

# LEI MARIA DA PENHA E SUA INCONSTITUCIONALIDADE NO TOCANTE A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Lígia ALVES GALINDO<sup>1</sup>  
Sérgio TIBIRIÇA AMARAL<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Lei 11.340/06 foi criada como tentativa de coibir a violência e proteger os direitos da mulher nas relações domésticas. Surgiu como resposta ao Poder Público frente ao clamor social originado pelos tristes episódios ocorridos com frequência. Leva o nome de Maria da Penha, numa homenagem a uma nascida no Norte do país, que sofreu todos os tipos de violência por muito tempo. As agressões do marido, que foram verbais e físicas, acabaram deixando-a paraplégica. Por isso, o nome é uma justa homenagem. Mas, este mesmo dispositivo que busca avançar para assegurar a dignidade da mulher casada ou companheira, que visa garantir sua proteção como direito humano fundamental, também trouxe ao mundo doutrinário questões polêmicas e divergentes como, por exemplo, a inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva para garantir as medidas protetivas de urgência, bem como sua adequação e necessidade. Há de se falar, contudo, que há infrações penais que não comportam a prisão preventiva, pois a pena a ser aplicada, no futuro, seria insuficiente para cobrir o tempo de prisão cautelar. No presente trabalho abordaremos esta questão co-relacionada com os Princípios da Proporcionalidade e Intervenção Mínima. Fez-se uma pesquisa bibliográfica sobre o tema e utilizaram-se os métodos dedutivo e indutivo, sendo que as conclusões estão no último capítulo.

---

<sup>1</sup> Discente do 3º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail [li\\_galindo@hotmail.com](mailto:li_galindo@hotmail.com)

<sup>2</sup> Mestre Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre em Direito das Relações Públicas pela Unimar, Mestre e Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru, Professor Titular da Cadeira de Teoria Geral do Estado e de Direito Internacional e Coordenador de Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail [sergio@unitoledo.br](mailto:sergio@unitoledo.br) Orientador do trabalho.

**Palavras-chave:** Mulher. Violência Doméstica. Decretação da Prisão Preventiva. Princípios da Proporcionalidade e Intervenção Mínima. Decretação Inconstitucional da Prisão Preventiva.

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente a mulher sempre esteve em condição de inferioridade em relação ao homem. Sua luta foi longa e árdua, bem como sua conquista que foi reconhecida internacionalmente pelos inúmeros tratados, convenções e declarações que foram sendo inseridas na legislação de cada país. Ela sai de um patamar de dependência e submissão ao amor fraternal, dedicando-se completamente à família e se insere cada vez mais no mercado de trabalho criando uma condição igualitária entre homens e mulheres. A Constituição Federal guardou essa igualdade em seu artigo 5º, *caput* e inciso I.

Trata-se do Princípio da Isonomia ou Igualdade onde homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, inclusive na sociedade conjugal (art.226, §5º da CF).

Infelizmente, em nosso país, a proteção da mulher é um dos objetivos a serem alcançados pelo Poder Público, pois nem todas possuem ainda uma posição de independência perante o homem e por conta disso, são obrigadas a se submeter à situação de toda ordem para manter a relação familiar. Foi num contexto de profundo clamor social, originado por uma das inúmeras histórias que sensibilizaram o país que a lei 11.340/06 foi criada, a fim de coibir qualquer tipo de violência contra a mulher, seja física ou verbal, bem como protegê-la no âmbito das relações domésticas. Esta história é a de Maria da Penha Maia Fernandes que, enquanto dormia, foi atingida por um tiro de espingarda desferido por seu então marido. Em razão desse tiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e quarta vértebras, suportou lesões que a deixaram parapléica.

Foi por essa razão, que se criou a lei, denominando-a simplesmente de Lei Maria da Penha, eis que, a legislação até então não era suficiente para

coibir a violência doméstica, pois a Lei nº9. 099/95, que trata dos Juizados Especiais Criminais, não mais atendia aos anseios da mulher.

Modernamente, o Direito Penal vem se inclinando no sentido da despenalização. Isto significa que a lei deve estabelecer penas senão quando estritamente e evidentemente necessárias, pois ao impor penas invasivas, afeta os direitos individuais. A restrição da liberdade física é uma grave suspensão desses direitos. Para que o Direito Penal possa cumprir fielmente a missão que lhe é acometida, é necessário que sejam observados alguns princípios e critérios quando da fixação da sua atuação.

