



PACOTE ANTICRIME E A IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO PREVENTIVA: INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO AO MICROSSISTEMA DA LEI MARIA DA PENHA

Isis de Almeida Ranauro

Graduada em Direito Pela UNESA. Técnica de Atividade Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O advento do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) culminou em mudanças significativas na Lei Processual Penal, em especial no que diz respeito às medidas cautelares que, segundo a nova redação, dependerão de manifestação expressa. Dentro do tema, o tópico com maior discussão — justamente pela gravidade da medida — tem sido a prisão preventiva que, segundo a maior parte da doutrina (e recente precedente isolado do STF), exige provocação das partes em todo e qualquer delito. O Pacote, contudo, manteve inalterada a Lei Maria da Penha, na qual remanesce a permissão para decretação da prisão preventiva de ofício. O presente trabalho busca, por meio da análise da letra da lei e das peculiaridades das espécies de delito abarcadas pelo microssistema, demonstrar que tal permissão se sobrepõe à norma geral (CPP) e deve ser observada no microssistema da violência doméstica.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Prisão Preventiva. Lei Maria da Penha.

Sumário – Introdução. 1. Prisão preventiva e Pacote Anticrime: a alteração legal e a recente jurisprudência, em confronto com a Lei nº 11.340/2006. 2. Peculiaridades dos delitos do âmbito da violência doméstica: ratificação da possibilidade de segregação de ofício. 3. Jurisprudência Estadual e os fundamentos teóricos utilizados para manutenção da segregação cautelar. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz como tema o instituto da prisão preventiva dentro do microssistema jurídico da violência doméstica, tendo como finalidade precípua a análise da possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz nos procedimentos regulados pela Lei Maria da Penha. Busca-se demonstrar que a alteração realizada pelo Pacote Anticrime à legislação processual penal, no que tange à medida cautelar de prisão preventiva, não se aplica aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, que apresentam especificidades únicas.

A CRFB/88, em seu art. 129, I, atribui ao Ministério Público, de forma privativa, a titularidade da ação penal pública. É com base neste dispositivo que se extrai a aplicação do sistema acusatório ao processo penal pátrio, cuja característica maior é a separação entre a figura do acusador daquela referente ao órgão julgador. Essa ideia de um magistrado mais inerte



inspirou as diversas alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, uma delas abordada neste trabalho: vedação à decretação da prisão preventiva de ofício.

A nova diretriz legislativa levou parte da doutrina — e da jurisprudência, como se verá — a uma conclusão peremptória: a certeza da supressão de toda e qualquer possibilidade de decretação dessa medida cautelar de forma autônoma pelo magistrado. Contudo, uma indagação (ainda não realizada) se impõe: essa vedação é aplicável aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica? Por que, dentre as tantas inovações normativas realizadas, o legislador não optou pela alteração do art. 20 da Lei nº 11.340/2006?

O tema é controvertido, principalmente na seara doutrinária, por se tratar de inovação legal recente.

Para melhor compreensão do tema, busca-se demonstrar como o estado de perigo vivenciado pela vítima repercute durante toda a instrução processual e como a liberdade do autor dos fatos, diferentemente do que ocorre nos crimes comuns, revela uma necessidade de acautelamento premente.

Inicia-se o primeiro capítulo com a análise da mudança normativa realizada no instituto da prisão preventiva e a tese doutrinária de adequação das medidas cautelares com o sistema acusatório disposto na Constituição Federal, permitindo uma proteção ao réu, em homenagem ao princípio do devido processo legal. Segue-se demonstrando a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ante as novas determinações legais.

No segundo capítulo, demonstra-se como os pressupostos fáticos da prisão cautelar no âmbito da violência doméstica (em especial, o tipo de violência sofrida pela vítima) possuem contornos únicos se comparados com as medidas garantidoras da lei processual penal geral, como, por exemplo, a garantia da incolumidade da vítima e garantia da efetividade das medidas protetivas de urgência.

