



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

MARIA ESTER FERREIRA MARTINS SANTOS

**A (IN)COMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NA LEI MARIA
DA PENHA COM O SISTEMA ACUSATÓRIO PÓS-PACOTE ANTICRIME**

**JOÃO PESSOA
2025**

MARIA ESTER FERREIRA MARTINS SANTOS

**A (IN)COMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NA LEI MARIA
DA PENHA COM O SISTEMA ACUSATÓRIO PÓS-PACOTE ANTICRIME**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Me. Eduardo de Araújo
Cavalcanti

**JOÃO PESSOA
2025**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

S237i Santos, Maria Ester Ferreira Martins.
A (in)compatibilidade da prisão preventiva de ofício
na Lei Maria da Penha com o sistema acusatório
pós-Pacote Anticrime / Maria Ester Ferreira Martins
Santos. - João Pessoa, 2025.
58 f.

Orientação: Eduardo de Araújo Cavalcanti.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Lei Maria da Penha. 2. Prisão preventiva de
ofício. 3. Sistema acusatório. 4. Pacote Anticrime. 5.
Antinomia jurídica. 6. Imparcialidade do juiz. I.
Cavalcanti, Eduardo de Araújo. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

MARIA ESTER FERREIRA MARTINS SANTOS

A (IN)COMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO NA LEI MARIA
DA PENHA COM O SISTEMA ACUSATÓRIO PÓS-PACOTE ANTICRIME

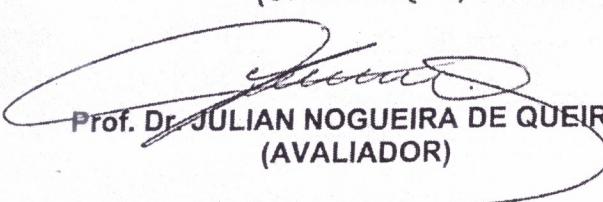
Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Me. Eduardo de Araújo
Cavalcanti

DATA DA APROVAÇÃO: 23 DE SETEMBRO DE 2025

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Me. EDUARDO DE ARAUJO CAVALCANTI
(ORIENTADOR)


Prof. Dr. JULIAN NOGUEIRA DE QUEIROZ
(AVALIADOR)


Prof. Me. FRANCISCO DE ASSIS DIEGO SANTOS DE SOUZA
(AVALIADOR)

*Com profunda gratidão, dedico este trabalho ao
meu Salvador Jesus Cristo e à Maria
Santíssima, fontes de fé, sabedoria e
santidade. E, igualmente, agradeço aos meus
pais, Osania e José de Ribamar, por todo amor
e dedicação.*

*Ele quem me instruiu dessa ciência que
esconde dos sábios e dos pedantes e revela
aos menores
(Santa Teresinha)*

RESUMO

A presente monografia analisa a compatibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício, prevista no artigo 20 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), com o sistema acusatório consolidado no art. 3º-A do Código de Processo Penal e as disposições do artigo 311 da mesma codificação. A pesquisa busca responder se a referida prerrogativa de decretar a medida sem a provocação das partes ainda se sustenta diante do novo paradigma acusatório. Para isso, o estudo utiliza a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, com aplicação do método dedutivo, examinando a evolução dos sistemas processuais penais, as características das prisões cautelares e o conflito normativo entre as leis. A pesquisa concluiu que o sistema processual penal brasileiro se alinha ao modelo acusatório, no qual a atuação de ofício do juiz é incompatível com a nova estrutura, que exige a provocação das partes para a imposição das medidas cautelares, inclusive em casos de violência doméstica. O trabalho defende que, embora a Lei Maria da Penha seja de extrema importância, a norma que permite a atuação de ofício do magistrado foi superada pelas novas disposições do Código de Processo Penal. A uniformização do entendimento pelos tribunais é crucial para evitar a insegurança jurídica e assegurar a prevalência dos princípios constitucionais do devido processo penal, da imparcialidade do juiz e das garantias individuais, harmonizando assim a proteção à mulher com os direitos do acusado.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; prisão preventiva de ofício; sistema acusatório; Pacote Anticrime; antinomia jurídica; imparcialidade do juiz.

ABSTRACT

The present monograph analyzes the compatibility of the decree of provisional arrest, provided for in article 20 of Law no 11.340/2006 (Maria da Penha Law), with the accusatory system consolidated in art. 3º-A of the Code of Criminal Procedure and the provisions of article 311 of the same codification. The research seeks to answer if the said prerogative of decreeing the measure without the provocation of the parties still stands before the new accusatory paradigm. For this, the study uses the methodology of bibliographical and documentary research, with application of the deductive method, examining the evolution of criminal procedural systems, the characteristics of precautionary prisons and the normative conflict between laws. The research concluded that the Brazilian criminal procedural system aligns to the accusatory model, in which *ex officio* preventive detention is incompatible with the new structure, which requires the provocation of the parties for the imposition of precautionary measures, including in cases of domestic violence. The paper argues that, although the Maria da Penha Law is extremely important, the rule that allows the performance of office of the magistrate has been superseded by the new provisions of the Code of Criminal Procedure. The uniformity of understanding by the courts is crucial to avoid legal uncertainty and ensure the prevalence of constitutional principles of due process, impartiality of the judge and individual guarantees, thus harmonizing the protection of women with the rights of the accused.

Key-words: Maria da Penha law; preventive detention of office; accusatory system; *ex officio* preventive detention; Package Anticrime; legal antinomy; impartiality of the judge.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	10
2.1 O SISTEMA INQUISITIVO	10
2.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO	12
2.3 DA CRÍTICA À CLASSIFICAÇÃO DE UM SISTEMA MISTO.....	14
2.4. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	16
3 PRISÕES CAUTELARES NO SISTEMA BRASILEIRO: PRISÃO TEMPORÁRIA, PRISÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA.....	19
3.1 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DAS PRISÕES CAUTELARES	20
3.2 A PRISÃO TEMPORÁRIA.....	22
3.3 A PRISÃO EM FLAGRANTE COMO PRÉ-CAUTELAR	25
3.4 A PRISÃO PREVENTIVA.....	27
3.5 AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	34
4 A LEI 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) E A PRISÃO PREVENTIVA	36
4.1 UM BREVE HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA E SUAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.....	37
4.2 O CONFRONTO ENTRE O ART. 20 DA LEI N° 11.340 DE 2006 E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	41
4.3 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre a compatibilidade entre a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, e a Lei nº 13.964/2019, o Pacote Anticrime, que alterou o Código de Processo Penal, tem ganhado destaque no cenário jurídico. Enquanto a primeira busca garantir a proteção da mulher em situação de violência, a segunda promoveu a consolidação do sistema processual penal acusatório, limitando a atuação dos magistrados. Neste contexto, este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo geral examinar se a prerrogativa judicial de decretar a prisão preventiva de ofício ainda se sustenta diante do novo paradigma acusatório. Como objetivos específicos, a pesquisa buscará: a) discutir a evolução do sistema processual penal brasileiro, de sua matriz inquisitorial para o modelo acusatório; b) analisar a natureza e os pressupostos da prisão preventiva e de suas cautelares, no contexto da legislação atual; c) investigar o conflito normativo entre o artigo 20 da Lei Maria da Penha e o novo artigo 311 do Código de Processo Penal, em conjunto com o art. 3º-A; e d) examinar o posicionamento da jurisprudência dos tribunais superiores sobre o tema.

A relevância da pesquisa reside na necessidade de harmonizar dois valores fundamentais do ordenamento jurídico: a proteção da mulher em situação de violência e a garantia de um processo penal justo e imparcial. A divergência de entendimento entre as cortes sobre a atuação de ofício do magistrado cria insegurança jurídica e pode comprometer tanto a efetividade da Lei Maria da Penha quanto a solidez do sistema acusatório. Assim, a análise deste tema se justifica pela busca de coerência e segurança jurídica para os operadores do direito e para a sociedade em geral, fornecendo subsídios para a interpretação e a aplicação consistente das normas em conflito. A pesquisa busca contribuir para a construção de um entendimento unificado.

A metodologia empregada no presente trabalho será a pesquisa bibliográfica e documental, com base no método de abordagem dedutivo. O estudo será realizado por meio da análise de doutrina, legislação e julgados de tribunais superiores que abordam a temática da antinomia entre as normas processuais penais. Por fim, a estrutura do trabalho será organizada em capítulos que seguirão a seguinte ordem: o capítulo 2 tratará dos sistemas processuais penais e sua evolução; o capítulo 3 abordará as prisões cautelares do sistema brasileiro; o capítulo 4 se dedicará à Lei

Maria da Penha e ao seu confronto com o Código de Processo Penal; e o capítulo 5, por sua vez, apresentará as considerações finais da pesquisa.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A definição de sistema processual penal pode ser entendida como um arcabouço normativo, composto por princípios e regras constitucionais, que estabelece diretrizes para a efetivação e aplicação do direito penal aos casos concretos (Rangel, 2023, p. 97). A condução do processo penal de um país é, dessa forma, reflexo do momento político de seu Estado, visto que seu ordenamento jurídico espelha as ideologias e valores presentes na Constituição da nação.

A posição do magistrado é um dos pilares de qualquer sistema processual penal (Lopes Jr., p. 219, 2022). Além disso, o que fundamenta um sistema (seja acusatório ou inquisitório) é a forma como a prova é gerida e qual órgão que conduz a instrução probatória (Lopes Jr., 2022, p. 244). E, por esse motivo, é imperativo analisar a jurisdição a partir do papel desempenhado pelo juiz, o que servirá como base para o estudo dos sistemas processuais penais inquisitório, acusatório e da eventual existência de um sistema misto.

A discussão sobre os sistemas processuais penais e suas características é fundamental para compreender o modelo que foi adotado pelo Brasil. Com base nas definições dos modelos processuais supracitados, será analisado em qual deles a jurisdição penal brasileira se enquadra no momento atual, explorando como se desenvolveu o sistema do Brasil ao decorrer dos anos através das alterações legislativas sofridas pelo Código de Processo Civil de 1941, ainda em vigor. E, a partir disso, constituirá objeto de análise a compatibilidade da atuação *ex officio* com o sistema brasileiro, tendo em vista a previsão da prisão preventiva ser decretada de ofício do art. 20 da Lei nº 11.340 de 2015.

2.1 O SISTEMA INQUISITIVO

Em contraponto ao acusatório privado, onde ocorria a repressão aos delitos pelas mãos dos particulares, o sistema inquisitivo surgiu sob o argumento de que a proteção da sociedade não mais poderia estar condicionada à iniciativa dos indivíduos, devendo a repressão criminal ser avocada para o Estado sem que estivesse vinculada à atuação dos particulares (Rangel, 2023, p. 99).

A partir da Idade Média, esse sistema começou a ser influenciado pelo Direito Canônico. Nesse período, o órgão julgador não apenas resolia o litígio, mas

também era encarregado de realizar as funções acusatórias e da instrução probatórias. Dessa maneira, a pessoa acusada era apenas um objeto da investigação, não possuindo proteções legais (Pinto, 2010, p.196).

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 79), o sistema que se alinha aos métodos inquisitivos caracteriza-se por uma fusão entre a acusação e o órgão julgador. Nos ordenamentos jurídicos que adotam essa configuração, a sua estrutura revela a atuação do magistrado com funções acusatórias, ou, inversamente, o acusador exercendo atribuições jurisdicionais. Assim, com essa mistura da função acusatória e do julgador, a imparcialidade do julgamento, a publicidade e oralidade do processo estariam comprometidas, o que, por conseguinte, ocasionaria a debilidade das garantias do acusado.

