizado da pena de morte, sendo que a forma de execução mais frequente era a forca. Ao lado dela, eram recorrentes os açoites, a deportação e os atos causadores de vergonha pública.”¹³ Em que na antiguidade, a privação de liberdade não era tida como uma pena, mas como custódia para a execução com a morte ou penas corporais tortuosas. E por muito tempo a prisão foi instrumento de custódia processual, uma das principais causas da mudança desse cenário foi a evolução da organização da sociedade, sendo inicialmente a pena como uma vingança, na qual os parentes da vítima que agiam no intuito de impor a medida repressiva passando para o Estado essa obrigação. Passando a pena a ser considerada uma reação do Estado diante de uma violação da ordem jurídica penal.

A centralização de poder fez nascer uma forma dita mais repressiva, sem dar margem ao contra-ataque. Ressaltando que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser de acalmar os ânimos de uma comunidade, exaltados pela prática de alguma infração grave. Entretanto, não é demais salientar que a adoção da prática do talião (olho por olho, dente por dente) constituiu uma evolução no direito penal, já que houve, pelo menos, maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu autor.¹⁴

Além disso, Prado ainda diz: “A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competente ao agente de uma infração penal”¹⁵.

De acordo com Capez, a intervenção de terceiros para solucionar conflitos surgiu de início com a escolha, pelas próprias partes, de um terceiro imparcial. Isso, em geral, recaía na escolha de um sacerdote que resolviam o conflito de acordo com a vontade dos deuses, ou então escolhiam um ancião, de resolviam o conflito

¹³ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 7ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2011.p 43

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. São Paulo: RT, 2009, p.69

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**. Vol I, 9ª ed., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 502

embasados nos costumes e tradições locais. Com o passar do tempo, o Estado passou a se afirmar e conseguiu se impor diante da sociedade. As partes em conflito procuravam perante o pretor, que escolhia um arbitro com a função de decidir a causa. E, posteriormente, o que era uma faculdade das partes em procurar o pretor passou a ser poder do Estado em mesmo contra a vontade dos conflitantes indicar o árbitro.¹⁶

Para Ary Lopes¹⁷, a partir do momento em que o Estado se tornou titular de maneira exclusiva do poder de punir deixando de lado a retaliação privada, ficando formado o modo instrumental do processo penal com relação ao direito penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena. Com o surgimento dos juízes estatais, que tiveram como missão examinar as pretensões e dar solução as conflitos existentes, agindo dessa forma em substituição a vontade das partes, que então não podem mais fazer justiça com as próprias mãos. Passando a chamar essa atividade estatal de jurisdição. “Sendo o processo o meio pelo qual o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito ao caso concreto e dirimindo os conflitos de interesse.”¹⁸

1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Antes de adentrar na previsão constitucional do sistema processual brasileiro, primeiramente deve-se fazer uma explanação histórica do que quais são os sistemas processuais ditados pela doutrina.

Na lição de Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁹, “a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão responsável pela acusação.”

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Processo Penal Simplificado**. 2012. p. 24

¹⁷ LOPES JR. Ary, **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 7ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2011.p 46

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Processo Penal Simplificado**. 2012. p. 25

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p 9

Iniciando pelo sistema inquisitório “O processo inquisitivo despontou em Roma, quando se permitia ao Juiz iniciar o processo de ofício, e, ao atingir a Idade Média, por influência da Igreja o processo[...] passou a dominar toda a quase Europa continental, a partir do Concílio Lateranense, de 1215.”²⁰

Segundo Ary Lopes, esse sistema adotado inicialmente pela Igreja, fora se espalhando por todos os legisladores da época, mudando a fisionomia de forma radical do processo. O Estado-Juiz passou a concentrar nas mãos os papéis de acusar e julgar, afetando sua imparcialidade²¹

Com a inquisição, não há a acusação e a publicidade, permitindo a denúncia anônima, em que o nome do delator permanecia em segredo. Nesse sistema, como já dito anteriormente, o juiz atua de ofício e em segredo. A prisão passa a ser uma regra já que desta forma o inquisidor tinha à sua disposição para torturá-lo com o intuito de obter uma confissão e com essa confissão não precisaria de mais nenhum tipo de prova. Típico dos sistemas ditatoriais, contemplando um processo em que podem reunir na mesma pessoa as funções de acusar, defender e de julgar. Nas lições de Norberto Avena diz que não há nesse sistema a obrigatoriedade de que exista uma acusação por órgão público ou até mesmo pelo ofendido, nos casos permitidos na legislação, sendo legal que ao juiz seja dado o papel de desencadear por ofício o processo criminal. Cabendo ao julgador e substituindo as partes determinar a produção das provas necessárias ao julgamento que bem entender necessárias. Podendo, ainda, por ato discricionário determinar o caráter sigiloso, já que é ausente nesse sistema as garantias de ampla defesa, contraditório, princípio de devido processo legal, dando margem a ocorrência de excessos processuais²²

Com o surgimento desse sistema modifica a expressão do processo de maneira radical. Com o aparecimento de um delito, a figura do juiz passa a atuar de ofício, sem o necessário colhimento prévio ou invocação para a constituição do convencimento. O juiz passa a ter um papel ativo.

No sistema inquisitório, tem-se como características a participação ativa por parte do juiz na condução do processo, possuindo liberdade para atuar *ex officio*, sem necessitar de qualquer forma de provocação, tanto na realização da produção de

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva, p. 77

²¹ LOPES JUNIOR, Ary. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 2010, p 511

²² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 10

prova quanto determinando outras medidas que seja entendida como necessária. Diferentemente, o sistema acusatório tem como características a posição passiva do juiz, sendo inerte no tocante ao acusador quanto aquele que está sendo acusado. Não cabendo a atitude de ofício do magistrado, devendo existir requerimento por parte das partes para a produção das provas necessárias e para que se possa deferir alguma outra medida cautelar. Sendo de prisma importância o papel da acusação nesse sistema, a qual a atuação do órgão se faz de extrema relevância.²³

Em resumo, no sistema inquisitivo, o juiz passou a construir sua persuasão não perante as provas colhidas e apresentadas pelas partes, ao passo que passou a convencer as partes de sua pessoal convicção²⁴

Na visão de Rangel, o sistema inquisitório tem como principais características que as principais funções, quais sejam de acusar, julgar e defender, estão presentes na função de uma só pessoa, onde o juiz inicia de ofício a acusação, comprometendo, assim, a imparcialidade; O sigilo passa a reger o processo, que corre de forma secreta; Não há a presença do contraditório e nem da ampla defesa, já que o réu é objeto do processo e não um sujeito de direitos; Aqui é marcado também pelo sistema de provas com prova tarifada, tendo assim a confissão como a rainha de todas as provas do processo.

Sendo notável que o processo inquisitório não há a presença do contraditório, nem nenhuma garantia de liberdade e igualdade ao acusado, discorrendo acerca tema, Tourinho Filho, onde o processo inquisitorial é uma antítese do acusatório. Não havendo contraditório, e por isso, não há normas de igualdade e liberdade no processo. Os papéis de acusar, defender e julgar, como já dito anteriormente, são fixados em uma mesma pessoa, sendo o juiz e a ele cabe de ofício iniciar o processo e submeter o acusado a torturas, para que assim seja obtido a confissão, rainha de todas as provas. Não havendo garantias conferidas ao acusado, sendo um papel de subordinação, passando a um objeto dentro do processo e não um sujeito de direitos garantidos pela lei.²⁵

²³ MATIAS, Flavio Ferreira da Costa, **Princípio da imparcialidade do juiz penal como decorrência do sistema acusatório pela CF**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22659/o-principio-da-imparcialidade-do-juiz-penal-como-decorrenca-da-adocao-do-sistema-acusatorio-pela-constituicao-federal#ixzz2tbkfjXx1> Acesso em: 10/02/2014

²⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro, Editora Lúmes Juris, 2009, p. 48/49

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva . p.77

Em síntese, ao descrever sobre o sistema processual inquisitivo, Rangel²⁶ ressalta que:

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.