No terceiro capítulo, procura-se demonstrar que, diferentemente do que tem sido afirmado pela doutrina, a permissão para aplicação da prisão preventiva de ofício nos crimes praticados no sistema jurídico da Lei nº 11.340/2006 é medida de direito, em contrapartida às diretrizes do Pacote Anticrime. Busca-se, ainda, verificar o caminhar diferenciado da jurisprudência local quando da análise de casos subordinados ao microsistema jurídico da Lei Maria da Penha, demonstrando uma tolerância dos tribunais a um agir autônomo do juiz quando confrontado com crimes desta natureza.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que, além de se tratar de tema recente e pouco discutido, o alicerce teórico se dará por meio de um conjunto



de premissas que, analisadas pelo viés teleológico da lei, esclarecerão a problemática que é objeto da pesquisa.

1. PRISÃO PREVENTIVA E PACOTE ANTICRIME: A ALTERAÇÃO LEGAL E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA EM CONFRONTO COM A LEI Nº 11.340/2006

A estrutura acusatória do processo penal pátrio é regra extraída da CRFB/88. Isto porque, ainda que não mencionada de forma expressa, a delimitação do regramento é feita por meio dos dispositivos constitucionais que regem o processo penal, dos quais se depreende uma separação rígida entre as figuras do acusado, acusador e julgador. Essa projeção do sistema acusatório foi reconhecida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal¹, que exarou que “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional”.

A titularidade da ação penal pública ao órgão do Ministério Público, contudo, não é a única regra que preleciona o sistema acusatório. Aliados a esta premissa estão, a título de exemplo, os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório que, juntamente a outros princípios esparsos na Carta Maior, formam a base de diretrizes processuais penais. Dentre todos estes princípios, o ponto que merece maior destaque — ao menos no que diz respeito à prisão preventiva — é o da inércia da jurisdição, pelo qual se condiciona a atuação do magistrado a um requerimento externo; um pedido oriundo de quem é legitimado para fazê-lo.

A reboque deste princípio, a Lei nº 13.964/2019 — Pacote Anticrime — trouxe sensíveis alterações ao Código de Processo Penal, a começar pela imposição do sistema acusatório de forma expressa no corpo da lei, conforme descrito no art. 3º-A. O ponto crucial quanto ao acautelamento preventivo, todavia, encontra-se no art. 311, que extirpou o termo “de ofício” para a prisão decretada pelo juiz. Assim, verificados os pressupostos legais do art. 312², quais sejam, “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104/MC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273608549&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mar. 2021.



e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, a determinação do acautelamento dependerá de requerimento de uma das partes.

Dessa forma, segundo a doutrina, incluindo Aury Lopes Jr³, a modificação legal proporcionou a correção de um erro histórico, de tal forma que a atual redação da lei impossibilita de vez a atuação autônoma do juiz na decretação da prisão preventiva, rompendo, assim, os laços com o sistema inquisitorial presente na redação original do CPP.

Ainda sobre a modificação textual do art. 311, o Ministro Celso de Mello⁴, ao julgar Habeas Corpus da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que discutia a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício, firmou:

a Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.

O caso concreto versado no mencionado HC diz respeito ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, apesar de não ser vinculante, auxilia na delimitação do caminhar de parte da jurisprudência quanto à peremptoriedade da vedação trazida pelo art. 311, em especial no E. STF. O texto é taxativo quanto à impossibilidade de acautelamento de qualquer pessoa sem anterior provocação, não importando o delito.

A problemática jurídica trazida a este artigo científico se inicia, portanto, com o confronto dos textos legais. De um lado, o já mencionado art. 311 do Código de Processo Penal e sua recente alteração e, de outro, a legislação específica aplicável aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, ou seja, Lei nº 11.340/2006. Para melhor análise, imperiosa a transcrição do dispositivo legal⁵ em foco:

³ LOPES JR. apud CANÁRIO, Pedro. “Pacote anticrime” acaba com decretação de preventiva de ofício. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/pacote-anticrime-acaba-decretacao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 188888/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>>. Acesso em: 26 mar 2021.

⁵ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.



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.

