

ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA SOB O ENFOQUE DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

Paula Stéphanny Brandão Prado¹

RESUMO: O presente trabalho tem o fito de analisar o cabimento da prisão preventiva frente às nuances trazidas pela Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. Para tanto, foi abordado o contexto histórico e cultural que culminaram na elaboração da aludida lei, em seguida, as modificações inseridas no ordenamento penal, bem como o exame dos institutos do garantismo penal e do princípio da proporcionalidade enquanto parâmetros de aplicação da medida cautelar quando se trata de crimes com penas consideradas pequenas, com o objetivo de demonstrar como a prisão preventiva, nas hipóteses da referida lei, pode ter perdido seu caráter fragmentário. Por meio de uma revisão bibliográfica, pôde-se concluir que a prisão preventiva nos delitos supracitados deve ser aplicada com maior cautela, respeitando as garantias fundamentais, o princípio da proporcionalidade e não afastando a regra de que o Direito Penal, assim como a privação da liberdade, é a última ratio.

Palavras-chave: Direito penal de emergência. Garantismo penal. Princípio da proporcionalidade. Prisão preventiva. Violência doméstica.

ABSTRACT: This work has the aim to analyze the appropriateness of pretrial detention facing the nuances introduced by Law No. 11.340 / 2006 - Maria da Penha Law. To this, was discussed the historical and cultural context that culminated in the preparation of the mentioned law, then the changes inserted in the criminal system, as well as the examination of the institutes criminal garantismo and the principle of proportionality as application parameter institutes when it comes to crimes with small snag feathers , in order to demonstrate how the probation, in the event of that law, may have lost their fragmentary character. Through a literature review, it was concluded that the remand in the above offenses should be applied with great caution, respecting the fundamental guarantees, the principle of proportionality and not away from the rule that the criminal law, as well as deprivation of freedom is the last ratio.

Keywords: Criminal emergency law. Criminal garantismo. Domestic violence. Preventive detention. Principle of proportionality.

1 INTRODUÇÃO

A desigualdade de gênero se apresenta como um dos problemas basilares da nossa sociedade, desde os primórdios da nossa existência a figura da mulher vem sofrendo desarrazoáveis condutas

¹ Especialista em Processo Penal, professora universitária na Faculdade Anhanguera Unopar, e-mail: paulabrandaoprado@gmail.com, lattes: <http://lattes.cnpq.br/0162688206229082>

praticadas pelo homem no seio familiar, que na maioria das vezes se deram em virtude da sua vulnerabilidade física, e historicamente, econômica.

A busca de mecanismos na tentativa de coibir tais ações nunca foi intensa no Brasil, principalmente em decorrência do machismo arraigado na cultura brasileira².

Imperioso destacar que foi com o advento da Lei nº 11.340/06, popularmente chamada de Lei Maria da Penha, que o legislador criou normas de caráter incisivo com intuito de reprimir a histórica e lastimável violência no âmbito familiar contra a mulher.

Com efeito, o preceito normativo trouxe medidas pontuais a serem aplicadas ao agressor, de modo que os crimes praticados em decorrência do gênero passaram a ter uma forma de tratamento-punição característica, sendo consideradas mais severas em relação às demais sanções impostas nos crimes comuns, em sentido amplo.

De mais a mais, a Lei Maria da Penha traz um leque de penalidades ao agressor, nas quais tem o intuito de proteger a mulher, ou seja, parte que se encontra em vulnerabilidade no âmbito familiar. Sendo que tais sanções são apresentadas no escopo da lei, havendo punições específicas, bem como a aplicação de institutos processuais penais já existentes.

Nessa toada, a aplicação da prisão preventiva se revela como a medida mais rigorosa na fase processual, ou ainda investigatória, em que o suposto agressor terá seu direito à liberdade cerceado em virtude da suposta violência praticada no seio familiar.

Nesse raciocínio, muito em virtude do seu fácil ocultamento, crimes considerados “pequenos” como lesão corporal leve e ameaça são de sobremaneira mais frequentes no âmbito familiar, assim, questão que demanda maior cautela é a aplicação da prisão preventiva em delitos desta natureza, haja vista que a medida cautelar pode perdurar mais do que uma eventual condenação.