Segundo Lopes Jr toda a estrutura do sistema inquisitivo foi criada a partir de um conjunto de elementos e conceitos, em especial para o de “verdade absoluta” e que a busca por essa verdade dava margem para que a prisão cautelar virasse a regra, onde o inquisidor procurava a confissão, através da tortura, e uma vez tendo a confissão, o inquisidor não precisava de nada mais, pois a confissão é considerada a rainha das provas. Sendo assim a simples confissão suficiente para uma condenação, já que nenhuma prova nesse tipo de sistema vale mais do que a confissão. Tendo o advogado mero papel de aconselhar que o agente confessasse o mais rápido possível e se arrependesse do erro, para que assim a pena fosse logo decretada e executada. Como bem explica o mesmo autor²⁷:

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era vista como ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado.[...]O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.

Já o sistema acusatório, que se chama “acusatório” porque, segundo Eugênio Pacelli, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as circunstâncias²⁸.

Sendo marcado pela separação visível dos papéis, passando o juiz ter função imparcial de aplicar a lei e ficará inerte, só agindo quando for devidamente provocado. Afirma Paulo Rangel, que nesse sistema o juiz não mais inicia, *ex officio*, a ação penal. Existindo para tanto, um órgão, instituído pelo Estado, para essa função. Destaque-se que para Ary Lopes Junior²⁹:

²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 48/49.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 2010. p 67

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p 9

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p 77

Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Atualmente, o *law and order* é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o Direito Penal e o processo.

Sendo manifestado através do utilitarismo judicial através de atos reprimidos pelo segredo, em forma escrita. Aury Lopes³⁰ define que o sistema acusatório é mais predominante nos países em que a liberdade individual é mais respeitada e que tem uma sólida base democrática, já o sistema inquisitório é mais presente nos países em que existem mais coibição, características do totalitarismo.

A precedência do sistema acusatório surge no Direito grego, a qual a suscitação do órgão jurisdicionário acontecia por meio de ação popular, em caso de delitos graves, e/ou por acusação privada para as infrações não tão graves. Já em Roma, na Alta República, surgem duas formas de se iniciar o processo penal: a acusação, que cabia ao próprio ofendido ou aos seus parentes, tratando-se de uma ação privada; e a *cognitio*, de titularidade dos órgãos estatais³¹.

Surgindo como características destacadas por Aury Lopes Junior:

A atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes; atividade de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra o réu ausente (até porque as penas são corporais), acusação era por escrito e indicava as provas; havia contraditório e direito de defesa, o procedimento era oral, os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Desde então, marca que a principal característica do sistema acusatório incide na existência de três personagens em sua concepção: o juiz, o autor e o réu, desenvolvendo um *actum trium personarum*. Os atos de acusar e julgar são atribuídos a personagens distintos e autônomos entre si.

Nesse cenário, a figura do juiz surge como imparcial, sem interferência na gestão de prova revelando-se no andamento do processo somente quando provocado. Cabendo a parte o ônus probatório para acusar o réu e este no seu direito de defesa. Na opinião de Fernando da Costa Tourinho Filho³², nada impede que o particular acuse,

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p 79

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, 2010. p 59

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva. p.76

mas o imaginado é que a função acusatória constitua ao Ministério Público, como representante da sociedade, porém caberá ao particular nos casos em que seja ação penal privada, cabendo ao ofendido.

Como descrito por Tourinho Filho³³, o processo acusatório possui traços marcantes:

a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial; d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere actori, quod reo non permittitur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado.

Como caracteriza Rangel, o sistema acusatório:

a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu; b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro vide art. 93, IX, da CF c/c art. 792, § 1º, c/c art. 481, ambos do CPP); c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas; d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém, não se afastar do que consta no processo (art. 155 do CPP). e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC).³⁴

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva.p 76

³⁴ CF 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.

Art. 792.CPP As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Art. 481 CPP. Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias.

Art. 155 CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Art. 130 CPC. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Já o sistema misto, também conhecido como acusatório formal, surgiu após a Revolução Francesa e mescla o sistema acusatório e o inquisitório, passando a existir a fase instrutória preliminar, presentes os elementos característicos do sistema inquisitivo, sendo secreto, escrito e sem o contraditório e também a fase do julgamento, com traços marcantes do sistema acusatório, com os elementos da oralidade, publicidade, contraditório, concentração dos atos processuais, intervenção de juízes populares e livre apreciação das provas.³⁵

Afirma, Aury Lopes³⁶, que o fato do Estado manter a titularidade absoluta do poder de aplicar a pena e não podia transferir para particulares esse poder e o papel de persecução penal, verificou-se que era indispensável decompor o processo em etapas e passar as funções de acusar e julgar a distintos órgãos, permanecendo o monopólio estatal, porém agora era realizada por um órgão diverso do magistrado, surgindo assim o papel do Ministério Público. Tendo com isso o critério que define um sistema do outro é a diversidade no papel de acusar e julgar, que é presente apenas no sistema acusatório.

Garcia³⁷ ressalta que a doutrina majoritária entende que o Brasil adotou o sistema acusatório, conquanto existam doutrinadores que entendem que o sistema adotado pelo Brasil foi o sistema misto a exemplo de Nucci.

Há de se notar que o sistema processual adotado no Direito pátrio, não seria acusatório de forma pura, mas com vestígios de inquisitivo, tendo como exemplo o fato de ser previsto a possibilidade da prática de vários atos por parte do juiz, mesmo sendo durante a fase investigativa ou para que seja instaurada a ação penal, atos estes típicos de acusação. Entretanto, mesmo assim, o sistema esboçado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o acusatório, principalmente pelos princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988 a qual prevê no seu art. 129, I,³⁸ a legitimidade do Ministério Público

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.116

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006 p173

³⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Processo Penal**. 2010, p.34

³⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

para propor privativamente a ação penal pública. Fortalecendo ainda mais esse entendimento nas linhas de Tourinho Filho:

O processo é eminentemente contraditório. Não temos figura de juiz instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a Autoridade Policial procede investigação não contraditória, colhendo, à maneira do Juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria. Com base nessa investigação preparatória, o acusador, seja órgão do Ministério Público, seja a vítima, instaura o processo por meio de denúncia ou queixa. Já agora, em juízo, nascida a relação processual, o processo torna-se eminentemente contraditório, público e escrito (sendo que alguns atos são praticados oralmente, tais como debates em audiências ou sessão).³⁹

Entretanto, prossegue o mesmo autor, não se trata de um processo penal acusatório puro, já que haveria uma gama de prerrogativas conferidas ao juiz que, em rigor, deveriam competir às partes⁴⁰, tendo de exemplo requisitar o início de uma averiguação policial, iniciativa para a decretação de prisão preventiva, determinar a produção da prova, escutar testemunhas como testemunho de juízo.

