

A PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Heidy Spohn Comarú¹

A edição da Lei n. 11.340/06 trouxe em seu bojo diversas alterações em relação aos mecanismos de proteção às vítimas de violência doméstica, não apenas criando medidas protetivas de urgência, mas alterando consideravelmente as possibilidades de decretação da prisão preventiva.

Onde antes era permitida a custódia cautelar apenas nos crimes apenados com reclusão, e nos com detenção desde que presentes as hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 313 do Código de Processo Penal, agora estas condições tornam-se despiciendas quando se tratar de crime cometido no âmbito da violência doméstica e familiar, mesmo que punido com pena de detenção.

1. A prisão preventiva nos crimes punidos com detenção

De acordo com o ordenamento processual penal vigente, a prisão preventiva é medida de exceção, só podendo ser determinada nos casos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal e sempre respeitando as exigências do artigo 313 do mesmo Estatuto Processual, visto que as regras dos dois dispositivos devem ser conjugadas.

A medida constritiva, então, demanda a existência de dois requisitos ou fundamentos, quais sejam, o *fumus boni juris*, que se consubstancia na demonstração da prática de um crime e de indícios de autoria na pessoa do investigado, e, também, o *periculum in mora*, onde se faz necessário demonstrar que a liberdade do agente oferece risco à garantia da ordem pública ou econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312).

¹ Aluna do Módulo I da ESMESC, extensão de Lages/SC. Pós-graduada em Direito Público e Novos Direitos e em Direito Material e Processual Civil. Técnica Judiciária Auxiliar na Vara Criminal da Comarca de Campos Novos/SC.

Além disso, impositiva a presença dos pressupostos ínsitos no artigo 313 do Código de Processo Penal, dispositivo que sofreu a alteração legislativa (inciso IV) possibilitando a prisão em crimes punidos com qualquer espécie de pena, vez que não fez ressalvas como nos incisos I e II do mesmo preceito.

No âmbito da Lei Maria da Penha a prisão preventiva foi expressamente permitida no artigo 20, o qual dispõe que **“em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”**.

Na sequência, o artigo 42 da mesma legislação incluiu o inciso IV no artigo 313 do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a decretação da prisão preventiva do agressor **“se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”**.

O dispositivo em questão, como se observa, alargou consideravelmente as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, passando a admiti-la em qualquer crime doloso sem levar em conta qual a espécie de pena cominada, se reclusão ou detenção².

Sérgio Ricardo de Souza, ao comentar acerca do dispositivo inserido, sustenta que **“verifica-se que na versão vigente até setembro de 2006, a prisão preventiva do agente, quando a pena prevista para o crime é de detenção, somente era aplicável naquelas três situações de exceção previstas nos incisos II e III do art. 313 do CPP. Agora, com o advento da Lei sob comento, uma quarta exceção foi incluída, já que o seu art. 42 inseriu um novo inciso no referido art. 313[...] Portanto, a partir da vigência desta Lei, mesmo diante daqueles crimes**

² A respeito: **“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. LEI "MARIA DA PENHA". DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS EM RELAÇÃO AO DELITO DE AMEAÇA. DISCUSSÃO E EXAME APROFUNDADO DE PROVAS INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. SUSCITADA A IMPOSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POIS COMINADA PENA DE DETENÇÃO AO DELITO IMPUTADO AO AGENTE. INCISO IV DO ART. 313 DO CPP INTRODUZIDO PELA LEI N. 11.340/06. PREVISÃO DE PRISÃO CAUTELAR PARA CRIMES PUNIDOS COM DETENÇÃO, DESDE QUE ENVOLVAM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. TESE AFASTADA. [...]”** (TJSC, Habeas Corpus n. 2008.015325-7, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Torres Marques).

punidos com detenção, como ameaça (CP, art. 147) e a lesão corporal inserida no § 9º do art. 129 do CP, encontra-se preenchido o pressuposto para a decretação da prisão preventiva do agente, desde que seja para ‘garantir a execução das medidas protetivas de urgência’³”.

Desta feita, crimes como injúria, ameaça e lesão corporal, líderes no *ranking* dos crimes praticados contra a mulher no seio familiar, passaram a ter permitida a prisão preventiva do agressor, o que, anteriormente, só ocorreria no caso de crimes mais graves.

Tal ampliação no campo da prisão cautelar dá mais efetividade à proteção buscada, pois evita que uma agressão que se iniciou com ameaça ou mesmo lesão corporal transforme-se em um crime mais grave, como o homicídio, por exemplo.

Como o agressor da violência doméstica geralmente convive no mesmo lar em que a vítima, esta fica mais vulnerável à repetição da violência, enquanto que nos crimes cometidos fora desta seara a possibilidade de a violência vir a ocorrer novamente é bem menor, razão que norteia a aplicação da medida restritiva mesmo em crimes punidos com detenção.