Em decorrência da inserção desta medida drástica no bojo da Lei, se faz necessário verificar determinados parâmetros para que seja aplicado o instituto de maneira plausível, sendo assim, o presente artigo tem o condão de analisar a aplicação da prisão preventiva a luz do Princípio da Proporcionalidade e do Garantismo Penal, ou seja, institutos que se caracterizam por assegurar a garantias fundamentais do indivíduo.

1.1 MATERIAL E METODOS

Com o intuito de abordar as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema em questão, foi erguida uma metodologia que proporcionasse como cerne a construção de um referencial

² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 905.

teórico voltado a esclarecer uma problemática existente no âmbito jurídico, levando em considerações aspectos técnicos e dogmáticos que podem auxiliar na compreensão da discussão a ser apresentada.

O atual estudo será efetivado por meio de análise bibliográfica que nos falares de Marconi e Lakatos (2010, p. 166) “a pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, abrange bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc...”.

Nesse ensejo, compete citar que, para a aludida análise, procedeu-se a consulta de livros que versam sobre o assunto, legislações, teses de mestrado e doutorado, artigos científicos de juristas que buscam contribuir para a resolução da problemática que se apresenta, e ainda, foram objeto de apreciação, diversos julgados de Tribunais de Justiça Brasileiro que dispõe sobre a temática.

2 ASPECTOS GERAIS DA LEI Nº 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA

A princípio, insta salientar que a Lei nº 11.340/06 foi criada não apenas para atender o disposto no art. 226, §8º, da Constituição Federal, segundo o qual “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, mas também de modo a dar cumprimento a diversos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil (LIMA, 2015, p. 903).

Com efeito, foi a repercussão de um caso concreto que, de certa forma, “forçou” o legislador a criar a mencionada lei buscando coibir a execrável praxe da violência contra mulher praticada no âmbito familiar.

Nesse rumo, com o fito de narrar os fatos que ensejaram a elaboração da supracitada lei, aponta Dias (2007, p. 13):

Talvez muitos não saibam por que a Lei 11.340/06 é chamada de Maria da Penha. (...) A justificativa é dolorosa, pois a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi mais uma das tantas vítimas da violência doméstica deste país. (...) por duas vezes, seu marido, o professor um universitário M.A.H.V., tentou matá-la. Na primeira vez, em 29 de maio de 1983, simulou um assalto fazendo uso de uma espingarda. Como resultado ela ficou paraplégica. Após alguns dias, pouco mais de uma semana, nova tentativa, buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho. (...) somente 19 anos e 6 meses após os fatos, em 2002, é que M.A.H.V. foi preso. Cumprindo apenas dois anos de prisão (2007, p. 13).

Considerando os acontecimentos narrados, Lima (2015, p. 905) explica as consequências que o caso teve em nosso Ordenamento Jurídico:

Por conta da lentidão do processo, e por envolver grave violação aos direitos humanos, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que publicou o Relatório nº 54/2001, no sentido de que a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica. Cinco anos depois da publicação do referido

relatório, com o objetivo de coibir e reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher e superar uma violência há muito tempo arraigada na cultura machista do povo brasileiro, entrou em vigor a Lei nº 11.340/06, que ficou conhecida como Lei Maria da Penha (2015, p. 905).

Com o intento de demonstrar que tais consequências se deram em razão do contexto histórico narrado anteriormente, Dias (2007) afirma que foi em face da pressão sofrida por parte da Organização dos Estados Americanos³ que o Brasil, finalmente, cumpriu as convenções e tratados internacionais do qual é signatário.

Ademais, a partir de um contexto fático previamente narrado, se faz necessário abrir um espaço de discussão sobre as nuances da Lei Maria da Penha, de modo que se possa discutir o diploma normativo de uma maneira técnica.

