

Breves Reflexões sobre a Prisão Preventiva nos Crimes de Violência Doméstica e a Possibilidade de Utilização de Medidas de Apoio para Dar Efetividade às Medidas Protetivas de Urgência

Diogo Esteves
Franklyn Roger Alves Silva
Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro

I. INTRODUÇÃO

O século XXI se inicia marcando a vitória do constitucionalismo sobre os demais modelos alternativos de institucionalização de poder¹.

Os ventos da mudança abrem as portas do novo milênio consagrando o predomínio da razão sobre os preconceitos, legalismos e opiniões sem fundamento, indicando o racionalismo como verdadeiro e único caminho para a formação da justiça.

Dentro dessa ótica, a Constituição assume papel primordial, traçando os parâmetros de atuação do Estado e protegendo o indivíduo contra episódicos retrocessos aos modelos autoritaristas que marcaram a história nacional. Analisando-se os passos dados ao longo dos tempos, concluiu-se que o Direito - ao menos aquele que se propõe a ser justo - não mais pode conviver com manifestações

¹ Conforme destaca o ilustre professor Luiz Roberto Barroso, o modelo constitucionalista restou consagrado como “a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso” (BARROSO, Luiz Roberto. “Doze anos da Constituição brasileira de 1988”. *In: Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

legislativas, administrativas ou judiciais desvinculadas dos valores constitucionalmente erigidos como prioritários para o Estado.

Após a Segunda Guerra Mundial, a ilusão positivista até então predominante, que via o legalismo estrito como alternativa ideal para a proteção do indivíduo em face do estado, restou desfeita juntamente com a queda do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália. A utilização da lei como fundamento de validade para as atrocidades cometidas pelos países que compunham o eixo, gerou o profundo descrédito do modelo positivista ^{2e3}.

Constatou-se ser necessária a existência de norma valorativamente superior e protegida pelos caracteres de imutabilidade, de modo a garantir o efetivo resguardo dos direitos fundamentais em face de maiorias eventuais que, em dado momento histórico, fossem levadas ao poder.

O pós-positivismo, portanto, surge como resposta para as fragilidades do legalismo estrito do positivismo normativista, marcando a essencialidade da proteção aos direitos fundamentais, a ascensão dos valores e a normatividade dos princípios⁴.

No Brasil, o marco inicial da nova era pós-positivista coincide com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que superou

² SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

³ Conforme muito bem lembra o professor Luiz Roberto Barroso, “a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e obediências a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” (BARROSO, Luiz Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. In: **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26)

⁴ “O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetivista do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.” (BARROSO, Luiz Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. In: **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47)

a falta de legitimidade das Cartas anteriores e deu um basta nos textos constitucionais utópicos até então vigentes. A extensa participação popular e a sinceridade das disposições nela contidas concederam à nova Constituição força normativa inédita, tornando-a apta para tutelar, de forma direta e imediata, todas as situações jurídicas contempladas em seu texto⁵.

Como decorrência lógica deste processo, a Constituição, que antes era vista como mera “Carta de Promessas” passou agora a regular de forma incisiva e soberana todas as relações sociais. De mero texto político passou a Constituição Federal a assumir função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o sistema. Tudo dela retira sua força, e nada contra ela pode existir.

Com efeito, ao se realizar a interpretação de cada uma das regras instituídas pela Lei nº 11.340/06, bem como ao serem definidos os pressupostos para a decretação da prisão preventiva como modalidade de medida protetiva de urgência, torna-se obrigatória a precedente filtragem constitucional de cada uma das normas da Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Não se pretende com o presente estudo sustentar a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, ou defender sua expulsão do ordenamento jurídico pátrio. Diante das recentes decisões proferidas pelos tribunais do país sustentando, quase à unanimidade, a compatibilidade da Lei nº 11.340/06 com a Constituição, seria um esforço baldado remar em direção contrária^{6 e 7}.

⁵ “A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente.” (BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luiz Roberto. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. In: **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 326)

⁶ Decidindo incidentalmente pela constitucionalidade da Lei nº 11.340/06: STJ - HC 123804 / MG; STJ - HC 109674 / MT; STJ - HC 101377 / PR; STJ - HC 100512 / MT; TJ/RJ - Apelação 2008.050.03162; TJ/RJ - Apelação 2008.050.04224.

⁷ A Carta Proposta das Defensorias Públicas, elaborada no I Encontro Nacional dos Defensores Públicos, defende em sua Proposição 1ª: “A Lei Maria da Penha é constitucional”.

Objetiva-se, com o presente ensaio, tão somente compatibilizar a prisão preventiva, como modalidade de medida protetiva de urgência, com os direitos fundamentais estampados na Constituição Federal. Para tanto, propõe-se a realização de uma interpretação conforme do art. 313, IV do CPP e do art. 20 da Lei nº 11.340/06, realinhando o conteúdo destas normas com os princípios da presunção de inocência e da proibição de excesso. Outrossim, propõe-se a utilização de meios alternativos para dar efetividade às medidas protetivas de urgência, previstos pela própria Lei Maria da Penha, mas que se encontram abandonados no texto legal.

II. DAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS INSTITUÍDAS PELA LEI MARIA DA PENHA

O tema atinente à violência doméstica apesar de já contemplado na Constituição Federal através do § 8º do art. 227, ganhou mais destaque no cenário jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 - a tão famosa “Lei Maria da Penha”.

A rubrica popular da referida lei - Maria da Penha - decorre do fato de ter o Brasil sofrido duras sanções por parte dos organismos internacionais, diante da violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, durante o tempo de sua convivência matrimonial.