Em contrapartida ao disposto na legislação processual geral, o art. 20 não só autoriza a decretação da prisão preventiva inicial de ofício, como permite que, uma vez revogada, o magistrado volte a decretá-la caso os pressupostos fáticos sejam novamente verificados, sendo prescindível qualquer requerimento formal, diferentemente do que se afirmou no precedente jurisprudencial da Egrégia Corte. A ausência de modificação do art. 20, como se verá, não foi injustificada.

Antes da análise da natureza diferenciada deste tipo de prisão nos crimes de violência doméstica, imperiosa a análise topográfica do permissivo legal no texto da Lei Maria da Penha. O art. 20 está localizado no capítulo referente às disposições gerais das medidas protetivas de urgência. Trata-se de verdadeiro rol de diretrizes a serem observadas pelo magistrado ante a peculiaridade que este tipo de fato delitivo envolve, mormente ante a vulnerabilidade da vítima.

No que tange a estas disposições gerais, merece atenção especial o disposto no art. 19, em seu §2º, que preconiza que as medidas protetivas poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos guarnecidos pela lei especial forem violados. Verifica-se, assim, que o juiz resta livre para, observado o escalonamento de preferência, substituir as medidas protetivas já impostas — como o afastamento do lar, por exemplo — pela prisão preventiva, caso o acautelamento do agressor se mostre como última medida de eficácia e garantia da incolumidade da vítima.

Dessa forma, realizando uma análise inicial sob o prisma teleológico da lei, o que se pode depreender é que o legislador guardou a prisão preventiva como *ultima ratio* garantidora da vítima, possibilitando o balizamento de sua aplicabilidade não só às partes, mas igualmente ao juiz. O reforço do argumento pode ser feito com a inovação trazida pela Lei nº 13.827/2019, igualmente recente, que incluiu o art. 12-C e parágrafos à Lei Maria da Penha. O dispositivo, além de garantir o afastamento do autor do fato do lar, veda a concessão de liberdade provisória ao agressor caso remanesça risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência.

De forma derradeira, tem-se, ainda, a diretriz imposta pelo art. 4º da Lei nº 11.340/2006, que sujeita a interpretação de cada norma processual aos fins sociais a que a lei



se destina e, de forma especial, às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Mais uma vez, a lei é clara em sua indicação: não obstante a regulamentação da prisão preventiva pela lei processual geral, o acautelamento do réu, caso limitado ao microsistema da violência doméstica, ganha análise diferenciada e própria, afastando-se dos regramentos aplicados aos demais crimes, tudo com base na vulnerabilidade da vítima deste tipo delitivo.

Todo o corpo da Lei nº 11.340/2006, portanto, caminha em consonância com as peculiaridades deste tipo de crime que, como se verá na análise a seguir, detém pressupostos fáticos singulares se comparados com os demais delitos, os quais devem observar a limitação do art. 311 do CPP.

2. PECULIARIDADES DOS DELITOS DO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: RATIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE SEGREGAÇÃO DE OFÍCIO

A violência (no seu conceito geral) é um problema sabidamente presente na sociedade brasileira (e, por que não, na sociedade mundial). Diversos autores (e, por todos, menciona-se Marilena Chauí em seu escrito “Sobre a Violência”) dedicaram estudos complexos à análise desse tipo de problemática que perpassa fronteiras geográficas. O presente trabalho, decerto, não poderia ousar abarcar a explicação histórica e antropológica específica da violência de gênero. O momento de sua gênese, a sua ascensão, bem como o seu *status* como se conhece atualmente e, ainda, a batalha travada pela sociedade contemporânea na mitigação de seus efeitos, exige uma dedicação e um estudo direcionado que extrapola o objetivo do presente artigo, como já mencionado.

Imperioso, contudo, que se contextualize a conceituação de violência de gênero, a fim de que a análise dos dispositivos legais ganhe contornos mais inteligíveis. Colaciona-se, assim, o seguinte conceito, tratado no livro “o que é violência contra a mulher⁶”:

o conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam

⁶ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: editora e livraria brasiliense, 2017, [e-book].

de criar e preservar estereótipos que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres.

