



ESTADO DO CEARÁ
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FORTALEZA

PROC. N.º 3850902-51.2010.8.06.0001/0
 REQUERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA
 REQUERENTE: FRANCISCO JOSÉ PAZ

MM.^a JUÍZA,

Bruno Preti de Souza
 Advogado; Pós-Graduando em Direito Penal pela
 Escola Superior da Advocacia.
 Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 22 - Jan/Fev de 2008.

TÓPICO SOBRE PRISÃO CIVIL NA LEI MARIA DA PENHA

5 A Natureza Jurídica da Prisão Instituída pela Lei nº 11.340/06

Antes de mais nada, vale a pena ressaltar que nossa análise da Lei Maria da Penha restringe-se tão-somente à possibilidade de prisão do agressor. Outras questões pertinentes à nova lei não são de interesse deste trabalho. Assim, passemos à nossa análise.

A mulher, tendo em vista as conhecidas peculiaridades que são inerentes à sua própria condição feminina, é merecedora de especial proteção jurídica na esfera penal. Isto é fato. Movimentos internacionais e nacionais de proteção aos direitos humanos não se cansam de denunciar os abusos diariamente cometidos contra a mulher e costumam apontar a sua constante situação de vítima das mais variadas modalidades de agressão, tais como violência física, psíquica, moral e patrimonial

Com a finalidade de dar uma especial proteção à mulher, o art. 20 da Lei nº 11.340/06 prescreve 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".

Já o art. 42 da Lei, acrescentou ao art. 313 do CPP o inciso IV, dando a seguinte redação: "(...) 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".

Segundo Luiz Santos Cabette, "o dispositivo é providencial, constituindo-se em um utilíssimo 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 coercivo 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" 53.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127)



ESTADO DO CEARÁ
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FORTALEZA

Vale salientar que prisão preventiva é uma medida cautelar de constrição da liberdade do indiciado ou réu por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei, imposta pelo juiz em qualquer fase do processo, visando a assegurar fins objetivamente processuais, a fim de que não se frustrem os objetivos da *persecutio criminis*. Primeiramente, para que a prisão preventiva seja decretada, deverão estar presentes os pressupostos justificadores da preventiva elencados no art. 312 do CPP, exigindo-se, de início, a presença de prova da existência do crime e indícios de sua autoria a configurar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *periculum in mora* se apreende pela necessidade da prisão preventiva, demonstrada ou pela possibilidade de fuga do réu, ou necessidade da instrução criminal. O *fumus boni iuris* se apresenta de dois modos, ambos necessários: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Bom, para que seja então decretada a prisão preventiva, há que ter cometido o agressor um crime. Na análise do art. 313, IV, do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ocorre que nem sempre as medidas protetivas de urgência terão como fundamento a prática de algum crime cometido pelo agressor. Pode acontecer que o "agressor" tenha cometido uma contravenção, a exemplo da contravenção prevista no art. 65 da LCP 54. Assim, para termos uma noção melhor com relação a este tipo penal, molestar significa ofender, melindrar, aborrecer, atacar, maltratar. A Lei, na expressão molestar, segundo Sadi Cardoso Gusmão, compreende a ação ou omissão vexatória, incômoda, ou seja, a provocação intolerável, ou de molde a causar desgosto ou gravame; a prática de atos contravençionais definidos na lei, com intenção direta de molestar, como sucede muitas vezes entre vizinhos impertinentes 55.

Perturbar significa causar desordem, desassossegar. Dessa forma, o ato de molestar ou perturbar alguém deve ser determinado por acinte ou motivo reprovável. A conduta acintosa é aquela intencional, proposital; é a ação premeditada e destinada a desgostar alguém 56. Motivo reprovável é o motivo desprezível, censurável, sem justificativa, ilegítimo, repreensível 57; é aquele contrário aos sentimentos morais, sociais e jurídicos. Tem um significado ético. É a grande classe onde se incluem os motivos fúteis ou frívolos e os motivos torpes 58.

Assim, o ex-marido, por exemplo, que passa a perturbar sua ex-mulher e esta obtém medida protetiva, nos termos do art. 22 da Lei nº 11.340/06, a fim de evitar que aquele continue incomodando-a, ficando impedido de se aproximar da vítima, de se corresponder com ela, de lhe dirigir a palavra, não pode ter sua prisão decretada mesmo com o descumprimento de tal medida protetiva, com fundamento na prisão preventiva. Isso porque não haveria nesta prisão o caráter de prisão preventiva, mas sim prisão para assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência, prevista no art. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/06 59.



ESTADO DO CEARÁ
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FORTALEZA

A prática pelo agressor de crimes de menor potencial ofensivo, como v.g. a prática de contravenções penais, crime de ameaça, difamação, injúria, constrangimento ilegal, violação de domicílio, violação de correspondência, dano etc. não permite a prisão preventiva, mas sim a prisão para assegurar a efetividade da medida protetiva, haja vista seu caráter civil e não penal. Com relação à prática de crimes mais graves, como tentativa de homicídio, lesão corporal de natureza grave, estupro etc., autoriza a lei a decretação da prisão preventiva. Porém, a prática de crimes de menor potencial ofensivo não autoriza a prisão preventiva, mas sim a prisão para assegurar a efetividade das medidas protetivas, tanto que, na hipótese de crimes mais graves, não há de haver, antes da expedição do mandado de prisão, medida protetiva anteriormente expedida, porém, com relação a crimes de menor potencial ofensivo, a prisão somente se justificaria se houvesse anterior expedição de medidas protetivas.