A violência praticada pelo marido de Maria da Penha lhe acarretou paraplegia irreversível e outras enfermidades incuráveis, constatando-se, ainda, que a forma como eram praticadas as lesões demonstravam a desumanidade do agressor e o sofrimento impingido à vítima.

Diante da ineficiência do Estado, o Brasil foi denunciado⁸ perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁹ pelo fato de não haver tomado, por mais de 15 anos, as providências ne-

⁸ Convém aqui consignar a atuação do CEJIL - Centro pela Justiça e o Direito Internacional que se empenhou no Caso da Maria da Penha.

⁹ O relatório de mérito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o resumo dos fatos se encontra no sítio: www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm.

cessárias para processar e punir o autor das agressões, apesar das diversas denúncias apresentadas.

Após as sanções cominadas pelos organismos internacionais, o Brasil destacou sua atenção para o problema das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, constituindo comissão para elaboração de um anteprojeto de lei que tratasse da matéria, regulamentando, por fim¹⁰, o dispositivo constitucional.

A Comissão que elaborou o anteprojeto de lei envidou todos os esforços na tentativa de formular um diploma legal que conferisse a máxima proteção às mulheres. Entretanto, dentre as diversas inovações introduzidas pela Lei nº 11.340/06, algumas mereceram duras críticas por parte da doutrina, dado equívocos terminológicos¹¹ e rigorismo no tratamento processual da matéria¹².

No Direito Penal brasileiro sempre se adotou a divisão formal entre crimes e contravenções, a exemplo do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Penal, até que em 1995, inovou-se o ordenamento jurídico ao regulamentar o art. 98, I da Constituição Federal e introduzir os Juizados Especiais Criminais, definindo o conceito de infrações de menor potencial ofensivo.

Com a nova proposta introduzida pela Lei nº 9.099/95, os crimes cujas penas máximas cominadas não fossem superiores a 2 (dois) anos¹³ teriam um tratamento diferenciado, eis que da com-

¹⁰ A realidade é que a nossa Constituição ainda apresenta diversos dispositivos ainda não regulamentados pelo legislador. A morosidade do Legislativo é tamanha que o próprio Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência acerca da natureza e dos efeitos das decisões prolatadas em Mandado de Injunção, diante da excessiva inércia de nossos legisladores.

¹¹ É o exemplo do art. 16 da Lei nº 11.340/06, que confunde os termos “retratação” e “renúncia”.

¹² A Lei Maria da Penha afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95 e, por conseguinte, todos os institutos despenalizadores ali previstos, a exemplo da suspensão condicional do processo e da necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa.

¹³ É bem verdade que até 2006, havia certa divergência acerca da definição das infrações de menor potencial ofensivo, tendo em vista que o art. 61 da Lei nº 9.099/95 descrevia como tais infrações os crimes cujo preceito secundário cominasse pena máxima de 1 (um) ano. Ocorre, entretanto, que com a edição da Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na esfera Federal e lá definiu as infrações de menor potencial ofensivo como os crimes cuja pena máxima não fosse superior a dois anos, a jurisprudência passou a entender que houve verdadeira ampliação no conceito de infrações de menor potencial ofensivo e que, por conta disso, a ampliação introduzida nos Juizados Federais deveria se

petência dos Juizados Especiais Criminais, onde seriam concedidos aos acusados diversos institutos despenalizadores.

Dentre as medidas despenalizadoras, a lei instituiu a composição civil (art. 74), a transação penal (art. 76), a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa (art. 88) e a suspensão condicional do processo (art. 89).

Processualmente, a lei também apresentou inovações até então nunca presenciadas pelo modelo processual penal brasileiro, ao impossibilitar a prisão em flagrante pela prática das infrações de menor potencial ofensivo, mediante a assunção do compromisso de comparecimento ao Juizado Especial Criminal (art. 69, parágrafo único).

A Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, com todo o seu rigorismo, fruto da alegada necessidade de se tratar de forma eficaz o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, afasta todas as disposições acima apontadas, haja vista que o art. 41 da Lei nº 11.340/06 veda a aplicação da Lei nº 9.099/95¹⁴.

Assim, passa a ser plenamente possível a prisão em flagrante de pessoas que, em tese, tenham praticado infrações de menor potencial ofensivo no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, negando-se a estes acusados, no curso procedimento, benefícios como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Em outras palavras, ao menos a princípio é perfeitamente possível a prisão em flagrante por crimes praticados no contexto de violência doméstica, bem como a decretação da prisão preventiva como garantia das medidas protetivas de urgência, como autoriza o art. 313, IV do Código de Processo Penal¹⁵.

estender aos Juizados Estaduais. Colocando uma pá de cal na discussão, a Lei nº 11.313/06 corrigiu a divergência alterando a redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95, que passou a adotar também o critério de pena máxima até 2 (dois) anos.

¹⁴Essa restrição é fruto das diversas críticas ao tratamento conferido pela Lei nº 9.099/95, cujo objetivo precípuo é evitar a aplicação de pena privativa de liberdade. A sociedade não conseguiu encarar com bons olhos a utilização de cestas básicas como alternativa à prisão pela prática de crimes leves.

¹⁵Há na doutrina quem critique a inclusão do inciso IV ao art. 313 do CPP, tendo em vista que a grande maioria das infrações praticadas contra mulheres diz respeito ao crime de

Diante do rigor imposto pela Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o tema atinente à prisão por descumprimento da medida protetiva merece maior a reflexão, sendo necessária a adequação das normas legais aos ditames da Constituição, bem como a utilização de meios alternativos que a própria Lei Maria da Penha prevê, mas que se encontram abandonados no texto legal.