Para exemplificar, o doutrinador apresenta um exemplo histórico e prático desse sistema: no ordenamento jurídico italiano verificavam-se prisões preventivas determinadas unicamente com base na classificação do delito pela acusação na denúncia, ignorando a devida fundamentação para sua imposição. Além disso, ocorria a inversão do ônus da prova em delitos de suspeita.

Reinaldo Santos de Almeida Júnior (2025, p.4) apresenta as seguintes características do princípio inquisitivo que é basilar para o sistema aqui analisado, como a concentração das funções de acusar, defender e julgar em um único órgão, geralmente o magistrado; a iniciativa do processo *ex officio*, e a ausência do contraditório e ampla defesa. Assim, percebe-se que a identificação das funções e da atuação do juiz dentro do processo é a tarefa fundamental para compreender sob qual sistema um ordenamento jurídico está fundamentado.

Unindo-se a esses atributos, Miranda Coutinho aponta que um requisito essencial para identificar a espécie do sistema processual penal é a forma que é feita a gestão das provas. Assim, em um sistema inquisitório o juiz possui um pré-julgamento, no qual ele antecipa a decisão e, posteriormente, busca elementos probatórios que confirmem sua versão preconcebida (Miranda Coutinho, 2008, p.185), tornando-se um “semideus” no processo penal.

Aury Lopes Júnior (2022, p.229) apresenta uma concepção semelhante, declarando que o magistrado abandona sua posição de um simples observador para assumir o papel de investigador, agindo desde o começo de forma acusatória. O juiz atua de ofício, sem depender de provocação, e reúne, por iniciativa própria, os elementos que servirão de fundamento para formar seu convencimento. Com esse

panorama, no sistema inquisitório a figura do togado é livre para intervir. Além disso, o autor aponta (2022, p.244-245) que a forma que é feita a gestão da prova é a espinha dorsal de um sistema, pois o processo é um procedimento que visa reconstituir um fato que ocorreu no passado. Assim, no inquisitivo temos a gestão da prova nas mãos do juiz que também age como autor e acusador.

2.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO

Aury Lopes Júnior (2022, p.222) remonta a origem desse modelo ao sistema grego, o qual se desenvolveu com a participação popular direta, tanto na função acusatória como também na judicante. Naquela época, em crimes de natureza graves, qualquer indivíduo possuía a prerrogativa de acusar, configurando uma espécie de ação popular. Já em delitos de menor gravidade, prevalecia a acusação privada em harmonia com os princípios que são vistos no âmbito do direito civil

Ao seu modo, o sistema acusatório contém características que se opõem ao inquisitório. Neste, a figura do magistrado atua com imparcial na aplicação da lei penal, devendo se manifestar apenas quando provocado.

O ponto principal para entender se um sistema é inquisitório ou acusatório é saber qual seu núcleo, ou seja, seu princípio formador, uma vez que os elementos acessórios (como oralidade e publicidade) não são suficientes (Lopes Jr. 2022, p. 244). Assim, a posição do juiz é ponto nevrálgico, onde em um modelo acusatório temos a figura do juiz-observador, e no rito com seu núcleo fundante inquisitório temos um juiz-autor.

Na definição apresentada por Paulo Rangel (2023, p.103), o autor da ação penal deve assumir o ônus da acusação. Isso implica dizer que a acusação que detêm a incumbência da imputação do ilícito penal e apresentação do pedido de condenação. Simultaneamente, o indivíduo que figura como réu deve possuir a prerrogativa de utilizar de todos os meios disponíveis para exercer plenamente a sua defesa. Desse modo, o sistema acusatório apresenta três figuras que são distintas e possuem papéis totalmente inconfundíveis, são elas: juiz, autor e réu.

De forma semelhante, Luigi Ferrajoli (2002, p.454) destaca que, dentre os elementos que definem a configuração do sistema acusatório, a característica mais importante e o que funciona como pressuposto lógico para todas as outras é a separação clara entre o juiz e o órgão acusador. Essa desvinculação entre esses dois

personagens representa um postulado fundamental na atividade jurisdicional acusatória: a inexistência de um processo sem acusação como parte autônoma e independente.

Adicionalmente, o doutrinador esclarece que a função judicante opera de maneira imparcial, com uma postura desinteressada, sendo um observador, uma vez que é vedada a iniciativa do juiz na ausência de provocação da acusação, o que se traduz na proibição da atuação de ofício (Ferrajoli, 2002, p. 455). Assim, o magistrado deve manter uma posição de distanciamento em relação às partes que estão envolvidas no processo. Ademais, o órgão acusatório não deve possuir qualquer poder sobre o réu.

De forma semelhante, Paulo Rangel (2023, p. 103) aponta que na sistemática acusatória, o juiz não pode iniciar a persecução penal por iniciativa própria. Por isso, é necessário que exista um órgão estatal que possua a prerrogativa da propositura da ação penal. O autor ressalta que, historicamente, a gênese do Ministério Público remonta ao século XIV, pois na época surgiram procuradores do rei. Com o estabelecimento dessa instituição, a titularidade da ação penal pública passou a ser assumida por este novo órgão, o que, por consequência, afasta por completo o magistrado da condução da persecução penal.

Na atualidade, a forma de sistema acusatório se caracteriza por uma nítida distinção entre as funções de acusar e julgar (Lopes Jr., 2022, p. 225). E para além disso, o elemento fundante de um sistema (acusatório ou inquisitório) é a gestão da prova e qual órgão possui a incumbência de realizar a instrução probatória (Lopes Jr., 2022, p.244). Nesse modelo, a iniciativa e a gestão da prova devem ser de incumbência do órgão acusador e do réu. Assim sendo, o magistrado deve se comportar como um terceiro imparcial, alheio a qualquer trabalho investigativo e de coleta de provas, seja para imputar o crime ou para libertar da acusação feita. Adicionalmente, o tratamento dado às partes deve ser igualitário, ou seja, devem ser dadas condições e oportunidades justas e iguais. O procedimento é majoritariamente oral e com plena publicidade, além de ser garantido o contraditório e a ampla defesa. Por fim, a decisão deve ser fundamentada a partir do livre convencimento motivado da figura do magistrado, com a devida estabilidade da coisa julgada em conformidade com os princípios da segurança jurídica e social.

Aury Lopes Júnior (2022, p.226) aponta que o sistema acusatório é essencial para o processual penal moderno, dada a estrutura social e política do

Estado, pois garante a imparcialidade e a estabilidade emocional do magistrado que irá proferir a sentença. Além disso, assegura um tratamento digno ao acusado, pois ele deixa de ser um mero objeto e assume a posição de parte legítima no curso do processo criminal.

Ainda de acordo com Lopes Júnior, somente em um processo acusatório-democrático é possível se concretizar a figura do juiz afastada do âmbito de atuação das partes. Nesse contexto, o magistrado imparcial é elemento fundante da própria estrutura processual. Impende ressaltar, ainda, a relevância do contraditório e ampla defesa, sendo que somente uma estrutura acusatória é capaz de proporcionar tais garantias.

Este modelo contribui para uma maior estabilidade e tranquilidade social, pois previne abusos do poder estatal (Lopes Jr., p. 226-227). Evita-se que o magistrado, por ter envolvimento na investigação, se desvincule dos princípios básicos da justiça ao sentenciar, tratando o suspeito como culpado e condenado desde o começo do processo. Em consequência dessa inatividade do juiz no processo, as partes assumem uma responsabilidade maior, uma vez que devem atuarativamente no curso do procedimento. Cabe às partes (acusação e defesa) apresentar as provas que entenderem necessárias para comprovar os fatos.

2.3 DA CRÍTICA À CLASSIFICAÇÃO DE UM SISTEMA MISTO

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 151) explica que após a Revolução Francesa as características dos sistemas acusatório e inquisitório são reunidas para dar origem a duas fases: a instrução preliminar e a fase de julgamento. Naquela, os seus elementos são predominantemente do sistema inquisitório, pois não há contraditório, o procedimento não é feito com publicidade e é escrito. Ao seu modo, a fase de julgamento se apresenta com as peculiaridades do sistema acusatório, já que é visto a presença da oralidade, publicidade, apreciação livre das provas, e o contraditório.

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 46) apresenta essa concepção de existir um sistema misto que foi inaugurado com o *Code d'Instruction Criminelle*, a codificação penal francesa. Tratava-se de um novo modelo, chamado de sistema misto, que seria a fusão dos dois anteriores tratados aqui. Por isso, comumente o sistema misto é chamado de francês.

Ainda segundo Lima, nesse referido modelo híbrido há duas etapas distintas. A fase inicial corresponde a uma modalidade de investigação criminal preliminar, onde ocorre instrução probatória, sob comando do magistrado. Nessa etapa, o objetivo principal é apurar a materialidade do delito e identificar sua autoria.

Concluída essa fase inicial, cabe ao órgão acusador apresentar a sua acusação, formalizando a imputação do ilícito, e, em regra, deve ser feita pelo Ministério Público (Rangel, 2022, p. 108). Em seguida, há debate oral, público, onde é conferido ao réu a oportunidade de exercer seu direito à ampla defesa. Durante toda essa fase, o réu possui a presunção de inocência, sendo ônus do acusador destituir essa condição inicial de inocente (Rangel, 2022, p. 108). Por fim, compete ao juiz proferir sua decisão de mérito, concluindo o procedimento. É válido ressaltar que, nesse segundo momento, por incorporar os elementos essencialmente acusatórios, o réu detém a prerrogativa de apresentar sua defesa após ser proposta a acusação, em observância aos preceitos da isonomia processual e do princípio do contraditório e ampla defesa.

Ao contrário, Aury Lopes Júnior (2020, p. 61) critica a classificação do chamado sistema misto, pois ela estaria ligada com o reducionismo conceitual histórico. Esse reducionismo sugere que basta haver uma separação inicial das funções (a segunda fase do sistema misto) para que seja chamado de sistema acusatório. Entretanto, para que esse sistema acusatório seja concretizado plenamente é preciso que esse elemento fundante de separação de funções não seja desvirtuado no decorrer do processo. Consequentemente, a iniciativa probatória deve residir sempre nas mãos das partes, e não na figura do magistrado, o que, dessa forma, possibilita a manifestação de um julgador imparcial.

Assim, o pensamento que sustenta a existência de um sistema misto seria reducionista na medida que não há atualmente sistemas puros, onde todos são mistos por sofrerem influência de traços dos tipos acusatório e inquisitório, sendo os modelos puros uma referência histórica (Aury, 2020, p. 61). Além disso, essa classificação híbrida não enfrenta e, portanto, não define seu núcleo fundante – o princípio essencial – que orienta o sistema. Para o doutrinador, é simplista pensar que é um sistema acusatório é concebido apenas pela separação inicial das funções de julgar e acusar, sendo fundamental que essa separação de atribuições seja vista ao longo do processo.

Ademais, Aury Lopes Júnior citando Jacinto Coutinho (2020, p. 63), explica que a admissão de um sistema misto desconfiguraria o próprio sistema misto em sua essência. Segundo Coutinho, os sistemas, igualmente como os paradigmas e os tipos ideais, são orientados por um princípio unificador que os torna intrinsecamente puros, e por isso não podem ser mistos. Ao classificar um modelo como “misto”, significa dizer que sua essência e seus elementos primários são do tipo inquisitórios ou acusatório, e que possui elementos secundários que são emprestados do outro sistema.