1.3 GESTÃO DE PROVA:

O Direito, ao longo de sua história, confrontou-se com o aspecto da construção da verdade, colocando em práticas várias formas e métodos jurídicos com a finalidade de obter a verdade, desde as ordálias e juízos de Deuses, na Idade Média, em que o

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva. p.79

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op. cit. p. 94

acusado era submetido a passar por alguma prova física, de cuja superação, quando conseguia a vitória, era reconhecido a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios instrutórios de prova.⁴¹

Em linhas gerais, como já mencionado anteriormente, a estrutura do sistema processual penal de uma sociedade é a medida entre os elementos autoritários ou democráticos na sua Constituição. Conforme Jacinto Coutinho, menciona que o processo tem como finalidade reconstituir um fato histórico ‘de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema’⁴² e a gestão de prova se estrutura e se funda a partir de dois princípios informadores: Princípio dispositivo que se funda no sistema acusatório e a gestão da prova fica a cargo das partes, passando o juiz a ter um papel de mero espectador; e princípio inquisitivo, onde a gestão de prova pertence ao julgador, fundando-se no sistema inquisitório.⁴³

Destaque-se que quando o sistema é inquisitório tem-se na gestão de prova a concentração de poder nas mãos do julgador, significando um dano ao equilíbrio entre as partes dentro do processo. Interessante se faz notar que ao sistema inquisitório não pode ser dada outra visão maniqueísta no sentido de conferir uma genealogia negativa.⁴⁴

E Lopes Jr diz mais que no sistema dito acusatório o julgador não possui iniciativa probatória, formando a sua convicção pelos elementos probatórios coletados pelas partes.⁴⁵

Na visão de Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves, a pretensão punitiva em juízo pressupõe que o autor atribua ao acusado a autoria de certa conduta tipificada no ordenamento jurídico, pois é certo que cabe a acusação provar um ou mais fatos. Para,

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p 341

⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, n. 01, 2001

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, p 525 *apud* COUTINHO, Jacinto

⁴⁴ A CRISE DO PROCESSO PENAL E AS NOVAS FORMAS DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL, p 21 (falta o organizador)

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. p 529

assim possa o juiz com base na veracidade das provas trazidas aos autos, constatar a existência de fatos passados sobre a ocorrência onde não há, de início, certeza. Advindo assim, o julgamento, com uma construção lógica, baseado na análise dos elementos probatórios que estejam com aptos a repassar o fato. Tendo esses elementos capazes de comprovar algo a denominação de prova⁴⁶.

Resta isolado que, no caso da gestão de prova ser de exclusividade das partes, o sistema em vigor seria o acusatório. Porém cabe ressaltar que não é esse sistema que reina no Código de Processo Penal Brasileiro, como mencionado Lopes Jr que o sistema que vigora é o neoinquisitorial, tratando-se de uma inquisição reformada, porém “com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc.”⁴⁷

Observe-se que é de suma relevância ao analisar a característica do sistema processual brasileiro, uma vez tem previsto em seu artigo 156 do Código Processual Penal:

Art.156.A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I- ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II- determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Vale destacar que apesar de estar previsto na legislação pátria que o ônus da prova incube às partes, no entanto a figura do Juiz não é de um mero espectador inerte a sua produção, podendo, a qualquer instante, determinar de ofício, quaisquer diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Aliás, permite-se ao Juiz, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando, como bem explicita o inc I do art 156, citado anteriormente, a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.⁴⁸

Note-se que o legislador ao conceder poderes ao juiz para instruir passou a violar a garantia da imparcialidade que faz parte do sistema acusatório e faz o esboço do processo penal.

⁴⁶ CEBRIAN, Alexandre e GONÇALVES, Victor. **Direito Processual Penal Esquematizado**, p 247.

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. p 528

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual De Processo Penal**, p 79

Outrossim nesse sentido, Eugênio Pacelli⁴⁹, ao afirmar que o juiz não deve tutelar a investigação. Em que a rigor, a jurisdição criminal apenas se inicia com a apreciação da peça acusatória e no curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação do julgador não se tem como justificada enquanto tutela dos respectivos procedimentos. Porque ao deferir alguma medida não está nesse momento protegendo os interesses da investigação criminal, mas sim, exercerá um controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.

Em contrapartida, há doutrinadores que alegam que esse dispositivo não ofende aos princípios da constituição, ressaltando que foi adotado o princípio da busca da verdade real pelo ordenamento jurídico brasileiro. A exemplo de Nucci que defende que o magistrado deve determinar a produção das provas as quais entender convenientes e razoáveis para elucidar um delito. Sem haver a preocupação em trazer benefício para a acusação ou a defesa, mas se preocupar somente em alcançar a verdade real. E o princípio da verdade real abraçado também no processo penal pátrio faz com que o magistrado provoque o andamento do feito, mesmo que as partes não queiram. Tudo isso, com o intuito de alcançar a prolação da sentença de modo que o procedimento deve ser seguido os trâmites legais para ocorrer o desfecho do caso.⁵⁰

Em síntese, os poderes instrutórios cabíveis ao juiz, que é peculiar de um sistema que busca privilegiar a busca da verdade real, não pode aceitar que a autoridade judiciária venha a substituir a atividade probatória que cabe as partes. A atividade do juiz na produção das provas tem como função de complementar, uma vez que permanece como papel das partes o ônus da prova. De forma que Garcia⁵¹ menciona em sua obra:

Como já afirmado, por força do art.129, inciso I, da CF, o Brasil adora, como regra geral de gestão de prova, o sistema acusatório, pois são as partes os agentes responsáveis pela instrução probatória. Nesse trilhar, apenas excepcionalmente, de forma complementar, é que o juiz deve possuir poderes instrutórios, sob pena de violação do sistema adotado no país.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, p 349

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, p 346

⁵¹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Processo Penal**. 2010, p 34

Na mesa linha, Távora⁵² insere que o papel do magistrado é complementar, tendo por objetivo esclarecer dúvida sobre o ponto essencial à demonstração da verdade. A proatividade do juiz em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade necessária ao julgamento. O próprio sistema acusatório atribui ao titular da ação o ônus da prova. Não sendo necessário nem recomendado ao juiz, atuar como defensor, tomando a frente da iniciativa probatória, já que na dúvida deve absolver prevalecer em prol do réu.

Igualmente, Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves⁵³ afirmam que o processo penal pátrio, o qual possui uma estrutura acusatória, evidencia a serenidade e a imparcialidade do juiz, de maneira que retira dele o principal papel em reunir elementos probatórios relacionados ao delito. Ressaltando que a lei em comento assegura a atuação do juiz de maneira suplementar, onde terá função de reunir elementos que tenham possibilidade de acusação ou absolvição do acusado. Tendo como objetivo a busca da verdade real, pode de ofício ordenar, até mesmo anteriormente a ação penal, a antecipação das provas ditas como relevantes e urgentes, e durante a ação determinar, desse modo, a produção das provas que possam esclarecer o fato criminoso. Constando-se, dessa forma, que o modelo acusatório integrado pelo princípio da investigação é adotado pelo processo penal brasileiro.

⁵² TAVORA, Nestor. **Direito Processual Penal**, 2010, p 367

⁵³ CEBRIAN, Alexandre e GONÇALVES, Victor. **Direito Processual Penal Esquemático**, p 247.

2 A PRISÃO PROCESSUAL E A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI MARIA DA PENHA

2.1 OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM CONJUGAÇÃO COM A ORIGEM DA PRISÃO PROCESSUAL.

Antes de adentrar ao assunto prisão processual, se faz necessária uma análise sobre o princípio da presunção de inocência, que a própria Constituição Federal⁵⁴ em seu artigo 5º, LXII, prevê de maneira implícita e segundo Tourinho Filho⁵⁵ “[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente”, afirmando que uma vez o agente seja presumidamente inocente, a sua prisão antes de uma possível condenação passado em julgado resultaria em uma pena antecipada, o que não é aceito no ordenamento jurídico pátrio, salvo se a prisão tenha como imperiosa a cautela do processo.

Destaque-se ainda, na opinião do mesmo autor⁵⁶, ocorre também a pena antecipada no caso de uma decretação de prisão preventiva com o fundamento na garantia da ordem pública ou ordem econômica, pois nessas situações a prisão preventiva não geraria nenhum tipo de favoreço ao processo.

⁵⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. edição. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. edição. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73

Como se pode notar o princípio de inocência tem valor normativo para ser levando em conta em todas as fases do processo penal, tanto na fase investigatória como também a fase da ação penal. E somando Eugênio Pacelli⁵⁷ diz que para que seja decretada a prisão, competência da autoridade judiciária em virtude do Estado Democrático de Direito, antes mesmo de uma sentença condenatória, somente se permite nos casos fundamentado para proteger o regular exercício da jurisdição pena.

2.2 PRISÃO PROCESSUAL:

A prisão no conceito dado por Capez⁵⁸, é a ação de “privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”; Na mesma linha, Fernando da Costa Tourinho Filho diz “a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria”⁵⁹. E acrescenta NUCCI⁶⁰:

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com transito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo.