III. DA SUBSIDIARIEDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NA LEI MARIA DA PENHA. DA ESCADA DE GRAVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS COMO REFLEXO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO

Inspirado na legislação processual penal italiana editada na década de 1930, em pleno regime fascista¹⁶, o Código de Processo Penal acabou por tratar o acusado como potencial culpado¹⁷.

Na ponderação entre a tutela da segurança pública e o respaldo à liberdade individual do cidadão, verifica-se a prevalência quase integral da primeira, sendo ao magistrado autorizada a adoção de práticas autoritárias e policiaiscas.

lesões corporais (art. 129, §9º do CP). Entretanto, o preceito secundário do tipo em comento prevê pena de detenção o que, pela dicção do art. 313, II do CPP, impossibilitaria a decretação da prisão preventiva. Logo, há verdadeira desarmonia no sistema processual, eis que se admite a prisão provisória por um crime que, ao final do processo, não acarretará a segregação do condenado, diante dos inúmeros institutos despenalizadores previstos no ordenamento. Nesse sentido, conferir: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 610-611.

¹⁶ A Exposição de Motivos do CPP ressalta: “As nossas vigentes leis de processo asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, especialmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o asseguram contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código (...)”.

¹⁷ A redação original do art. 596 do CPP previa que nem mesmo a sentença absolutória seria suficiente para dissolver a custódia cautelar do acusado, dependendo do grau de apenação do crime. Do mesmo modo, previa o art. 312 do CPP.

Entretanto, tanto o regime político que inspirou a elaboração do código, quanto as ideias que à época preponderavam restaram superadas pelo racionalismo e pelo constitucionalismo que orientam a nova era pós-positivista.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito, o processo penal não mais pode ser visto como um instrumento de legitimação da pena, ou como um veículo de aplicação da lei penal. Pelo contrário, deve ser encarado como autêntico e verdadeiro mecanismo de tutela das garantias fundamentais do indivíduo; uma cúpula de proteção do cidadão contra o recorrente abuso e a habitual prepotência do Estado.

Conforme leciona o ilustre professor Leonardo Greco, o processo, como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, *“deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo”*¹⁸.

Nesse diapasão, superando as amarras provenientes da cultura de poder fascista, que havia adotado como paradigma o princípio da culpabilidade e da potencial periculosidade do agente, a Constituição da República de 1988 seguiu linha diametralmente oposta, instituindo a presunção de inocência como norte para a condução do processo penal brasileiro¹⁹.

Dessa forma, diante das novas diretrizes traçadas pelo pós-positivismo, torna-se impostergável a realização de uma completa releitura do instituto da prisão cautelar, exorcizando-se por completo os velhos estigmas do ordenamento processual de 1941, e realinhando as normas então vigentes com o sistema de garantias instituído pela Constituição.

¹⁸ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 17 de novembro de 2008.

¹⁹ Preceitua o art.5º, LVII da CRFB: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*.

Para começar, é importante que se entenda que, após o advento da Constituição de 1988, não mais se pode sustentar a manutenção da custódia do acusado, exceto quando presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva²⁰. A manutenção ou decretação da prisão do acusado antes do trânsito em julgado possui inegável natureza cautelar, e para que se sustente deve encontrar-se permeada pelos requisitos elencados no art. 312 do CPP: (i) *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria); e (ii) *periculum libertatis* (perigo à ordem pública, à ordem econômica ou ao adequado transcurso da instrução criminal).

Com efeito, se após comunicada a prisão em flagrante ao magistrado (art. 306 do CPP), este verificar, no exercício de sua atividade rotineira, a ausência de algum dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar, deve imediatamente e *ex officio* conceder liberdade provisória (art. 310, parágrafo único do CPP), sob pena de se converter em autoridade coatora e tornar-se alvo de eventual *Habeas Corpus*²¹.

Aliás, diga-se de passagem, o atributo ‘provisória’, após a promulgação da Constituição de 1988, deveria ser concedido para a prisão, e não mais para a liberdade do acusado, que deve ser considerado presumidamente inocente ao longo de toda a instrução processual, mesmo quando a persecução penal for iniciada por intermédio de prisão em flagrante²².

²⁰ STF - HC 82.903, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º-8-2003; STF - HC 82.797, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 2-5-2003; STF - HC 85.237, Rel. Celso de Mello, DJ de 29-4-2005; STF - HC 81.468, Rel. Carlos Velloso, DJ de 1º-8-2003; STF - HC 80.379, Rel. Celso de Mello, DJ de 25-5-2001.

²¹ Não obstante seja admissível a impetração de *Habeas Corpus* junto ao Tribunal de Justiça a partir do recebimento do flagrante e da manutenção da custódia cautelar pelo magistrado, na prática tem-se preferido formular inicialmente o requerimento de ‘Liberdade Provisória’ perante o juiz competente, expondo-lhe as razões que motivam o pedido e apresentando-lhe eventuais documentos que atestem a ausência da necessidade da prisão (identidade, CPF, Carteira de Trabalho, comprovante de residência, declarações de conduta, etc.). Somente após, caso seja mantida a prisão, tem-se socorrido ao remédio constitucional.

²² “Como se percebe ao simples exame do Título IX do CPP, ‘Da Prisão e da Liberdade Provisória’, o ordenamento processual de 1941 (Código de Processo Penal), na configuração

Como decorrência lógica da situação jurídica de inocência e do caráter cautelar da prisão, a privação da liberdade antes do trânsito em julgado deve ser considerada medida excepcional, sendo apenas autorizada quando cabalmente demonstrada e fundamentada sua necessidade (art. 312 do CPP).