Dito isso, necessária a análise conjunta dos conceitos elencados pela própria Lei Maria da Penha, que traz, já em seu início, mais precisamente no art. 5º, a definição de violência doméstica:

art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

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

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

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.⁷

Da análise acurada do dispositivo legal, verifica-se que o legislador caminhou bem ao delimitar, como ponto crucial para a verificação da relação doméstica, o vínculo afetivo existente entre agressor e vítima. Significa, assim, que, muito mais do que a simples verificação do espaço físico ocupado pelos envolvidos, caberá ao magistrado um raciocínio sob o ponto de vista da ligação natural, legal ou emocional existente entre agressor e agredida. Daí porque, como bem colocado pelo inciso terceiro, sequer é exigida a coabitação. E é justamente tal dispensa legal que guarda íntima relação com a possibilidade de decretação da prisão preventiva (em especial de ofício, como ora se defende).

Os delitos praticados no microsistema da violência doméstica, diferentemente da maioria dos crimes que possuem a violência como exigência do tipo penal (cite-se, a exemplo, o próprio caput do art. 129 do Código Penal) podem se caracterizar através de agressões não tangíveis. A Lei nº 11.340/06, de maneira acertada, elenca as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher em seu artigo 7º e, corretamente, destaca hipóteses outras para além daquela resultante do dano físico que, apesar de ser grave, não é o único praticado no âmbito da violência de gênero.

No que tange a esse tipo específico de violência que, apesar de danosa, carece de significativos elementos materiais comprobatórios, merece destaque — mormente diante da tese ora defendida — a violência psicológica. Isso porque esse tipo específico de agressão se

⁷ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.



desenvolve de uma forma quase que imperceptível à agredida. Advém, na maioria das vezes, de uma crença intrínseca na inferioridade da figura feminina, e essa crença é sabidamente arraigada na sociedade brasileira. Tanto é verdade que o Superior Tribunal de Justiça entende pela presunção, na Lei n. 11.340/2006, da hipossuficiência e da vulnerabilidade da mulher no contexto de violência doméstica. Veja-se, quanto ao tema, didático precedente de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER. RELAÇÃO DE AFETIVIDADE ENTRE RÉU (GENRO) E VÍTIMA (SOGRA). APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para os efeitos de incidência da Lei Maria da Penha, o âmbito da unidade doméstica engloba todo espaço de convívio de pessoas, com ou sem vínculo familiar, ainda que esporadicamente agregadas. Ademais, a família é considerada a união desses indivíduos, que são ou se consideram aparentados, por laços naturais, afinidade ou vontade expressa e que o âmbito doméstico e familiar é caracterizado por qualquer relação íntima de afeto, em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. 2. Esta Corte Superior entende ser presumida, pela Lei n. 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar. É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha. Isso porque a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir[...]⁸

Tem-se, assim, que a figura da mulher na relação ganha posição de inferioridade. Há uma visão no sentido de que as suas capacidades, sejam cognitivas ou físicas, não são suficientes para o seu próprio desenvolvimento pessoal e familiar. E é em razão deste tipo de crença equivocada que a violência psicológica se desenvolve e ganha contornos mais severos. Neste ponto, necessária a elucidação que a lei traz:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)⁹

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de Recurso Especial Nº 1643237-GO (2020/0003216-8)*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=136140141®istro_numero=202000032168&peticao_numero=202100809612&publicacao_data=20210929&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2021.

⁹ *Ibidem*.



O *modus operandi* adotado pelo agressor, neste caso, é muito específico. O seu objetivo se cumpre na medida em que a vítima se torna refém de suas vontades e se submete, de forma pacífica, às suas determinações. A ideia de “dominante” e “dominado” é impingida à vítima, que, apesar de sofrer, pode vir a legitimar, ainda que sem querer, a sua sujeição. E é nesse ponto que se exige a atenção do leitor: justamente por essas características específicas (que, ressalte-se, não foram esquecidas pelo legislador), este tipo de violência perpassa qualquer barreira física.

Significa, assim, que, ainda que as partes não coabitem ou, melhor, ainda que tenham sido deferidas outras medidas protetivas — como o afastamento do agressor do lar —, este tipo de violência pode remanescer. O controle imposto pelo autor dos fatos pode ser remoto, mesmo que haja a proibição de contato. O afastamento físico, previsto como uma das medidas de urgência da Lei nº 11.340/2006, portanto, não se mostra como remédio apto a cessar a agressão da qual a mulher é vitimada.