Por outro prisma, Luiz Flávio Gomes⁶¹, diz que no sistema do Código de Processo Penal de 1941 tinha cunho fascista e a prisão de flagrante delito já era tida como presunção de culpabilidade. E esse tipo de prisão era convertida em cautelar, sem

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p 9

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.227

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. edição. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p 634

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**, 3 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. p.31

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luis (coord). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.25

a necessidade de o magistrado converter em preventiva, sendo com isso poucas as possibilidades de uma liberdade provisória. Partia-se da premissa que o agente era culpado, mesmo não havendo ainda uma sentença definitiva, havendo uma grave violação ao princípio da presunção de inocência.

O sistema de prisões de 1941 foi se transformando aos poucos, posto que no ano de 1977 ampliaram-se as possibilidades de liberdade provisória. As prisões de pronúncia e da sentença foram eliminadas, passou-se depois a exigir fundamentação específica na sentença sobre a manutenção ou decretação da prisão preventiva e que qualquer prisão cautelar tenha fundamentação específica e justa⁶².

Cumprido ressaltar que, segundo Nucci⁶³, a prisão precisa ter como fundamentos um desses tipos: a prisão em flagrante delito; decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente vinda de sentença condenatória com trânsito em julgado ou decretação de prisão preventiva ou decretação de prisão temporária.

Conforme descrito por Nestor Távora⁶⁴, a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXI, só admite a prisão em duas hipóteses, que seria no caso de flagrante e a decorrente de um ordem escrita através da autoridade judiciária. Sendo imperioso reafirmar que à luz da Constituição Federal somente os magistrados têm a competência para expedição do mandado de prisão.

No conceito exposto sobre prisão, de acordo com Tourinho Filho⁶⁵, compreende duas espécies de prisão, tendo a prisão decorrente de uma sentença penal, como sendo um pagamento pelo mal praticado e a prisão sem o caráter de pena, conhecida como prisão sem pena. Com relação a prisão-pena, esta se trata de um sofrimento imposto pelo Estado ao agente infrator em decorrência de uma sentença como forma de retribuição pelo mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada⁶⁶.

⁶² GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luis (coord). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.25

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal**. Salvador. Editora JusPodivm, 2014, p375

⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, p 634

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, p 634

Nas palavras de Renato Marcão⁶⁷:

Vencida a fase instrutória, de conhecimento, e julgada procedente a ação penal, total ou parcialmente, faz-se necessária a execução do título executivo judicial. É preciso “cobrar” do condenado o resgate de sua dívida com a sociedade, e para tanto transitando em julgado a sentença que aplicar a pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Paralelo à prisão-pena há a prisão sem pena, ou seja, diferentemente da primeira aqui não existe, ainda, uma condenação, como exemplo a prisão cautelar de natureza processual, que se trata de uma das espécies de prisão sem pena. E tem como requisitos o aspecto *comissi delicti e do periculum libertatis*, ou seja, fundada suspeita da autoria do agente no fato em questão e a prova da existência material do delito.

De acordo com Pacelli⁶⁸, a prisão em flagrante tem como justificativa a proteção do ofendido e a garantia da qualidade probatória, e a prisão preventiva manifesta pela cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando dessa forma prevenir eventuais ações praticadas pelo, em tese, autor e/o partícipes que possam de alguma forma colocar em risco a efetividade do processo.

De acordo com Avena, o Código de Processo Penal de 1941, tinha previsto que duas eram as condições a que poderia estar inserido o agente durante o curso da investigação criminal e no curso da ação penal, ou seja, ou o agente estaria em prisão provisória ou encontrar-se-ia em liberdade. No entanto, no ano de 2011 surgiu a lei 12.403, e esse modelo mencionado foi descartado, surgindo outro que se caracterizou pelo multicautela, na medida em que se submete o agente a um terceiro modo que não estaria inserido em prisão, nem estaria com a liberdade dita total, trata-se da sujeição às ditas medidas cautelares diversas da prisão, que estão listadas nos arts 319 e 320 do Código de Processo Penal⁶⁹.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

⁶⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, p 146

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, **Curso de Processo Penal**, 13ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010 pág. 524

⁶⁹ AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. p. 818

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º-§ 2º§ 3º§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Em verdade, não se pode duvidar que as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal preveem modalidades de restrição de liberdade individual, desde a prisão até a simples proibição de contato com determinada pessoa. Em suma, não podem ser decretadas sem base legal e fática, já que acima das regras processuais, é presente o princípio constitucional da presunção de inocência⁷⁰

TJRJ: “Com o advento da Lei 12.403/2011, antes de decretar a custódia preventiva, é necessário examinar a possibilidade de aplicação de medida cautelar mais branda. Essas medidas seguem os princípios da necessidade e adequação (à gravidade do delito e circunstâncias do fato).” (HC 0037299-89.2012.8.19.000-MG, 7ª Câmara, rel. Marcia Perrini Bodart, 31.07.2012).

Segundo, Luiz Flávio Gomes⁷¹, as medidas cautelares que são aplicadas em substituição à prisão cautelar não pode ser considerada a mesma coisa que penas alternativas, uma vez que estas são em caso de substituição à pena que determinada por sentença condenatória e àquelas são medidas que tende a evitar a prisão do agente anteriormente a uma condenação, podendo ser decretadas de maneira isolada ou cumulativa e em caso de descumprimento da medida poderá o juiz substituir por outra, cumular com outra e é última opção determinar a prisão preventiva.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**, p.33

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luis (coord). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.26

Do mesmo modo, Flavio Gomes⁷², afirma que a liberdade individual é considerada como a regra pelo nosso sistema jurídico, ou seja, a liberdade é tida como regra e a prisão a exceção. E prisão como medida excepcional só será decretada pelo magistrado quando existirem os motivos que justifiquem pelo direito, nos fatos inseridos e na necessidade absoluta. Afinal o Estado de Direito defende que a prisão preventiva possui uma função diversa do cautelar, não podendo primeiro aplicar um castigo, uma punição, para depois haver uma condenação. E com isso a prisão processual não há de ter como característica ser uma pena antecipada.

Sob o risco de ser considerado constrangimento ilegal, Nucci⁷³ diz que além de ser observado aos pressupostos que justificam a aplicação da prisão preventiva, conforme o art.312, e as hipóteses de admissão, art.313, ambos do Código de Processo Penal, a determinação de custódia exige a constatação por parte do juiz da impossibilidade de sua substituição por qualquer outra medida de natureza cautelar que não seja prisão, dentre as previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Do contrário, independentemente da gravidade ou repugnância causada pelo delito a prisão preventiva deverá ser reputada ilegal, pois utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada e não como forma de prisão processual consubstanciando clara violação ao princípio da presunção de inocência.⁷⁴

Saliente-se que outro aspecto, além de outras alterações, deve ser considerado com a alteração trazida pela lei 12.403/2011, a qual colocou fim a possibilidade de alguém se manter preso em detrimento de uma prisão em flagrante delito. Assim, para que o agente preso em situação de flagrância continue sob segregação o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante delito deve converter em prisão preventiva, claro se presentes os requisitos autorizadores e que não seja adequada a aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão⁷⁵

⁷² GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luis (coord). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.39

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**, p.35

⁷⁴ STF, HC 100.529/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 12.02.2010 e STJ, RHC 29.774/ES, 5ª Turma, Rel. Gilson Dipp, DJ 01.07.2011 *apud* AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 6ª ed revista e ampliada. São Paulo, Editora Método. p. 927

⁷⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 820

Nesse prisma Norbeto Avena⁷⁶, em sua obra sintetiza esses fundamentos de prisões, advertindo que com o advento da lei 12.403/2011, colocou fim à possibilidade de alguma pessoa permanecer mantida preso tendo como causa o flagrante delito. Em que o juiz, em decisão devidamente fundamentada, deve converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