Segundo posicionamento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, “*não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, sendo indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva*”²³. Dessa forma, deve o magistrado indicar, de maneira pormenorizada e utilizando-se de elementos probatórios

de seu sistema de prisões antes do trânsito em julgado, partia de uma premissa básica: a prisão em flagrante delito autorizava o juízo de antecipação da responsabilidade penal (autoria, tipicidade, culpabilidade e existência do fato), com força para a manutenção da custódia do aprisionado como decorrência única da situação de flagrante. Por isso, a atribuição do predicado provisória para a liberdade, e não para a prisão. É claro que havia exceções, já desde aquela época, como, por exemplo, na hipótese do caput do art. 310 do CPP, e de crimes afiançáveis. Prestada a fiança, quando cabível, o aprisionado poderia então gozar de uma liberdade denominada previamente provisória. É dizer: provisória porque provavelmente a condenação, ao final do processo, viria pôr fim àquela situação de liberdade tolerada” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 429)

²³ HC n. 91.386-BA, Relator: Min. Gilmar Mendes: “*A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. O prestígio desses direitos configura também elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica, impedindo que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. (...)*

Os direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito. (...)

A aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. A diferença entre um Estado totalitário e um Estado Democrático de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva. (...)

O direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. O âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional. (...)

A idéia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garante dos direitos fundamentais. É necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões preventivas. Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos.”

já carreados aos autos, porque entende presente no caso concreto o perigo à ordem pública, à ordem econômica ou ao adequado transcurso da instrução criminal²⁴.

Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito²⁵, na periculosidade presumida do agente²⁶, no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa²⁷, ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social²⁸.

Dentro do estudo da Lei Maria da Penha, embora a prisão preventiva seja adjetivada de '*medida protetiva de urgência*' (Capítulo II da Lei nº 11.340/06), possui ela a mesma natureza das demais prisões cautelares previstas no CPP (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível). Em assim sendo, encontra-se ela subsumida às mesmas regras e requisitos acima explicitados.

Deve-se observar, porém, que, aos requisitos previstos no art. 312 do CPP, deverá ser agregado um outro, implicitamente inserido no art. 20 da Lei nº 11.343/06. Trata-se da *subsidiariedade* da prisão cautelar, que apenas autoriza a decretação da prisão preventiva como medida protetiva contra o agressor quando se mostrarem ineficazes as demais medidas de urgência elencadas no Capítulo II da Lei Maria da Penha.

Como se observa pela própria leitura do art. 313, IV do CPP (com redação dada pelo art. 42 da Lei nº 11.340/06), a decretação da prisão preventiva, nos crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, apenas poderá ser admitida "*para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*".

²⁴ Como exemplo, podem ser indicadas as hipóteses em que o acusado ameaça testemunhas, constrange as vítimas para que estas não deponham ou atua deliberadamente destruindo as provas do ilícito.

²⁵ HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007.

²⁶ HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007.

²⁷ HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007.

²⁸ HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007.

Logo, por clara dicção legal, a decretação da prisão preventiva depende da cabal demonstração do descumprimento ou da ineficácia de medida protetiva menos gravosa anteriormente fixada pela autoridade judiciária.

Além disso, a expressa redação do art. 19, § 2º da Lei nº 11.340/06, ao prever que as medidas protetivas “*poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia*”, estabelece verdadeiro mecanismo de escalonamento, determinando a aplicação crescente das medidas, conforme for sendo constatada a ineficácia da tutela menos gravosa anteriormente fixada.

Se a integridade física e psicológica da vítima pode ser tutelada pelo afastamento do agressor do lar (art. 22, I), pela proibição de aproximação (art. 22, II, a) ou pela proibição de efetivação de contato por qualquer meio de comunicação (art. 22, II, b), fere a razoabilidade admitir-se a decretação de sua custódia cautelar. Dispondo o julgador de mecanismos menos restritivos ao direito de liberdade do acusado, deve priorizá-los em detrimento da medida protetiva de prisão.

Conforme leciona o Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), “*os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais*”²⁹.

Dessa forma, em respeito ao princípio da razoabilidade, o art. 19, § 2º da Lei nº 11.340/06 cria verdadeira escada de gravidade entre as medidas protetivas, colocando-se no topo, como último degrau, a medida do art. 20 da Lei Maria da Penha. A prisão preventiva, portanto, apresenta-se como sendo *ultima ratio*, apenas podendo ser decretada quando se verificar o descumprimento ou quando se mostrar ineficaz medida protetiva menos gravosa anteriormente fixada.

²⁹ BVerfGE, 30:292(316), 39:210(230-1).

Trata-se, portanto, de mecanismo legislativo de controle da discricionariedade do magistrado, que não poderá, *ab hoc et ab hac*, decretar a prisão preventiva do agressor sem que antes percorra, ou fundamentadamente supere, a escada de gravidade das medidas protetivas de urgência.

IV. DA HOMOGENEIDADE ENTRE O *CARCER AD CUSTODIAM* E A PENA AO FINAL APLICADA

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo³⁰. Exatamente por isso, deve a prisão antes do trânsito em julgado guardar estreita homogeneidade com a sanção ao final aplicada ao agente, não se podendo admitir que aquela seja mais gravosa que esta.