Surge então a idéia da Intervenção Penal Mínima como uma corrente a ser aplicada. Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 11) afirma que o princípio da intervenção mínima é aquele que orienta e limita o poder penal violento do Estado. Para que este último seja aplicado faz-se necessário o esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social existentes. A fragmentariedade e a subsidiariedade são duas características do Direito Penal que se relacionam com o princípio da intervenção mínima.

A fragmentariedade no sentido de descontinuidade de ilicitudes decorre do fato de que nem todo bem jurídico merece ser protegido com o manto do Direito Penal e que, nem todo ataque àqueles bens protegidos deve ser objeto de uma intervenção penal, pois o Direito Penal é a forma mais drástica de controle social uma vez que tem como conseqüência aplicação de uma pena e só deve ser chamado a resolver qualquer conflito de interesses quando todos os outros ramos do Direito forem ineficazes para alcançá-lo é o que justifica seu caráter subsidiário.

A subsidiariedade constitui uma exigência político-criminal que se projeta nas funções a serem desempenhadas pelo Direito Penal, que deve ser entendido como ultima recorribilidade em relação aos outros meios menos traumáticos de que dispõe o Estado (ex. Direito Civil Administrativo etc.) que possam ser também tão eficazes e, somente diante da impotência delas é que a intervenção penal se legitimará.

Os critérios de necessidade de intervenção penal e de sua idoneidade como método protetivo de bens jurídicos, determinam o princípio de

subsidiariedade do direito penal, na medida em que ele só é chamado a intervir em situações de extremo interesse e quando falham outros meios.

O princípio da proporcionalidade surgiu com a finalidade de impedir restrições desproporcionais aos direitos fundamentais, seja por atos administrativos, seja por atos legislativos. A lei, além de seu conteúdo formal deverá ser também proporcional, adequada, ou seja, a restrição aos direitos fundamentais deve ser adequada ao padrão de justiça social.

Isto posto, objetivamos com este trabalho, abordar a polêmica questão da inutilidade e incompatibilidade de decretação da prisão preventiva nos casos de violência doméstica frente aos princípios acima elencados.

## **2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A violência doméstica é um problema recorrente no Brasil, embora configure grave violação aos direitos humanos fundamentais. Tem como definição a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de retirar direitos inerentes a ela, aproveitando da sua hipossuficiência. Mas, pelas sábias palavras de Guilherme de Souza Nucci (pág. 1.043, item 6):

“Há de interpretar restritivamente o conceito de violência doméstica e familiar, sob pena de se pretender a aplicação da referida agravante a um número exagerado de infrações penais, somente pelo fato de ter sido cometida contra a mulher”.

O art.5º da presente lei é expresso ao configurar 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”.

Mas definição do caput é genérica, pois deve ser praticada nos âmbitos da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

O âmbito da unidade doméstica é aquele *“compreendido como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”*, ou seja, compreende aquela violência praticada no ambiente caseiro, envolvendo pessoas com ou sem o vínculo familiar.

Na segunda hipótese, violência doméstica praticada no âmbito da família, é compreendida como a *“comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”*. Isto significa que, ao revés, é aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção).

Por fim, a última hipótese de violência doméstica, é aquela praticada *“em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com ofendida, independentemente de coabitação”*. Este inciso, de forma ampla, classificou como violência doméstica qualquer agressão inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado em camaradagem, confiança, amor etc.

Contudo, há de ressaltar que *“as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”* (parágrafo único).

## **2.1 Sujeitos Passivos Das Ilícitudes Abarcadas Pela Lei**

A nova Lei é expressa em seu art.5º onde se configura violência doméstica e familiar contra a mulher, entendida esta como ser humano detentor do sexo feminino.

Não obstante seu art.44 trouxe modificação ao art.129 do Código Penal, ocasião em que, exclusivamente nas hipóteses de lesões corporais, praticadas essas contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, a pena será majorada para três anos de detenção, independentemente, portanto, de ser a vítima homem

ou mulher. Isto significa a vítima geral, a única, protegida pela referida Lei é a mulher. Todavia, ocorrendo lesão corporal no mesmo contexto de “violência doméstica”, o homem também poderá ser sujeito passivo. É necessário mencionarmos que no art.5º, parágrafo único, consta que nas relações pessoais enunciadas no mencionado dispositivo independem de orientação sexual. Em suma, chegamos à conclusão de que o preceito tenciona proteger também e tão - somente, a mulher mantenedora de relação conjugal homossexual. Talvez esteja aí o único ponto de confusão onde alguns ainda poderiam defender o homem também como sujeito passivo, mesmo fora das hipóteses do art.129 do CP.