É nesse momento que cabe ao magistrado ter a sensibilidade apurada para perceber que precisamente por conta desta relação de dependência, a violência psicológica ainda atua sob aquela determinada mulher (outrora vitimada fisicamente ou não), a exigir, portanto, a análise autônoma da acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva para fazer cessar a agressão, sob pena de, em não o fazendo, estar negligenciando o princípio da proibição à proteção deficiente.

Deve ser ressaltado que não se olvida acerca das outras tantas hipóteses para decretação da segregação cautelar do agressor, como a própria violência física, situação que urge um atuar rápido do juízo, a fim de proteger a incolumidade corporal da mulher.

O que se pretende ressaltar neste ponto específico da tese, todavia, é que, muito além dos casos de violência perceptível aos olhos, pode e deve o juiz basilar a necessidade da decretação da prisão cautelar em todas as outras hipóteses de violência. E esta “liberdade” do magistrado advém da própria lei que rege esse microsistema, a qual não pode ser esquecida ou afastada pelo regramento geral disposto no Código de Processo Penal.

Assim, tem-se que os pressupostos trazidos pelo artigo 7º, como elucidativos das peculiaridades presentes em delitos desta natureza, somam-se à ideia delimitada pelo já mencionado artigo 20, qual seja, a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, a afastar, portanto, a norma geral presente no art. 311 do Código de Processo Penal.



3. JURISPRUDÊNCIA ESTADUAL E OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS UTILIZADOS PARA MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DE OFÍCIO

Efetivada a análise das particularidades relativas ao tipo de violência que é objeto da Lei Maria da Penha, imperiosa se mostra a análise — em especial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro — do caminhar jurisprudencial recente, ou seja, pós promulgação do Pacote Anticrime, no que tange à tese que ora se sustenta, qual seja, a de manutenção da possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício dentro do microssistema da Lei Maria da Penha.

Como já salientado nesse artigo, o tema é deveras recente. O estudo processualista, ao menos por ora, permanece silente quanto à ausência de alteração, pelo Pacote Anticrime, do texto legal que regula os crimes cometidos no âmbito da violência doméstica. Assim, imprescindível que a análise do conteúdo jurisprudencial que ora se propõe, se atenha aos fundamentos que serviram como base para a tomada de decisão dos magistrados, o que se elencará a seguir, com arrimo na melhor doutrina, a fim de ratificar a tese aqui defendida.

Destaca-se, entre todos, três fundamentos principais.

De início, verifica-se que grande parte das decisões são alicerçadas no princípio da vedação à proteção insuficiente. Quanto ao tema, ligado invariavelmente ao princípio da proporcionalidade, explica a doutrina:

convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal [...].¹⁰

A vedação à proteção insuficiente pode ser utilizada tanto quando da prisão-pena, como no caso ora estudado. A finalidade precípua é que a vítima seja efetivamente protegida quanto do pedido de socorro ao Judiciário, ou seja, a medida definida pelo magistrado deve ser adequada a ponto de se mostrar como impeditivo suficiente à cessação, de pronto, da violência. Ressalte-se que, caso a prisão preventiva se mostre, de plano, como única hipótese passível de cumprir com a proteção que se exige, deve ser de imediato decretada, a fim de se evitar a postergação do risco ao qual a vítima está sendo submetida.

¹⁰ QUEIROZ apud MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: Parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. [e-book].



A orientação emanada do princípio é confirmada no Enunciado nº 29 do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID), ao exarar que “é possível a prisão cautelar do agressor independentemente de concessão ou descumprimento de medida protetiva, a fim de assegurar a integridade física e/ou psicológica da ofendida”.

Sobre o princípio, manifestou-se com propriedade o Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus de relatoria do Ministro Teori Zavascki que, na oportunidade, asseverou:

o princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa (...) Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais.¹¹

O segundo importante fundamento utilizado pela jurisprudência é a ausência de instrumentalidade da prisão preventiva quando analisada sob o viés do sistema da Lei Maria da Penha. Explica-se.

