

Violência doméstica e familiar contra a mulher: a prisão preventiva do agressor por descumprimento das medidas protetivas de urgência

Vinicius Bigonha Cancela Moraes de Melo¹, viniciusbigonha@hotmail.com

1. Especialista em Direito Civil pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC); delegado de polícia civil do estado de Minas Gerais; professor na Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé, MG, e na Faculdade de Direito de Carangola, MG.

RESUMO: O advento da Lei Maria da Penha trouxe alterações no tocante à prisão preventiva, especificamente no artigo referente às hipóteses de admissibilidade. Tornou-se possível a decretação da prisão no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, para assegurar a aplicação das medidas protetivas de urgência. No presente artigo, é feita uma análise sobre se teria sido criado, também, um novo fundamento para a decretação da prisão preventiva.

Palavras-chave: violência doméstica, prisão preventiva, fundamentos, hipóteses de admissibilidade.

RESUMEN: La violencia doméstica contra las mujeres: la detención del autor del delito de incumplimiento de las medidas de protección urgentes. El advenimiento de la Ley Maria da Penha trajo cambios con respecto a la custodia,

especificamente en el artículo referido a las posibilidades de admisibilidad. Se hizo posible a decretar la detención en el caso de la violencia doméstica contra las mujeres, para garantizar la aplicación de medidas de protección urgentes. En este trabajo, se hace un análisis de si una nueva base para la adjudicación de la custodia también se han creado.

Palabras llaves: violencia doméstica, la detención, las fundaciones, los supuestos de admisibilidad.

ABSTRACT: Domestic violence against women: the arrest of the offender for failure to meet urgent protective measures. The advent of the Maria da Penha Law brought changes regarding the custody, specifically in the article referring to the likelihood of admissibility. It became possible to decree the arrest in the case of domestic violence against women, to ensure the implementation of urgent protective measures. In this paper, an analysis is made on whether a new foundation for the adjudication of custody would also have been created.

Keywords: domestic violence, detention, foundations, assumptions of admissibility.

Introdução

O advento da Lei n. 11.340/06, apelidada de Lei Maria da Penha, criou uma nova hipótese de admissibilidade para a decretação de prisão preventiva, qual seja, quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da natureza da pena (reclusão ou detenção), agora pode ser decretada a prisão preventiva do agressor. No presente estudo será feita uma breve análise sobre o surgimento, também, de uma nova hipótese de *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, para a decretação da referida medida coercitiva.

I – Prisão preventiva

De início, vale lembrar que, para que seja cabível a decretação da prisão preventiva o aplicador do direito deve analisar se acaso se trata de uma hipótese de admissibilidade e se estão presentes os pressupostos e os fundamentos.

As hipóteses de admissibilidade são as previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal. Só é cabível a prisão preventiva quando se tratar de crimes dolosos apenados com reclusão; com detenção no caso do réu ser vadio ou havendo dúvida sobre a sua identidade, ele não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; ou, ainda, se o réu for reincidente em crime doloso.

Passada esta etapa, deve ser analisado se estão presentes prova da materialidade da infração penal e indícios suficientes de autoria, o que comumente se costuma chamar de pressupostos para a decretação da prisão preventiva ou *fumus commissi delicti*.

Por fim, devem estar presentes os fundamentos, ou seja, a prisão preventiva só pode ser decretada para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou garantia da ordem econômica, nos termos do art. 312 do nosso *codex* processual penal.

Como explica Feitoza “para que o juiz ou tribunal possa decretar a prisão preventiva, devem estar presentes, simultaneamente, os dois pressupostos (*stricto sensu*), um dos fundamentos e uma das condições de admissibilidade” (FEITOZA, 2008, p. 745).

Nesta linha de idéias, percebe-se que a prisão preventiva resulta da seguinte conjugação:

uma das hipóteses de admissibilidade + um dos fundamentos + os pressupostos (art. 313) (art. 312) (art. 312)
--

II – Prisão preventiva na Lei Maria da Penha

Ocorre que a Lei n. 11.340/06 acrescentou um inciso IV ao artigo 313, com a seguinte redação:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva, nos crimes dolosos:
I – omissis;

- II – omissis;
- III – omissis;
- IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas.

Pelo que se vê, além das hipóteses de admissibilidade acima elencadas, atualmente há mais uma, a prevista no inciso IV.

O inciso acrescentado faz surgir a seguinte indagação: Teria o inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 11.340/06, trazido uma mera hipótese de admissibilidade para a decretação da prisão preventiva ou aí estaria presente, também, uma situação de *periculum in mora*?

Explica-se o raciocínio. A nova hipótese de admissibilidade seria apenas a parte inicial do inciso (se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher) e o *periculum libertatis* o restante (para garantia a execução das medidas protetivas), ou todo o inciso seria uma nova hipótese de admissibilidade?

