



**A (I)LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NO
CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA À LUZ DO PACOTE ANTICRIME
(LEI N. 13.964/19)**

**THE (I)LEGALITY OF OFFICE PREVENTIVE DETENTION IN THE
CONTEXT OF THE MARIA DA PENHA LAW IN THE LIGHT OF THE
ANTICRIME PACKAGE (LAW N. 13.964/19)**

Itallo da Silva CAMPOS
Faculdade Católica Dom Orione
E-mail: itallocampos0@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-1584-3612>

Patrícia Francisco da SILVA
Faculdade Católica Dom Orione
E-mail: patricia@catolicaorione.edu.br
Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-0329-0134>

630

RESUMO

O trabalho apresentado é um estudo pautado em revisão bibliográfica documental, por meio do método hipotético-dedutivo, que visa analisar o instituto que versa sobre Prisão Preventiva de Ofício em meio ao Código de Processo Penal brasileiro, principalmente após a aprovação e vigência da Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), no que tange à legalidade ou ilegalidade da Prisão Preventiva de Ofício no contexto da Lei Maria da Penha (11.340/06). A hipótese proposta para a discussão é após o advento da Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), considerando as alterações realizadas junto ao artigo 311 do Código de Processo Penal: É possível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz, no âmbito da legislação brasileira, conforme o artigo 20 da Lei Maria da Penha? Foram abordadas as definições referentes ao princípio da legalidade, trazendo os aspectos da Lei Maria da Penha, Pacote Anticrime, Prisão Preventiva, além de pressupostos e fundamentos destes, bem como as modalidades consideradas na aplicação do presente prisão preventivas. Posteriormente, conclui-se pela ilegalidade da prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz, uma vez que isso feriria o princípio da imparcialidade do juiz, e, conseqüentemente, o sistema acusatório.

Palavras-chave: Prisão Preventiva de ofício. Pacote Anticrime. Lei Maria da Penha. Prisão Cautelar.

ABSTRACT

The work presented is a study based on a documentary bibliographical review, through the hypothetical-deductive method, which aims to analyze the institute that deals with Preventive Prison by Office in the midst of the Brazilian Code of Criminal Procedure, especially after the approval and effectiveness of Law n. 13,964/19 (Anti-Crime Package), regarding the legality or illegality of the Preventive Detention by Office in the context of the Maria da Penha Law (11,340/06). The hypothesis proposed for discussion is after the advent of Law n. 13.964/19 (Anti-Crime Package), considering the amendments made to article 311 of the Code of Criminal Procedure: Is it possible for the judge to order preventive detention ex officio, within the scope of Brazilian legislation, in accordance with article 20 of the Maria da Penha Law? The definitions referring to the principle of legality were addressed, bringing aspects of the Maria da Penha Law, Anti-Crime Package, Preventive Prison, in addition to their assumptions and foundations, as well as the modalities considered in the application of this preventive detention. Subsequently, it is concluded that the preventive detention decreed ex officio by the judge is illegal, since this would violate the principle of impartiality of the judge, and, consequently, the accusatory system.

Keywords: Pre-trial Detention. Anti-Crime Pack. Maria da Penha Law. Warrant Prison.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é uma temática que ainda precisa ser debatida, uma vez que as estatísticas ainda são muito grandes na nossa sociedade. Nos últimos anos houve um avanço significativo na questão da legislação e na proteção dos direitos da mulher no Brasil, sendo que o tema é pertinente na sociedade atual em que vivemos, pois a cada dia mais situações de violência contra mulher são denunciadas e tem aparecido na mídia/noticiários.

A Lei Maria da Penha tem contribuído para punir os agressores e procurando proteger a mulher vítima de violência doméstica e nem sempre acontece amparo e proteção às vítimas, o agressor nem sempre é punido (GALILEU, 2018).

Dentre tantos modos de buscar a punição dos agressores, a Lei Maria da Penha prevê em seu artigo 20 a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (BRASIL, 2006).

Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz, prevista no artigo 20 da Lei Maria da Penha, após a vigência do Pacote Anticrime, visando obter entendimento acerca da legalidade (ou não) da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado, utilizando das correntes doutrinárias que estão sendo formadas acerca do tema, construído por meio de pesquisa que propõe uma revisão bibliográfica em meio eletrônico e físico, bem como documental. Tem como alicerce principal o Código de Processo Penal.

No Brasil, existe um instituto que se chama Prisão Preventiva, sendo essa uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado, por razão de necessidade, respeitando os requisitos estabelecidos em lei. Os requisitos estão expressos no CPP, e orientam a decisão a ser tomada pelo juiz no momento de decretar ou não a prisão preventiva de ofício ao cidadão. Ao analisar o caso concreto, cabe ao Juiz decidir, em casos de prisão em flagrante, acerca da confirmação da prisão preventiva de ofício do indivíduo, o que também poderá ocorrer quando provocado pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia.

Para decretar a prisão preventiva, é necessário um motivo justo e relevante, sendo também necessário o juiz justificar tal ato, e para isso observa-se o artigo 312 do CPP, que versa as hipóteses que possibilitam a decretação da prisão preventiva.

Embora, no final do ano de 2019, publicou-se a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, a qual alterou a redação de diversos dispositivos normativos da legislação penal e processual penal brasileira, a lei referida trouxe alterações significativas para o artigo 311 do CPP. Em relação às alterações previstas na referida lei, pode-se observar aquele referente à redação do artigo 311 do CPP, o

qual foi alterado pelo advento do Pacote Anticrime, uma vez que passou a prever a impossibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício pelo Juiz.

Assim, a Lei Maria da penha (lei 11.340/2006), dentre seus instrumentos, prevê a existência de medidas protetivas de urgência com a finalidade de cessar a agressão e violência doméstica e familiar em face da mulher, conforme seu artigo 20. Portanto, existem, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, duas normas processuais, de um lado a lei 11.340/2006 que prevê ao magistrado a decretação, de ofício, da prisão preventiva do agressor decorrente de violência doméstica e familiar em face da mulher e, de antemão, após a implementação do pacote anticrime, que impossibilita a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado.