A prisão preventiva, quando confrontada com os pressupostos legais elencados pelo Código de Processo Penal, ganha verdadeira finalidade de proteção da própria instrução processual, na medida em que as hipóteses autorizativas dizem respeito, em sua maior parte, à tutela do próprio caminhar processual harmônico, a fim de que, ao final, seja proferida uma sentença que melhor se coadune com o princípio da verdade real.

Noutro giro, quando analisada dentro do sistema próprio dos crimes de violência doméstica, a prisão preventiva, como bem ressaltou acórdão de relatoria da Desembargadora Elizabete Alves de Aguiar, do E. TJRJ,

ostenta como escopo a cautelaridade específica, que decorre da verificação de uma situação objetiva de risco, atual ou iminente, tendo, portanto, natureza assecuratória, ou seja, se destina a garantir a integridade física da ofendida, ou a exequibilidade das medidas protetivas de urgência¹².

Dessa forma, ainda que determinado caso concreto apresente a prisão preventiva como *ultima ratio* no escalonamento das medidas protetivas de urgência, depreende-se da

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 20 set. 2021.

¹² BRASIL. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 0005563-38.2021.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Elizabete Alves de Aguiar. Disponível em: < <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0005563-38.2021.8.19.0000>>. Acesso em: 18 set. 2021



doutrina e jurisprudência o sentido de que as balizas não podem estar atreladas à instrução processual (que, frise-se, sequer precisa ter iniciado quando da representação da ofendida em sede policial), mas sim no risco objetivo que circunda a vítima do autor dos fatos.

O terceiro e último fundamento que merece destaque é aquele pertinente à desnecessidade de observância restrita ao princípio da homogeneidade.

Quanto ao princípio, esclarece Luiz Flávio Gomes:

como desdobramento do princípio da proporcionalidade cabe mencionar o princípio da homogeneidade das medidas cautelares. Quando se vislumbra que, no final, não será imposta a prisão, não se justifica a medida cautelar da prisão (CPP, art.283,§2º). Que sentido tem prender uma pessoa no curso da instrução criminal se, no final, não será imposta a pena de prisão. (...) é desproporcional e nada homogêneo decretar a prisão preventiva quando já se sabe que será imposta uma pena alternativa.¹³

Significa dizer, assim, que, sempre que possível, deve o magistrado zelar para que a medida cautelar imposta no decorrer da instrução criminal não se revele mais gravosa do que aquela que seria aplicada ao fim do processo, considerando a pena em abstrato prevista para o delito que se analisa no feito.

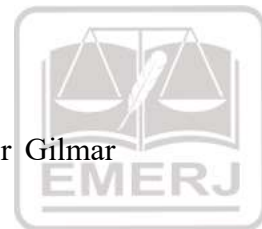
Contudo, no que tange à violência doméstica, o princípio, da mesma que forma que os outros institutos, ganha contornos próprios. Tal conclusão teórica decorre justamente da ausência de instrumentalidade da prisão preventiva quando inserida no microsistema em foco, na medida em que a justificativa da prisão não encontra respaldo na instrução do feito, mas sim na eliminação (tanto quanto possível) do risco à integridade física e psicológica da vítima.

Daí se depreende, portanto, que, ainda que se considere a pena final em abstrato, a determinação da prisão preventiva poderá ocorrer em qualquer fase da instrução criminal e durará o tempo necessário à efetiva proteção da ofendida.

Não obstante, deve ser ressaltado que tal constatação não significa a duração *ad eternum* da cautelar. Longe disso. É dever de todos os sujeitos processuais cuidar para que o processo criminal caminhe de forma mais célere possível, e tal atenção deve ser maximizada no caso de procedimento em que o réu esteja acautelado provisoriamente, a fim de se evitar qualquer constrangimento ilegal.

O que se busca ratificar com tal argumento é a conclusão de que a alegação defensiva no sentido de observância da homogeneidade como limitativo da segregação de ofício não deve prosperar, porquanto a medida cautelar (qualquer uma delas, ressalte-se) deve perdurar o tempo necessário à salvaguarda da incolumidade da vítima.