A resposta a esta indagação, apesar de, à primeira vista, parecer sem relevo, na verdade pode trazer importantes repercussões práticas.

A se entender que se trata de simplesmente mais uma hipótese de admissibilidade, para que seja possível a decretação da prisão preventiva no caso concreto, o julgador deveria analisar a presença de prova da existência da infração penal (materialidade) e indícios suficientes de autoria em crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, devendo a prisão ser decretada para garantir a execução das medidas protetivas. Além disso, seria necessário também estar presente um dos fundamentos, ou seja, a prisão só seria decretada se necessária para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Em resumo, a prisão preventiva, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher necessitaria atender a:

uma hipótese de admissibilidade (art. 313, IV)	+ um dos fundamentos (art. 312)	+ os pressupostos (art. 312)
--	---	--

Nesta linha, há decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC 100512/MT:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA.
CRIMES ABRANGIDOS PELA LEI Nº 11.340/2006 (LEI

MARIA DA PENHA). PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A CUSTÓDIA CAUTELAR. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Muito embora o art. 313, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.340/2006, admita a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, **a adoção dessa providência é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma.**

2. É imprescindível que se demonstre, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sem o que não se mostra razoável a privação da liberdade, ainda que haja descumprimento de medida protetiva de urgência, notadamente em se tratando de delitos punidos com pena de detenção.

3. Ordem concedida.

Com este mesmo pensamento Távora e Alencar salientam que

durante a persecução penal por crime de violência doméstica, seja ele apenado com reclusão ou detenção, para que tenha cabimento a preventiva, os pressupostos da mesma devem estar presentes, leia-se, indícios de autoria e prova da materialidade (*fumus commissi delicti*), além de uma das hipóteses de decretação, quais sejam, garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução ou ainda para evitar a fuga. Estas são as hipóteses legais autorizadoras (2008, p. 506).

E também Sanches e Pinto (2008, p. 121) sustentam que

a fim de completar o binômio clássico que inspira toda e qualquer medida cautelar, é de rigor a demonstração do *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*), previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão constantes da parte final do mencionado artigo, ou seja, prisão para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal [...].

De outro lado, acaso se entenda que o inciso IV já traz dentro de si uma hipótese de *periculum in mora*, desnecessária seria a demonstração de outro fundamento para a prisão. O referido inciso traria a hipótese de admissibilidade – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher – e um *periculum in mora* – para a garantia das medidas protetivas.

Em apertada síntese, a prisão preventiva, no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, seria possível na seguinte situação:

uma hipótese de admissibilidade + um dos fundamentos + os pressupostos (art. 313, IV) (art. 312) (art. 312)

No presente trabalho, compreende-se correta a segunda posição. E explica-se.

Parece claro que o inciso IV deve ser dividido em duas partes. A primeira em que se diz que a prisão preventiva é cabível nos casos de crimes dolosos “se envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica”. Esta primeira parte indica que a partir da vigência da nova lei não interessa a natureza da pena (se reclusão ou detenção) ou se o réu é reincidente ou não. Envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher a prisão preventiva poderá ser decretada.

Tal mudança teve o condão de eliminar um grave entrave para a decretação da prisão preventiva em algumas situações, já que se passou a admiti-la nos casos de crimes apenados com detenção, independentemente de outras condicionantes estabelecidas no Código de Processo Penal.

Na vida profissional, antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha já se deparou com uma situação em que um ex-marido ameaçava incessantemente a sua ex-esposa. Como o crime é apenado com detenção a prisão só poderia ser decretada, se presentes outras circunstâncias, ou seja, o réu deveria ser vadio ou haver dúvida sobre sua identidade ou, ainda, já ter sido condenado por outro crime doloso. Ora, deixando de lado discussões sobre a constitucionalidade ou não, ele não era vadio, pois tinha um bom emprego, e

nem havia dúvida sobre a sua identidade. Além disso, não tinha, ainda, sido condenado por outro crime doloso. Não era, portanto, uma hipótese de admissibilidade para a decretação da prisão preventiva.

Como se sabe o trâmite processual é demorado e o crime de ameaça é de menor potencial ofensivo, de modo que ele nem sequer havia sido citado para a ação penal pelo crime de ameaça e já estava cometendo outro. A situação da mulher era insustentável.

A inclusão do inciso IV teria como efeito, portanto, permitir a prisão preventiva em casos como o citado, mesmo a pena sendo de detenção.

Já a segunda parte do inciso indica um novo fundamento para a decretação da prisão preventiva. Tem-se que esta só será decretada nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. O que ele quer dizer é que, uma vez determinadas pelo magistrado medidas protetivas de urgência, para a decretação da prisão, deve haver elementos concretos indicando que o réu, solto, impedirá a execução delas. Entende-se que se trata do *periculum in mora* (*periculum libertatis*).