Nesse sentido, Cavalcanti (2008, p. 37) traz ponto importante à tona quando aduz que:

Não há dúvidas de que o texto aprovado constitui um avanço para a sociedade brasileira, representando um marco indelével na história da proteção legal conferida às mulheres. Entretanto, não deixa de conter alguns aspectos que podem gerar dúvidas na aplicação, e até mesmo, opções que revelam uma formulação legal afastada da melhor técnica e das mais recentes orientações criminológicas e de política criminal, daí a necessidade de analisá-la na melhor perspectiva para as vítimas, bem como discutir a melhor maneira de implementar todos os seus preceitos (2008, p. 37).

Pasinato (2010) argumenta que a nova lei trouxe importantes inovações, como a definição de violência doméstica contra a mulher denunciada a partir de uma perspectiva de gênero, não podendo ser tratada como um problema de justiça criminal genérica.

Já se deslocando para o campo de aplicação da Lei n.º 11.340/06, Mello (2007, p.16) assim mencionou:

A Lei nº 11.340, de 7.ago.06, inspirada diretamente na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, tem como principal característica político-criminal exprimir uma demanda clara por sofrimento penal físico. Quando veda a aplicação do que coloquialmente chamada de “penas de cesta básica”, bem como de “prestação pecuniária” e de multa substitutiva, ou quando declara inaplicável a Lei nº 9.099, de 26.set.95 (2007, p. 16).

Oportuno gizar que a proteção diferenciada trazida pela Lei Maria da Penha para o gênero feminino terá incidência apenas quando a violência contra a mulher for executada em determinadas situações de vulnerabilidade.

Esclarece Lima (2015, p. 907) que “a *contrario sensu*, se uma mulher for vítima de determinada violência, mas o delito não tiver sido executado no ambiente doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto (v.g., briga entre vizinhos), afigura-se indevida a aplicação da Lei nº 11.340/06”.

³² A Organização dos Estados Americanos é o mais antigo organismo regional do mundo. A OEA é o principal fórum político da região, o lugar em que os países da América do Norte, América Central, Caribe e América do Sul se reúnem para superar suas diferenças e promover suas metas comuns. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em 11 de maio de 2016.

Sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila os ensinamentos de Dias (2007, p. 40) ao esclarecer no seguinte sentido:

Primeiramente a Lei define o que seja violência doméstica (art. 5º): “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Depois esclarece seu campo de abrangência. A violência passa a ser doméstica quando praticada: a) no âmbito da unidade doméstica; b) no âmbito familiar; ou c) em qualquer relação íntima de afeto, independente de orientação sexual (2007, p.40).

Com o intuito de finalizar, por ora, sem o fito de adentrar nas nuances de aplicação da Lei, o STJ (CC nº 88.027/MG) decidiu que deve-se ter em mente que o objeto da Lei Maria da Penha é a proteção da mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. A ausência dessas singularidades impõe a inaplicabilidade desse Diploma Legal³.

3 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA

Com o advento da Lei nº 11.430/2006, o Código de Processo Penal passou a prevê uma nova hipótese de cabimento da prisão preventiva, no qual trouxe em seu artigo 313, inciso IV 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”.

Como bem esclarece Lima (2015, p. 947), com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, “o inciso IV do artigo 313 do CPP foi revogado, porém a prisão preventiva continua sendo cabível nas hipóteses de violência doméstica ou familiar contra a mulher, já que o conteúdo do revogado inciso IV foi transportado para o inciso III”.

Assim estabelece o novo dispositivo legal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Nucci (2014) constata que embora essa modalidade de prisão cautelar encontre-se regida, no Código de Processo Penal, basicamente, pelo artigo 312, onde se encontram seus

³ Os Tribunais Superiores entendem que as normas específicas da Lei Maria da Penha devem ser aplicadas tão somente quando o sujeito passivo for mulher. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, RHC 27.622/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/08/2012, DJe 23/08/2012.

requisitos, a lei especial terminou por ampliar a possibilidade de prisão preventiva para os casos de violência doméstica.

Visando demonstrar os requisitos citados por Nucci (2014), assim estabelece o artigo 312 do Código de Processo Penal:

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Destaca Fernandes (2005) que é de rigor a demonstração do *periculum in mora*, previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão constantes da parte inicial 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.