O tema é de grande relevância, já que esclarece dentro do contexto social, o seu real papel, onde atualmente no Brasil é um fator crítico que cada vez mais está explícito em diversas estatísticas. Podendo identificar que uma perda total ou quase de sua eficácia, se tornando um grave problema social. Assim, buscando a conscientização e assegura mento para muitas mulheres e famílias, para que mantenham a sua integridade e dignidade, além de estarem protegidas de homens agressivos, por meio de formas de punir o agressor.

ASPECTOS DESTACADOS DA PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ser humano sempre viveu em grupos de modo a cooperar entre si, criando laços e associando ao próximo suas necessidades, anseios e conquistas. Todavia, em razão disto, os seres humanos não conseguiram lidar da melhor maneira com essa convivência, e, conseqüentemente, violaram regras que não deveriam ter sido violadas, de modo a ferir seus semelhantes e sua própria comunidade onde viviam. A partir de então, surgiram às punições (NUCCI, 2021).

Ainda, é importante salientar que as formas de punições foram evoluindo, algumas caracterizadas como sendo maneiras severas e outras menos severas, até chegar a como se encontram nos tempos atuais.

Atualmente, essas punições se tornaram sanções, e, no decorrer do tempo, a pena privativa de liberdade, conhecida popularmente por prisão, passou a ser a mais aplicada no mundo do Direito Punitivo (BITENCOURT, 2021).

Assim, nota-se que a violação de uma regra, conforme citado acima, afetava os bens jurídicos fundamentais da vida em sociedade gerando perturbações na ordem pública e certa instabilidade na convivência comunitária. Portanto, com estas violações, efetivou-se o direito de punir (*jus puniendi*) do Estado, responsável pela harmonia e estabilidade social (MESSA, 2020).

Dessa maneira, com a violação da norma penal, surge o direito de punir existente para que o Estado cumpra sua função de assegurar as condições de existência e continuidade da organização social. Neste sentido, o direito de punir, que corresponde ao direito estatal de impor sanção penal frente à prática do delito, fundamenta-se no critério da absoluta necessidade e se encontra baseado nos princípios penais fundamentais (MESSA, 2020).

Nesta mesma seara, a punibilidade tem como conteúdo a sanção penal, caracterizada como sendo uma reação do Estado à violação de uma norma penal quando houver violação dos bens jurídicos fundamentais ao convívio social, resultado de um processo judicial e estabelecida pela sentença criminal visando à tutela da ordem jurídica (MESSA, 2020).

Seguindo este pensamento, Messa (2020, p. 56) aponta a finalidade da pena ou sanção penal da seguinte maneira: “A pena visa retribuir o mal causado pelo crime, prevenir a ocorrência de novos delitos e possibilitar a reeducação do infrator.”

Concordando com o pensamento de Messa, autor supracitado, verifica-se que o poder de punibilidade do Estado tem como objetivo punir e manter o controle social.

CONCEITOS DE PRISÃO

Conforme o doutrinador Rogério Sanches Cunha (2020, p. 202), prisão é a “privação de liberdade de locomoção decretada através de ordem escrita da autoridade competente ou em consequência do flagrante.” Neste sentido, o Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 283, caput, duas espécies básicas de prisão, sendo elas: penal ou processual, conforme se observa:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (BRASIL, 1941, s/p).

Segundo Cunha (2020), a prisão penal, também conhecida como prisão-pena, é aquela decorrente de uma decisão penal condenatória transitada em julgado, ou seja, contra a qual não seja cabível qualquer recurso. É importante salientar que a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, desde que respeitadas às restrições relativas à inviolabilidade do domicílio, conforme disposto no artigo 283, §2º, do Código de Processo Penal.

Contudo, segundo Sanches Cunha (2020), a prisão penal deveria ser a única das duas espécies citadas acima a vigorar, uma vez observado o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Em contraponto, a prisão processual ou prisão cautelar é aquela decretada em virtude de um mal necessário, ou seja, é uma prisão provisória que decorre de uma necessidade de preservar a eficácia do processo penal. Para Sanches (2020, pp. 202-203), a prisão processual busca, em determinadas situações, a finalidade de:

Garantir à eficácia da justiça e como manifestação de autodefesa do Estado, é restringida a liberdade individual em nome do interesse coletivo, antes mesmo da certeza de que foi o agente o autor do delito, certeza esta que somente poderia ser obtida com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ainda, Sanches (2020) ressalta que, caso não haja necessidade de decretação do presente prisão processual, deverá prevalecer à regra geral prevista no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, onde vigora a prisão em decorrência de uma sentença penal condenatória (BRASIL, 1988)

A prisão processual é composta por cinco modalidades, sendo elas: a) prisão em flagrante (prevista no artigo 301 e ss. do CPP); b) prisão preventiva (prevista no artigo 311 e ss. do CPP); c) prisão resultante da pronúncia (prevista no artigo 413, §3º do CPP); d) prisão resultante da sentença de 1º grau recorrível (prevista no artigo 387, §1º do CPP); e, e) prisão temporária (Lei 7.960/89). Todavia, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e decorrente de pronúncia foi expressamente revogada pelas Leis nº 11.719/2008 e 11.689/2008, respectivamente (CUNHA, 2020).

Ademais, é importante salientar que a prisão cautelar depende da comprovação de sua real necessidade como a finalidade de assegurar o

desenvolvimento regular da persecução penal, uma vez que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (MESSA, 2020)

Neste sentido, Pacelli (2020, p. 432) é direto ao dizer:

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

Portanto, a prisão cautelar depende da ocorrência de dois requisitos: *periculum in mora e fumus boni iuris*. O primeiro refere-se à demonstração de que a liberdade do acusado possa colocar em risco os resultados do processo, já o segundo denota-se a plausibilidade do direito invocado pelo interessado em caso de elementos indiciários graves de culpabilidade. (MESSA, 2020).