Importante esclarecer que a prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) não se confunde com a prisão decorrente da imposição de pena (*carcer ad poenam*). Sendo assim, a prisão antes do trânsito em julgado, em face da estrita finalidade a que se destina, não traduz qualquer ideia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal³¹.

Se a prisão cautelar constitui, em verdade, simples mecanismo de preservação e atuação do processo, não se pode admitir que represente sanção mais gravosa que a pena ao final imposta ao agente, caso considerado culpado. Diante da presunção constitucional de inocência, o raciocínio deveria ser exatamente o oposto³².

³⁰ “Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos - ao americano em um caso e ao alemão em outro - razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Cabe a observação, contudo, de que a trajetória do princípio da razoabilidade fluiu mais ligada ao controle dos atos normativos, ao passo que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado ao direito administrativo e ao controle dos atos dessa natureza. Vale dizer: em suas matizes, razoabilidade era mecanismo de controle de atos de criação do direito, ao passo que proporcionalidade era critério de aferição dos atos de concretização” (BARROSO, Luiz Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36)

³¹ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. III/7, item n. 1, 1945, Forense.

³² “A prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final

Por essa razão, estabelece o art. 193, 1. do CPP de Portugal, *in verbis*: “As medidas de coação e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas”.

Do mesmo modo o art. 275, 2 do CPP da Itália: “Ogni misura deve essere proporzionata all’entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata”.

No Brasil, embora não seja expressamente prevista a proporcionalidade como requisito necessário para a decretação da prisão cautelar do acusado, esta regra encontra-se inserida dentro de nosso sistema processual penal, como decorrência lógica e direta do princípio da razoabilidade - art. 5º, LV da Constituição Federal³³.

Sendo assim, não se admite a decretação de prisão preventiva ou a manutenção da prisão em flagrante quando o crime imputado ao agente possibilitar-lhe usufruir de transação penal, suspensão condicional do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, suspensão condicional da pena ou mesmo regime aberto.

O raciocínio é simples: se ao final do processo, independentemente do seu resultado, ganhará o réu sua liberdade, fere a proporcionalidade admitir-se que responda preso toda a instrução processual - mormente se goza da presunção constitucional de inocência.

Ao editar a Lei Maria da Penha, entretanto, pareceu o legislador ignorar os parâmetros de razoabilidade inseridos dentro do *carcer ad custodiam*, passando-se a admitir a decretação da prisão preventiva independentemente da pena *in abstracto* cominada ao delito.

buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 432).

³³ No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito.

A primeira vista, parece ter sido esta a intenção do legislador ao permitir a prisão em flagrante nos casos de crimes de menor potencial ofensivo (art. 41 da Lei nº 11.340/06), ou a decretação da prisão preventiva “*para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*” (art. 313, IV do CPP c/c art. 20 da Lei nº 11.340/06).

Entretanto, tendo em vista ser a proporcionalidade princípio instrumental inserido na própria Constituição Federal, verifica-se que sua incidência direta e imediata impede a decretação de qualquer prisão preventiva que não guarde homogeneidade com a pena ao final aplicada ao agente.

Vale lembrar: com o advento do pós-positivismo, a Carta Magna tornou-se verdadeiro filtro de validade de todas as normas inseridas no ordenamento jurídico pátrio. Nenhuma norma pode subsistir como válida se afrontar qualquer dos valores constitucionalmente erigidos como prioritários para o estado de direito brasileiro.

Com efeito, deve-se realizar uma interpretação conforme do art. 20 da Lei nº 11.340/06 e do art. 313, IV do CPP, adequando o conteúdo normativo destas normas ao princípio instrumental da razoabilidade inserido no art. 5º, LV da CRFB.

Conforme leciona o ilustre professor Alexandre de Moraes: “*a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico*”³⁴.

Dessa forma, antes de se aplicar a regra do art. 20 da Lei nº 11.340/06 ou a previsão do art. 313, IV do CPP, deve-se submeter

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

o caso concreto aos parâmetros constitucionais de razoabilidade, aferindo-se, *in casu*, a homogeneidade entre a custódia cautelar e o final provimento de mérito.

Sendo assim, apenas pode ser admitida a medida protetiva de prisão quando esta não se mostrar mais gravosa que a sanção penal ao final imposta ao acusado.

Qualquer interpretação diversa deve ser tida como inconstitucional e deve ser severamente repelida da atuação judiciária. Apenas assim se estará dando à Constituição sua verdadeira valia como norma suprema e conferindo efetivo valor às conquistas históricas e democráticas concentradas em seu texto.

V. DA UTILIZAÇÃO DE *ASTREINTES* COMO DEGRAU ALTERNATIVO NA ESCADA DE GRAVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Como visto, a prisão preventiva, como modalidade de medida protetiva de urgência (Capítulo II da Lei nº 11.340/06), possui a mesma natureza das demais prisões cautelares estabelecidas no CPP, devendo respeitar as mesmas regras para estas estabelecidas. Com efeito, apenas pode ser decretada quanto preenchidos, de forma clara e fundamentada, os requisitos previstos pelo art.312 do CPP (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*).

Além disso, em virtude da subsidiariedade da prisão preventiva como medida protetiva, para que seja admitida a utilização desta *ultima ratio* torna-se imprescindível a demonstração do descumprimento ou da ineficácia de demais medidas menos gravosas. Para que se admita a custódia cautelar do acusado, nos termos do art. 313, IV do CPP c/c art.19, § 2º e 20 da Lei nº 11.340/06, deve o magistrado percorrer, ou fundamentadamente superar, cada um dos degraus da escada de gravidade das medidas protetivas de urgência.