Nesse sentido, também, aduz Lima (2015, p. 949) ao alertar que a “leitura isolada do inciso III do artigo 313 do CPP pode levar à conclusão de que o descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, por si só, dará ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado”.

No entanto, como ressalta o autor, “o inciso III deve ser lido em conjunto com o teor do caput do artigo 313 do CPP que, expressamente, faz menção aos termos do artigo 312 do Código” (LIMA, 2015, p. 949).

Como bem explica Távora e Alencar (2014), para que tenha cabimento a preventiva, os pressupostos desta medida devem estar presentes, leia-se, indícios de autoria e prova da materialidade (*fumus comissi delicti*), além de uma das hipóteses de decretação, quais sejam, garantia da ordem pública, econômica conveniência da instrução ou ainda para evitar fuga.

Em consonância com o exposto, Lopes Júnior (2014, p. 612) assevera que:

Cria o dispositivo uma espécie de vulnerabilidade doméstica, em que a prisão preventiva é usada para dar eficácia à medida protetiva aplicada. Mas o artigo precisa ser lido com cuidado, ainda que as intenções de tutela sejam relevantes. (...) Em primeiro lugar, não criou o legislador um novo caso de prisão preventiva, ou seja, um novo *periculum libertatis*, pois, para isso ocorrer, a inserção deveria ter sido feita no art. 312, definindo claramente qual é o risco que se pretende tutelar. O segundo aspecto a ser considerado é a péssima sistemática da Lei n. 11.340. Por mais respeitável (e necessária) que fosse a intenção de proteger a mulher da violência doméstica, infelizmente é uma lei tecnicamente mal elaborada, pois mistura, absurdamente, matéria penal com questões civis, criando uma monstruosidade jurídica (2014, p. 612).

Sendo assim, o entendimento é no sentido de que a hipótese de cabimento da prisão preventiva quando o crime envolver violência doméstica contra mulher, de fato, não se trata de uma nova espécie de prisão cautelar. A Lei Maria da Penha apenas indicou que em tais

circunstâncias é possível o cabimento da prisão preventiva, desde que se observe os requisitos preexistentes no Código de Processo Penal.

Fazendo uma análise da questão, Nucci (2014, p. 708) destaca que “mesmo se estiverem presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, a duração da prisão cautelar precisa ser cuidadosamente acompanhada pelo magistrado, visto existirem delitos cuja pena é de pouca monta”.

Em suma, como a redação do inciso III do artigo 313 não faz distinção quanto à natureza da pena do crime doloso, o STJ (HC 132.379/BA) entende que, independentemente da espécie cominada ao delito (reclusão ou detenção) e do *quantum* da pena em abstrato, a prisão preventiva pode ser adotada como *ultima ratio*, desde que presentes os requisitos supramencionados.

4 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO GARANTISMO

Ao abordar o estudo dos princípios, em sentido amplo, Bandeira de Mello (2002, p. 807-809) aduz na seguinte toada:

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Portanto, conforme definição trazida, os princípios têm o condão de guiar o legislador na elaboração das leis, se caracterizando como norte necessário e adequado para conduzi-lo no processo de formação dos diplomas normativos.

Sobre esta relação entre princípios e normas, assim preconiza Dworkin (2007, p. 35-46):

As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver os conflitos têm de levar em conta a força relativa de cada um.

A partir do paradigma de Dworkin⁴, da compreensão dos princípios, outros doutrinadores desenvolveram teses acerca. No entanto, quando se trata do Princípio da Proporcionalidade, cerne dessa discussão, embora não seja uma interpretação exclusiva, deve-se trazer à baila os apontamentos de Robert Alexy que, citado por Faria Júnior (2010, p. 72), “desenvolveu frutíferas considerações acerca da proporcionalidade, como meio de efetivação de princípios e salvaguarda

⁴ DWORCKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

de direitos fundamentais, por reconhecer a importância dos valores presentes e resguardados pelo ordenamento jurídico”.