Dessa forma, seguindo a doutrina de Aury Lopes, é necessário analisar qual o núcleo que fundamenta o sistema e suas características principais e predominantes. Isso significa dizer que é preciso investigar quais são os alicerces que sustenta todo o sistema e o predomínio conceitual de aplicabilidade das suas normas. Desse modo, é possível definir se o sistema em questão detém natureza inquisitória (gestão da prova na figura do magistrado) ou acusatória (em que a gestão da prova compete às partes).

2.4. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Depois da análise sobre as características dos sistemas acusatório, inquisitório, bem como da possibilidade de um sistema misto, é preciso verificar e determinar a qual dessas configurações o ordenamento jurídico, com atenção às mudanças que foram trazidas pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (O Pacote Anticrime).

O doutrinador Renato Brasileiro (2022, p.46) elucida que, com a entrada em vigor do Código de Processo Penal, em 1941, o entendimento majoritário apontava para a adoção de um sistema brasileiro de caráter misto. Tal consenso doutrinário ancorava-se na premissa de que a fase de inquérito policial era inquisitória. Contudo, uma vez iniciado o processo, a fase subsequente assumia configurações do modelo acusatório.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, surgiram preceitos que se alinharam ao sistema acusatório. Entre esses, destacam-se os incisos LIV, XXXVII e LIII do art. 5º da referida Carta Magna, que preveem:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal
 XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção";

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". (BRASIL, 1988, Art.5º)

Assim, as características do sistema acusatório estão delineadas como direitos fundamentais na Constituição Federal. O inciso LIV citado acima estabelece a imperatividade de observância de um rito formal no decorrer do processo. Esse rito visa assegurar a divisão entre as funções de acusar e julgar, bem como a atribuição da produção de provas às partes (Cruvinel, 2023), onde o acusado é um sujeito de direito, e não penas um objeto da investigação (Lopes Jr., 2022, p.226). O devido processo legal, consagrado no referido inciso LIV, exige amplo contraditório e defesa, onde a prova é gerida apenas partes.

Por sua vez, os incisos LIII e XXXVII explicitam a necessidade da imparcialidade do juiz dentro do sistema acusatório, pois para que seja possível o magistrado exercer suas funções com a devida equidistância, é fundamental que tal designação deve ser previamente definida na legislação, e sem a imparcialidade o processo perderia sua característica de acusatório (Lopes Jr., 2022).

Nesse mesmo sentido, Renato Brasileiro (2022, p. 47) leciona que, com a chegada da Constituição Federal em 1988, foi estabelecido expressamente a separação entre as atribuições de acusar, defender e julgar, sendo, dessa maneira, assegurado o contraditório, ampla defesa e o princípio da presunção de inocência, o que coloca o ordenamento jurídico sob a égide de um sistema acusatório.

O referido autor também reconhece que esse modelo acusatório não se encontra pura, uma vez que o Código de Processo Penal tem inspiração no modelo fascista italiano. Assim, é preciso que a codificação processual penal brasileira se adeque a nova realidade constitucional, ou seja, ao sistema acusatório inaugurado na Constituição Federal.

Entretanto, para entender como se classifica o sistema penal brasileiro, não basta observar unicamente os princípios constitucionais. No entendimento de Guilherme Nucci (2015, p. 152), caso as Constituições representassem a fonte exclusiva dos procedimentos processuais, os operadores do direito não teriam necessidade de utilizar as leis infraconstitucionais. Dessa maneira, a adoção de preceitos acusatórios no âmbito da Carta Magna não significa, por si só, que o ordenamento jurídico nacional tenha elegido modelo processual.

A partir dessa perspectiva, Nucci (2015, p.153) elucida a complexidade do ordenamento jurídico brasileiro. Ele assinala que o Código de Processo Penal tem forte natureza inquisitiva, uma característica que, ao longo das décadas, veio a ser

atenuada pela luz por princípios democráticos consagrados constitucionalmente. Ademais, com as várias reformas que a codificação sofreu no decorrer dos anos, a intensidade das peculiaridades inquisitivas positivas em 1941 foi gradualmente amenizada. Essa flexibilização teve o intuito de conferir ao modelo nacional mais características de um sistema acusatório. Entretanto, afirma o doutrinador que, apesar de todas as alterações, jamais o sistema brasileiro foi transformado em um modelo acusatório puro.

Reinaldo Santos (2025, p. 10) afirma que as alterações ao Código de Processo Penal (CPP) realizadas pelas Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719 são apenas mudanças pontuais no modelo brasileiro e estão muito abaixo dos anseios e necessidades se compatibilizar o Código de Processo Penal com a Constituição Federal.

No caso do sistema brasileiro, Aury Lopes Jr. (2022, p.245) afirma que o núcleo fundante do sistema processual brasileiro continua sendo inquisitório, mesmo características acessórias tipicamente acusatórias que por si sós não são suficientes para modificar a espinha dorsal inquisitória do nosso sistema. Essa persistência é evidenciada mesmo com a inclusão do art.3º-A no CPP, pela Lei 13.964 de 2019, que estabelece que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, pois, diversos artigos do Código de Processo Penal, como o art. 242 que permite a busca pessoal ou domiciliar de ofício pelo juiz, ainda contrariam a determinação de um sistema acusatório e se mostram em desarmonia com os preceitos constitucionais.

Com tom esperançoso, o doutrinador aponta a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) como uma das maiores evoluções na estrutura processual penal nacional, pois consagrou os marcos importantes de abandono ao procedimento inquisitório ao expressamente adotar o sistema acusatório no bojo do art.3º-A no CPP. Por isso, Lopes Júnior. defende a necessidade de máxima eficácia para as inovações trazidas pelo Pacote Anticrime.

No julgamento da ADI nº 6.298, o STF (Supremo Tribunal Federal) atribui ao art. 3º-A do CPP interpretação conforme a Constituição Federal. A Corte entendeu que esse dispositivo apenas tornou expresso um princípio fundamental já inherente ao processo penal, extraído a partir do alicerce principal do sistema acusatório consagrado no art. 5º, LIV, da Carta Magna. Assim, seguindo o sistema acusatório

que foi determinado constitucionalmente, a separação das funções de julgar, defender e acusar é essencial. Isso significa que o juiz não pode tomar a iniciativa nas fases de investigação e é vedada a substituição da atuação de qualquer das partes pelo magistrado (STF, 2023, p. 9).

Assim, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma tendência a seguir o modelo acusatório, especialmente após a promulgação da Constituição Federal em 1988. Mesmo ainda não sendo um sistema puro, a Lei nº 13.964/2019 trouxe inovações fundamentais que conferem um caráter menos inquisitório.

O sistema acusatório que o processo penal busca seguir é incompatível com a iniciativa *ex officio* do juiz, especialmente após as alterações do Pacote Anticrime. No sistema acusatório, já sendo essa uma tendência brasileira, o magistrado deve atuar com imparcialidade, manifestando-se apenas quando provocado pelas partes. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2002, p.455) destaca que que a função judicante opera de forma imparcial, sendo vedada a iniciativa do juiz na ausência de provação, o que se traduz na incompatibilidade da atuação de ofício com o modelo acusatório que se pretende aprimorar no processo penal nacional.

Aury Lopes Júnior (2022, p.255) corrobora com essa visão ao esclarecer que, no modelo acusatório, a iniciativa e a gestão da provam devem ser de incumbência do réu e do órgão acusado. Consequentemente, o magistrado deve se comportar como um terceiro imparcial, com uma postura desinteressada como um observador (Ferrajoli, 2002, p.455).

Por fim, Lopes Júnior (2022, p.256) destaca que somente com um processo acusatório-democrático é possível concretizar um magistrado afastado do âmbito de atuação das partes, sendo esse juiz imparcial um elemento fundante da própria estrutura processual. Uma atuação *ex officio* comprometeria a imparcialidade necessária do sistema acusatório, fazendo com que o juiz se desvincule dos princípios básicos desse modelo.

3 PRISÕES CAUTELARES NO SISTEMA BRASILEIRO: PRISÃO TEMPORÁRIA, PRISÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA.

A presunção de inocência é um direito fundamental que está consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na visão de Aury Lopes Júnior (2020, p.898), este é um fruto da evolução civilizatória do processo penal, funcionando como uma espécie de indicador de uma constituição democrática. É esse preceito que deve orientar o processo penal, e a sua efetividade determina a qualidade do seu sistema. Entretanto, a redação do art. 5º, LXI, da Carta Magna presenta exceção a essa presunção ao permitir a prisão em caso de flagrante delito ou por ordem da autoridade judiciária feita por escrito e fundamentada.

Nesse viés, observa-se que a presunção de inocência não é absoluta, pois podem ser aplicadas antes do trânsito em julgado da ação as chamadas prisões cautelares (Lopes Jr., 2020, p. 899). No ordenamento jurídico brasileiro, estas compreendem a prisão preventiva e a prisão temporária. Aury Lopes Júnior (2020, p. 900) não inclui no rol das cautelares a prisão em flagrante por considerá-la uma “pré-cautelar”.

Com base nessas modalidades de custódia, serão verificados seus requisitos para decretação e finalidade, como atenção a prisão preventiva. Antes de focar na prisão preventiva, objeto central do trabalho, é necessário discorrer brevemente sobre a prisão temporária e a prisão em flagrante. Ambas se configuram como medidas cautelares do sistema brasileiro, e sua relação com o sistema acusatório que se busca consagrar desde a promulgação da Constituição Federal, bem como seus requisitos, merecem análise.

Além disso, será analisada a aplicação da prisão preventiva dentro do processo penal nacional, considerando as mudanças introduzidas pela Lei nº 13.946 de 2019 (Pacote Anticrime) e a tendência brasileira de se adequar ao sistema acusatório.

3.1 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DAS PRISÕES CAUTELARES

As medidas cautelares podem recair sobre a coisa (como exemplo, a busca e apreensão) ou sobre a pessoa (privação da liberdade) antes da sentença que é proferida no processo de conhecimento (Rangel, 2023, p. 855). No entendimento de Aury Lopes Júnior (2020, p.906), as cautelares pessoais são destinadas à tutela do processo, pois tem como finalidades garantir seu desenvolvimento e a eficácia do seu poder de punir uma vez que objetivam assegurar seu regular transcurso e a efetividade do poder estatal de sancionar. Nesse subtítulo será tratado sobre as

medidas de caráter pessoal, dada a sua relevância para a problemática central proposta neste trabalho.

Conforme determinação do próprio texto Constitucional, o art. 283 do CPP sofreu alterações por meio da promulgação do Pacote Anticrime, onde reproduz algo próximo à literalidade do art. 5º, LXI, da CRFB/88, ao estabelecer que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. Em conclusão, após o trânsito em julgado da sentença condenatória será cumprida a execução da pena, e, antes da irrecorribilidade da sentença pode ocorrer as prisões cautelares.