A posição, no entanto, não é pacífica, surgindo entendimentos contrários à possibilidade da decretação da preventiva nos crimes apenados com detenção.

O primeiro argumento para a sustentação da inaplicabilidade é o de que a prisão deve ocorrer apenas como *ultima ratio*⁴, vez que a lei em estudo

³ SOUZA, Sérgio Ricardo. Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher. – 2.ed. – Curitiba: Juruá, 2008, p. 125.

⁴ “HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE - SUPOSTA PRÁTICA DE VIAS DE FATO (DL 3.688/41, ART. 21) COM OBSERVÂNCIA DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/2006) - LIBERDADE PROVISÓRIA - VIABILIDADE - REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA NAO SATISFEITOS - MATERIALIDADE NÃO EVIDENCIADA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA - MEDIDAS PROTETIVAS DE EMERGÊNCIA NÃO ADOTADAS (CPP, ART. 313, IV) - SINAIS DE CONCILIAÇÃO ENTRE VÍTIMA E SUPOSTO AGRESSOR. I - A Lei n. 11.340/2006, intitulada Lei Maria da Penha, que visa a coibir a violência doméstica e familiar, acrescentou o inciso IV ao art. 313 do CPP, no sentido de autorizar a prisão preventiva do suposto agressor para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, tais quais arroladas no diploma legal específico. Todavia, a aplicação do referido dispositivo preceder-se-à dos requisitos legais previstos no artigo antecedente, de modo a se reputar imprescindível a prova da materialidade e indícios de autoria, além de restar demonstrada a imperiosidade da medida (para garantir a ordem pública, por conveniência da

enceta diversas medidas tendentes à proteção da vítima e o afastamento do agressor (arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 11.340/06).

Os parágrafos 3º e 4º do artigo 22, inclusive, disciplinam que:

“Art. 22. [...]

§ 3º. Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º. Aplica-se às hipóteses previstas nestes artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”.

Esses dispositivos apresentam outras formas de efetivar o cumprimento da medida protetiva sem recorrer à prisão preventiva, podendo a autoridade judiciária requisitar auxílio policial ou então lançar mão das hipóteses previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil, tais como a imposição de multa diária, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas (§ 5º), ou mesmo determinar outras **“providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”** (*caput*).

Serve como fundamento, também, o fato de que, em razão de as penas de detenção geralmente serem pequenas, estaria a prisão perdendo o caráter cautelar, pois, considerando-se a detração, no momento da sentença a pena teria sido cumprida integralmente em regime fechado⁵.

A reforçar o raciocínio, Guilherme de Souza Nucci, *apud* Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, adverte que é **“fundamental muita cautela para tomar essa medida. Há delitos incompatíveis com a decretação da prisão preventiva. Ilustrando: a lesão corporal possui pena de detenção de três meses a três anos; a ameaça, de detenção de um a seis meses, ou multa. São**

instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal). No entanto, muito embora se admita a dificuldade na obtenção de provas acerca da materialidade do delito, em se tratando de violência doméstica, mormente no tocante à agressão psicológica e moral, a prisão cautelar do suposto ofensor somente deverá ser adotada como *última ratio*, na hipótese de se mostrarem inviáveis as medidas protetivas de urgência, nos moldes do art. 22 da Lei Maria da Penha, e de tal providência se mostrar compatível com a infração cometida.[...]"(Habeas Corpus n. 2008.006405-3, de São José, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

⁵ Nos termos do disposto no artigo 33, *caput*, do Código Penal, a pena de detenção deve, a princípio, ser cumprida nos regimes aberto e semi-aberto.

infrações penais que não comportam preventiva, pois a pena a ser aplicada, no futuro, seria insuficiente para ‘cobrir’ o tempo da prisão cautelar (aplicando-se, naturalmente, a detração, conforme art. 42 do CP). Leve-se em conta, inclusive, para essa ponderação, que vigora no Brasil a chamada ‘política da pena mínima’, vale dizer, os juízes, raramente, aplicam pena acima do piso e, quando o fazem é uma elevação ínfima, bem distante do máximo⁶”.

Logo, penas como a do crime de ameaça, que parte de um mês de detenção, inevitavelmente seriam totalmente cumpridas antes mesmo da sentença condenatória, caso tenha sido preso o agente durante o inquérito ou no início da ação penal.

Neste pensar, então, a prisão preventiva perderia seu caráter de cautelaridade e passaria a ser prisão-pena cumprida antecipadamente.

2. A interpretação do inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal

O inciso acrescido ao artigo 313 do Código de Processo Penal, por outro lado, não implica na automática admissão da prisão preventiva tão-somente por tratar-se de crime cometido com violência doméstica.