Antes de adentrar nas nuances do Princípio da Proporcionalidade, necessário se faz conhecer a sua origem. Nessa toada, Soares (2011, n. p.), com o objetivo de traçar um contexto histórico sobre o surgimento de tal princípio, salienta da seguinte forma:

A origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, em sua conformação moderna, encontram-se intrinsecamente ligadas à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificados a partir do surgimento do Estado de direito burguês na Europa. Desta forma, sua origem remonta os séculos XII e XVIII, quando, na Inglaterra, surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando para ter o homem direitos imanes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Posteriormente, a ideia de proporcionalidade é utilizada na França como técnica voltada para o controle do poder de polícia da Administração Pública. A proporcionalidade só adquire, contudo, foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha, sendo, então, aplicado ao campo dos direitos fundamentais, vinculando, assim, a totalidade dos poderes públicos.

Diante de tal premissa, ao analisar o princípio em questão sob a perspectiva alemã, capitaneada, em especial, por Robert Alexy⁵, a proporcionalidade ganha força quando busca salvaguardar os direitos fundamentais do indivíduo, originariamente se preocupando com a limitação do poder estatal, resguardando os interesses individuais.

Nessa seara, salienta Barroso (2002), que o princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico que orienta como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente na hipótese de incidência dos direitos fundamentais, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional.

Em que pese zelar pelos direitos fundamentais, o Princípio da Proporcionalidade não se encontra previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, mas, como esclarece Bonavides (2001, p. 356), em seu livro:

O princípio da proporcionalidade está naquela classe de princípios que são mais facilmente compreendidos do que definidos. Sucede que, embora não esteja expresso no texto constitucional, a sua presença é inequívoca na Carta Magna. Isto porque a circunstância do princípio da proporcionalidade decorrer implicitamente da Constituição não impede que seja reconhecida sua vigência, por força, inclusive, do quanto disposto no parágrafo 2º do art. 5º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Sendo assim, os direitos fundamentais guardam estreita relação com o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que este se cuida pela salvaguarda e garantia daquele.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Sarlet (2005, p. 24) ao tratar do Princípio da Proporcionalidade, em sua premissa inicial, assim afirma:

[...] para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes - pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.

Ademais, a proporcionalidade não deve ser entendida tão somente a luz da efetiva proibição dos excessos estatais, se faz necessário, neste caso, trazer à tona uma segunda vertente do aludido princípio. Nesse ensejo, assim destaca Streck (2009, p. 8):

Há que se ter claro que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente" (Untermassverbot).

Diante disso, resta claro a dupla face do Princípio da Proporcionalidade, isto porque, em que pese visar reprimir o excesso estatal, ele também se preocupa com a proteção deficiente do Estado. Sendo assim, como não poderia deixar ser, esta concepção já vem sendo aplicada pelos tribunais pátrios⁶.

Importante mencionar, que independente da vertente a ser observada no caso concreto, afirma Silva (2007), que esse princípio, em sentido estrito, exige um liame axiológico, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Uma vez que os excessos no momento da punição, a desproporcionalidade entre a conduta delitiva e seu castigo, originam situações arbitrárias e desequilibradas.

Outrossim, feita as considerações necessárias em relação aos desdobramentos do princípio em voga, se mostra significativo correlacionar o supracitado Princípio da Proporcionalidade com o Garantismo Penal, de Ferrajoli⁷.

⁶ Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). (STF - HC: 104410 RS, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 26/03/2012).

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

Ao comentar sobre o liame entre os assuntos abordados, Faria Júnior (2010) entende que as construções acerca do princípio da proporcionalidade (como um princípio diferenciado dos demais), desenvolvida pela doutrina alemã, guardam estreita consonância com as recentes teorias constitucionais do Direito e do Processo Penal, na medida em que almejam resguardar o máximo os valores constitucionais e os direitos fundamentais.