Paulo Rangel (2022, p. 859-865) aponta cinco características que são atribuídas às cautelares e, por consequência lógica, também se aplica às prisões: jurisdicionalidade, acessoriedade, instrumentalidade, provisoriaidade e homogeneidade. A jurisdicionalidade exige que a prisão cautelar deve ser submetida à análise judicial por se tratar de restrição a direitos consagrados no texto constitucional, prevenindo abusos de poder. A acessoriedade e instrumentalidade significam que a medida cautelar se vincula ao resultado do processo principal. Ela serve, portanto, como um meio de assegurar o resultado prático da futura decisão judicial. A provisoriaidade, ao seu modo, indica que sua duração depende da manutenção dos requisitos que autorizaram sua decretação e perdura até a sentença. Por fim, a homogeneidade se traduz na necessidade, adequação e proporcionalidade, determinando que a prisão só deve ser imposta se proporcional ao desfecho provável do processo, evitando que a restrição da liberdade do indivíduo no curso do processo seja mais severa que a eventual condenação.

Com base nas definições trazidas por Aury Lopes Júnior (2020, p.907), são dois os requisitos para a decretação das cautelares restritivas de liberdade: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro pressuposto refere-se à prática de um fato que é aparentemente punível na esfera penal e a existência de indícios de autoria. Já o segundo requisito consiste na possibilidade de a função punitiva do processo ser frustrada, a exemplo de situações em que o imputado intenta fuga, e o risco de o acusado causar graves prejuízos ao processo, como em casos em que o réu dificulta a coleta de provas.

A partir desses pressupostos, a cautela do processo penal é evidente, pois, diferentemente do âmbito civil, pois é estritamente vinculado a limites e à forma legal

(Lopes Jr., 2020, p.910). Dessa forma, a legitimidade da decretação das prisões processuais advém do rigoroso respeito ao devido processo legal, tendo como alicerce o princípio da legalidade. A restrição de direitos fundamentais, causadas pelas cautelares pessoais, demanda, por consequência, a observância à legalidade e tipicidade. Assim, a restrição à liberdade em tais providências deve ser adotada em *ultima ratio*, aplicada com prudência e devida fundamentação, em virtude da sua natureza restritiva. Isso se harmoniza com o modelo de acusatório, que contribui para maior estabilidade social ou prevenir abusos do poder estatal, elevando o sujeito de mero objeto para um indivíduo possuidor de direitos e parte legítima em todas as fases do processo, como também na etapa pré-processual.

3.2 A PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária foi instituída em 1989, com a Lei nº 7.960. Seu propósito foi o de coibir as prisões por averiguação que ocorriam frequentemente (Rangel, 2023, p.966). Para sua decretação, é imperativo o preenchimento dos pressupostos comum às cautelares, que são: *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O segundo pressuposto, conforme explica Paulo Rangel (2023, p.966), se materializa na previsão do art. 1º, I, da referida lei. Essa modalidade de custódia somente será imposta se a restrição à liberdade do investigado for imprescindível para o prosseguimento das investigações, ou seja, para salvaguardar o inquérito policial, sendo aplicável apenas na fase pré-processual. Em relação ao primeiro requisito, esse se consubstancia no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/1989, pois é admitida a prisão temporária quando há fundadas razões de autoria ou participação nos crimes ali elencados.

Adicionalmente, tendo em vista a vigência do Pacote Anticrime, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou conjuntamente a ADI 4109/DF, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), e a ADI 3360/DF, pelo Partido Social Liberal (PSL). As duas ações tinham como objetivo questionar a constitucionalidade material da Lei nº 7.960/1989, norma que regulamenta a prisão temporária. Os requerentes fundamentaram seus pedidos na alegação de que a lei ofenderia os dispositivos constitucionais, em especial o art. 5º, LIV e LXVI, que tratam sobre o devido processo legal e estabelecem que ninguém será preso quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nesse julgamento, o STF firmou o entendimento de que a prisão temporária não é uma medida de caráter compulsório, ou seja, não se trata de uma imposição automática. Pelo contrário, sua decretação deve ser devidamente fundamentada, prevenindo-se seu uso como uma forma de antecipação da pena. É importante ressaltar, ainda, que as prisões cautelares – incluindo a prisão temporária – são consideradas uma exceção, sendo a liberdade a regra. A medida deve ser decretada em estado de absoluta necessidade, configurando a “exceção da exceção”, o que é a *ultima ratio* do processo penal (STF, 2022, p.4).

Com isso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4109/DF parcialmente procedente, conferiu interpretação conforme com a Constituição Federal à Lei nº 7.960/89. A Corte fixou cinco requisitos cumulativos de validade da prisão temporária no julgamento da. A primeira condição diz respeito à imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial. Essa exigência, que se relaciona com o *periculum libertatis*, deve ser comprovada por elementos concretos, e não por meras conjunturas. A decisão vedou explicitamente a utilização da prisão temporária como um tipo de prisão por averiguação, prática que viola o direito à não autoincriminação. Da mesma forma, a prisão não pode ser fundamentada no mero fato de o investigado não possuir residência fixa, pois esta circunstância, por si só, não justifica a aplicação da medida. Em segundo plano, é indispensável a existência de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes descritos no rol taxativo do art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/1989. O Supremo Tribunal Federal enfatizou que a lista de crimes é de natureza taxativa, não admitindo qualquer tipo de analogia ou interpretação extensiva, uma vez que a intervenção estatal na liberdade dos indivíduos exige a obediência ao princípio da legalidade estrita. Este requisito está ligado ao *fumus comissi delicti*, e é indispensável para a decretação de qualquer medida cautelar.

Ademais, a decretação dessa modalidade de prisão deve ser justificada em fatos novos ou contemporâneos, conforme o disposto no art. 312, § 2º, do Código de Processo Penal. Esse critério está ligado aos fatos que justificam a medida e os riscos ao inquérito que se busca prevenir. A Corte entendeu que, embora este dispositivo se refira à prisão preventiva, sua aplicação à prisão temporária é uma consequência lógica e necessária da natureza cautelar das prisões provisórias e do princípio da presunção de não culpabilidade.

Por fim, a prisão temporária precisa ser adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do investigado. Esta adequação se alinha com o princípio da proporcionalidade e necessidade de a prisão cautelar ser utilizada como exceção. A medida somente será aplicada se as mediadas cautelares diversas da prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, não forem consideradas suficientes para atingir os objetivos processuais.

Destaca-se a previsão do art. 2º da Lei nº 7.960/89, a qual se encontra em harmonia com a ordem constitucional de 1988 que possui o art. 5º, LIV, como alicerce principal para o sistema acusatório-democrático que se pretende consagrar. Isso ocorre, pois, a prisão temporária somente será decretada pelo magistrado mediante representação da autoridade policial ou por meio de requerimento do Ministério Público (Brasil, 1989). Isso significa que o juiz não pode tomar a iniciativa nas fases de investigação e é vedada a substituição da atuação de qualquer das partes pelo magistrado, o que constitui um fundamento essencial do sistema acusatório.

Além disso, o estabelecimento dos requisitos essenciais para a prisão temporária, como a exigência de fatos novos ou contemporâneos e a adequação à gravidade concreta do crime, consolida a medida como uma *ultima ratio*, pois, desse modo, a custódia temporária só poderá ser decretada apenas se as medidas alternativas à prisão não forem suficientes para os fins do processo. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade aqui analisada, esclareceu que inexiste prisão automática no sistema jurídico brasileiro, uma vez que a prisão cautelar é sempre excepcional, motivada e formalizada, em conformidade com os princípios constitucionais (STF, 2022, p. 34). Isso configura a sua excepcionalidade e sublinha a necessidade de que a restrição à liberdade, um dos pilares do modelo acusatório, seja tratada com o devido rigor. A prisão temporária, assim como todas as medidas que privam a liberdade, só se torna legítima se respeitar o devido processo legal e a presunção de não culpabilidade. Esses direitos fundamentais são imprescindíveis para a estrutura acusatória e para a compatibilidade da Lei da Prisão Temporária com a Constitucional Federal e seus princípios, especialmente os consagrados no art. 5º, LIV e LXVI.

A relevância dessa harmonia com a estrutura acusatória é ampliada pela expressa adoção dessa espécie de sistema processual no Código de Processo Penal e demais modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). O Brasil, ao caminhar para a efetivação desse modelo, reforça a necessidade de que o

juiz permaneça distanciado nas funções de investigar e acusar, devendo o magistrado permanecer com uma postura desinteressada, sendo um observador, uma vez que é vedada a iniciativa do juiz na ausência de provocação da acusação no sistema acusatório.

A tendência do ordenamento jurídico nacional em se adequar a esse sistema robustece a ideia de que a privação da liberdade, mesmo em caráter cautelar, deve sempre emanar de uma provocação das partes, não da iniciativa do próprio órgão julgador, garantindo, assim, a observância dos direitos fundamentais do acusado em um processo que se propõe a ser justo e democrático.

3.3 A PRISÃO EM FLAGRANTE COMO PRÉ-CAUTELAR

No que concerne à prisão em flagrante, a etimologia da palavra flagrante remonta ao verbo latino *fragrare*, que evoca a ideia de algo ardente, que está em chamas. Já sob a perspectiva jurídica, significa o exato instante em que o indivíduo realiza os elementos constitutivos, tanto objetivos e como subjetivos, de um tipo penal (Rangel, 2023, p. 868). De forma semelhante, Aury Lopes Júnior (2020, p.933) explica que a “chama” da situação flagrante representa a possibilidade de ser comprovada a ocorrência de um crime por meio de prova direta. Em outras palavras, a flagrância se manifesta quando o crime é tão evidente quanto um fogo, permitindo a sua constatação de forma imediata. Trata-se, portanto, de uma existência manifesta de um delito, tentado ou consumado.

Para que uma situação seja qualificada como flagrante, conforme ensinamentos de Paulo Rangel (2023, p. 869), é necessário que os elementos objetivos e subjetivos do tipo sejam atuais. Isso implica que a conduta delituosa deve estar em pleno curso ou ter sido recém-concluída. Além da atualidade, exige-se que a ocorrência do ato seja visível, ou seja, que se manifeste de forma externa e perceptível. Dessa maneira, a concretização da situação flagrante pressupõe não apenas a contemporaneidade do fato delitoso, mas também sua externalização, permitindo a sua observação direta.

A notória externalização e imediata visibilidade da conduta criminosa em situação de flagrante delito impõe aos entes públicos competentes uma obrigação de pronta atuação (Lopes Jr., 2020, p. 933). Esse dever consiste em impedir a continuidade da ação delitosa, caso esta ainda esteja em curso. Por outro lado, se a

prática ilícita houver sido recém-finalizada, surge a obrigação de intervenção no sentido de deter o autor do fato.

Atualmente, com as mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime, o art. 310 do Código de Processo Penal prevê que a autoridade policial deve registrar o auto de prisão em flagrante e remetê-lo ao juízo competente. Após isso, em até 24 horas, o magistrado deve promover a audiência de custódia, na qual se farão presentes o Ministério Público e o advogado, ou defensor público, do flagranteado. Neste ato, será deliberada a situação do detido, podendo ser determinado o relaxamento da prisão, quando for ilegal; a conversão do flagrante em prisão preventiva, se presente os requisitos ou se as medidas cautelares diversas foram insuficientes; ou a concessão da liberdade provisória, mediante ou não fiança (Brasil, 1941).

Assim, a prisão preventiva, uma das espécies de medidas cautelares pessoais, pode ser decretada a partir de uma situação de flagrância. Sobre esse tema, Aury Lopes Júnior (2020, p. 934) assevera que a prisão em flagrante constitui uma medida de caráter precário, uma mera detenção de caráter instrumental que não se relaciona com a necessidade de salvaguardar o processo. Assim, não se configura como uma medida cautelar, mas sim pré-cautelar. Sua finalidade restringe-se a colocar o flagranteado à disposição do magistrado para que adote ou não uma medida cautelar propriamente dita.