¹³ GOMES, Luiz Flávio et al. *Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



Veja-se, neste sentido, o seguinte julgado, de relatoria do Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (LEI 11.340/2006). ART. 129, § 9º, DO CP. DECISÃO DE CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. IMPETRAÇÃO QUE ALEGA: 1) AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A MEDIDA EXTREMA, NOTADAMENTE O PERICULUM LIBERTATIS; 2) VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, HOMOGENEIDADE, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE (...) Incabível o argumento relativo à violação dos princípios da homogeneidade, razoabilidade e proporcionalidade. Ao editar a Lei Maria da Penha, pretendeu o legislador ignorar os parâmetros da homogeneidade inseridos na possibilidade de aplicação da prisão cautelar, admitindo-se, assim, a decretação da prisão preventiva independentemente da pena in abstracto cominada ao delito, visando dar efetividade à lei. Ademais, a prova sequer foi judicializada e, certamente, em caso de eventual condenação, será também sopesado o disposto no art. 33, § 3º, do CP, não estando o regime atrelado unicamente ao quantum da pena [...]¹⁴

Diante de todo o exposto, tem-se que, ao lançar mão desses três fundamentos doutrinários, caminha bem a atual jurisprudência local, no sentido de que, não obstante a novidade do tema e a ausência de manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal, a alteração promovida pelo Pacote Anticrime, de fato, não atinge o sistema de acautelamento aplicado no âmbito da Lei Maria da Penha, não havendo, assim, qualquer ilegalidade ou dissonância do entendimento (possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício) para com os princípios constitucionais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o instituto da prisão preventiva no microsistema jurídico da violência doméstica, sob o enfoque da permissão concedida (de forma excepcional) ao magistrado para determiná-la quando da ausência de requerimento dos legitimados elencados pelo Código de Processo Penal e o porquê que tal permissivo em nada se mostra contrário ao sistema acusatório determinado constitucionalmente.

Verificou-se que, de acordo com a análise teleológica da Lei Maria da Penha, o capítulo referente às disposições gerais detém natureza vinculante, trazendo ao magistrado um dever funcional de aferição dos riscos impostos à vítima de violência doméstica. Assim, a

¹⁴ BRASIL. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 0064521-17.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0064521-17.2021.8.19.0000>>. Acesso em: 18 set. 2021.



inércia do juiz quando da necessidade de determinação da cautelar física em desfavor do agressor traduz-se em verdadeira violação legal, não podendo, portanto, ser tolerada dentro do ordenamento jurídico.

Verificou-se, outrossim, que a violência que é elementar dos delitos da Lei Maria da Penha, por guardar contornos próprios e encontrar respaldo na relação de submissão imposta à vítima mulher por um longo período e por pessoa tão próxima e íntima, pode não ser obstaculizada com as demais medidas protetivas dispostas em lei. Assim, caminhou bem o legislador quando manteve, como exceção ao processo penal relativo aos crimes comuns, a possibilidade de segregação cautelar de ofício, não significando ofensa à inércia da jurisdição, mas sim observância às peculiaridades dos crimes abarcados por esse microsistema.

Ainda quanto à questão aprofundada no segundo capítulo, essas peculiaridades dizem respeito à ideia de subjugação que é particular à vítima de violência doméstica. Concluiu-se, por meio da análise do conceito de violência de gênero, que o papel social da mulher, reforçado historicamente por estereótipos que impõem a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar as liberdades individuais femininas, torna o combate a este tipo de delito mais dificultoso ante a inércia da vítima, que teme a ocorrência de represálias ainda mais violentas ou até mesmo legitima a posição de seu ofensor, dada a relação de poder existente no ambiente doméstico.

Mostrou-se imperioso, assim, que as ferramentas legais à disposição do magistrado devem ser alargadas se comparadas aos delitos comuns, na medida em que mais dificultoso o combate à violência de gênero.