Sem fazer uma análise (minuciosa) da Teoria do Garantismo Penal, o que talvez seria impossível neste momento, em apertada síntese, esclarece Fernandes (2011, p. 5) que:

A Teoria do Garantismo Penal conforme idealizada por Luigi Ferrajoli, é um modelo normativo de direito que surgiu no campo do direito penal como um sistema de limites ao poder punitivo estatal em garantia dos direitos e liberdades do indivíduo como fundamento de uma teoria de democracia constitucional. Vincula-se, portanto, ao mesmo tempo, ao conceito de Estado de Direito, revelando-se um modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal e a concepção de um “direito penal mínimo”.

Em clara consonância com as ideias trazidas por Ferrajoli, Aury Lopes Jr., apud Faria Júnior (2010, p. 74) assevera que “o garantismo, em termos substanciais, representa um verdadeiro salto paradigmático, tendo em vista, sempre, os direitos e garantias fundamentais como diretrizes para todo o ordenamento, sobretudo para o repressor Direito Penal e seu correlato Processo Penal”.

Nesse diapasão, ainda fundamenta Fernandes (2011) que o Garantismo Penal propõe uma releitura na elaboração e aplicação das leis à luz dos princípios fundamentais constitucionais e universais. Sendo assim, apenas admite como legítima a restrição da liberdade individual quando o poder do Estado estiver limitado e vinculado aos princípios constitucionais, tais como legalidade, previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade.

Com isso, ao mencionar a corrente garantista, Gomes (2008) orienta que se trata de um sistema penal em que a pena fica excluída da incerteza e da imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo.

Portanto, em suma, o vínculo traçado entre a proporcionalidade e o garantismo se verifica, de sobremaneira, quando se está diante de direitos fundamentais violados ou em iminente ameaça por parte de um Direito Penal repressivo, no qual tais vertentes buscam zelar pela mínima interferência estatal ou ainda a proibição do seu excesso.

5 PRISÃO PREVENTIVA NA LEI Nº 11.340/06 A LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como já exposto anteriormente, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que é cabível a aplicação da prisão preventiva quando crime envolver violência doméstica ou familiar contra a mulher, independentemente da pena em abstrato cominada ao delito, seja o crime de detenção ou reclusão.

Contudo, levando em consideração o que foi explanado no tópico anterior, há de se ter cuidado quando tal entendimento é adotado pelos Tribunais Superiores, nesse sentido, afirma Badaró (2008, p. 393-394) que:

Caso o juiz anteveja que a pena a ser imposta será apenas uma pena de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (sursis), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar.

Nos dizeres do autor, a prisão preventiva decretada nestes moldes é medida desproporcional, violando a proporcionalidade entre a conduta e a medida cautelar aplicada no caso concreto.

Ainda salienta Nucci (2014, p. 709) que “tal hipótese estaria configurada uma violência abominável contra o réu, que ficaria cautelarmente detido por mais tempo do que a pena futura a ser aplicada”.

Ao discorrer sobre o assunto, Badaró (2008, p. 394-396), afirma que:

A proporcionalidade não deve ser buscada somente tendo em vista a pena cominada ao delito, mas considerando-se a pena que provavelmente será aplicada, ainda que com base em uma cognição sumária [...] Se a medida cautelar, no caso a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e a qual ela deve preservar.

Também adepto da ideia de impossibilidade da restrição da liberdade do indivíduo nesses casos, Greco Filho (2012, p. 156) afirma que “se a preventiva tiver de ser examinada antes da propositura da ação penal, a qualificação do delito deve ser examinada segundo o prognóstico da imputação futura, para que se enquadre em hipótese que não seja uma das exclusões”.

Trazendo exemplos concretos, assim aduz Nucci (2014, p. 623):

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 (aplicando-se, naturalmente, a detração, conforme art. 42⁸ do Código Penal).

⁸ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Desse modo, partindo da premissa que Lei nº 11.343/2006, quando trata da hipótese específica de cabimento da prisão preventiva é medida desproporcional e violadora dos direitos fundamentais. Surge daí o posicionamento de parcela dos estudiosos aduzindo que a supracitada lei decorreu de um Direito Penal de Emergência⁹, ao passo que o legislador pátrio a elaborou em virtude da pressão sofrida pela Organização dos Estados Americanos e pelo clamor da população.