A aplicação dessa medida pré-cautelar implica a aceitação do risco de uma privação temporária da liberdade do cidadão por uma questão de ordem pública. Dessa forma, impõe-se que, em até 24 horas o juiz delibre sobre a legalidade da detenção ou manutenção da restrição de liberdade sob a modalidade da prisão preventiva (Lopes Jr., 2020, p. 935-936). Em razão da natureza efêmera da prisão em flagrante, torna-se inadmissível a manutenção da privação à liberdade com base unicamente na homologação desse ato. A simples condição de ter sido detido em flagrante não justifica a continuidade do encarceramento do indivíduo, assim é preciso fundamentar a conversão da custódia na presenta do *fumus commissi delicti, periculum libertatis*, além de expor as razões pelas quais as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, são insuficientes e inadequadas (Lopes Jr., 2020, p. 959-960).

No tocante à conversão da prisão em flagrante da prisão preventiva, Aury Lopes Júnior (2020, p.936) adverte que essa medida pode ser decretada somente mediante requerimento do Ministério Público, representação da autoridade judicial,

provocação do querelante ou do assistente. A atuação de ofício do magistrado não é permitida nesse caso, sob pena de violação aos artigos 311, 3º-A e 282, §§ 2º e 4º do Código de Processo Penal. Isso ocorre pois, com as mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime, que buscou consagrar o sistema acusatório, é defeso a imposição das medidas cautelares de ofício pelo magistrado, inclusive da prisão preventiva (Brasil, 2019). O art. 282, §§ 2º e 4º, antes dessa alteração, autorizava que as medidas cautelares fossem determinadas pelo magistrado de ofício ou a pedido das partes, ou, ainda, na fase investigatória, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Além disso, o citado dispositivo também estabelecia que, em caso de violação das obrigações impostas, o juiz, *ex officio*, ou mediante provocação das partes, poderia substituir a medida, cumulá-la com outra, ou, em ultima instância, ordenar a prisão preventiva. Com a supressão da atuação de ofício dos mencionados dispositivos legais, é ilegal a atuação de ofício do magistrado na fase pré-processual e na ação penal quando a aplicação das cautelares.

Em suma, a análise da conversão do flagrante em prisão preventiva revela uma tendência de diminuição da atuação *ex officio* dos juízes, consolidando as alterações do Código de Processo Penal trazidas pelo Pacote Anticrime. Este cenário alinha-se com a distinção das funções de acusar e julgar, a qual representa um pilar essencial do sistema acusatório.

3.4 A PRISÃO PREVENTIVA

A chegada da Constituição Federal em 1988, com sua postura garantista e democrática, impôs a necessidade de uma reforma no processo penal brasileiro. Essa nova realidade constitucional, evidenciada pelo rol de direitos fundamentais elencados em seu art. 5º, demonstrou que muitos institutos do Código de Processo Penal de 1941 não foram compatíveis e, consequentemente, não foram recepcionados pela nova ordem jurídica (Giacomolli e Ribeiro, 2021, p.11). Tal incompatibilidade decorre do fato de que o Código de Processo Penal foi forjado sob a égide da Constituição de 1937. Naquela época, o Brasil vivia um momento de exceção ao Estado de Direito, e as normas processuais penais foram criadas sob a nítida influência do regime fascista italiano, o qual possui fundamentos totalitários.

Originalmente, a prisão preventiva possuía um caráter mandatório, de tal modo que a liberdade do indivíduo, ao iniciar um inquérito ou sendo réu de um

processo, era tratada como uma exceção à regra. O Código de Processo Penal, anteriormente, previa hipóteses que se configuraram como uma notória antecipação da pena, sendo o encarceramento tratado como medida automática. Exemplos disso incluem a prisão decorrente da decisão de pronúncia no rito do Tribunal do Júri, (antiga redação do art. 408, § 1º) e a prisão que sucedia uma sentença condenatória ainda sujeita a recurso (redação original do art. 594). Nesse panorama de manter o indivíduo sob custódia, o art. 311 expressamente autorizava que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, além das hipóteses de decretação por provocação do Ministério Público, do querelante ou mediante representação da autoridade policial.

Embora o Código de Processo Penal de 1941, com suas origens totalitárias, continue em vigor até os dias atuais, ele sofreu diversas modificações ao longo dos anos para tentar se adequar aos preceitos do Estado Democrático de Direito que exige uma sentença definitiva para que possa ser feito o encarceramento (Rangel, 2023, p. 914). Nesse cenário, a prisão preventiva só se justifica pela comprovada necessidade de decretação na realidade fática, não por meras alegações ou conjecturas. Essa visão foi reforçada pela Lei nº 12.403/2011, que introduziu profundas alterações no Código de Processo Penal, com o objetivo de situar essa modalidade de privação à liberdade como *ultima ratio*, exigindo que sua imposição se baseasse em critérios de necessidade e adequação, a fim de evitar a banalização do encarceramento processual. Como exemplo da necessidade de obediência a esses requisitos, a citada lei deu origem à redação atual do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal. Esse dispositivo estabelece que a conversão da prisão em flagrante em preventiva deve ser feita apenas quando os requisitos do art. 312 do CPP estiverem devidamente presentes e, ainda, se as medidas cautelares diversas da prisão forem insuficientes. Assim, a norma mostra a importância de uma análise rigorosa e individualizada de cada caso em particular, garantindo que a privação da liberdade seja aplicada quando necessária e adequada, e se as medidas alternativas mais brandas não se mostrem eficazes para tutelar o processo.

Durante muito tempo, a redação do art. 311 do Código de Processo Penal permitia a decretação da prisão preventiva decretada de ofício no curso do processo. Conforme ensinamentos de Aury Lopes Júnior (2020, p.984), essa prerrogativa constituía uma violação ao sistema acusatório. Para o autor, esse ativismo judicial sacrificava a imparcialidade do magistrado, que, atuando em nome do Estado, deveria

permanecer alheio aos interesses da causa, comportando-se como um terceiro imparcial.

Um avanço ainda mais significativo, a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) restringiu a atuação judicial, se aproximando do modelo acusatório que buscava-se concretizar com a Constituição Federal. A prerrogativa de decretar a prisão preventiva permanece com o magistrado, contudo, a decisão está condicionada à provocação das partes, seja na fase de investigação policial ou no curso do processo penal. A iniciativa de solicitar a custódia deve partir do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação, ou mediante representação da autoridade policial. Essa mudança legislativa é um reflexo direto da supressão da expressão “de ofício” da redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, vedando a iniciativa do juiz.

No contexto da audiência de custódia, que pode resultar na conversão da prisão em flagrante em preventiva, o art. 310, II, do Código de Processo Penal, prevê que o magistrado pode realizar tal conversão quando presentes os pressupostos do art. 312 do mesmo Código e se as medidas cautelares alternativas à prisão se revelarem insuficientes. Em uma análise inicial, a redação do referido artigo pode sugerir uma lacuna normativa acerca da possibilidade de atuação de ofício do juiz. Isso ocorre, pois a literalidade do dispositivo exige apenas o cumprimento dos requisitos da prisão preventiva previstos no art. 312, sem fazer menção à necessidade de requerimento prévio por parte do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, como prevê o art. 311 ao se referir à prisão preventiva. Contudo, essa aparente controvérsia é resolvida mediante interpretação sistemática do próprio Código de Processo Penal. O art. 282, § 2º, estabelece de forma clara que as medidas cautelares devem ser decretadas pelo juiz somente a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

No mesmo sentido, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a vedação da atuação de ofício do magistrado é uma decorrência direta das mudanças introduzidas pelo Pacote Anticrime. A Súmula nº 676 consolidou essa interpretação, fixando o entendimento que devido às mudanças da Lei nº 13.964/2019, o magistrado não pode, de ofício, decretar a prisão preventiva ou converter a prisão em flagrante em preventiva. Analisando as decisões que se fundamentaram nessa compreensão, nota-se a adoção de uma tese que soluciona essa aparente lacuna, pois a conversão

da prisão em flagrante em preventiva deve ser realizada mediante a interpretação conjunta dos dispositivos legais do Código de Processo Penal (STJ, 2021b). O referido julgado considerou a abordagem por interpretação sistemática do art. 3º-A, que estabelece a estrutura acusatória do processo penal e veda a iniciativa do juiz na fase de investigação, o art. 282, § 2º, que determina que as medidas cautelares sejam decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, e o art. 311, *caput*, que reforça que a prisão preventiva caberá em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, desde que decretada pelo juiz a requerimento das partes ou por representação da autoridade policial.

Ademais, a Sexta Turma do STJ comprehende, ainda, que a conversão da prisão em flagrante para a modalidade preventiva é descabida, visto que não há distinção substancial entre o ato de decretar a prisão preventiva pela primeira vez ou efetuar a conversão a partir de um flagrante (STJ, 2021a).

Assim, a trajetória do processo penal brasileiro revela uma progressiva transição de um modelo com resquícios inquisitoriais para a consolidação de uma estrutura acusatório-democrática. As alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019 representa um marco nesse processo, solidificando a tendência de alinhamento aos preceitos da Constituição Federal.

Em virtude dessas substanciais modificações, que visaram à compatibilização entre a legislação infraconstitucional e a Carta Magna, a atuação judicial foi modificada, e o papel do magistrado se restringiu a deferir ou não prisão preventiva. Essa restrição ao poder do juiz é um pilar importante do sistema acusatório, que exige a separação das funções de acusar e julgar para garantir a imparcialidade do julgador. O magistrado, nesse modelo processual, deve manter uma posição de distanciamento, atuando como um observador e garantidor dos direitos, alheio à atividade investigatória e à gestão da prova, que compete às partes. As mudanças promovidas pelo Pacote Anticrime representam uma tentativa de superar a “genética inquisitorial” do Código de Processo Penal de 1941, que se mostrava em desarmonia com o paradigma constitucional inaugurado em 1988.

Giacomolli e Ribeiro (2021, p.21-22) destacam a vedação à decretação da prisão preventiva de ofício como uma das mais significativas inovações introduzidas para o Código de Processo Penal, que espelha as garantias constitucionais. Essa modificação, no viés dos autores, é vista como um passo essencial para superar o

modelo ultrapassado da codificação, que nasceu com cerne inquisitório, apontado como uma codificação arcaica e ultrapassada. Assim, percebe-se que essa alteração faz com que as normas constitucionalmente impostas sejam resguardadas, em especial atenção à imparcialidade do magistrado, que é um pressuposto fundamental do sistema acusatório.

Também, por força das modificações da referida lei, o caput do art. 312 e §§ 1º e 2º do CPP passaram a ter a seguinte redação:

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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º 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).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

A partir desses dispositivos legais podemos extrair os pressupostos do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Sobre o *fumus commissi delicti*, em primeiro plano, é necessário que existam indícios de autoria e comprovação da materialidade do crime. Porém, como explica Aury Lopes Júnior (2020, p.985), sobre a existência do delito, não se exige uma certeza absoluta sobre o seu acontecimento. Para tanto, é suficiente que se demonstre de forma fundamentada uma probabilidade razoável, ou seja, a existência de uma provável situação jurídica na qual há indícios concretos da sua existência, como uma espécie de diagnóstico inicial sobre a questão principal do processo, que deve ser ampara por sinais externos que tenham um real suporte fático.