MODALIDADES DE PRISÃO CAUTELAR

Encontram-se previsto no ordenamento jurídico brasileiro três modalidades de prisão cautelar, havendo intenção de resguardar o prosseguimento das investigações na fase do Inquérito Policial ou certificar o desenvolvimento do processo. Todas as modalidades são fundamentadas no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988, subdividida em: a) prisão em flagrante; b) prisão temporária; e, c) prisão preventiva (BRASIL, 1988)

A modalidade de prisão em flagrante está prevista no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que poderá ser executada somente na existência dos requisitos disposto no artigo 302 do Código de Processo Penal:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - são encontrados, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941 s/p).

Ainda, a prisão em flagrante é considerada uma conduta administrativa de natureza cautelar, sendo concedida por lei na qual autoriza a privação da liberdade do indivíduo em decorrência do ato ilegal cometido (MESSA, 2020).

Ademais, é importante salientar que o artigo 301 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), prevê que qualquer pessoa, inclusive a vítima, pode dar voz de prisão ao cidadão que esteja em flagrante delito, ou seja, o cidadão tem a liberdade de agir para impossibilitar a realização de infrações em flagrante, observa-se:

Neste sentido, Lima (2011, p. 1.276) é direto ao dizer que:

Extraem-se do art. 301 do CPP que qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Percebe-se, pois, que o particular (inclusive a própria vítima) tem a faculdade de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Para o particular, portanto, a prisão em flagrante configura exercício regular de direito.

Destarte, a prisão em flagrante efetivada pela autoridade policial é denominada de prisão compulsória, ou seja, a autoridade que está competente pelo caso é submetida a prosseguir com a prisão do indivíduo em flagrante delito, conforme artigo 144 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 463) este papel:

Alcança a atuação das forças de segurança, englobando a polícia civil, militar, rodoviária, ferroviária e o corpo de bombeiros militar (art. 144 da CF). Estas têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, sempre que a hipótese se apresente (art. 301, in fine, CPP). Entendemos que esta obrigatoriedade perdura enquanto os integrantes estiverem em serviço. Durante as férias, licenças, folgas, os policiais atuam como qualquer cidadão, e a obrigatoriedade cede espaço à mera faculdade.

Dessa forma, sabe-se que o flagrante é o exato momento que a conduta está sendo praticada, sendo a circunstância que facilita a autoridade a prosseguir com a privação da liberdade do autor do crime. Conforme as palavras de Messa (2020, p. 248): “A prisão em flagrante é uma resposta eficaz, imediata e atual em face da evidência plena e certeza visual da materialidade e da autoria do crime, que visa proteger a segurança pública, a ordem social e a tranquilidade dos bens jurídicos diante do ataque atual ou iminente.”.

Ainda, existem algumas modalidades dentro da própria prisão em flagrante, sendo elas: flagrante próprio; flagrante impróprio; flagrante presumido; flagrante preparado; flagrante esperado; e, flagrante retardado.

Segundo Capez (2011, p. 252), o flagrante próprio é: “aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la”. Portanto, a prisão em flagrante é decretada no instante exato em que o indivíduo está realizando o delito ou quando o indivíduo tenha acabado de cometer o delito.

Referente ao flagrante impróprio, este existe no momento em que acontece a procura do indivíduo logo após este ter cometido uma infração, ou seja, o indivíduo não foi detido no momento em que estava praticando a infração. Entretanto, perante toda circunstância, não existindo qualquer incerteza da autoria do delito, pode a autoridade policial ou qualquer pessoa do povo realizar a restrição de liberdade do indivíduo (MESSA, 2018).

O flagrante presumido acontece no momento em que o indivíduo é identificado após a realização de algum delito, possuindo objetos em que trazem suspeita que o indivíduo seja o autor do crime. Ainda, nesta situação, não é necessário à perseguição em virtude dos objetos achados com o autor, constituindo evidências de autoria do delito (MESSA, 2018).

Por outro lado, o flagrante preparado inicia com a presença de um policial, em que o mesmo pode influenciar ou incentivar o indivíduo a realizar algum ato delituoso com o objetivo de prosseguir com a restrição da liberdade do indivíduo, todavia, esta modalidade de flagrante não é adotada no Brasil, conforme a Súmula n. 145 do STF “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

O flagrante esperado decorre enquanto a autoridade policial aguarda a prática definitiva do delito, todavia, sem prejudicar a realização da conduta tipificada, e, diante disso, efetua-se a execução da infração. Conforme o pensamento de Messa “Há flagrante esperado quando os policiais não intervêm na execução do crime, limitando-se a surpreender o agente quando já consumado o delito” (MESSA, 2019, p. 257).

Já o flagrante retardado é uma modalidade de flagrante que existe na lei do crime organizado, embora nesse tipo de delito seja recorrente a autoridade policial delongar a autuação do criminoso para conseguir a responsabilização criminal de todos os integrantes, para Capez (2009, p. 266):

O agente policial detém discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática da infração penal, podendo aguardar um momento mais importante do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de prova.

É importante ressaltar que qualquer modalidade de prisão em flagrante que não esteja inserido nos incisos do artigo 302 do Código de Processo Penal passará a ser vista como ilegítima necessitando ser relaxada momentaneamente, ou, a pedido do interessado a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, conforme disposto no artigo 5, inciso LXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Já no crime permanente, pode-se analisar a presença da prisão em flagrante, uma vez que os crimes permanentes serão consumados por meio da realização de conduta delituosa, mas a consequência poderá continuar, portanto, havendo a execução de um crime também haverá uma oportunidade de existir o flagrante, tendo em vista que a consumação se prorroga no tempo, enquanto determinada conduta humana estiver sendo realizada (MESSA, 2018).

Em contraponto, pode-se considerar o crime habitual como sendo a reiteração de inúmeros atos repetidos que correspondem à consumação da conduta, sendo feito apenas o relato da ocorrência da presente ocasião específica (MESSA, 2018).