Como bem esclarece Bechara (2008, p. 413):

[...] a insegurança social que clama por uma maior intervenção do Estado, a partir de seu instrumento de controle formal mais drástico, esbarra na figura dos gestores atípicos da moral (atypische Moralunternehmer), os quais, representando organizações de naturezas diversas, tais como grupos ambientais, feministas, de consumidores ou pacifistas, interferem no processo legislativo com vistas à criação de leis penais que protejam seus respectivos interesses. E aí se verifica que tais demandas de criminalização, em grande medida atendidas pelo legislador, resultam inadequadas, ofensivas a princípios fundamentais do Direito Penal e, o mais grave, revelam-se contraproducentes.

Nesse ínterim, Anjos (2006, n. p.) destaca que:

seria ingênuo achar que as mencionadas medidas penais sejam significativamente efetivas na redução de casos de violência contra a mulher. [...] ao contrário, o Direito Penal, neste caso simbolicamente se direciona para acenar que determinadas condutas não são aceitáveis, através do aumento de penas e da incidência de tipos penais.

Nesse contexto, também aduzem Souza e Fonseca (2006, n. p.), ao afirmarem que “infelizmente, o que se verifica é a constante ausência de uma política pública criminal, através da ratificação de uma legislação de emergência, com forte apelo à sua função simbólica”.

Em consequência ao que foi explanado, Santos e Santos (2013, n. p.) aduzem no seguinte sentido:

[...] se verifica que a pena de prisão não tem o condão de solucionar a raiz do problema, que necessitaria de medidas extrapenais, ou seja, de cunho assistencial, a fim de que o agressor seja encaminhado a tratamento psicológico, de recuperação do alcoolismo e outros vícios, a grupos de conscientização, entre outras medidas. O sistema penal, nesses casos, atua grande parte das vezes de forma simbólica e, inclusive, de maneira maléfica em relação aos envolvidos, eis que, a prisão, via de regra, devolve para a sociedade cidadãos ainda mais perigosos.

Com isso, vê-se o quanto tal discussão é delicada, pois não há dúvida que os objetivos hipoteticamente pretendidos pela Lei nº 11.340/2006 são admiráveis, no entanto, conforme se

⁹ O termo Direito Penal de Emergência tem origem na Itália, designando as modificações estruturais promovidas em seu sistema penal (nas vertentes material, processual e de execução), a partir da década de 70 do último século, como o fim de combater primordialmente o terrorismo e o crime organizado. Tais modificações consistiram na reforma das leis penais existentes e da criação de novos dispositivos legais, visando a oferecer uma resposta estatal imediatista à então nova criminalidade, na esteira de um apelo social fortemente influenciado pelos meios de comunicação (BECHARA, 2008, p. 422).

constata dos dizeres acima, o clamor social por uma interferência do Direito Penal como primeira ou única *ratio*, podem ocasionar a supressão de direitos fundamentais do suposto agressor.

Desse modo, deve-se ter uma exata cautela quando, diante do caso concreto, houver a possibilidade de decretação de uma prisão cautelar, pois outras medidas penais, e até mesmo extrapenais, podem ter o condão de cessar eventual situação de vulnerabilidade no âmbito familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de notória evidência que há necessidade de aplicação de normas próprias que visem coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como punir o provocador da violência em decorrência do gênero. De igual forma, medidas de prevenção e de punição se mostram imprescindíveis para impelir estas condutas.

Contudo, ainda que o intuito da Lei nº 11.340/06 seja necessário, o que se extrai do texto normativo da supracitada lei, em alguns pontos, são regras de caráter punitivista e emergencial, que, por vezes, podem ocasionar a supressão de direitos e garantias fundamentais do suposto agressor, visto que muitas destas normas são aplicadas ainda em fase investigatória ou processual.

A medida cautelar da prisão preventiva, fruto de estudo do presente artigo, se caracteriza como o melhor exemplo do que foi dito, pois, ainda que o Código de Processo Penal a descreva como última medida no caso concreto, trazendo alguns requisitos para o seu cabimento, a Lei Maria da Penha terminou por relativizar tais pressupostos, por exemplo, admitindo o seu cabimento em qualquer espécie de crime.