Há de se indagar também que não há interpretação contrária ao que se refere ao art.7º, I, onde consta que se consubstancia como espécie de violência sexual “contra mulher” aquela que a force à gravidez ou ao aborto. De fato, o homem não poderia se enquadrar nesta hipótese.

### **2.1.1 Formas De Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**

A Lei 11.340/06 é clara ao considerar formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras, física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (vide art.7º).

Violência física é aquela entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal, ou seja, é a lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico.

Violência psicológica, ao contrário, é dada como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Violência sexual compreende qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Violência patrimonial se consubstancia como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Por fim, violência moral é aquela tida como qualquer conduta que configure crimes contra a honra (calúnia, difamação ou injúria).

### **3 PRISÃO PREVENTIVA**

O art. 42 da referida lei aumentou às hipóteses de cabimento da prisão preventiva, acrescentando um inciso (IV) ao art.313, do Código de Processo Penal, possibilitando ao juiz, de ofício ou provocado, decretar a prisão preventiva em face do agressor, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Cabe, antes de adentrarmos ao âmago da questão, dar uma breve exposição dos procedimentos adotados, cíveis e criminais.

Havendo a ocorrência de um crime proveniente de violência doméstica e familiar contra a mulher, a “notitia criminis” deverá ser levada ao conhecimento da autoridade policial pela mulher para a lavradura do boletim de ocorrência (Art.6ºdo CPP), adotando-se as seguintes providências: a) garantir a integridade física da mulher, no tempo que for necessário para que não venha a ser novamente agredida, comunicando de imediato o Ministério Público e ao Poder Judiciário; b) encaminhar a mulher a tratamento médico, se o caso; c) em havendo risco de vida, deverá ser proporcionado transporte à mulher e aos seus familiares a

abrigo ou local seguro; d) proporcionar segurança policial para a mulher retirar seus pertences da residência, garantindo-lhe segurança inclusive dentro da residência; e) informar a mulher dos seus direitos contidos na lei (Art.11).

A autoridade policial após colher depoimento da mulher, deverá também tomar sua representação. Após a produção das provas necessárias, o delegado de polícia remeterá, no prazo de 48 horas, o expediente ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão das medidas protetivas de urgência (Art.12, III e § 3º).

Em igual prazo deverá o juiz decidir sobre a concessão das medidas sem a necessidade de audiência das partes e da manifestação do Ministério Público, dando-lhe ciência em seguida (Art.19, §1º).

Trata-se de um procedimento administrativo preliminar que deverá ser remetido ao juiz para a concessão ou não das medidas de urgência. Tal expediente deverá vir com todos os documentos e provas produzidas até aquele momento. Em sendo o caso, ouvido o Ministério Público, o juiz deferirá ou não a concessão das medidas de urgência. Concedidas tais medidas, os autos permanecerão em cartório até a vinda do inquérito policial concluído, anexando-os em seguida. Caso contrário, o juiz poderá designar “audiência preliminar de justificação” para a oitiva das partes e, eventualmente, colher a desistência da representação apresentada pela vítima na delegacia de polícia ou simplesmente manifestar seu desinteresse em representar contra o autor ou a autora do fato (Art.12, I).

O termo *prisão* consiste na privação da liberdade de locomoção determinada por ordem de autoridade competente, exceto flagrante delito.

A prisão preventiva é uma prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizados (vide Art.311 - CPP).

**Art. 311** - Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.



Sua natureza é provisória e tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, pois tutela a persecução penal. Reveste-se do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado o “periculum in mora” (perigo na demora, o risco de decisão tardia, o perigo em razão da demora). Traz, como consequência, a privação da liberdade antes do trânsito em julgado. Somente poderá ser decretada se demonstrada prova da materialidade do delito, bem como indícios suficientes da autoria.

Para o professor Mirabete, “é hoje uma medida facultativa, devendo ser decretada apenas quando necessária, segundo os requisitos estabelecidos pelo direito objetivo”.

Hipóteses em que pode ser decretada (art.312, CPP):

- a) Garantia da ordem pública: é decretada com vista a impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de prevenir o meio social, garantindo a credibilidade na justiça;
- b) b) Conveniência da instrução criminal: visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas;
- c) Garantia de aplicação da lei penal: enlaça o caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena;
- d) Garantia da Ordem Econômica: trata-se de uma repetição do requisito ordem pública.