As alterações advindas com a Lei mencionada foram muitas, porém, pelo exposto aqui é de ressaltar que se tratando de prisão preventiva e as medidas alternativas previstas no art. 319 e 320 do Código de Processo Penal, a decretação vincula-se também à demonstração do *periculum in mora*, a efetiva demonstração de que a liberdade plena do agente pode-se colocar em risco a pena que venha a ser imposta, e do *fumus boni iuris*, que o agente, mesmo que em fase de probabilidade, reúna vestígios de ser o autor da prática delituosa.⁷⁷

Na verdade, segundo Avena, apesar da decretação da prisão preventiva seja de caráter excepcional, se aplicando apenas nas hipóteses que justifique que a permanência do indivíduo possa, efetivamente, dificultar a realização da prestação jurisdicional, esse tipo de prisão não viola à garantia constitucional de presunção de inocência. Já que, não se trata de um tipo de pena, mas de uma segregação com objetivos processuais.⁷⁸

Do mesmo modo, Távora⁷⁹ diz que a prisão preventiva é verdadeira medida cautelar que restringe a liberdade, somente sendo admitido quando preenchidos os requisitos legais, já ora mencionados. Podendo ser decretadas em toda a persecução penal, desde a fase do inquérito policial e durante o processo; Deverá ser determinada pelo órgão judicial competente, podendo ser decretada através de representação da autoridade policial ou através de requerimento pelo representante do Ministério Público, sendo vedada na fase de investigação criminal, a decretação de prisão preventiva *ex officio*, porém, na fase processual pode-se que seja decretada a preventiva de ofício ou por provocação. Cabe expor ainda que na preventiva não há prazo estabelecido por lei da duração da prisão preventiva, podendo permanecer enquanto existir a real necessidade, presentes assim os requisitos de admissão.

⁷⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 820

⁷⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 841

⁷⁸ *Ibid*, p.926

⁷⁹ TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal**. Salvador. Editora JusPodivm, 2014, p 398

3. A LEI MARIA DA PENHA E A PROBLEMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL

3.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (ART. 20 DA LEI 11.340/2006)

A lei 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, surgiu com o objetivo de fornecer instrumentos que fossem eficazes para combater à violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Surgindo com o escopo de contrabalançar as disparidades históricas entre os gêneros masculino e feminino, e como maneira de estimular a inclusão desse grupo socialmente vulnerável nos espaços da sociedade, alcançando assim, a isonomia constitucional entre homens e mulheres⁸⁰.

Para Renato Brasileiro:

Apesar de o artigo 1º da Lei referir-se à “violência doméstica e familiar contra a mulher”, o seu art.5º delimita o objeto de incidência, ao preceituar que “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero”. E não é só. Nos incisos do mesmo dispositivo legal antes citado, a Lei menciona o contexto em que a violência de gênero deve ser praticada: no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em uma relação íntima de afeto. Por fim, em relação às formas de violência, não obstante o *caput* do art.5º fazer menção a cinco formas, o art 7º, que trata de defini-las, deixa claro que são meramente exemplificativas[...]⁸¹

Em linhas gerais, segundo Berenice, a violência contra a mulher é algo que a própria sociedade cultivou, ninguém duvida que a violência sofrida pela mulher não é somente de responsabilidade do agressor. A sociedade ainda cultiva valores que estimulam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 881

⁸¹ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha, Lei nº11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2013, p 28-29

culpa é de todos. “O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício de poder que leva a uma relação de dominante e dominado”⁸².

Ainda de acordo com Berenice, até o surgimento da Lei Maria da Penha, a violência contra a mulher em âmbito doméstico e familiar nunca recebeu o merecido cuidado, nem da sociedade, nem do Judiciário, nem dos legisladores. Mesmo com a tentativa de equiparação entre o homem e a mulher proclamada pela Constituição Federal⁸³, o pensamento patriarcal ainda subsistiu e mesmo com todo o avanço, por diversas vezes o homem se tem como dono do corpo e da vontade da mulher e de seus filhos, somando-se a ideia sacralizada na sociedade da inviolabilidade do domicílio servindo por diversas vezes como justificativa para barrar qualquer forma de abster-se no que acontecia entre quatro paredes ninguém devia interferir⁸⁴.

Isso demonstra os vestígios da história na sociedade em geral. Apesar de consagrada na Constituição Federal a igualdade entre homens e mulheres, a diferença é presente socioculturalmente, havendo discriminações. O pensamento vem desde a infância em que o homem é ensinado a ser forte, a não chorar, a não ser sensível. Desde pequenas brincadeiras entres os amigos até a formação do pensamento preconceituoso contra as mulheres. Nessa conjuntura surge a violência, sendo uma demanda histórica e cultural. Com o surgimento da Lei 11.340/2006, criando, assim, mecanismos para inibir e precaver a violência em âmbito doméstico em familiar, teve como foco a alteração dessa realidade e com isso a mulher possa contar com formas judiciais/legais de punir as ofensas, violências das mais alternativas maneiras.⁸⁵

No entanto, há de esclarecer que para configurar essa violência doméstica e familiar é necessário delimitar a chamada “violência de gênero”, analisando sua procedência. Segundo Edison Miguel⁸⁶:

⁸² DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2010, 2ª ed. rev. atual. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo p.18

⁸³ CF, art.226 §5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e mulher.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2010, 2ª ed. rev. atual. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo p.25

⁸⁵ *Ibid*, p. 27

⁸⁶ SILVA, Junior Edison Miguel da. **A violência de gênero na Lei Maria da Penha** . Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/26/2926>. Acesso em: 23 março.2014

A violência baseada no gênero é aquela decorrente das relações entre mulheres e homens, e geralmente é praticada pelo homem contra a mulher, mas pode ser também da mulher contra mulher ou do homem contra homem. Sua característica fundamental está nas relações de gênero onde o masculino e o feminino, são culturalmente construídos e determinam genericamente a violência.

Na visão de Rogério Sanches⁸⁷, a violência doméstica se define como sendo uma agressão contra a mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), tendo como finalidade de retirar direitos e se prevalecendo da hipossuficiência da vítima. Não bastando para a incidência da Lei em comento que a vítima seja mulher, preciso de que haja violência baseada no gênero.

Conforme descrito por Renato Brasileiro⁸⁸, para que seja caracterizada a violência doméstica e familiar contra a mulher, não se faz necessário que a violência seja praticada por pessoas que sejam de sexos distintos. Podendo ser tanto um homem, de uma união heterossexual, como por outra mulher, união homoafetiva, Porém, parte minoritária da doutrina entende que não se justifica a aplicação da Lei 11.340/2006, quando no ambiente afetivo, doméstico ou familiar, a violência seja praticada por uma pessoa do sexo feminino contra outra do mesmo sexo, pois não estaria presente a superioridade de forças. Entretanto, quando ocorrer a violência praticada por uma mulher em detrimento de outra no âmbito doméstico, afetivo ou familiar, não pode falar em presunção absoluta de vulnerabilidade do gênero feminino, tratando-se de uma presunção relativa. Como a exemplo do caso em que duas mulheres, mãe e filha, duas irmãs, não havendo, em tese, nenhum aspecto plausível que seja capaz de justificar a aplicação da Lei em comento. Até porque a Lei Maria da Penha não surgiu para uma proteção indiscriminada a mulher, mas somente àquelas que se deparam em uma circunstância de vulnerabilidade. Em síntese, Brasileiro diz: “[...]para a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher, é indispensável que a vítima esteja em situação de hipossuficiência física ou econômica, [...], enfim, que a infração penal tenha como motivação a opressão à mulher”⁸⁹. Sobre a competência a há alguns julgamentos:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. Houve denúncia pelo Ministério Público de lesões corporais praticadas pelo ex-companheiro da vítima e pela sua atual companheira. Não é adequada a cisão processual, porquanto a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), embora exija que a vítima seja mulher, admite que o agressor seja de ambos os sexos. Nesse sentido já assentou o Superior Tribunal de Justiça. Ademais, tratando-se de dois réus acusados da mesma infração penal, há continência, nos termos do art. 77, I, do Código de Processo Penal. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. DETERMINADA A COMPETÊNCIA DO JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. (Conflito de Jurisdição Nº 70057021297, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 19/12/2013)(TJ-RS - CJ: 70057021297 RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 19/12/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/02/2014)

⁸⁷ Cunha, Rogério Sanches; Pinto, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo**, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014, página 52.