Interessante destacar que a prisão em flagrante também se torna viável em crimes de ação penal privada, uma vez que a prisão em flagrante é perfeitamente possível, porém quem deverá entrar com a ação é o querelante do direito de modo a prestar a queixa-crime, não sendo possível realizar o flagrante delito pela autoridade policial, uma vez que fica a critério do querelante de requerer a restrição do direito de liberdade do autor do fato. (MESSA, 2018)

Não obstante, a notícia criminis de cognição coercitiva em prisão em flagrante ocorre quando é apresentado o indivíduo preso e a autoridade policial tem ciência de uma infração cometida. Assim, a autoridade policial poderá contribuir para impedir o andamento do ato delituoso.

Prisão Temporária

A prisão temporária surgiu no Direito brasileiro com a Medida Provisória n. 111, datada de 24 de novembro de 1989, posteriormente convertida na Lei n. 7.960/1989, a qual entrou em vigor no dia 22 de dezembro de 1989, a qual prevê em seu artigo 1º quando será cabível a decretação da presente prisão cautelar:

Art. 1º Caberá prisão temporária

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso;

- b) sequestro ou cárcere privado;
- c) roubo;
- d) extorsão;
- e) extorsão mediante sequestro;
- f) estupro;
- g) atentado violento ao pudor;
- h) rapto violento;
- i) epidemia com resultado de morte;
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte;
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio;
- n) tráfico de drogas;
- o) crimes contra o sistema financeiro;
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (BRASIL, 1989, s/p).

A criação dessa modalidade de prisão cautelar representou uma resposta ao combate do crime organizado e foi permitido seguindo a premissa de que àquela época não existia vedação constitucional de legislar sobre matéria processual penal por via de medida provisória (MESSA, 2020).

Segundo MESSA (2020), a introdução da prisão temporária no Direito brasileiro teve como objetivo a mobilização social de aniquilamento do crime, de modo a ser decretada quando a liberdade do investigado prejudicasse a investigação policial.

Seguindo essa premissa, a prisão temporária tem seu conceito bem claro no âmbito do direito brasileiro, observa-se:

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar decretada pelo juiz durante o inquérito policial, por tempo determinado contra o suspeito indiciado (é importante ressaltar que a referida prisão só pode atingir indiciado) de um crime grave, para possibilitar as investigações policiais (providência ínsita à investigação criminal) (MESSA, 2020, p. 227).

Referente ao prazo de duração da prisão temporária, o artigo 2º da Lei 7.960/89, indica que o prazo será de 5 (cinco) dias, podendo este ser prorrogado por período igual caso houver necessidade extrema e comprovada, observa-se:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (BRASIL, 1989, s/p).

Portanto, observam-se quatro requisitos chaves para caracterizar a decretação da prisão temporária, os quais são: medida judicial, pois é decretada pelo juiz; efetivada somente na fase pré-processual, ou seja, durante o inquérito policial; precária, uma vez que, além de transitória, também pode ser revogada a qualquer tempo; e acessória, visto que é decretada durante inquérito policial após comprovado que, enquanto o investigado estiver em liberdade, poderá de certa forma, prejudicar as diligências policiais (MESSA, 2020).

Prisão Preventiva

Para Messa (2020, p. 274), a prisão preventiva “é toda privação de liberdade efetuada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; é o gênero das prisões anteriores à sentença definitiva”. Nesta mesma seara, Nucci (2021, p. 688) entende que a prisão preventiva corresponde a: “uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.”

Ademais, é importante salientar que a prisão preventiva encontra sua decretação expressa no artigo 311 do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 1941, s/p).

Portanto, a prisão preventiva, prevista no artigo 311 a 316 do Código de Processo Penal, tem como principais requisitos: a) prova da materialidade/existência do crime; e, b) indícios suficientes de autoria, com base no artigo 312 do Código de Processo Penal, observa-se:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941 s/p).

Em contraponto, caso o juiz verificar a falta do motivo que culminou na decretação do presente medida cautelar, nos termos do artigo 316 do Código de Processo Penal:

Art. 316 - O juiz poderá de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevieram razões que a justifiquem (BRASIL, 1941 s/p).

Referente ao momento da decretação ressalta-se, conforme observado acima, que a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, sendo na fase pré-processual quando houver ou não inquérito policial instaurado e na fase processual em qualquer momento da ação penal (MESSA, 2020).

Quanto a sua duração, Nucci (2020) indica que a prisão preventiva não possui prazo expresso e determinado, todavia, sua regra base é que permaneça até quando seja necessária, sem que ultrapasse decisão absolutória, bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

Sancionada no dia 7 de agosto de 2006 pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei Maria da Penha tem como objetivo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006).

Ainda, a Lei Maria da Penha em seu artigo 5º, caput, prevê que “[...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero [...]” (BRASIL, 2006, s/p).

Neste sentido, Maria Amélia Teles e Mônica de Melo (apud BIANCHINI, 2018) conceituam a violência de gênero como uma relação de dominância do homem e submissão da mulher, de modo a demonstrar que os papéis impostos às mulheres e aos homens acabam ocasionando relações violentas entre os sexos masculino e feminino.

Segundo Bianchini (2018, p. 34), “[...] a violência de gênero envolve uma determinação social dos papéis masculinos e femininos, atribuindo-se pesos com importâncias diferenciadas”.

Desse modo, observa-se que esta relação de poder vem dos papéis impostos às mulheres e aos homens em razão da ideologia patriarcal impregnada na sociedade com o decorrer dos anos (BIANCHINI, 2018).

Não obstante, além destas duas características citadas acima, Bianchini (2018, p. 36) aponta outras duas características, totalizando quatro características marcantes da violência de gênero, as quais seriam: a) violência que decorre da relação pessoal entre homem e mulher; e, b) relação afetivo-conjugal entre o homem e a mulher, de modo a observar a proximidade entre ambos, caracterizando, assim, o contexto em que a violência, um dos requisitos básicos da aplicação da Lei Maria da Penha, ocorreu como sendo a relação doméstica e familiar.