É que o dispositivo encerra condições cumulativas, ou seja, além de ter sido cometido crime de violência contra a mulher, é necessário que a prisão se destine a garantir a execução das medidas protetivas de urgência anteriormente impostas⁷.

Tais medidas são aplicadas para proteger a vítima após ter sido verificada algum tipo de violência contra ela, ocorrendo a necessidade da prisão para garantir a execução da medida protetiva quando houver a desobediência da restrição e o agressor voltar a importunar a vítima.

⁶ CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80.

⁷ O artigo 22 da Lei n. 11.340/06 elenca as medidas protetivas de urgências que obrigam o agressor, enquanto que os artigos 23 e 24 descrevem as medidas protetivas de urgência à ofendida.

Ou seja, há necessidade de anterior imposição de medida de urgência, o seu descumprimento, e a prática de novo crime, pois, sem isso, estar-se-á diante da falta de previsão legal para a decretação da preventiva.

Em que pese não ser pensamento uniforme, entende-se que além desses requisitos também há necessidade de verificar a presença dos fundamentos do artigo 312 do Código de Processo Penal⁸.

Entretanto, não há dificuldade para encontrá-los, pois é inegável que a prisão preventiva nesses casos se faz necessária para evitar que o agressor continue molestando a vítima, ou seja, que continue delinquindo, resguardando, assim, a ordem pública.

O que se observa é que, se o agente, inobstante advertido por ordem judicial das suas proibições, torna a importunar a vítima, é forte indicativo de que não pretende cessar a violência, justificando, assim, a necessidade de seu encarceramento cautelar⁹.

⁸ “HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÃO CORPORAL (CP, ARTS. 129, §9º) - SUBSUNÇÃO DO FATO À LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/2006) – PRISÃO EM FLAGRANTE - LIBERDADE PROVISÓRIA - INVIABILIDADE - REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA SATISFEITOS (CPP, ARTS. 310, PAR. UN., 312 E 313) - ORDEM DENEGADA. I - A Lei n. 11.340/2006, intitulada Lei Maria da Penha, que visa a coibir a violência doméstica e familiar, acrescentou o inciso IV ao art. 313 do CPP, no sentido de autorizar a prisão preventiva do suposto agressor para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, tais quais arroladas no diploma legal específico. Todavia, a aplicação do referido dispositivo preceder-se-á dos requisitos legais previstos no artigo antecedente, de modo a se reputar imprescindível a prova da materialidade e indícios de autoria, além de restar demonstrada a imperiosidade da medida (para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal). II - Desse modo, partindo da premissa de que o artigo 310 do CPP admite a concessão da liberdade provisória quando não preenchidos os requisitos da prisão preventiva, justifica-se a negativa da benesse quando nos autos constarem, além a materialidade dos crimes que indicam as agressões físicas experimentadas pela ex-companheira do paciente, também indícios de autoria. Outrossim, a manutenção do paciente em cárcere se mostra imperativa para assegurar a execução das medidas protetivas requeridas pela vítima, mormente em se considerando a vulnerabilidade do suposto agressor no tocante à reiteração da conduta delitiva, haja vista se inferir dos autos que teria praticado as agressões sob estado de embriaguez, além do fato de já responder a outros processos no Juízo de origem, um deles pela mesma conduta delitiva narrada na exordial acusatória, inclusive, também contra a mesma pessoa” (Habeas Corpus n. 2008.058871-1, da Capital, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

⁹ Neste sentido: “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AMEAÇA. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. 1. A prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada a necessidade da rigorosa providência. 2. Na hipótese, a decisão que decretou a custódia do paciente se justifica não apenas pelo descumprimento da medida protetiva anteriormente imposta, mas também porque baseada na possibilidade concreta de ofensa física à vítima. 3. Diante da presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e, em especial, da necessidade de assegurar a aplicação das medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Penha, a prisão cautelar do agressor é medida que se impõe” (STJ, HC n. 109674/MT, rel. Min. OG Fernandes, 6ª Turma, j. em 6.11.2008).

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, porém, destacam outro cuidado a ser tomado antes da decretação da prisão preventiva por este fundamento: existem medidas protetivas de caráter civil e outras de caráter penal¹⁰.

E, assim, **“se a medida protetiva é de caráter civil, a decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, violará o disposto nos artigos 312 e 313 do CPP, que tratam, por óbvio, da prática de crimes. E, pior, afrontará o princípio constitucional esculpido no art. 5º, LXVII, que autoriza a prisão civil apenas nas hipóteses de dívida de alimentos ou depositário infiel”**¹¹.

Salutar destacar, também, que a prisão preventiva não se aplica às contravenções penais, já que o artigo 313 do Código de Processo Penal se refere apenas a “crimes”, além do que aplicam-se às contravenções as disposições da Lei n. 9.099/95, porquanto o artigo 41 da Lei n. 11.340/06 não as excluiu da sua abrangência, mas apenas os “crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher”¹².