Com isso, não são poucas as evidências que indicam a inobservância de garantias fundamentais do indivíduo pelo legislador, em detrimento do clamor social e de entidades internacionais que o pressionaram na elaboração da lei, tendo como consequência a inserção do Direito Penal como primeira medida resolutiva da vulnerabilidade familiar apresentada, perdendo de vista o seu caráter fragmentário.

Nessa linha, resta claro que outros ramos do Direito deviam ter um papel mais forte quando se trata das medidas de urgência e assecuratórias no âmbito familiar, haja vista que o forte aparato do Direito Penal pode trazer consequências irreparáveis numa família que já se encontra fragilizada.

Desse modo, faz-se necessário analisar a prisão cautelar sob a vertente de uma balança entre direitos e garantias fundamentais, que, guiado pelo Princípio da Proporcionalidade, possa alcançar a medida mais eficaz para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

ALMEIDA, L. C. Dos S. **Retratação na Lei Maria da Penha: A busca pela preservação da harmonia familiar**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3444>. Acesso em: 10 fev. 2021.

ANJOS, F. V. dos. **Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-167_Anjos.pdf>. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.167, p. 10, out. 2006.

BADARÓ, G. H. R. I. **A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 807-808.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BECHARA. A. E. L. S. **Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67812>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. **Lei nº. 11.340**, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. **Conflito de Competência nº 88.027/MG**. Rel. Min. Og Fernandes. DJe 18/12/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 132.379/BA**, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15/06/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, **RHC 27.622/RJ**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 23/08/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **HC: 104410/RS**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/03/2012.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica contra a mulher no Brasil**. 2. ed. Salvador, Bahia: Podivm, 2008.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35-36.

DIAS, M. B. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

- FARIA JÚNIOR, C. de. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10711>>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- FERNANDES. A. S. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- FERNANDES. E. F. **Princípio da vedação à proteção deficiente**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/EduardoFariaFernandes.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- GOMES, L. F. **Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13513-13514-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 de fev de 2021.
- GRECO FILHO, V. **Manual de processo penal**. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156.
- LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica: Técnicas de pesquisa**. 7 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.
- LIMA, R. B. de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- LOPES JR., A. **Direito processual penal**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELLO, A. R. de. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NUCCI, G. de S. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 623-709.
- PASINATO, W. Violência, gênero e acesso à justiça”. In. JUBB, Nadine (org) et al. **Delegacias da Mulher na América Latina: uma porta para deter a violência e ter acesso à justiça**. CEPLAES. Quito: CEPLAES, 2010.
- RANGEL, P. **Direito Processual Penal**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SANTOS, A. G. G.; SANTOS, B. B. dos. **Do simbolismo penal e da lei maria da penha: a (in)efetiva proteção da mulher**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=185e48a43c7f63ac>>. Acesso em: 11 de fev de 2021.
- SARLET, I. W. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/88715>>. Acesso em 11 de fev de 2021.
- SILVA. I. L. M. da. **O direito penal como garantia fundamental: o novo enfoque decorrente da globalização**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-22022008-115621/pt-br.php>>. Acesso em 10 fev 2021.

SOARES, R. M. F. **Reflexões sobre o princípio constitucional da proporcionalidade.**

Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reflex%C3%B5es-sobre-o-princ%C3%ADpio-constitucional-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

SOUZA, J. P. A. S., FONSECA, Tiago Abud da. **A aplicação da lei n. 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher.** Disponível em:

<http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-168_Fonseca.pdf>. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.168, pp. 4-5, nov. 2006.

STRECK, L. L. **Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Disponível em:

<<https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/20/bem-juridico-e-constituicao-da-proibicao-de-excesso-ubermassverbot-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-ou-de-como-nao-ha-blindagem-contra-normas-penais-inconstitucionais-lenio-lu/>>. Acesso em 10 fev 2021, p. 8.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal.** 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.