Neste mesmo teor, é importante salientar que a expressão “violência doméstica e familiar contra a mulher”, é conceituada pelo artigo 5º, caput, da Lei 11.340/06:

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:

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. (BRASIL, 2006 S/P)

Ainda, observa-se que os incisos do artigo 5º, mencionado acima, trazem os contextos em que a violência contra a mulher deve ser praticada, sendo eles: no âmbito da unidade doméstica, da família ou em uma relação íntima de afeto (BRASIL, 2006).

Portanto, o âmbito de atuação da Lei Maria da Penha tem como escopo e requisitos a violência contra a mulher baseada no gênero praticado no âmbito doméstico ou familiar (BIANCHINI, 2018).

ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI MARIA DA PENHA

No ano de 1983, Maria da Penha Maia Fernandes deu início a causa em prol das mulheres depois de ser agredida pelo seu ex-companheiro após ser vítima de duas tentativas de homicídio praticadas por seu marido, sendo a primeira um tiro de espingarda enquanto estava dormindo.

Por conseguinte, Maria foi submetida a uma segunda tentativa de homicídio quando estava tomando banho e Marco Antônio, seu marido, tentou a eletrocutar (BIANCHINI, 2018).

Em seguida, Maria da Penha obteve coragem e resolveu denunciar o seu agora ex-companheiro pelas agressões físicas e psicológicas que havia sofrido há anos. No mês de junho do ano de 1983 as investigações foram iniciadas referentes à primeira tentativa de homicídio sofrida por Maria, mas o Ministério Público só foi oferecer a denúncia no mês de setembro do ano de 1984. Marco Antônio chegou a ser condenado duas vezes, sendo a primeira no ano de 1991 e a segunda em 1996, a sentença foi de 15 anos de reclusão. Portanto, Maria teve dificuldades com relação à Justiça Brasileira, visto que a defesa do agressor a todo o momento alegava irregularidades no decorrer do processo, pelo percurso desses 15 anos, o indiciado esperou o julgamento em liberdade mesmo depois da sentença condenatória (BIANCHINI, 2018)

O caso de violência doméstica que Maria sofreu teve uma grande repercussão até mesmo fora do âmbito nacional. Inconformada com a falha da Justiça Pública, no ano de 1998 Maria da Penha procurou os órgãos internacionais, a exemplo do Centro para Justiça e também do Direito Internacional (CEJIL), em companhia com o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), protocolando uma denúncia em desfavor do Brasil relatando o caso a Organização dos Estados Americanos (OEA) (BIANCHINI, 2018).

O Estado Brasileiro foi negligente diante das diligências formuladas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Não houve resposta durante o questionamento em decorrência da inexistência da sanção penal do indiciado (BIANCHINI, 2018).

Em resposta a denúncia da Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o relatório 54/2001, em 16 de abril de 2001 (BIANCHINI, 2018).

RELATÓRIO Nº 54/01 - CASO 12.051 - MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES BRASIL - 4 de abril de 2001 I. RESUMO 1. Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão”) recebeu uma denúncia apresentada pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) (doravante denominados “os peticionários”), baseada na competência que lhe conferem os artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e o artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará ou CVM). 2. A denúncia alega a tolerância da República Federativa do Brasil (doravante denominada “Brasil” ou “o Estado”) para com a violência cometida por Marco Antônio Heresia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Maria da Penha, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano. Denuncia-se a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas. Denuncia-se a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração”), bem como dos artigos 3, 4, a, b, c, d, e, f, g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. A Comissão fez passar a petição pelos trâmites regulamentares. Uma vez que o Estado não apresentou comentários sobre a petição, apesar dos repetidos requerimentos da Comissão, os peticionários solicitaram que se presuma serem verdadeiros os fatos relatados na petição aplicando-se o artigo 42 do Regulamento da Comissão. 3. A Comissão analisa neste relatório os requisitos de admissibilidade e considera que a petição é admissível em conformidade com os artigos 46(2)(c) e 47 da Convenção Americana e o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará. Quanto ao fundo da questão denunciada, a Comissão conclui neste relatório, elaborado segundo o disposto no artigo 51 da Convenção, que o Estado violou em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como 13no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Conclui também que essa violação segue um padrão discriminatório com respeito à tolerância da violência doméstica

contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, s/p).

Observam-se no relatório inúmeras negligências por parte do Brasil na sequência do caso Maria da Penha Maia Fernandes, sendo emitidas recomendações ao País (BIANCHINI, 2018, p. 78).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias

de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em suas planas pedagógicas unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares [...] (COMISSÃO ANTIAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, s/p).

O caso Maria da Penha tornou-se representativo, levando em conta que foi a primeira vez que uma organização internacional teria executado a Convenção de Belém do Pará e culpado um Estado soberano por conta das contravenções de direitos humanos sofridas, o que explicitou a urgência em formar novos instrumentos normativos e políticas públicas de prevenção e proteção das mulheres (SANTOS 2008).

No ano de 2002 seis organizações não governamentais, tais como A creme, Advocacia, Caldem/Bar, Ceia e Themis reuniram-se com o Brasil, para ajudar na elaboração da proposta legislativa para reprimir a violência doméstica sofrida pelas mulheres. A proposta foi divulgada em março do ano de 2004 para a Secretária de Políticas para as mulheres com o intuito de discutir a acerca da proposta.

Posteriormente, houve a publicação do decreto 5.030/2004, sendo criado o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para planejar o projeto de lei com a colaboração das seis organizações, ocasionando a PL nº 4559/04, sendo encaminhado ao Congresso Nacional.

Após a aprovação da Lei nº 11.340/2006, sancionada em 07 de agosto do ano de 2006, sendo chamada de Lei Maria da Penha em homenagem a mulher que inspirou a criação da lei que será capaz de proteger as mulheres vítimas de violência doméstica. Conforme o pensamento de Aline Bianchini “A Lei Maria da Penha é, ao mesmo tempo, protetiva de direitos de mulheres e restritiva de direitos de agressores” (BIANCHINI, 2018, p. 144).

Ainda, Maria da Penha chegou a receber indenização e alegou: “dinheiro nenhum pode pagar a dor e a humilhação das últimas duas décadas de luta por justiça” (MARIA DA PENHA, 2012).