3. A duração das medidas protetivas

Como dito, a prisão preventiva com fundamento no artigo 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve derivar do descumprimento de uma medida protetiva; entretanto, há que se ponderar que a duração deste mecanismo não pode ser eterna, devendo prevalecer apenas pelo tempo necessário à satisfação da segurança da vítima.

¹⁰ Sérgio Ricardo de Souza (*op. cit.* p. 73) elenca como medidas protetivas que obrigam o agressor com natureza penal aquelas previstas nos incisos I e III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’; de natureza cível as dos incisos IV e V; e com natureza dúplice a do inciso II, todos do artigo 23 da Lei Maria da Penha.

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

¹² “[...] **CONTRAVENÇÃO. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA EX-COMPANHEIRA. LEI MARIA DA PENHA. INAPLICABILIDADE. A teor do art. 7º, I c/c art. 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, inexistente óbice para aplicação da Lei nº 9.099/1995 quando se trata de contravenção de vias de fato praticada por ex-companheiro contra mulher**” (Apelação Criminal n.º 2008.601293-3, da Comarca de São Joaquim, rel. Juiz Sílvio Dagoberto Orsatto).

Sérgio Ricardo de Souza, em percuciente análise sobre o prazo de vigência das ordens de proteção e restrição, enfoca que **“a medida aplicada cautelarmente, deve perdurar durante toda a vigência da ação penal ou cível respectiva, perecendo com o trânsito em julgado da sentença proferida no cível (sendo aplicável, no que for cabível, o disposto no art. 808, I e II, do CPC). Caso o juiz verifique, por ocasião da sentença condenatória penal, que a medida de natureza predominantemente penal continua sendo necessária, poderá prorrogá-la por um tempo razoável, dentro do período de execução da pena imposta [...]”**¹³.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão da lavra do Des. Torres Marques, também já decidiu que **“[...] importante mencionar que as medidas protetivas de urgência fixadas em determinada ação não podem ser estendidas por tempo indeterminado. No momento da prolação de sentença condenatória ficam superadas as medidas protetivas de caráter predominantemente penal, esgotando-se a sua validade, salvo no caso de comprovada necessidade de prorrogação por tempo razoável, dentro do período de execução da pena imposta. [...]”**¹⁴.

Não há dúvida, portanto, de que as medidas protetivas, por importarem violação excepcional de princípios constitucionais, sobretudo o da liberdade e o da locomoção, devem ter duração limitada ao tempo necessário para afastar a importunação à vítima, podendo sofrer modificação ou restabelecimento acaso ressurgir a necessidade¹⁵.

O diferencial, então, é que a prisão preventiva fundada na Lei da Violência Doméstica contra a Mulher exige, além da fixação de medida protetiva em razão do cometimento de um crime, a prática de um novo delito com violação das

¹³ *Op. cit.* p. 139.

¹⁴ EMENTA: **“HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. MARIA DA PENHA. AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. MEDIDAS DE URGÊNCIA QUE FORAM FIXADAS EM OUTRO PROCESSO COM SENTENÇA JÁ TRANSITADA EM JULGADO E CUJA PENA VEM SENDO CUMPRIDA PELO RÉU. RESTRIÇÕES QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS POR PRAZO INDETERMINADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA”** (Habeas Corpus n. 2008.028250-3, de Garopaba, rel. Des. Torres Marques).

¹⁵ Neste sentido: Lei n. 11.340/06. “Art. 19. [...] § 3º. Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público”.

medidas de urgência, desde que estas estejam válidas e vigentes ao tempo da nova conduta.

Conclusão

Em que pese a Lei n. 11.340/06 ter inserido novo fundamento para a prisão preventiva nos casos específicos de violência doméstica e familiar contra a mulher, não se pode ignorar que a execução dessa providência traz implícito o risco de ofensa ao princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), já que é possível que ocorra o cumprimento da pena antes mesmo da condenação transitada em julgado.

A aplicação da medida de segregação, dessa forma, impõe ao julgador o dever de evitar que os fundamentos da nova lei, que visam proteger milhares de mulheres massacradas em silêncio, importe na institucionalização do direito penal do inimigo, em que o agente é punido antecipadamente com medidas severas e desproporcionais.

Nesse contexto, apenas a análise do caso concreto é que poderá solucionar a conveniência ou não da prisão preventiva, permitindo a distinção do que realmente é necessário para a efetiva segurança da vítima daquilo que é pura e cega aplicação da lei.

O inegável, contudo, é que a medida coercitiva permitida é eficaz instrumento para assegurar o alcance do objetivo da edição da lei, pois de nada adiantaria se ela própria não trouxesse mecanismos para a sua efetividade, caso em que seria inócua e causaria o descrédito da própria Justiça.