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 887

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 887

STJ - CONFLITO DE COMPETENCIA CC 88027 MG 2007/0171806-1 (STJ)Data de publicação: 18/12/2008

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340 /06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340 /06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. 2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. 2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei nº 11.340 /06. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado⁹⁰.

De forma diversa, Avena defende que para ser sujeito passivo da lei em exame, satisfaz que se enquadre no conceito biológico de mulher, não importando os aspectos etários, como também a preferência sexual. Por outro lado o sujeito ativo da violência poderá ser qualquer pessoa coligada à ofendida por um vínculo familiar, doméstico ou afetivo, independentemente de ser do sexo feminino ou masculino.⁹¹

Todavia, se dessa violência por praticada em âmbito de uma união homoafetiva, evidenciando-se que o sujeito ativo ocupava uma posição de superioridade hierárquica relacionado a vítima, não se pode separar a possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha.⁹² Mostrando, inclusive algumas decisões de Tribunais:

EMENTA - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - RELAÇÃO HOMOAFETIVA ENTRE MULHERES - AGRESSÃO FÍSICA NO ÂMBITO FAMILIAR INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. Se a agressão física sofrida pela vítima, que tem relação homoafetiva com a acusada há mais de 15 anos, aconteceu no âmbito familiar na residência em que coabitam, incide a lei Maria da Penha, competindo ao Juizado da Violência doméstica o processo e julgamento, independentemente do sujeito ativo também ser do sexo feminino. Conflito procedente⁹³ (TJ-RJ - CJ: 00484253920128190000 RJ 0048425-39.2012.8.19.0000, Relator: DES. VALMIR DE OLIVEIRA SILVA, Data de Julgamento: 18/09/2012, TERCEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/12/2012 13:11)

⁹⁰ STJ - CC: 88027 MG 2007/0171806-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 05/12/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/12/2008, acesso em: 14.04.2014

⁹¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**, 2012, 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed Método, p 794

⁹² LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 887

⁹³ TJ-RJ - CJ: 00484253920128190000 RJ 0048425-39.2012.8.19.0000, Relator: DES. VALMIR DE OLIVEIRA SILVA, Data de Julgamento: 18/09/2012, TERCEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/12/2012 13:11

Além disso, segundo Alice Bianchini⁹⁴, para ser considerada enquadrada a violência na Lei Maria da Penha é necessário que além da questão do gênero seja praticada em detrimento doméstico ou familiar, ou a existência de uma afinidade íntima de afeto, conforme o artigo 5º da referida Lei. Porque há uma maior vulnerabilidade da mulher em seu lar, pela exposição diante do agressor e o isolamento diante de populares, em que o agressor se prevalece desse cenário para, por vezes, coagir a vítima e desestimular a informar sobre a violência para seus parentes e às autoridades responsáveis, ocasionado a aceitação por parte da mulher como condição de vítima dessa violência.

A propósito, Sanches Cunha⁹⁵, esclarece como sendo unidade doméstica o espaço em que envolve partes com ou sem vínculo familiar, incluindo até mesmo as agregadas de forma esporádica como o caso de agressão do empregador em face da empregada. O âmbito familiar como sendo o espaço em que sejam partes pessoas unidas por um laço familiar, seja familiar ou parente, até os agregados por vontade expressão, como sendo o caso de uma adoção. E qualquer relação íntima de afeto, na opinião de Renato Brasileiro⁹⁶, há uma discussão acerca da abrangência desse preceito, pois há que entenda que abarca de forma ampla qualificando a violência contra a mulher implantada em uma relação estreito entre duas pessoas, que seja de confiança, amor, camaradagem. E há outros que entendem que a relação íntima de afeto tem de estar inserida numa interpretação mais restritiva, como relações amorosas e sexuais. Em que uma amizade, por mais íntima que seja, não deva estar abarcada nessa interpretação como violência doméstica e familiar contra a mulher, já que não fica demonstrada a situação de vulnerabilidade, não configurando a violência de gênero. Acrescenta-se também, que segundo Nucci⁹⁷ a expressão qualquer relação íntima de afeto empregada no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, sem que haja um requisito mais concreto como a coabitação, criminaliza uma ampla relações interpessoais que poderá por em risco o princípio da taxatividade que é algo fundamental da legalidade estrita.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. EX-NAMORADOS. NÃO APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Apesar de ser desnecessária à configuração da relação íntima de afeto a coabitação entre agente e vítima, verifica-se que a intenção do legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, foi de dar proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de relacionamento amoroso, e não de ligações transitórias, passageiras. 2. In casu, a conduta descrita no Termo Circunstanciado de Ocorrência não se subsume ao conceito de violência doméstica previsto no art. 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, pois apesar de constar nos autos informação acerca da duração do namoro (onze meses), dessume-se das declarações da genitora da vítima e do suposto autor do fato que este teria apenas efetuado ligações telefônicas para a ex-namorada, bem como ido à sua casa, à noite, algumas vezes, para encontrá-la, inexistindo relato de ofensa ou outro tipo de constrangimento contra aquela. 3. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito do Juizado

⁹⁴ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha, Lei nº11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2013, p 32-33

⁹⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha, comentada artigo por artigo**, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014, p 60

⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 891

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Vol.1, Ed.6ª, São Paulo. Ed Revistas dos Tribunais, 2012, p.548

Dessa forma, para Pacelli⁹⁸ diz: “A lei se aplica a toda mulher, em qualquer que seja o regime ou o fundamento da união, desde que caracterizada a vida em comum, e, assim, as relações domésticas, ainda que seja do mesmo espaço físico.”

Outra observação à Lei Maria da Penha por Renato Brasileiro⁹⁹ é que a lei prevê a violência em um sentido mais amplo não mencionando apenas a violência física, como incluindo também a psicológica, sendo como conduta que possa causar dano emocional e redução da autoestima e prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento, como rejeições, humilhações ou discriminações, a violência sexual, sendo esta qualquer conduta que possa causar constrangimento de forma a manter, presenciar, participar de algum tipo de relação sexual não desejada pela vítima, até mesmo a proibição de usar método contraceptivo, a violência patrimonial, em que a conduta do agressor configure a retenção, subtração, destruição de seus objetos, documentos pessoais, etc, a violência moral, sendo a conduta que cause calúnia, injúria ou difamação.

A Lei Maria da Penha elencou um rol de medidas protetivas de urgência com a finalidade de restringir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, que poderão ser tomadas. Segundo Renato Brasileiro¹⁰⁰, são medidas de natureza urgente e necessárias para ajudar na eficácia do processo. São espécies de natureza cautelar, jamais podem ser adotadas de efeito automático com a prática de determinado delito, sendo vedado ao juiz na fase investigativa decreta-las de ofício, sob pena de evidentemente estar violando o sistema acusatório. A qual por este sistema a relação processual somente pode dar início mediante provocação da pessoa responsável por deduzir a pretensão punitiva. Uma vez que dessa forma estaria causando graves prejuízos à imparcialidade. Então, na fase investigatória, destoa do papel do magistrado proceder alguma atividade de ofício que possa de certa forma caracterizar uma colaboração a acusação, “reservando ao juiz o papel de quando provocado tutelar as liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada, a intimidade, a integridade física e moral da mulher no âmbito doméstico, familiar ou íntima de afeto”¹⁰¹.

As medidas protetivas de urgências, elencadas na Lei Maria da Penha, para Alice Bianchini¹⁰², estabelecem uma das mais marcantes inovações advinda pela Lei, que passaram a permitir não apenas aumentar no aspecto proteção da mulher, como dar

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p 743

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 899

¹⁰⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 890

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 917.