Esse pressuposto também exige mais do que uma mera suspeita, pois a prisão cautelar impõe um alto custo à liberdade individual. Desse modo, é necessário um juízo de probabilidade razoável, fundamentado na realidade fática apurada ao longo das investigações ou do processo, no qual haja o predomínio das razões que justifiquem a medida. Isso demanda não apenas a presença de “requisitos positivos”, ou seja, elementos que indiquem a autoria do delito, mas também a inexistência de “requisitos negativos”, como a ausência de fatos que apontem prováveis causas de exclusão da ilicitude ou de culpabilidade (Lopes Jr., 2020, p. 987). Assim, a inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos da autoria confere legitimidade a prisão preventiva, impedindo que seja decretada sem justificação legal e comprobatória.

O *periculum libertatis*, ao seu modo, fundamenta a decretação da prisão preventiva no perigo que a manutenção da liberdade do acusado representa para o processo. Conceitua-se como o receio de que a demora na prestação jurisdicional possa comprometer a aplicação da lei penal (Rangel, 2023, p. 924). Esse pressuposto encontra respaldo no art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, que permite a imposição da medida para garantir a ordem pública ou a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal. É importante ressaltar que esses critérios são alternativos, bastando a presença de um deles para justificar a cautelar. Contudo, essa justificativa deve ser amparada em fatos atuais e contemporâneos, nos termos do art. 312, § 2º, do Código de Processo Penal, para que se configure sua legitimidade.

Sobre a expressão “garantia da ordem pública”, Aury Lopes Júnior (2020, p.990) expressa seu receio quanto à maleabilidade conceitual do termo. Para o autor, essa imprecisão permite uma vasta gama de interpretações, o que, por vezes, resulta na prolação de decisões judiciais sem a devida fundamentação. Ao seu ver, Rangel (2023, p.923) entende que o conceito de ordem pública se traduz na paz e na tranquilidade social. Assim, a privação temporária da liberdade do indivíduo poderia ser justificada se ele, ao continuar a praticar ilícitos, perturbasse a paz social, desde que os demais requisitos legais para a decretação da medida também estivessem presentes. O doutrinador também lembra que é incabível a decretação dessa medida extrema em casos de comoção social, revolta popular ou quando houver ameaças de linchamentos contra o acusado, pois o Estado tem o dever de garantir a integridade do indivíduo. Segregá-lo, nesses casos, configuraria uma transferência da responsabilidade estatal de manter a ordem social para o cárcere, o que equivaleria a um reconhecimento da incompetência dos poderes instituídos em cumprir suas obrigações.

Além dos pressupostos do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, essa medida extrema poderá ser decretada apenas em crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a 4 anos, conforme a redação do art. 313, I, do Código de Processo Penal. A codificação processual também exige a devida fundamentação e motivação, com a indicação de fatos novos e contemporâneos (art. 313, § 2º) para que a medida seja imposta. Essa determinação está em plena conformidade com a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais. Nesse sentido, Paulo Rangel (2023, p.937) aponta que uma decisão de decretação

de prisão preventiva que careça de fundamentação é nula, e tal nulidade pode ser reconhecida por meio de interpretação de *Habeas Corpus*. O juiz, para justificar a medida, deve demonstrar a relação concreta da prisão como causa, sendo ilícito a decisão que se limita à mera reprodução ou simples paráfrase do texto normativo.

Sobre a possibilidade de revogação da medida, o art. 316, *caput*, do CPP, leciona que o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá revogá-la se verificar a ausência de motivos que a justifiquem no curso da investigação ou do processo. No entanto, essa prerrogativa não deve ser vista como uma mera faculdade do juiz, pois se trata de uma norma concessiva de um direito (Rangel, 2023, p.940). Uma vez que desapareçam os motivos para que a prisão subsista (*o periculum libertatis* e *o fumus commissi delicti*), o direito do réu é o de ser posto em liberdade.

Assim, no contexto da prisão preventiva, o panorama processual penal brasileiro revela uma transição fundamental de sua matriz inquisitorial para a consolidação de um sistema acusatório-democrático que foi iniciada com a Constituição Federal de 1988. O Código de Processo Penal de 1941, com sua origem em uma fase de exceção ao Estado de Direito, tratava a prisão preventiva como uma medida compulsória e a liberdade como uma exceção, chegando a permitir a decretação de ofício pelo magistrado.

Essa lógica inquisitória, contudo, foi progressivamente reconfigurada pelas reformas legislativas. A Lei nº 12.403/2011, por exemplo, buscou posicionar a prisão preventiva como *ultima ratio*, exigindo que sua imposição se baseasse em critérios de necessidade e adequação. O avanço mais significativo veio com a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que supriu a expressão “de ofício” do art. 311 do CPP, vedando a decretação sem provocação. Essa restrição à atuação do magistrado é um pilar do sistema acusatório, que exige a separação das funções de acusar e julgar para garantir a imparcialidade do julgador.

Em síntese, a decretação da prisão preventiva depende do cumprimento de rigorosos pressupostos: o *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e materialidade) e o *periculum libertatis* (perigo que a liberdade do acusado representa ao processo ou à sociedade). É exigida uma fundamentação concreta, baseada em fatos novos e contemporâneos, e não em meras conjecturas. Dessa forma, percebe-se como o ordenamento jurídico busca, por meio de requisitos estritos e da limitação ao poder judicial, alinhar a prisão preventiva com o modelo acusatório, protegendo e estabelecendo a liberdade individual como regra do processo penal.

3.5 AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Com a Lei nº 12.403/11, uma das mais significativas alterações introduzidas no Código de Processo Penal foi a inclusão do Capítulo V, que instituiu as medidas cautelares diversas da prisão. O art. 319 da Codificação prevê o monitoramento eletrônico, o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e de contato com pessoas específicas, a proibição de ausentar-se da comarca, o recolhimento domiciliar noturno, a suspensão do exercício de função pública, internação provisória e a fiança.

Essa nova legislação surgiu com o propósito de mitigar o abuso cometido contra a liberdade de locomoção que o próprio Código de Processo Penal, em sua versão inicial, permitia, pois existia uma dicotomia entre a prisão e a liberdade, sem medidas intermediárias, o que tornava o encarceramento recorrente. Na visão de Rangel (2023, p. 914), a prisão preventiva havia sido banalizada no Brasil, resultado no encarceramento indevido de pessoas que deveriam permanecer em liberdade, muitas vezes através de decisões sem a devida fundamentação. Em um Estado Democrático de Direito, qualquer restrição a direitos fundamentais, como a liberdade, deve ser pautada pela proporcionalidade, razoabilidade e pela presunção de que a liberdade é a regra.

Assim como as medidas cautelares que privam a liberdade, para que as cautelares diversas da prisão sejam impostas, é imprescindível a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (Lopes Jr., 2020, p. 1028). No entanto, elas não devem ser utilizadas para substituir a prisão preventiva quando essa já não se justifica. Como exemplo, Aury Lopes Júnior cita o caso de um indivíduo que foi preso sob o fundamento de tutela da prova, mas, uma vez que essa prova é colhida e os motivos para a prisão desaparecem, a liberdade deve ser concedida, sem que as medidas cautelares diversas sejam impostas para dar lugar a uma nova restrição, pois não há mais o perigo da liberdade do indivíduo.

É crucial também que, para a aplicação dessas medidas, se observem a necessidade e adequação, nos termos do art. 282 do Código de Processo Penal. Esse artigo prevê que a medida deve ser necessária para a investigação, para a instrução criminal, para a aplicação da lei penal ou, em casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Além disso, a medida precisa ser adequada à

gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado ou indiciado. A escolha da cautelar deve recair sobre o meio menos gravoso para o indivíduo, respeitando os direitos e garantias constitucionais com a mínima intervenção na liberdade (Rangel, 2023, p. 1022).

Vale lembrar que, embora sejam medidas substitutivas da prisão preventiva, as cautelares diversas da prisão são também autônomas. Conforme o art. 282, § 1º do Código de Processo Penal, elas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. Em virtude de seu caráter autônomo, essas medidas podem ser aplicadas a qualquer crime, mesmo àqueles cuja pena máxima não autorizaria a decretação da prisão preventiva. Contudo, é imperativo que se observe a proporcionalidade e a excepcionalidade em sua imposição, pois, por serem medidas cautelares, só serão aplicadas se forem estritamente necessárias e proporcionais à pena que o indivíduo pode vir a receber em uma eventual condenação, além de obedecerem à principiologia constitucional (Lopes Jr., 2020, p.1029).

Outras peculiaridades que merecem ser analisadas referem-se à iniciativa para a decretação de medidas cautelares e as consequências de seu descumprimento. Conforme o art. 282, § 2º do Código de Processo Penal, as medidas cautelares devem ser decretadas a requerimento das partes, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Outrossim, se as obrigações estabelecidas em uma medida cautelar forem descumpridas, o juiz, após ser provocado por requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, terá a faculdade de substituir a medida, impor uma nova em conjunto com a anterior, ou, como último recurso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

No caso desses dois dispositivos legais, nota-se que antes da Lei nº 13.964/2019, suas antigas redações constavam a expressão “de ofício”. Essa previsão autorizava o magistrado a decretar as medidas cautelares por iniciativa própria, mesmo sem a provação das partes e demais legitimados. Além disso, em caso de descumprimento das obrigações anteriormente impostas, o juiz podia, também sem requerimento, substituir a medida, aplicar outra em cumulação, ou, ordenar a prisão preventiva. Com a vigência da Lei nº 13.964/2019, o termo “de ofício” foi suprimido. Com isso, restou apenas a possibilidade de decretação das medidas cautelares mediante a necessária provação das partes.

Em razão da estrutura acusatória, as medidas cautelares diversas da prisão, como também ocorre com a prisão preventiva, podem ser decretadas pelo juiz apenas mediante provocação, sendo vedada a atuação de ofício do magistrado.

A introdução da Lei nº 12.403/2011 em nosso ordenamento jurídico representou alterações profundas no Código de Processo Penal, principalmente com a criação das mediadas cautelares diversas da prisão. Essa legislação teve como objetivo principal mitigar o abuso contra a liberdade de locomoção que se tornou recorrente sob a vigência do CPP antes dessa mudança legislativa. Antes, operava a dicotomia de “prisão ou liberdade”, sem prever alternativas intermediárias para a tutela do processo. Nesse contexto, a prisão preventiva havia sido banalizada, e a nova lei buscou resgatar o respeito aos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, pautando a restrição do direito à liberdade pela proporcionalidade e pela presunção de que a liberdade é a regra.

Embora concebidas como substitutas da prisão preventiva, essas novas modalidades cautelares possuem caráter autônomo, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Contudo, sua aplicação não é discricionária, exigindo a presença do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. É imperativo, ainda, que sua imposição observe os princípios de necessidade e adequação, devendo a escolha recair sobre o meio menos gravoso ao acusado, respeitando os princípios constitucionais.

Nesse contexto, a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) trouxe uma mudança crucial que consolidou essa lógica acusatória. Com a supressão do termo “de ofício” do art. 282, §§ 2º e 4º, vedou-se a iniciativa do magistrado tanto na decretação inicial das cautelares quanto em sua substituição ou no caso de descumprimento. Essa alteração reforça que, na estrutura acusatória, a atuação do juiz é restrita e condicionada à provocação das partes, garantindo a imparcialidade do julgador e consolidando o princípio de que a liberdade do indivíduo deve ser preservada.