Por fim, para que seja admitida a prisão preventiva no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, torna-se imprescindível a estreita homogeneidade entre a prisão cautelar e a pena ao final aplicada ao agente, não se podendo admitir que aquela seja mais gravosa que esta.

Fixadas estas premissas, remanesce, todavia, a questão atinente à efetivação das medidas protetivas de urgência, eis que o

objetivo da Lei nº 11.340/06 é garantir a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e a decretação da prisão em razão do descumprimento da medida imposta tem sido diuturna nos Juizados de Violência Doméstica³⁵.

De fato, há a necessidade de se garantir a eficácia da medida protetiva concedida em favor da mulher sendo, todavia, severamente excessiva a punição do agressor com a sua prisão preventiva na hipótese de descumprimento, mormente quando a custódia cautelar não guarda homogeneidade com a pena ao final aplicada.

Sabe-se que, na grande maioria das hipóteses, a violação à medida protetiva se faz comprovada pela mera palavra da vítima. Entretanto, não nos parece que a simples palavra da ofendida seja suficiente para a autorização da decretação da prisão, eis que outras provas concretas e idôneas devem instruir o requerimento de prisão.

Com efeito, a remansosa jurisprudência reconhece que a palavra isolada da vítima não tem o condão de embasar um decreto condenatório. Logo, quiçá admitir a decretação da prisão preventiva sem que haja um mínimo de indícios que demonstrem o descumprimento da medida protetiva³⁶.

Eugênio Pacelli, ao analisar a problemática da efetividade das medidas protetivas, registra que a imposição da prisão deve ocorrer de modo excepcional, quando caracterizado o descumprimento da restrição imposta cautelarmente³⁷.

³⁵ É bem verdade que alguns magistrados, como medida antecedente à prisão, designam audiência especial para esclarecer o autor do fato a respeito das possíveis consequências a ele impostas, caso haja a violação às restrições cautelares.

³⁶ Nesse sentido manifestou-se o TACrim-SP: *“Inadmissível condenar-se o réu ante simples palavra do ofendido, não corroborada por outros elementos de prova, pois todo crime provoca no ofendido perturbação que, tornando-lhe difícil a percepção exata das coisas, enseja possibilidade de erros”* (TACrim-SP, 3ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 37.947, Rel. Ricardo Couto)

³⁷ ...como existem inúmeras medidas protetivas de urgência menos onerosas para a liberdade individual, tais como o afastamento do lar, a separação de corpos, a proibição de contato e a exigência de distância mínima entre o agressor e a vítima e familiares (art. 22 e art. 23, Lei nº 11.340/06), a prisão preventiva aqui prevista exigirá a violação a uma dessas medidas já determinadas, *de maneira a demonstrar a permanência do risco à pessoa da vítima e de seus familiares*. (Curso de processo penal. 9. Ed. Lumen Juris, 2009, p. 592).

Seria, o caso de se inadmitir a imposição da prisão cautelar, tornando ineficaz a medida protetiva? A resposta, sem sombra de dúvida, é negativa. Analisando mais detidamente a redação da Lei Maria da Penha e realizando a sua devida conjugação com o Código de Processo Civil, encontramos diversos mecanismos capazes de conferir efetividade às medidas protetivas, a exemplo da fixação das medidas de apoio previstas no diploma processual civil, ao que se observa do art. 22, § 4º da Lei nº 11.340/06.

A lei em comento permite a utilização dos §§ 5º e 6º do art. 461, do Código de Processo Civil como instrumento capaz de garantir a efetividade das medidas protetivas deferidas em favor da vítima.

No Direito Processual Civil o adimplemento das obrigações de fazer e não fazer encontra suporte legal no art. 461 do CPC, que prevê as diversas medidas de apoio conferidas ao magistrado para dar efetividade ao seu comando judicial.

Estas medidas³⁸ têm o condão de garantir o adimplemento das obrigações de fazer e não fazer através, por exemplo, da imposição de multa por descumprimento, dentre outros meios de coerção.

A previsão de astreintes³⁹ como forma de compelir o devedor ao cumprimento das obrigações impostas tem efeito muito eficaz, como se observa na prática diária das Varas Cíveis, eis que cabe ao juiz fixar o valor⁴⁰ que entender suficiente para garantir o resultado prático da obrigação, não havendo qualquer limitação imposta pelo legislador, dada a natureza coercitiva da medida.

³⁸ Insta registrar que as medidas de apoio do art. 461, § 5º do CPC são meramente exemplificativas, como bem registra José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 192.). Aliás, Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira utilizam-se da expressão cláusula geral executiva como forma de enfatizar o caráter exemplificativo do rol do § 5º (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha". *Revista de Processo*, nº 160. São Paulo: RT, jun. 2008. P. 25).

³⁹ Trata-se da multa periódica prevista no art. 461 do CPC dotada de nítido caráter coercitivo, com o fim de compelir o devedor a cumprir a obrigação imposta pelo juízo.

⁴⁰ "As *astreintes* não estão limitadas pelo valor da obrigação, cujo cumprimento se destinam a permitir obter". (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. V. II. P. 238)

Aliás, o Código de Processo Civil admite que o magistrado amplie o valor imposto a título de multa se verificada a ineficácia do valor até então vigente ou até mesmo reduzi-lo, quando reputar excessivo ao caso, conforme previsão do art. 461, § 6º.

Nesse diapasão, constata-se que a Lei de Violência Doméstica instituiu um órgão jurisdicional de competência ampla, de modo a conhecer das causas cíveis e criminais que envolvam a violência doméstica.