**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.*

Condições de Admissibilidade

**Art. 313** - *Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:*

*I - punidos com reclusão;*

*II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;*

*III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em*

*julgado, ressalvado o disposto no Parágrafo único do art. 46 do Código Penal.*

*IV - 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.*

Não cabe, prisão preventiva em caso de crime culposo, contravenção penal, e crimes em que o réu se livre solto, independentemente de fiança, já que neste caso nem mesmo se permite recolhimento em caso de prisão em flagrante.

Não se decreta, também, no caso de ter o réu agido acobertado por causa de exclusão da ilicitude.

Todavia, há de salientar que a prisão preventiva para garantia da ordem pública somente deve ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos, que quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e somente quando seja possível constatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade (Eugênio Pacelli de Oliveira, pág.404).

Agora que já explicamos os casos em que é admissível a decretação de prisão preventiva, é mister analisarmos o disposto no Art.42 da referida Lei 11.340/06.

Trata-se de um dispositivo inútil, ao passo que a decretação da prisão preventiva é regida pelo Código de Processo Penal, de modo que não há a menor necessidade de se repetir. Se preenchidos os requisitos legais inseridos no art.312, CPP, cabe a custódia cautelar.

É preciso muita cautela para aplicar esta medida, pois seguindo os princípios da intervenção mínima e proporcionalidade, há delitos que não comportam a decretação da prisão preventiva. Exemplificando:

Para Guilherme de Souza Nucci (2007 pág.1055):

*“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 infrações penais que não comportam preventiva, pois a pena a ser aplicada no, futuro, seria insuficiente para cobrir o tempo de prisão cautelar, e se assim o fosse aplicada, estaria configurada uma violência abominável contra o réu, que ficaria cautelarmente detido por mais tempo do que a pena futura a ser aplicada”.*

Há de se ressaltar que, como dito acima, no Brasil vigora a política da pena mínima, ou seja, ao impor penas invasivas, o Direito Penal afeta direitos individuais e a restrição da liberdade deve ser a última medida a ser adotada.

#### **4 CONCLUSÃO**

Diante de um atual conceito de pena como sendo uma medida de retribuição imposta pelo Estado ao réu para sua reintegração no convívio social, chega-se à conclusão de que o § IV do Art.313, do Código de Processo Penal, que trata sobre a decretação de prisão preventiva em se tratando de violência doméstica, viola os princípios constitucionais da Proporcionalidade e Intervenção Mínima. É inconstitucional, devendo ser abolido do nosso ordenamento jurídico. O “status libertatis” deve ser visto como um recurso final para a punição, uma vez que apesar do caráter protetivo da nova legislação, houve ofensa à limitação do “jus puniendi”. Ora, não podemos de maneira indiscriminada utilizar deste dispositivo, haja vista que estaria configurada uma violação sem precedentes contra o réu, que ficaria cautelarmente detido por mais tempo do que a pena futuramente a ser aplicada. Basta apenas que esta medida excepcionalíssima seja fundamentada com a efetiva necessidade, nos termos do art.312, do Código de Processo Penal.

Em suma, com sua promulgação, a respectiva lei trouxe consigo questões divergentes e controvertidas e a fim de apurar e esclarecer mais uma de suas inconstitucionalidades fez-se o respectivo trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Nucci Souza, Guilherme, **Leis Penais e Processuais Comentadas**, 2ªedição, ano 2007, editora Revista dos Tribunais;

Mirabete Fabrini, Julio, revista e atualizada por Renato N. Fabbrini, **Processo Penal**, 8ªedição, ano 2005, editora Atlas;

Capez, Fernando, **Curso de Processo Penal**, 7ªedição, ano 2001, editora Saraiva;

Cunha Sanches, Rogério e Pinto Batista, Ronaldo, **Lei Nº. 11.340/06 Maria da Penha**, edição 2007, editora Revista dos Tribunais;

Oliveira Pacelli, Cunha, **Curso de Processo Penal**, 9ªedição, ano 2008, editora Lúmen Juris;

Sirvinskas, Luiz Paulo, **Aspectos Polêmicos Sobre a Lei Nº. 11.340, de 7 de Agosto de 2006, Que Cria Mecanismos para Coibir a Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher**, Revista Jurídica, Nº351, janeiro/200, editora Notadez;

Bitencourt, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, edição 2003, editora Saraiva.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.