¹⁰² BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha, Lei nº11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2013, p 164

ao juiz uma margem de atuação entre escolher uma medida ou outra variando pela necessidade da situação em análise concreta. Tendo por características previstas na Lei 11.340/2006, a urgência, devendo ser decidida no prazo de quarenta e oito horas pelo magistrado, art. 18, podem ser requeridas pela autoridade policial, a ofendida ou pelo Ministério Público, art.19, podendo ser decretadas de ofício pelo magistrado, não havendo necessidade de audiência entre as partes, nem da manifestação prévia do Ministério Público para que haja a concessão da medida, podem ser tanto aplicadas de forma isolada como cumulativamente, entre outras.

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

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.

Para Berenice Dias¹⁰³, a Lei Maria da Penha não indicou o rito a ser aplicado nas Medidas Protetivas de Urgência, por se tratar de algo inovador deveria vir expressamente na Lei o rito a ser utilizado para ser uma trilha segura. E quanto aos processos crimes a natureza da pena que condiciona o rito, no caso em que for a pena prevista de reclusão o rito passa a ser o comum, quando previsto pena de detenção o rito será o sumário.

Foi afastada, pela Lei Maria da Penha, segundo Rogério Sanches Cunha¹⁰⁴, o julgamento pelo Juizado Especial Criminal aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher sob o argumento que se funda na banalização

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2010, 2ª ed. rev, atual. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo p.177

¹⁰⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha**, comentada artigo por artigo, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014, p 212

dos crimes praticados em desfavor da mulher e a brandura da aplicação proposta pela Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/1995. O que demonstra a Jurisprudência:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL LEVE PERPETRADA NO ÂMBITO DE RELAÇÃO DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. LEI MARIA DA PENHA. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 41 DA LEI 11.340/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. Em julgamento realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, os eminentes Ministros que o integram, à unanimidade, entenderam pela inexistência de qualquer ofensa a regra ou princípio constitucional o disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha - que afasta a incidência do art. 89 da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher -, tornando impossível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos no mencionado dispositivo a estes delitos. 2. A Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, não definiu a abrangência da expressão 'infrações de menor potencial ofensivo', isto é, coube ao legislador ordinário estabelecer o alcance do e ferido conceito que, considerando a maior gravidade dos crimes relacionados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, decidiu tratar de forma mais severa as referidas infrações, afastando, no art. 41 da Lei nº 11.340/06, independentemente da pena prevista, a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95, quais sejam, a suspensão condicional do processo e a transação penal. 3. Na hipótese vertente, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 129, § 9º, do Código Penal, pela prática de lesão corporal leve à sua companheira. Logo, por expressa vedação legal, não há como se aplicar o instituto da suspensão condicional do processo. 4. Ordem denegada. (STJ - HC: 150398 SP 2009/0200536-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 14/04/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2011)

Existe que defenda a inconstitucionalidade do artigo 41105 da Lei Maria da Penha, por ir de encontro à norma constitucional do artigo 98106 da Constituição Federal de 1988 que prevê a criação de Juizados Especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo¹⁰⁷.

Segundo Renato Brasileiro de Lima¹⁰⁸, anteriormente quando não existia a Lei Maria da Penha e era aplicada em caso de delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher a Lei dos Juizados Especiais. Em que era dosada de acordo com o valor da pena de multa ou a quantidade de cestas básicas e com a finalidade de acabar com a ideia que bater na mulher vítima de violência de gênero bastaria pagar ou a multa ou a cesta básica, a Lei Maria da Penha previu a vedação da aplicação de tal instituto. Porém, ainda permanece a possibilidade da aplicação de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos que seja diversa do pagamento em pecúnia.

¹⁰⁵ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

¹⁰⁶ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

¹⁰⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha**, comentada artigo por artigo, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014, p 213

¹⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 912.

Além das medidas protetivas de urgência, Maria Berenice Dias¹⁰⁹ em sua obra comenta que as inovações trazidas pela Lei Maria da Penha no ano de 2006 alcançaram o Código de Processo Penal, uma vez que foi “criada” mais uma possibilidade de prisão preventiva, com o acréscimo do inciso IV ao artigo 313 do CPP, nos casos em que envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir, assim, a execução das medidas protetivas de urgência.

Somando Berenice, Avena comenta que o artigo 20 da Lei Maria da Penha, que dispõe:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Sendo evidente que a prisão preventiva pressupõe, assim como em outras situações em que são autorizadas, a presença de um dos motivos previsto no art. 312 do Código de Processo Penal, como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal, além, de indícios suficientes de autoria e da prova da existência de crime.¹¹⁰

De acordo com Rogério Sanches, a Lei Maria da Penha dilatou a possibilidades de aceitação da prisão preventiva ao inserir o inciso IV ao artigo 313 do Código de Processo Penal, já em comento, em que deu a possibilidade ao magistrado agir tanto de ofício ou quando provocado determinar a prisão preventiva do agressor como forma de garantir a execução das medidas protetivas de urgência determinadas.¹¹¹

Há de se ressaltar que a inclusão feita pelo artigo 42¹¹² da Lei 11.340/2006, ampliando as hipóteses da decretação de prisão preventiva, foi modificado de maneira expressa pelo art. 4º da Lei 12.403/2011¹¹³, que concede a prisão preventiva se o crime

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2010, 2ª ed. rev, atual. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo p.18

¹¹⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 2012, p. 800

¹¹¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha**, comentada artigo por artigo, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014, p 126

¹¹² Art. 42. O art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 313.

.....

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.”

¹¹³ Art. 4º São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

tiver envolvimento de violência doméstica e familiar conta a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para assim garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Conforme Nucci:

[...]fundamental muita cautela para tomar essa medida. Há delitos incompatíveis com a decretação de prisão preventiva. Ilustrando: a lesão corporal possui pena de detenção de um a seis meses, ou multa. São infrações penais que não comportam preventiva, pois a pena a ser aplicada, no futuro, seria insuficiente para “cobrir” o tempo de prisão cautelar[...]¹¹⁴

Como descrito por Rogério Sanches¹¹⁵, há outra alteração advinda pela Lei 11.403/2011 que é interessante ao estudo, aludindo à redação do artigo 282 §2¹¹⁶ do Código de Processo Penal, tendo com isso com a nova redação do Processo Penal que curso da fase investigatória não é mais possível que o magistrado de ofício determine medida cautelar, no ponto de vista do autor se incluiria a prisão preventiva, iniciativa que pertence à autoridade policial ou ao representante do Ministério Público. Passando a ser a ter influência no artigo 20 da Lei 11.340/2006 que permitia ao magistrado a decretação de *ex officio* da prisão preventiva no curso da fase investigatória.

Ademais, segundo Nucci¹¹⁷ a prisão preventiva trata-se de uma medida cautelar que ocasiona a privação de liberdade com o intuito de garantir o processo criminal, tanto na questão da instrução, à segurança pública e a concreta aplicação da legislação penal. E só deverá permanecer preso ou prender quando presente os elementos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. A decretação da prisão preventiva poderá ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou durante a ação penal. Com as referidas alterações trazidas pela Lei 12.403/2011, o juiz não poderá decretar de ofício a prisão cautelar durante o inquérito policial.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo. Ed. RT, 2009, p 893

¹¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha**, comentada artigo por artigo, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014, p 127

¹¹⁶ Art. 282. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**, 3 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. p.87

Relacionado à legitimidade para o requerimento da prisão preventiva, a antiga redação do artigo 311 do Código de Processo Penal previa que em qualquer fase do inquérito policial ou durante a ação penal o juiz poderia decretar de Ofício, entre outros requerimentos, porém com a nova redação a Lei 12.403/2011 alterou de maneira significativa o artigo do Código de Processo Penal, dispondo que a prisão preventiva, quando cabível, será decretada pelo Juiz, de ofício durante o curso da ação penal, ou por requerimento do representante do Ministério Público, do querelante, assistente do Ministério Público, ou através de representação da Autoridade Policial.¹¹⁸

Aury Lopes¹¹⁹ afirma que o intuito das medidas cautelares de natureza processual penal é assegurar o desenvolvimento do processo e assim gere uma aplicação eficaz do poder de aplicar uma pena, ou seja, uma maneira de tutelar o devido processo. Defende ainda que a medida cautelar possui caráter instrumental, em que o *periculum* não funciona como um requisito, mas como fundamentação.