Assim, após anos de luta, em 2006, foi sancionada a Lei Maria da Penha, a qual leva o nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes.

Da Possibilidade de Prisão Cautelar de Ofício

A Lei Maria da Penha prevê em seu artigo 20 a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (BRASIL, 2006).

Para a doutrinadora Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti (apud BIANCHINI, 2018, p. 204) a possibilidade da prisão preventiva:

É providencial, constituindo-se em um importante e útil instrumento para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas pela novel legislação. Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do instrumento coercitivo da prisão preventiva por ausência de sustentação nos motivos elencados no art. 312, do CPP, tradicionalmente e nos casos de cabimento arrolados no art. 313, do CPP.”

Ainda, segundo Bianchini (2018), tal entendimento é respaldado pelas estatísticas, as quais demonstram o alto índice de homicídios de mulheres praticados por homens, os quais a vítima mantinha ou manteve relação íntima de afeto.

Ademais, o artigo 19, §1º, da Lei Maria da Penha, dispõe que as medidas protetivas deverão ser concedidas de imediato em desfavor do agressor, bastando o registro do Boletim de Ocorrência e constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006).

Neste sentido, Bianchini (2018, p. 204) é direta ao dizer que “[...] a prisão preventiva como medida protetiva de urgência poderá ser decretada sempre que necessária adequada e proporcional”.

Assim, seguindo os requisitos, quais sejam é possível à decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz com base no artigo 20 da Lei Maria da Penha. Todavia, com as alterações realizadas pelo Pacote Anticrime junto ao Código de Processo Penal brasileiro, a prisão preventiva de ofício passou a não ser mais permitida conforme se abordará no tópico seguinte, dando origem ao problema de pesquisa apresentado pelo presente artigo.

ADEQUAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR APÓS O PACOTE ANTICRIME

A Lei 13.964/19, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”, tem como objetivo realizar alterações nas legislações penais e processuais penais com a finalidade de tornar mais efetivo o combate ao crime no Brasil, bem como diminuir a morosidade do Processo Penal e aumentar a punibilidade de crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, como crimes envolvendo a corrupção, grave violência e organizações criminosas (BRASIL, 2019).

Neste sentido, Brasileiro (2020, p. 18) conceitua o Pacote Anticrime da seguinte maneira:

O denominado projeto Anticrime foi apresentado ao Congresso Nacional no dia 31 de janeiro de 2019 (PL 882-2019), tendo como principal meta o estabelecimento de medidas que realmente se demonstrassem efetivos (sic) contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência à pessoa, sistematizando as mudanças em uma perspectiva mais rigorosa no enfrentamento à criminalidade, totalmente em consonância com o anseio popular expressado nas eleições de 2018.

Ainda, Santos (2020, p. 248) transmite sua opinião nesta mesma seara: “A Lei nº 13.694/19 foi idealizada com o claro propósito de potencializar o encarceramento, entendida a prisão, seja como pena, seja como medida cautelar, um dos instrumentos mais valiosos na repressão à criminalidade”.

Portanto, entende-se que o Pacote Anticrime, publicado em 24 de dezembro de 2019, trouxe diversas mudanças para o Código de Processo Penal brasileiro. Dentre estas mudanças, observa-se a inaplicabilidade da prisão preventiva, decretada de ofício, pelo Juiz, conforme o exposto no artigo 311, caput do Código de Processo Penal após a implementação do Pacote Anticrime.

Em contraponto, é importante salientar que o texto original do artigo 311 do Código de Processo Penal autorizava o juiz a decretar, de ofício, a prisão preventiva durante o inquérito e o processo. Todavia, posteriormente, a lei 12.403/11 alterou o disposto no artigo 311 em relação à atuação oficiosa durante o processo, descartando-a do inquérito (SANTOS, 2020).

Por conseguinte, após a vigência do Pacote Anticrime, o artigo 311 do CPP teve novamente seu texto alterado conforme já citado acima, passando a prever a impossibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz.

Da (I) Legalidade da Prisão Preventiva de Ofício No Contexto da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

Primeiramente, é importante salientar que, no Brasil, a doutrina identifica três sistemas de processo penal, sendo eles: inquisitivo, acusatório e o misto (CAPEZ, 2022).

Segundo Capez (2022), o sistema inquisitivo é aquele quando só um órgão, no caso o juiz, desempenha as funções de acusador e julgador. Já o sistema acusatório é aquele em que um órgão acusa, outro defende e outro julga, assim, tendo suas funções separadas. Por último, tem-se o sistema misto, o qual se compõe das duas fases citadas acima: uma inquisitiva e outra acusatória.

Neste sentido, Sanches (2020, p. 69) entende da mesma maneira, afirmando que: “No sistema acusatório, cada sujeito tem uma função bem definida no processo. A um caberá acusar (como regra, o Ministério Público), a outro defender (o advogado ou defensor público) e, a um terceiro, julgar (o juiz)”.

Por conseguinte, Capez (2022) é direto ao afirmar que o sistema adotado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é o sistema acusatório.

Ainda, Sanches (2022) indica as principais características do sistema acusatório como sendo: a) separação entre os órgãos da acusação, defesa e julgamento; b) liberdade de defesa e igualdade de posição das partes; c) vigência do contraditório; d) livre apresentação das provas pelas partes; e) regra do impulso processual autônomo ou ativação inicial da causa pelos interessados.

Por conseguinte, é importante salientar referente ao princípio da legalidade, o qual está previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988. Seguindo este pensamento, Brandão, Cavalcanti e Deodato (2009, p. 97) são diretos ao afirmarem e indicarem o artigo em questão dizendo que:

Na constituição Federal de 1988, o princípio da legalidade está presente quando afirmam que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A compreensão

assim, de que a lei representa a manifestação de juridicidade por excelência subjaz ao princípio da legalidade.

Portanto, conforme visto acima, entende-se pelo conceito do princípio da legalidade que não existe crime se não estiver previsto de lei.