4 A LEI 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) E A PRISÃO PREVENTIVA

A Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, constitui-se como um marco jurídico no combate à violência doméstica no Brasil. A legislação surge com várias inovações, estendendo a proteção não só à mulher em situação de violência,

mas também a seus familiares e testemunhas. A lei, concebida como um instrumento para assegurar uma vida digna e sem violência, pode ser compreendida como uma medida de discriminação positiva à mulher (Bianchini, 2014, p.22), buscando romper com um passado de discriminação negativa que era reforçado, inclusive, por previsões legais. Um exemplo disso é o antigo Código Civil, que vigorou até 2002 e permitia ao homem anular seu casamento caso descobrisse que sua esposa fora deflorada anteriormente.

Nesse cenário de assimetria, para além de alterações paradigmáticas no agir social, é preciso um aparato jurídico sensível e rigoroso para proteger as mulheres. Em resposta a essa demanda, surgiram dispositivos como a prisão preventiva, cuja previsão do art. 20 da Lei nº 11.340/06 é fruto da necessidade de estabelecer controles energéticos para conter o quadro dramático da violência doméstica no Brasil.

No entanto, a Lei Maria da Penha, sancionada em 2006, antecede importantes mudanças legislativas. Ela é anterior à Lei nº 12.403/11, que aprimorou os institutos das prisões provisórias e das medidas cautelares diversas da prisão, e também precede a Lei nº 13.964/2019, o Pacote Anticrime, que promoveu alterações substanciais na prisão preventiva e estabeleceu formalmente o sistema acusatório.

O Pacote Anticrime, por sua vez, alterou a redação do art. 311 do Código de Processo Penal, suprimindo a permissão para a decretação da prisão preventiva de ofício e consolidando o sistema acusatório no art.3º-A da codificação. A Lei Maria da Penha, todavia, não teve seu art. 20 alterado por essa nova legislação. Diante disso, e considerando que o ordenamento jurídico exige a coexistência harmônica de suas normas para garantir a segurança jurídica, torna-se imperativo analisar a compatibilidade do art. 20 da Lei Maria da Penha com as novas disposições do CPP, pois a sua literalidade permite a decretação da prisão preventiva por parte do magistrado sem a necessidade de provocação. Para tanto, será apresentado, de forma breve, o histórico da Lei Maria da Penha e de suas medidas protetivas de urgência, uma vez que a prisão preventiva constitui uma delas, para, sem seguida, aprofundar o exame da referida norma.

4.1 UM BREVE HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA E SUAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto 2006, amplamente conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada com o propósito de combater a violência doméstica e familiar contra a mulher. A referida norma encontra fundamento direto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, que estabelece duas determinações ao Estado: a obrigação de assegurar a assistência familiar, na pessoa de cada um de seus integrantes, e o dever de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares.

O nome da lei faz referência a Maria da Penha Maia Fernandes, que foi a responsável por denunciar o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A denúncia resultou na condenação do país por negligência e omissão em relação à violência doméstica, o que impulsionou a criação da legislação. A Lei nº 11.340/2006 foi, assim, instituída como um mecanismo de proteção às mulheres, e tem se mostrado eficaz, pois fomenta a denúncia não apenas por parte da vítima, mas também por toda a sociedade (Teles, 2011).

A Lei Maria da Penha, em seus artigos 5º e 7º, estabelece os critérios para a caracterização da violência doméstica e familiar. Conforme a legislação, a violência deve ser baseada na questão de gênero e praticada em um contexto familiar ou de qualquer tipo de relação íntima de afeto. As normas também especificam que a violência abrange formas de sofrimento físico, sexual, psicológico, moral ou patrimonial.

No que tange à questão da violência baseada no gênero, Alice Bianchini (2014, p.33) define características principais para sua identificação. Segundo a autora, essa espécie de violência decorre da relação de poder e dominação do homem sobre a mulher, da violência institucionalizada nas práticas cotidianas, e dos papéis sociais impostos a ambos, que são reforçados pela ideologia patriarcal calcada em uma hierarquia de poder.

Com o intuito de garantir a segurança e a proteção das mulheres em situação de violência doméstica, a Lei 11.340/06 estabeleceu mecanismos de proteção específicos, descritos no Capítulo II da referida lei. Tais mecanismos são as medidas protetivas de urgência.

Conforme o art. 18, uma vez registrada a denúncia perante a autoridade policial, o juiz tem o prazo de 48 horas para analisar a solicitação e se pronunciar sobre a aplicação das medidas. Além disso, a lei determina que o juiz comunique o Ministério Público para as providências cabíveis, ordene a apreensão de arma de fogo

que esteja em posse do agressor e, se necessário, direcione a vítima para órgão de assistência judiciária. Esse encaminhamento visa auxiliar a mulher em questões como ajuizamento de ações de separação judicial, divórcio, anulação de casamento ou dissolução de união estável. Ainda, o art. 19 complementa a previsão legal citada acima, estabelecendo que as medidas podem ser solicitadas pela própria ofendida ou por requerimento do Ministério Público.

As medidas protetivas de urgência podem ser concedidas de forma isolada ou cumulativa, a depender da necessidade e das circunstâncias de cada caso. Elas recarem sobre o agressor, impondo-lhe obrigações, ou são dirigidas à vítima, podendo ser de caráter pessoa, patrimonial e nas relações de trabalho. São elas:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentaçāo de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga

VI – conceder à ofendida auxílio-aluguel, com valor fixado em função de sua situação de vulnerabilidade social e econômica, por período não superior a 6 (seis) meses

A Lei Maria da Penha é reconhecida como um significativo avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que adota uma abordagem vanguardista para o combate à violência contra a mulher. Conforme apontam Sanches e Zamboni

(2018, p.2), as inovações mais relevantes da legislação são as medidas protetivas de urgência, que se fundamentam em uma natureza cautelar. O principal objetivo de sua criação foi disponibilizar instrumentos jurídicos eficientes, capazes de amparar as mulheres vítimas de violência doméstica, atuando com uma resposta estatal célere para prevenir danos e lesões, com a finalidade de promover a diminuição dos índices de violência.

Essa abordagem reflete uma tendência global que se afasta da visão focada exclusivamente na punição do agressor. Em vez disso, a Lei Maria da Penha prioriza a implementação de políticas preventivas e protetivas, adotando uma perspectiva de intervenção multidisciplinar no ambiente doméstico. Como exemplo dessa abordagem, na redação do já citado artigo 18, a lei permite o encaminhamento da mulher a serviços que auxiliam no ajuizamento de ações de separação e divórcio, além de retirar do poder do agressor armamentos, protegendo a integridade da vítima. Tal iniciativa visa a romper o ciclo de violência que compromete a paz e a integridade das famílias, demonstrando a preocupação do legislador com uma solução mais abrangente e humanizada (Sanches e Zamboni, 2018, p.2).

A legislação, em sua abordagem, contempla instrumentos de diversas áreas, como civil, trabalhista, previdenciário, penal e processual. Em razão dessas características, pode-se afirmar que a Lei Maria da Penha é heterotópica (Bianchini, 2014, p.179), uma vez que seus dispositivos possuem diversas naturezas jurídicas.

Para além das medidas exemplificadas no art. 22, a redação do seu *caput* confere ao magistrado a discricionariedade para determinar outras providências que entender necessárias, a depender das particularidades do caso concreto. Essa flexibilidade legal é reforçada pelo art. 13 da referida lei, que autoriza a aplicação subsidiária de normas do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, podem ser aplicadas a prisão preventiva e as medidas cautelares diversas da prisão, inclusive em conjunto com as medidas protetivas de urgência (Bianchini, 2014, p.189). Contudo, é imperativo que a imposição de tais medidas observe os princípios da necessidade, adequação e da proporcionalidade.

Entretanto, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) apresenta uma peculiaridade significativa no que diz respeito à imposição da prisão preventiva, que se manifesta na redação de seu art. 20, *caput*. Em seu corpo, o dispositivo prevê a possibilidade de que a prisão preventiva seja decretada pelo juiz de ofício, a qualquer

momento do inquérito ou da instrução criminal (Brasil, 2006). Tal prerrogativa, contrasta de maneira acentuada com o novo panorama do processo penal brasileiro.

4.2 O CONFRONTO ENTRE O ART. 20 DA LEI N° 11.340 DE 2006 E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Lei nº 11.340, que entrou em vigor em 2006, é uma norma de grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Embora conte com quase duas décadas de vigência, poucas de suas disposições legais foram alteradas. Entre as que se mantiveram inalteradas ao longo do tempo, destaca-se a redação do art. 20, que, em sua literalidade, confere ao magistrado a prerrogativa de agir *ex officio*, assim como se depreende da sua redação: “Art. 20. 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.”

Entretanto, essa disposição do referido diploma legal encontra-se em confronto com as alterações promovidas no Código de Processo Penal. Com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o art. 311 do Código de Processo Penal foi modificado de forma substancial. A reforma retirou a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, impondo que a sua atuação seja condicionada à provocação das partes. A redação atual do art. 311, que se segue, demonstra a mudança de paradigma: “Art. 311 Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Esse embate entre o dispositivo da Lei Maria da Penha e a norma do Código de Processo Penal, que veda a iniciativa do juiz, constituiu um aparente conflito de normas. Essa divergência não se limita a uma disputa legislativa, mas também representa uma afronta à imparcialidade do magistrado, que é um dos pilares do sistema acusatório.

As modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) inseriram uma inovação significativa ao Código de Processo Penal, ao consagrar a estrutura acusatória, conforme dispõe o art. 3º-A do CPP ao ensinar que “O processo

penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Diante desse novo cenário, torna-se imperativo analisar a compatibilidade do art. 20 da Lei Maria da Penha com esse novo paradigma. A resolução desse dilema exige, portanto, uma análise do referido dispositivo em face das disposições do art. 311 do Código de Processo Penal e do sistema acusatório, que foi expressamente consagrado no art. 3º-A da mesma codificação.

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas que rege uma sociedade, e a coexistência harmônica dessas normas é crucial para a segurança jurídica. No entanto, a natureza mutável do direito, que permite a edição de leis em momentos distintos, por legisladores diferentes e com propósitos diversos (Regalin, 2023, p. 157), cria um ambiente propício para o surgimento de conflito entre normas.

Examinando o art. 20 da Lei nº 20 da Lei nº 11.340/06 frente ao art. 311 do CPP, percebe-se uma antinomia jurídica. Uma antinomia é caracterizada como a presença de duas normas conflitantes em um mesmo ordenamento jurídico, onde há uma incerteza sobre qual deve ser aplicada a um caso concreto, e para que seja uma antinomia real devem ser observados os seguintes critérios: ambas precisam ser normas jurídicas, estarem vigentes, serem redigidas por autoridade competente, prescreverem ordem para um mesmo sujeito e seus conteúdos devem apontar para sentido opostos (Diniz, 1996, p.33-35).

Essa definição se aplica ao estudo em tela, pois o art. 20 da Lei Maria da Penha, uma lei especial editada em 2006, permite a atuação de ofício do magistrado na decretação da prisão preventiva, e por outro lado, o art. 311 do CPP, uma norma que teve sua redação alterada em 2019 pelo Pacote Anticrime, proíbe essa mesma atuação, estabelecendo que a prisão preventiva deve ser decretada mediante provocação das partes. Assim, vemos duas previsões diferentes para a mesma situação. Com fundamento no entendimento de Batista (1998, p. 28) pode-se chamar esse cenário de antinomia real, uma vez que não há um método legal claro para solucionar a controvérsia. Ou, se há critérios que auxiliem a resolver a antinomia, quando aplicados, levam a conclusões diversas e conflitantes entre si.