Segundo Renato Brasileiro¹²⁰, apesar da revogação pela Lei 12.403/11, o inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva continua sendo cabível a sua decretação vez que o conteúdo do inciso revogado foi transferido para o inciso III, sendo acrescentadas outras possíveis vítimas da violência doméstica e familiar, neste caso não importando se de sexo masculino ou feminino. Podendo, portanto, ser vítima a mulher, criança, adolescente, idoso – idade igual ou superior a 60 anos – enfermo e pessoas com deficiência. Além disso, continua o autor afirmando que pelo fato de na redação do artigo 313, inciso III, não fazer distinção em relação à natureza da pena nem do *quantum* de pena, a decretação da prisão preventiva poderá ser tomada como a *ultima ratio* no intuito de impelir ao imputado a observar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, porém se presente um dos fundamentos legais que permitam a decretação. Conforme demonstra a Jurisprudência:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACAUTELAMENTO DA INTEGRIDADE FÍSICA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CRIME APENADO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE

¹¹⁸ BRENE, Cleyson; LÉPORE, Paulo. **Manual do Delegado de Policial Civil: Teoria e Prática**. 2013, Salvador, Editora JusPodivm, p. 159

¹¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p 197

¹²⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador, p 924

DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 313, INCISO IV, DO CPP. 1. É legal o decreto de prisão preventiva que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, das vítimas, as quais, ao que consta dos autos, correm risco de sofrerem novas ofensas físicas, em se considerando o histórico do Paciente. 2. A despeito de os crimes pelos quais responde o Paciente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico – art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 11.340/2006 – prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência. 2. Ordem denegada (STJ , Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/05/2009, T5 - QUINTA TURMA)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. 1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. 2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes. 3. A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial. (TRF-1 - HC: 12599 GO 0012599-83.2012.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 02/04/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.920 de 13/04/2012)

A presunção de decretação de prisão preventiva pelo magistrado *ex officio*, na fase de inquérito policial foi afastada pelo surgimento da Lei 12.403/11. Ressaltando-se uma ação criminal não intervencionista, para que a prisão preventiva fique com status de *extrema ratio da ultima ratio*. A lei, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, afastou a decretação de ofício pelo juiz da prisão preventiva, segundo prescreve o atual artigo 311 do diploma processual. Ao avesso, prejudicaria a papel de imparcial que cabe ao magistrado, afastando-se do exemplo edificado como ideal pelo legislador pátrio.¹²¹

Porém, há quem entenda que pela Lei Maria da Penha por tratar de uma Lei especial não se aplica a modificação posterior realizada no Código de Processo Penal que dispõe de modo diverso sobre a possibilidade da decretação de prisão preventiva de

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luis (coord). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.64

ofício pelo magistrado durante a fase do inquérito policial, seja mais grave ou não. Afinal a norma geral não se aplica a norma especial pelo fato do princípio da especialidade¹²².

Segundo Regis Prado¹²³, o critério da especialidade para a resolução do concurso aparente de leis é o único critério de aceitação pacífica, em que quando houver conflito entre uma norma geral e outra especial, existe nesse caso uma relação de hierarquia, onde a especial prevalece diante da última.

Portanto, uma lei específica pode dispor de procedimentos processuais de maneira diversa, não havendo a real necessidade de esperar a fase investigativa encerrar e iniciar a processual para haver uma decretação de ofício pelo magistrado da prisão preventiva, porquanto a lei especial, Lei Maria da Penha, apresenta uma proteção especial em relação à vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por outro lado Rogério Sanches¹²⁴ acredita que essa limitação inserida no Código de Processo Penal influencia na Lei Maria da Penha, pelo fato de que o artigo 20 da referida lei não contém nada de especial relacionado ao Código de Processo Penal, por se tratar de simples transcrição do antigo teor do artigo 311 do Código de Processo Penal e por isso uma vez sendo alterado pela Lei 12.403 de 2006 essa alteração deva incidir também no artigo da Lei Maria da Penha, não sendo mais permitido a decretação de ofício da prisão preventiva na fase do inquérito policial.

¹²² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha**, comentada artigo por artigo, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014, p.127

¹²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**. Vol I, 9ª ed., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 229

¹²⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha**, comentada artigo por artigo, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014, p.127

4 CONCLUSÃO

A lei Maria da Penha surgiu com o intuito de criar um mecanismo capaz de desaparecer a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo uma ação afirmativa do Estado para tentar corrigir de certa forma a desigualdade existente na violência de gênero.

A Lei trouxe várias inovações dentre elas o surgimento das Medidas Protetivas de Urgência, como forma de proteger a vítima do agressor, a proibição de certos tipos de pena pecuniária, a vedação da aplicação da Lei 9.099/1996, entre outras. Porém durante o estudo foi analisado alguns aspectos peculiares da lei como no caso do artigo 20 que prevê a possibilidade da decretação de ofício pelo magistrado da prisão preventiva do agressor ainda na fase investigativa em contra ponto com a alteração do Código de Processo Penal no artigo 311, que modificou as possibilidades da decretação da prisão preventiva, passando agora a constar que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” como forma de assegurar o sistema acusatório em que o Juiz tem o papel de julgar com imparcialidade.

Foram analisados ainda, os diversos sistemas processuais existentes, e que apesar de ser adotado pelo nosso ordenamento jurídico o sistema acusatório na fase processual, o que além de outras características significa que o magistrado apenas fundamentar com as provas que lhe foram apresentadas pelas partes, servindo-se da instrução de ofício exclusivamente para sanar imprecisão suscitado a partir do material que foi levado até ele. Ao se possibilitar ao juiz atuar de ofício, corre-se o risco de desequilibrar o pleito em favor da pretensão acusatória perseguida pelo órgão acusador e de malferir a imparcialidade do magistrado. Apenas um magistrado imparcial e desprovido de desempenho de ofício é adequado para contribuir efetivamente para o devido processo penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2012

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringheli de; CARVALHO, Salo de. **A crise do Processo Penal e as novas formas de administração da Justiça criminal**, Porto Alegre: Notadez, 2006

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código de Direito Penal. **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 3 de out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

BRASIL, Lei n. 9.099, de 26 de setembro 1990. Lei dos Juizados Especiais. **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 26 de set de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>.

BRASIL, Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 7 de ago de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>.

CAPEZ, Fernando. **Processo Penal Simplificado**. 2012, Saraiva. 19 ed, São Paulo,

CEBRIAN, Alexandre e GONÇALVES, Victor. **Direito Processual Penal Esquematizado**, São Paulo, Saraiva, 2013, p 247.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha**, comentada artigo por artigo, 5ª ed. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2014

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2010, 2ª ed. rev, atual. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento** – vol.1. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Processo Penal**, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2010

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luis (coord). **Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2014, Editora JusPodivm, Salvador,

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, São Paulo, Saraiva, 2013

_____ MATIAS, Flavio Ferreira da Costa, **Princípio da imparcialidade do juiz penal como decorrência do sistema acusatório pela CF**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22659/o-principio-da-imparcialidade-do-juiz-penal-como-decorrencia-da-adocao-do-sistema-acusatorio-pela-constituicao-federal#ixzz2tbkfjXx1>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Vol.1, Ed.6ª, São Paulo. Ed Revistas dos Tribunais, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**, 3 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 15 ed, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris

SILVA, Junior Edison Miguel da. **A violência de gênero na Lei Maria da Penha** . Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/26/2926>

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal**. Salvador. Editora JusPodivm, 2014

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2010, São Paulo, Saraiva.