Por conseguinte, salienta-se que a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) trouxe nova redação para o artigo 311 do Código de Processo Penal, vedando, ao Juiz, a decretação de ofício da prisão preventiva em âmbito brasileiro. Em contraponto, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em seu artigo 20, continuou prevendo a possibilidade da decretação da prisão preventiva, pelo juiz, de ofício, causando, assim, um conflito entre as referidas normas.

Todavia, é importante salientar que essa discussão ainda permeia entre os doutrinadores nos dias atuais.

O doutrinador Sanches (2020, p. 260), é direto ao defender o disposto no artigo 311 do CPP alegando que “[...] essa limitação introduzida no Código de Processo Penal tem incidência na Lei Maria da Penha, a impossibilitar o juiz de decretar, ex officio, a prisão preventiva.”

Ainda, a favor deste posicionamento, Aury Lopes Júnior (2001, p. 74), indaga:

São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração pública.

Em contraponto, existe uma segunda linha de pensamento referente à prevalência do artigo 20 da Lei Maria da Penha em que se indaga pela invocação do Princípio da Especialidade.

O princípio da especialidade, previsto no artigo 12 do Código Penal, resumidamente, determina que: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.” (BRASIL, 1940).

Neste sentido, Sanches (2020, p. 260), entende o conceito do princípio da especialidade como:

Por esse princípio, a norma mais específica é aplicada em detrimento da norma de caráter geral. Ou, em outras palavras, surgindo um aparente conflito de normas, exatamente por ser específica, deve prevalecer a *Lex specialis*, sobre a lei geral, que abrange um todo.

Ainda, segundo Bianchini (2022), o protagonismo da atuação do magistrado na Lei Maria da Penha é um ponto importante a se observar referente à prevalência da Lei Maria da Penha frente ao artigo 311 do Código de Processo Penal.

Neste mesmo teor, Bianchini (2022), salienta que tal protagonismo é concedido ao Juiz em razão da preocupação central da lei e em observância aos compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como sendo: a prevenção da violência contra a mulher, filhos e familiares envolvidos na situação de risco objetivo e iminente.

Ainda, Bianchini (2022) alega que a prisão preventiva prevista na Lei Maria da Penha não é de natureza processual penal, pois possui algumas especificidades que a distingue do artigo 311 do Código de Processo Penal, sendo elas: a) pode ser solicitada pela própria vítima, conforme artigo 19 da Lei Maria da Penha; b) não deve ser deferida com prazo determinado, conforme artigo 5º da Lei 14.022/20; c) sem exigência de preenchimento dos requisitos formais previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal de que o crime seja doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, conforme artigo 20 da Lei Maria da Penha; d) imediatidade das medidas protetivas, inclusive a prisão preventiva, as quais poderão ser concedidas de imediato, conforme artigo 19 da Lei Maria da Penha.

Ademais, Bianchini (2022) cita o trecho de exposição de motivos do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), o qual expressa: “excluem-se da proposta os crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, os crimes hediondos ou equiparados, os crimes militares e aquele que envolvam violência doméstica ou cometidos por funcionário público contra a administração pública.” (BRASIL, 1940) (grifo nosso).

Assim, Alice Bianchini Gomes (2022, p. 82) é direta ao concluir que:

Não obstante a importante alteração trazida pela Lei 13.964/19, que reforçou o sistema acusatório, ao não mais permitir que o (a) magistrado (a) possa decretar prisão provisória de ofício (mantendo-se, assim, equidistante das partes e garantindo o equilíbrio processual), tal regra precisa ser excepcionada nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, já que a Lei Maria da Penha é ela mesma uma exceção.

Em contraponto, Sanches (2020) indaga que a retirada desse poder do Juiz de agir de ofício é uma forma de preservar o sistema acusatório, o qual define a posição de cada um no processo penal.

Neste sentido, Sanches ainda complementa dizendo:

Se ao juiz é dado o poder de julgar e se, para tanto, deve manter uma posição de equidistância e imparcialidade, seria mais adequado que se deixasse às partes a possibilidade de requerer a prisão preventiva (inclusive durante o curso do processo), evitando-se, com isso, qualquer ação do juiz “sponte própria” (SANCHES, 2020, p. 259).

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Aury Lopes Júnior (2001, p. 74) alega que:

São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça.

Não obstante, Barreto e Alves (2020, p. 129) também afirmam que a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz violaria o sistema acusatório, observa-se:

A partir do advento da Lei n. 13.964/2019, que deu nova redação ao art. 311 do CPP, a prisão preventiva, assim como a prisão temporária, não pode ser decretada de ofício pelo juiz, o que se coaduna com o sistema acusatório. [...] Assim, o juiz deve ser devidamente provocado para que venha a proferir o decreto desta custódia cautelar.

Ainda, ao contrário do pensamento de Bianchini e a indagação referente à prevalência do princípio da especialidade, Sanches (2020) afirma que o artigo 20 da Lei Maria da Penha não possui nada de especial em relação ao Código de Processo Penal, pois, quando da data de sua vigência, tratou-se de ser exposto igual à redação original do artigo 311 do Código de Processo Penal vigente naquela época.

Não obstante, referente à legalidade da prisão preventiva, Nucci (2018, p. 754) afirma que toda prisão fiscalizada por juiz de direito é impositivo inconstitucional, observa-se:

É impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada pro juiz de direito. Estipula o art. 5º, LXV, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. [...] Além disso, não se pode olvidar que, mesmo a prisão decretada pelo magistrado, fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis (Nucci, 2018, p 764).

Assim, após a mudança do artigo 311 pelo Pacote Anticrime, Sanches (2020) concluiu que essa mudança deva incidir também sobre a Lei Maria da Penha, portanto, não é mais autorizada ao Juiz a possibilidade de decretação, de ofício, da prisão preventiva do agressor.

Portanto, conclui-se pela ilegalidade da prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz, uma vez que isso feriria o princípio da imparcialidade do juiz e, conseqüentemente, o sistema acusatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo elaborado obteve como objetivo analisar a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz, prevista no artigo 20 da Lei Maria da Penha, após a vigência do Pacote Anticrime, visando obter entendimento acerca da legalidade (ou não) da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado, tendo como alicerce principal o Código de Processo Penal.