As medidas protetivas de urgência, como o próprio nome diz, já foram concebidas para tutelar situações em que não há como aguardar o provimento jurisdicional final. E justamente quando nem mesmo as medidas protetivas de urgência estão sendo executadas por fato atribuível ao réu é que se decreta a prisão preventiva, para acautelar a execução destas medidas.

Com efeito, a doutrina é pacífica no sentido de que “a atividade cautelar foi preordenada para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*).” (*in* GRINOVER *et al apud* JARDIM, 2008, p. 245-246).

Ora, existe um agravamento maior do dano do que a continuidade do descumprimento das medidas protetivas? Pois justamente aí está o *periculum in mora*, necessário à decretação da segregação antes de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

De outro lado, abalizada doutrina (SANCHES; PINTO, 2008, p. 122) sustenta que, para a decretação da prisão, as medidas protetivas de urgência não podem ter caráter civil, sob pena restarem manchadas pela pecha da inconstitucionalidade. Enxergam neste ponto uma aproximação da prisão civil. Para estes doutrinadores, portanto, a prisão preventiva teria cabimento apenas se restasse conjugada a hipótese do inciso IV, do art. 313 do CPP com a prática de crime, ou seja, o agressor tem que estar descumprindo uma medida protetiva através da prática de crime. Exemplificam com a situação daquele que não respeita o limite de aproximação da vítima fixado pelo juiz.

Ao que parece, ao defender que é necessária a presença de um dos fundamentos do art. 312 do CPP, tal doutrina parte da premissa de que a prisão só poderá ser decretada quando as medidas protetivas de urgência estiverem sendo descumpridas com a prática de crime, o que, para eles, sempre levaria ao fundamento da garantia da ordem pública.

Mas é certo que naqueles casos em que a medida protetiva de urgência só foi decretada em razão da prática de um crime, a prisão para a garantia da execução das medidas protetivas é, em última análise, uma consequência da prática desse mesmo crime. A prisão, nesta linha de idéias seria um *plus* em relação ao *minus* que foram as medidas protetivas, tudo com o objetivo de proteger a mulher de seu agressor.

Portanto, o agressor que tem decretada contra si uma medida protetiva, por ter praticado um crime, mas insiste no descumprimento da medida decretada, não precisa praticar novo crime para ter contra si uma prisão preventiva. Fazer tal exigência seria desvirtuar o objetivo da lei, exigindo que a mulher vítima de violência doméstica, tenha que ser vitimada novamente para que, só aí o agressor seja afastado.

Imagine o caso do ex-marido que depois de tentar matar a esposa e ter decretada contra si uma medida protetiva determinando que se mantenha a determinada distância da esposa, insiste em descumprir esta ordem, dando voltas pela casa dela e passando por lá todas as noites. O *periculum libertatis* é evidente.

Como já demonstrado, a prisão poderia ser decretada pelo só descumprimento de uma medida protetiva de urgência, mas sempre com aplicação da proporcionalidade pelo magistrado. O quadro 1 demonstra um resumo da questão.

Neste mesmo sentido parece ser o posicionamento de Capez, segundo o qual “presente este fundamento, qual seja: a garantia das medidas protetivas de urgência, será cabível a segregação cautelar” (CAPEZ, 2009, p. 281).

E também Tourinho Filho para quem “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica e desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, será admitida a prisão preventiva ´para garantia a execução das medidas protetivas de urgência´”(2009, p. 645).

III – Considerações finais

O inciso IV, do art. 313 do CPP, acrescentado pela Lei n. 11.340/08 trouxe uma hipótese de admissibilidade – se o crime envolver violência doméstica

QUADRO 1 Resumo da questão

Condições de admissibilidade (art. 313 do CPP)	Fundamentos (art. 312 do CPP)	Pressupostos (art. 312 do CPP c/c art. 313, IV <i>in fine</i>)
<ul style="list-style-type: none"> • crimes dolosos apenados com reclusão; • crimes dolosos apenados com reclusão se o réu for vadio ou havendo dúvida quanto à sua identidade, o réu não fornecer ou indicar elementos para esclarecê-la; • ser o réu reincidente em crime doloso; • se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica (sempre conjugada com a parte final do inciso). 	<ul style="list-style-type: none"> • prova da existência do crime (materialidade); • indícios suficientes de autoria. 	<ul style="list-style-type: none"> • garantia da ordem pública; • garantia da ordem econômica; • por conveniência da instrução criminal; • para assegurar a aplicação da lei penal; • para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (<u>apenas quando se tratar de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher</u>).

e familiar contra a mulher – e uma nova situação de *periculum in mora* – para a garantia das medidas protetivas.

Referências

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e prática. 5. ed. rev. e atual. Com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói: Impetus, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.