Dessa forma surge a primeira dificuldade, considerando o disposto no art. 313 do CPP, que merece leitura em harmonia com o art. 312, tanto que a ele se refere. Vale dizer, a prisão preventiva será possível se presente um dos requisitos do art. 312 (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), desde que atendidos os pressupostos do art. 313, merecendo então análise os incisos I e II, sem desprezar o III.

Em regra, a prisão preventiva terá cabimento quando tratar-se a conduta praticada de crime doloso punido com reclusão. Excepcionalmente, será possível a prisão preventiva para os crimes apenados com detenção, desde que presente uma das situações relacionadas no inciso II 60.

Vale lembrar que o art. 42 da Lei nº 11.340/06, que acresceu o inciso IV ao CPP, prevê a possibilidade de prisão preventiva a fim de assegurar o cumprimento da medida protetiva. Ora, não é possível a decretação da prisão preventiva com base somente neste dispositivo, haja vista que pode haver a expedição de medidas protetivas com base em contravenções penais, e o descumprimento de tais medidas justifica a prisão com base no art. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/06 e não com base no CPP, o que tornaria a prisão ilegal.

Fica claro que a natureza jurídica da prisão pelo descumprimento de medida protetiva a fim de assegurar sua efetividade e resguardar a integridade física da ofendida é de natureza civil e não penal, apesar de ser decretada pelo juízo criminal, e não precisa possuir, como fundamento para sua decretação, os motivos justificadores da prisão preventiva. Trata-se de constrangimento ilegal a decretação da prisão preventiva à pessoa que praticou apenas contravenção penal ou crime de menor potencial ofensivo, devendo ser imediatamente relaxada (art. 5º, LXV, da CF).

A contrario sensu, a prisão decretada com fundamento nos arts. 312 e 313 do CPP possui natureza penal e deve ser utilizada com relação à prática de crimes graves cometidos contra a mulher, independentemente de prévia expedição de medida protetiva.

A prisão preventiva não pode ter caráter de sanção. O agressor não pode cumprir pena em consequência de um juízo de culpabilidade. A prisão é um mal irreparável, um estigma social,



ESTADO DO CEARÁ
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FORTALEZA

estando associada à prática de crimes muito graves. Dessa forma, não é a prática de um crime de menor potencial ofensivo que justifica a prisão preventiva, mas sim a prática de crimes graves. Do restante, é prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial, qual seja, medida protetiva, com a finalidade de coagir seu destinatário a cumpri-la.

Podemos falar inclusive em violação ao princípio constitucional da individualização da pena, a decretação da prisão preventiva em relação ao agressor que praticou crimes de menor potencial ofensivo, haja vista que referido princípio compreende: a) proporcionalidade entre crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato praticado (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e à vista do delito cometido. Assim, a prisão preventiva decretada contra aquele que praticou crime de menor potencial ofensivo é inconstitucional e deve ser imediatamente relaxada, devendo o Estado ser civilmente responsabilizado. No entanto, a fim de assegurar o cumprimento da medida protetiva, admite-se a prisão do agressor, com fundamento no art. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/06 e esta prisão não passa de uma prisão de caráter civil, em razão do descumprimento de uma ordem judicial.

Vale agora mencionar também o seguinte: qual o prazo da prisão civil pelo descumprimento de ordem quando trata-se de obrigação de não fazer? Com relação às obrigações de fazer ou dar, a prisão mantém-se enquanto não for cumprida a obrigação. Como estabelecer um prazo quando tratar-se de obrigações negativas?

Entendemos que o prazo a ser fixado pelo juiz deve ser aquele previsto no art. 177 do CPC 61. Assim, por exemplo, poderá o juiz determinar a prisão do agressor pelo descumprimento da medida protetiva por um prazo de 30 dias e, numa segunda transgressão ao mandamento judicial, por 60 dias. Outrossim, o juiz deverá utilizar como critério fixador do tempo de prisão a conduta social, a personalidade do agressor, os motivos e circunstâncias da conduta do agressor, bem como o comportamento da vítima, em analogia ao art. 59 do CP.

A prisão preventiva decretada contra o agressor, com relação a crimes graves, possui natureza criminal. Porém, a prisão decretada contra o agressor que descumprir com a determinação judicial constante na medida protetiva tem natureza civil e deve ser fundamentada no art. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/06 quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo. Com relação ao tempo de prisão do agressor, deverá ser observado o art. 177 do CPC juntamente com o art. 59 do CP para que a prisão não se torne ilegal e seja cometida injustiça.

É o parecer. SMJ.

Fortaleza-CE, 31 de maio de 2010.



**ESTADO DO CEARÁ
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FORTALEZA**

ANAILTON MENDES DE SÁ DINIZ.
Promotor de Justiça