Frise-se que não se trata de trazer uma condição de superposição do juiz, imputando-lhe poderes inquisitoriais e ilimitados. O microsistema da Lei Maria da Penha deve observar os ditames constitucionais, em especial os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da Constituição Federal. Contudo, o que se buscou demonstrar é que a lei precisa ser suficiente e adequada para os fins a que se propõe, motivo pelo qual, por se tratar de delito de combate mais dificultoso e cuja cessação dos efeitos exige urgência, permitiu-se ao juiz a decretação autônoma da segregação cautelar, caso verificados os requisitos. O que se tem, na realidade, é verdadeira observação, pelo legislador, da igualdade material.

Esta pesquisa demonstrou, ainda, ao longo do terceiro capítulo, que o caminhar da jurisprudência local está em consonância com o argumento que ora se defende. E a análise das três principais fundamentações utilizadas ratifica a possibilidade de segregação cautelar de ofício. A prisão preventiva, quando limitada à Lei Maria da Penha, personifica o princípio da



vedação à proteção deficiente, que se mostra como verdadeiro direito subjetivo da vítima, que deve receber do Poder Judiciário medida que seja eficaz à sua pronta proteção, ainda que essa medida já se mostre, num primeiro momento, como a decretação do acautelamento do ofensor.

Ficou evidente, outrossim, que a ausência de instrumentalidade dessa segregação física traduz a sua finalidade unicamente acautelatória. Sendo assim, não poderia o ordenamento jurídico limitar a sua determinação ao requerimento de outros interessados, situação que poderia esvaziar a sua finalidade protetiva, na medida em que a vítima estaria sujeita ao agir de outros atores processuais.

A desnecessidade de observação à homogeneidade, também tratada no terceiro capítulo, arremata todos os outros fundamentos elencados por esta pesquisa, porquanto demonstrado que a prisão cautelar pode perdurar por mais tempo do que a pena definida abstratamente para o delito, já que a sua função primordial é salvaguardar a incolumidade da vítima. Verificou-se, assim, que a sua extensão é medida de acordo com a cessação da violência imputada à ofendida.

Ficou evidente, portanto, que, diferentemente do que a doutrina sustentou após a promulgação do Pacote Anticrime, o argumento de impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz não deve ganhar ares de peremptoriedade. Tal afirmação não é absoluta e o presente trabalho logrou comprovar isso. O microsistema da Lei Maria da Penha guarda natureza distinta e, em observância à necessidade de eficácia da própria Lei nº 11.340/2006, a nova redação do artigo 311 do Código de Processo Penal nela encontra obstáculo e é fundamentadamente afastada, permitindo ao Judiciário, assim, a decretação da medida, independentemente de manifestação dos demais atores processuais nesse sentido.

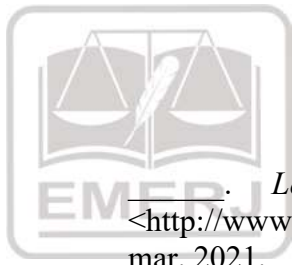
REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. *Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.



_____. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 188888/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.104/MC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273608549&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 20 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 590.039 – GO (2020/0146013-9)*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113818491/habeas-corpus-hc-590039-go-2020-0146013-9/inteiro-teor-1113818544>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de Recurso Especial N° 1643237-GO (2020/0003216-8)*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=136140141®istro_numero=202000032168&peticao_numero=202100809612&publicacao_data=20210929&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus n° 0005563-38.2021.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Elizabete Alves de Aguiar. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0005563-38.2021.8.19.0000>>. Acesso em: 18 set. 2021.

_____. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus n° 0064521-17.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0064521-17.2021.8.19.0000>>. Acesso em: 18 set. 2021.

CANÁRIO, Pedro. *"Pacote anticrime" acaba com decretação de preventiva de ofício*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/pacote-anticrime-acaba-decretacao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

CONJUR. *STJ declara ilegal converter, de ofício, flagrante em prisão preventiva*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-22/stj-declara-ilegal-conversao-preventiva-oficio-prisao-flagrante>>. Acesso em: 09 mar. 2021.



GOMES, Luiz Flávio et al. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury; PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ROSA, Alexandre de Moraes da. *Pacote Anticrime: um ano depois – análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

QUEIROZ apud MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: Parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. [*e-book*].

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: editora e livraria brasiliense, 2017, [*e-book*].