Em razão da competência atípica instituída pela Lei nº 11.340/06, nada impede que o Juiz do Juizado de Violência Doméstica, em processo de natureza criminal, aplique providência de natureza cível, até porque, há previsão expressa nesse sentido.

A concessão das medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei nº 11.340/06 deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, o estado e o ânimo da vítima, bem como a postura do autor do fato diante do processo e das medidas deferidas pelo juízo.

Da análise do rol de medidas protetivas de urgência previstas em favor da vítima de violência doméstica e familiar, denota-se que as medidas constituem-se tanto em obrigações de fazer quanto em obrigações de não fazer.

Especificamente em relação à proibição de aproximação e contato com a vítima ou seus familiares, medidas estas mais deferidas na praxe do Juizado de Violência Doméstica, tratam-se de autênticas obrigações de não fazer, sendo lícito ao magistrado aplicá-las como forma de garantir a integridade da vítima e de seus familiares.

Na hipótese de eventual descumprimento das medidas protetivas impostas em desfavor do acusado, nada impede que o magistrado defira a cominação das medidas de apoio previstas no art. 461, §§ 5º e 6º do Código de Processo Civil, com fundamento no art. 22, § 4º da Lei nº 11.340/06, tanto na fase de investigação criminal⁴¹ ou no curso da ação penal.

⁴¹ Aqui, porém, necessária a ressalva no sentido de que o deferimento da medida protetiva e a cominação de *astreintes* é plenamente possível durante a fase de investigação policial. Verificado pelo magistrado que as medidas de apoio não surtiram o efeito coercitivo necessário, inviável, sob a nossa ótica, a decretação da prisão preventiva durante o inquérito policial, inobstante a previsão autorizadora do art. 311 do CPP. A nosso ver, a parte inicial

Após a cominação de tais medidas se o resultado prático não for alcançado, deve o magistrado determinar, como medida extrema e subsidiária, a prisão preventiva do acusado, na forma do art. 313, IV do Código de Processo Penal, desde que as circunstâncias do caso permitam a constatação de que a prisão cautelar é melhor forma de salvaguardar a integridade e segurança da vítima e de seus familiares.

A utilização de *astreintes* não é nada absurda e, acerca do tema, manifesta-se a doutrina⁴² sobre a possibilidade de sua aplicação para garantir a eficácia das medidas protetivas de urgência, face a expressa disposição da Lei nº 11.340/06.

Indagação pertinente acerca do tema diz respeito à força cominatória das medidas de apoio, haja vista que, em relação aos réus hipossuficientes⁴³, a multa do art. 461 do CPC não surtiria o efeito prático desejado, eis que a medida não teria o grau de coerção necessário.

Entretanto, como ponto de partida, o argumento de que a cominação de *astreintes* não deve ser direcionada aos hipossuficientes econômicos não guarda qualquer sustentáculo jurídico⁴⁴. Com efeito, o Código de Processo Civil nada exige a respeito da

do art. 311 padece de flagrante inconstitucionalidade, dada a inviabilidade de decretação da prisão preventiva antes da deflagração da ação penal. Ora, se o Ministério Público não foi capaz de formar sua *opinio delicti* para oferecer a denúncia, dada a ausência de um mínimo suporte necessário, não é possível que já haja elementos que autorizem a decretação da prisão.

⁴² “Tampouco causa espécie a adoção dos mecanismos de efetivação de tutela específica, previstos no artigo 461 do Código de Processo Civil”. (MELLO, Adriana Ramos de. (org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 122.)

⁴³ É a realidade de muitos assistidos da Defensoria Pública que não possuem patrimônio e recursos financeiros.

⁴⁴ Admitir tal argumento seria o mesmo que dizer que os réus pobres não poderiam ser condenados ao pagamento da pena de multa, eis que não disporiam de recursos financeiros para arcar com a sanção penal, o que seria um verdadeiro absurdo, pois não se pode olvidar que a pena de multa é tida como verdadeira dívida de valor, sendo a ela aplicáveis as disposições das normas fazendárias, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não subsistindo em nosso ordenamento jurídico a nefasta conversão da pena de multa descumprida em pena privativa de liberdade.

aferição da hipossuficiência do devedor, como forma de possibilitar a imposição de *astreintes*.

O cumprimento da tutela específica da obrigação de fazer não pressupõe a condição econômica do agressor. Muito pelo contrário, já que se presente a execução da obrigação, caberá ao magistrado analisar a natureza da obrigação e aferir qual das medidas de apoio se revelará mais apta para a efetivação do título executivo.

Aliás, parece-nos que a melhor solução é a adoção da fixação de multa como forma de descumprimento da medida protetiva, pois temos visto que, na grande maioria dos processos, a vítima reata o relacionamento com o autor do fato.

Logo, como o valor da multa reverte-se em favor da vítima, temos a plena possibilidade de que a mesma renuncie ao valor devido na hipótese em que não deseje prosseguir com o feito⁴⁵, eis que a liquidação do valor apurado depende de iniciativa da credora, no caso, a vítima, bem como pelo fato de se tratar de verdadeiro direito patrimonial, ostentando natureza disponível.

Ademais, o próprio magistrado tem o poder de reduzir o valor ou a periodicidade da multa se verificar que a medida de coerção se revelou demasiadamente excessiva.

Fredie Didier Jr. e Rafael de Oliveira⁴⁶ são adeptos da posição que admite a prisão civil do agente como forma de garantir a eficácia da medida protetiva. Parece-nos, com o devido respeito aos citados doutrinadores, que a opinião apontada vai de encontro os principais direitos fundamentais previstos na Constituição carecendo, inclusive, de efeito prático.