A Lei 13.964/19, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”, tem como objetivo realizar alterações nas legislações penais e processuais penais com a finalidade de tornar mais efetivo o combate ao crime no Brasil, bem como diminuir a morosidade do Processo Penal e aumentar a punibilidade de crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, como crimes envolvendo a corrupção, grave violência e organizações criminosas (BRASIL, 2019).

A prisão preventiva, na sistemática processual brasileira, é uma medida excepcional, em especial por atingir a liberdade do cidadão, direito este previsto no artigo 5º da Constituição Federal. Por meio de possibilidades previstas em lei, ocorriam decretações baseadas em inadequadas justificativas. Essa realidade mudou com a publicação do Pacote Anticrime em 2011, a lei 12.403/11 dispôs nova redação para o artigo 311 do CPP, prevendo a impossibilidade da decretação da prisão

preventiva de ofício pelo Juiz, precisando, portanto, de representação da autoridade policial ou a requerimento do representante do Ministério Público para tal ato.

Em contrapartida, foi publicado no final do ano de 2019, através da Lei N. 13.964/2019, que tem sua aplicação no território nacional, com efeitos a partir de 23 de janeiro de 2020, houve alterações em relação a decisões que versem sobre prisões preventivas, no que diz respeito às alterações previstas na referida lei, referente ao artigo 311 do Código de Processo Penal, o qual foi alterado pelo advento do pacote anticrime, e passou a prever a impossibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz.

Essa tangibilidade gerou a criação de uma hipótese: verifica-se a legalidade da prisão preventiva, decretada de ofício pelo juiz, durante o processo penal em que se apura alguma forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme o artigo 20 da Lei Maria da Penha?

Com a justificativa de se tratar de um tema extremamente atual perante a legislação brasileira, visto que o pacote anticrime entrou em vigência no dia 24 de dezembro de 2019, causando, assim, uma lacuna referente em qual dos dois dispositivos legais (Pacote Anticrime ou Lei Maria da Penha) deverão prevalecer para a decretação (ou não) da prisão preventiva de ofício pelo juiz.

Nesse contexto, mesmo com a mudança, grande parte da doutrina declarava que o ideal seria remover o magistrado desse poder de agir de ofício, com o objetivo de resguardar o sistema acusatório, o qual estabelece a posição de cada um no processo penal.

Conclui-se que para um ato ou decisão estar em consonância com o princípio da legalidade, estes deverão estar dispostos em Lei de modo que não poderão ser realizados por alguém que não tenha competência legal para tal, assim como deverão estar alinhados com o procedimento previsto em lei. Sendo assim, nota-se que o pacote anticrime veio para reforçar a necessidade de o magistrado fundamentar adequadamente as decisões que decretarem a prisão preventiva de ofício.

Ademais, considerando que esse instituto é novo e ainda será usufruído e debatido nos tribunais, bem como na doutrina, como um meio de encaminhamento a uma continuidade de pesquisa, indica-se as pesquisas bibliográficas e análise de jurisprudências acerca de novos pontos controversos que possivelmente surgirão,

bem como pesquisa jurisprudencial, a fim de verificar e supostamente confirmar, na prática, o problema de pesquisa debatido e apresentado.

Por fim, é importante lembrar que a decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz feriria o princípio da imparcialidade do juiz e o sistema acusatório disposto na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Assim, após a mudança do artigo 311 pelo Pacote Anticrime, Sanches (2020) concluiu-se que essa mudança deva incidir também sobre a Lei Maria da Penha, portanto, não é mais autorizado ao Juiz a possibilidade de decretação, de ofício, da prisão preventiva do agressor. Assim, cabem maior análise e necessidade do magistrado fundamentar de forma adequada suas decisões sobre a prisão preventiva nos julgados da Lei Maria da Penha.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processo Penal**. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

BARRETO, Leonardo; ALVES, Moreira. **Processo penal parte especial – Procedimentos, nulidade e recursos**. 10. Ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

BIANCHINI, Alice. **A prisão preventiva de ofício no contexto da Lei Maria da Penha**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/bianchini-prisao-preventiva-oficio-lei-maria-penha>. Acesso em: 07 set. 2022.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flavio. **Coleção Saberes Monográficos: Lei Maria da Penha**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2018.

BITENCOURT, Cezar R. **Reforma Penal sob a Ótica da Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019)**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva 2021.

BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João M. **Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5600-4/>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, 13 out. 1941. Disponível em:

Itallo da Silva CAMPOS; Patrícia Francisco da SILVA. A (I)LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA À LUZ DO PACOTE ANTICRIME (LEI N. 13.964/19). JNT Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. 2023. FLUXO CONTÍNUO – MÊS DE MAIO. Ed. 42. VOL. 2. Págs. 630-658. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdadefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdadefacit.edu.br.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Brasília, 21 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 22 set. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 7 set. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 1. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1. Niteroi: Impetus, 2011.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Grupo Almedina, 2020. 9788584935765. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>. Acesso em: 7 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Grupo Gen, 2021. 9788530993474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>. Acesso em: 7 set. 2022.

Itallo da Silva CAMPOS; Patrícia Francisco da SILVA. A (I)LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA À LUZ DO PACOTE ANTICRIME (LEI N. 13.964/19). JNT Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. 2023. FLUXO CONTÍNUO – MÊS DE MAIO. Ed. 42. VOL. 2. Págs. 630-658. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculadefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculadefacit.edu.br.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026962/>. Acesso em: 7 set. 2022.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5.a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 404.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi... Posso contar**. 2. ed. Fortaleza: Armazem da Cultura, 2012.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi, posso conta**. 2.ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

PORTOCARRERO, Claudia Barros; FERREIRA; Wilson Luiz Palermo. **Leis Penais Extravagantes**: Teoria, jurisprudência e questões comentadas. 5 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2020.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha**: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. Oficina do Centro de Estudos Sociais: Coimbra, 2008.