Como ponto de partida, há que se reconhecer que a única possibilidade de prisão civil remanescente no ordenamento jurídi-

⁴⁵ Necessário registrar a grande divergência existente na jurisprudência a respeito da possibilidade de retratação nos crimes de violência doméstica, em especial no que se refere às lesões corporais, tendo em vista que a exigência da representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa prevista no art. 88 da Lei nº 9.099/95, não teria incidência nos Juizados de Violência Doméstica, face a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 imposta pelo art. 41 da Lei nº 11.340/06.

⁴⁶ (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. “Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha”. *Revista de Processo*, nº 160. São Paulo: RT, jun. 2008. P. 27).

co diz respeito à prisão por dívidas de alimentos, diante da nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a prisão civil do depositário infiel.

Além disso, a prisão, ainda que de caráter civil, necessitaria da prévia cominação legal, o que na hipótese é incorrente, pois ausente a previsão normativa garantindo a prisão civil daquele que descumpre medida protetiva.

Por fim, a discussão acerca do cabimento da prisão civil perde todo seu foco à medida que o Código de Processo Penal admite a prisão preventiva por descumprimento de medida protetiva, como consignado pelo art. 313, IV.

Apenas concordamos com os referidos autores no sentido de que a prisão deve ser utilizada em último caso, após frustradas as demais medidas coercitivas, observando o magistrado, no momento do exame das circunstâncias do caso, o princípio da proporcionalidade.

Assim, há que se entender que a decretação da prisão preventiva deve ser a última consequência, eis que o art. 22, § 4º da Lei nº 11.340/06 admite a aplicação da tutela processual das obrigações de fazer e não fazer, nos moldes do art. 461 do Código de Processo Civil.

Deste modo, afigura-se mais adequada a cominação de astreintes e, caso insista o acusado em descumprir a medida protetiva, que seja decretada sua prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos autorizadores.

Contra a decisão que defere a medida protetiva em favor da mulher vítima de violência doméstica, ainda não há um consenso acerca do recurso cabível, eis que a Lei nº 11.340/06 é silente a esse respeito. No Estado do Rio de Janeiro temos alguns precedentes admitindo tanto a utilização do Recurso em Sentido Estrito, como do Agravo de Instrumento.

Não há dúvidas, todavia, de que na hipótese de decretação da prisão preventiva como meio de conferir efetividade à medida protetiva, a providência adequada será a impetração de *Habeas Corpus* endereçado ao órgão jurisdicional competente.

VI. CONCLUSÃO

Com o advento do pós-positivismo, assumiu a Constituição Federal o *status* de norma suprema, passando a regular de forma incisiva e soberana todas as relações sociais ocorridas no Estado.

Como decorrência lógica desta força normativa inédita alcançada pela Carta Magna, tem-se que nenhuma norma ordinária poderá ser concretamente aplicada sem que antes sofra a adequada e obrigatória filtragem constitucional.

Nesse diapasão, realizando-se uma interpretação conforme do art. 313, IV do CPP e do art. 20 da Lei nº 11.340/06, constata-se que a decretação da prisão preventiva como modalidade de medida protetiva de urgência apenas poderá ser admitida quando: (i) presentes os requisitos exigidos pelo art. 312 do CPP - *fumus comissi delicti e periculum libertatis*; (ii) restar observada a estreita homogeneidade entre a custódia cautelar e sanção ao final aplicada ao agente; e (iii) mostrarem-se ineficazes as demais medidas protetivas de urgência elencadas no Capítulo II da Lei Maria da Penha - art. 20 c/c art. 19, § 2º da Lei nº 11.340/06.

Dessa forma, em respeito ao princípio da razoabilidade, cria-se verdadeira escada de gravidade entre as medidas protetivas, colocando-se no topo, como último degrau, a medida privativa de liberdade prevista no art. 20 da Lei Maria da Penha.

Para que se torne admissível a decretação da prisão preventiva do agressor, portanto, deverá o magistrado percorrer, ou fundamentadamente superar, cada um dos degraus da escada de gravidade das medidas protetivas de urgência.

Como forma de se garantir a efetividade das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, propõe-se, no presente estudo, a utilização das *astreintes* como medida coativa substitutiva ao *carcer ad custodiam*.

Trata-se de autêntico degrau alternativo, permitindo-se coadunar as medidas protetivas de urgência com o direito fundamental à liberdade e com a presunção constitucional de inocência.

Além disso, a utilização das medidas de apoio previstas no art. 461, §§ 5º e 6º do Código de Processo Civil possui eficácia amplamente confirmada pela prática cotidiana das Varas Cíveis,

podendo o magistrado ampliar ou reduzir a multa a qualquer momento de modo a alcançar os resultados pretendidos.

A própria Lei de Violência Doméstica e Familiar contra mulher tem dispositivo próprio que autoriza a aplicação das medidas de apoio, como forma de garantir a eficácia das medidas protetivas deferidas em favor da vítima.

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar lida com muitas questões envolvendo relações de afeto entre as partes. Os ânimos se encontram alterados, a raiva entre as partes é muito alta e cabe ao juiz tentar apaziguar os polos da relação, optando por soluções alternativas à solução do litígio.

Por esta razão é que o magistrado deve se utilizar de todos os instrumentos existentes no ordenamento jurídico para conferir proteção à vítima e, na total impossibilidade, decretar a prisão preventiva, quando presentes seus requisitos autorizadores. 📄