Uma vez que a antinomia surge, sua existência não impede que esse conflito seja resolvido. Para solucionar essa problemática é possível recorrer a dois caminhos: a edição de uma nova norma para pôr fim à controvérsia, ou a aplicação

de mecanismos de resolução já existentes no ordenamento jurídico, como os critérios cronológicos, hierárquico e da especialidade (Diniz, 1996, p.40).

O critério hierárquico é fundamentado na máxima de que a lei superior derroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*). Diniz (1996, p. 46) explica que uma lei superior, independente da ordem cronológica das normas conflitantes, a de nível mais alto terá preferência. O critério cronológico, por sua vez, estabelece que a lei posterior, no que for incompatível com lei anterior, revoga as suas disposições (*lex posterior derogat priori*), sendo esse critério aplicado se as leis estiverem em uma mesma hierarquia (Batista, 1998, p.30). Sobre o critério da especialidade, Maria Helena Diniz (1996, p.50) ensina que esse é baseado na máxima de que a lei especial prevalece sobre a lei geral, onde uma norma é considerada especial quando, além de conter elementos da norma geral, possuir elementos que a tornam particular.

Tendo em vista que o art. 20 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), é uma norma de caráter especial e anterior, enquanto a redação do art. 311, conferida pelo Pacote Anticrime, é norma geral posterior, temos um conflito entre os critérios da especialidade e o cronológico. Conforme Batista (1998, p. 30-31), a regra de resolução desse embate é a preferência pelo critério da especialidade. Porém, essa forma de resolução não é absoluta, pois é preciso ver a intenção do legislador ao editar uma nova lei, podendo ser aplicado o cronológico. Assim, (Batista, 1998, p.30) para solucionar o conflito entre lei anterior-especial e posterior-geral, pode-se levar em consideração que uma lei especial pode ser implicitamente revogada por uma lei geral posterior quando os princípios que sustente a lei anterior-especial forem incompatíveis com a legislação posterior-geral, e também incompatíveis com a intenção do legislador.

Existe uma linha doutrinária que defende a continuação da aplicação da prisão preventiva decretada de ofício em razão da prevalência do critério da especialidade. Nesse sentido, Bianchini (2022) explica que, apesar da relevante modificação introduzida pela Lei nº 13.964/19, que solidificou o sistema acusatório ao vedar a decretação de prisão provisória por iniciativa do magistrado, mantendo-o equidistante das partes para assegurar o equilíbrio processual, essa regra deve ser afastada nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez a Lei Maria da Penha constitui uma exceção por si só.

Ao defender a especialidade da lei, Bianchini expõe que sua natureza não é processual penal, pois apresenta especificidades que a distinguem do art. 311 do

CPP (Bianchini, 2022), como a falta da exigência dos requisitos do art. 313 do CPP (a determinação que o crime seja doloso e punível com pena privativa de liberdade superior a quatro anos) e o caráter de urgência das medidas protetivas, que nos termos do seu art. 19, podem ser concedidas imediatamente, inclusive a prisão preventiva.

Criticando a visão dos defensores da prevalência do critério da especialidade, Rogério Sanches Cunha (2020, p.78) cita o art. 12 do Código Penal, que dispõe que “as regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Ele ainda explica que o art. 20 da Lei Maria da Penha não contém disposição especial, pois se limitou a transcrever o art. 311 do Código de Processo Penal à época de sua criação, que em sua literalidade dispunha que: “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.” Assim, a consequência lógica da alteração sofrida pelo art. 311 após o advento da Lei nº 13.964/2019 seria sua incidência sobre a Lei Maria da Pena, especificamente em seu art. 20, no sentido de não mais conferir ao juiz a possibilidade de decretar a prisão preventiva sem prévia provocação (Cunha, 2020, p.78).

Em sentido semelhante, Elaine Cristina Monteiro Cavalcante (2021, p.10) afirma que o art. 20 da Lei Maria da Penha não possui qualquer característica especial em relação ao art. 311 do Código de Processo Penal, pois, na época de sua entrada em vigor, era uma mera reprodução do art. 311. Por esse motivo, a autora defende a harmonização da alteração promovida pelo Pacote Anticrime, uma vez que nova edição do art. 311 buscou se atentar ao princípio acusatório, onde não se permite a decretação da prisão preventiva de ofício na fase de inquérito policial e durante a ação penal, uma vez que o próprio art. 13 da Lei Maria da Penha prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

Assim, observando o Código de Processo Penal em crimes cometidos no âmbito de violência doméstico e familiar, a decretação da prisão preventiva não pode ser decretada de ofício, mas deve atender a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (Cavalcante, 2021, p.11). É indispensável a existência de prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, conhecido como *fumus commissi delicti*. Além disso, deve ser comprovado o perigo gerado pela liberdade do acusado, o chamado *periculum libertatis*, imposta para garantir a ordem pública ou

econômica, por conveniência da instrução criminal ou para a assegurar a aplicação da lei penal.

Não obstante a ausência de legitimidade para a decretação da prisão preventiva *ex officio*, a jurisprudência tem admitido a sua imposição em casos de descumprimento de medidas protetivas anteriormente aplicadas (Cavalcante, 2021, p.12). Nesses casos de violência doméstica, a decretação da prisão deve observar os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, bem como a provocação das partes, conforme o art. 311, tratando a liberdade como regra e o encarceramento como exceção. Assim, é preciso comprovar o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, nos termos do art. 312, ou ainda o art. 312, III, que permite a prisão preventiva “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”.

Outro aspecto que merece ser analisado é a compatibilidade do art. 20 da Lei Maria da Penha com o art. 3º-A do Código de Processo Penal. Esse último, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, estabelece que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

A Lei nº 13/964/2019 consolidou expressamente o sistema acusatório no processo penal brasileiro, cujas raízes já se encontravam na Constituição Federal (Cavalcante, 2021, p.4). A base do princípio acusatório pode ser extraída dos incisos LIV, XXXVII e LIII do art. 5º da Carta Magna, pois esses dispositivos legais asseguram a observância de um rito processual formal que exige o contraditório e a ampla defesa, sendo conduzido por um juiz imparcial.

Nesse panorama, o doutrinador Renato Brasileiro (2022, p.47) argumenta que a Constituição de 1988, ao estabelecer a ampla defesa e a presunção de inocência, orientou o ordenamento jurídico nacional para uma estrutura acusatória. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 6.298, conferiu ao art. 3º-A do Código de Processo Penal interpretação conforme a Constituição, declarando que a separação entre as funções de julgar, defender e acusar é essencial. Isso implica que não é mais lícito que o magistrado tome iniciativa nas fases de investigação e de substituir a atuação de qualquer das partes no processo (STF, 2023, p.9).

Percebe-se, assim, que o ideal de um processo penal acusatório, que prioriza a inércia do juiz, tem sido uma tendência do sistema jurídico brasileiro desde

a promulgação da Constituição de 1988, sendo reforçado pelas inovações da Lei nº 13.964/2019, que reduziram significativamente os traços inquisitórios. Essa evolução impõe a necessidade de retirar do magistrado o poder de agir de ofício na decretação de prisões, a fim de proteger o sistema acusatório e a imparcialidade do julgador (Campos e Silva, 2023, p.27-28)

Aury Lopes Júnior (2020, p.59) corrobora essa visão, explicando que, em um sistema acusatório, o julgador deve atuar somente quando provocado pelas partes, pois sua iniciativa viola o contraditório e a imparcialidade. A possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício é, portanto, incompatível com o sistema acusatório, que, após a reforma de 2019, atenuou de forma significativa os atos de caráter probatório ou persecutório por parte do magistrado.

Assim, nota-se que a Lei Maria da Penha, embora seja um marco jurídico no combate à violência doméstica, apresenta uma antinomia com o Código de Processo Penal após o Pacote Anticrime. A manutenção do seu art. 20, que permite ao juiz decretar a prisão preventiva de ofício, contrasta com a alteração do art. 311 do CPP, que extinguiu essa prerrogativa para consolidar o sistema acusatório.

É notável a transição de um modelo processual com resquícios inquisitórios para um sistema acusatório-democrático, cujas bases foram firmadas pela Constituição de 1988 e, de forma expressa, consagradas pelo Pacote Anticrime. Nesse cenário, o art. 20 da Lei Maria da Penha, por ser uma reprodução da antiga redação do art. 311, não possui natureza especial capaz de sobrepor-se à regra geral, que estabeleceu um novo paradigma processual.

Conclui-se, portanto, pela incompatibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício com a estrutura acusatória consolidada no art.3º-A do Código de Processo Penal, pois a inércia do magistrado é fundamental para a preservação de sua imparcialidade e para a garantia de um processo penal justo. A prevalência do art. 311 do CPP alinha o processo penal à evolução legislativa e constitucional, reforçando a visão de que o juiz deve atuar como um garantidor de direitos, e não como um ator da persecução penal.

4.3 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

A discussão teórica sobre a compatibilidade do art. 20 da Lei Maria da Penha com o sistema acusatório, bem como sobre a possibilidade da atuação de ofício

do juiz e seus limites, após as inovações introduzidas pelo Pacote Anticrime, encontra reflexos nas decisões judiciais brasileiras. Essa divergência constitui um dos principais desafios enfrentados pela jurisprudência.

Nesse contexto, este capítulo analisará como os tribunais, em especial o STJ, têm se posicionado sobre a possibilidade de o magistrado decretar a prisão preventiva de ofício em casos de violência doméstica. A análise levará em conta a literalidade do art. 20 da Lei nº 11.340/2006, a nova redação do art. 311 e a estrutura acusatória consolidada no art. 3º-A do CPP. O foco será nos principais julgados que abordam o tema, a fim de verificar se há entendimento que defenda a prevalência da especialidade, ou em favor de uma interpretação que prioriza a imparcialidade do juiz e o sistema acusatório.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o *Habeas Corpus* nº 773093-DF (2022/0302216-4), impetrado contra o Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios proferido no julgamento do HC nº 0727568-12.2022.8.07.0000. A decisão atacada confirmou a prisão preventiva de ofício decretada em 1º grau.

Essa medida foi tomada sem a provocação da autoridade policial e, notavelmente, em contra à manifestação do Ministério Público, que havia se posicionado pela concessão da liberdade provisória ao acusado.

Em sua fundamentação, a magistrada do Tribunal, embora tenha reconhecido que a nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal, conferida pela Lei nº 13.964/19, não mais permite a decretação de prisão preventiva *ex officio*, concluiu pela não incidência dessa norma ao caso em tela. A decisão justificou a não aplicação da regra geral do CPP com base no princípio da especialidade, argumentando que a Lei Maria da Penha possui dispositivos específicos para o cenário de violência doméstica. Dessa forma, foi aplicado o art. 20 da Lei nº 11.340/06, que autoriza a decretação da prisão preventiva de ofício.

Ademais, a juíza argumentou que as modificações promovidas pelo Pacote Anticrime não alcançaram as disposições da Lei Maria da Penha. Além disso, a necessidade da medida extrema foi justificada pelo fato do paciente não ser réu primário e pelo histórico de agressões, que colocam a vítima em uma situação de vulnerabilidade extrema.

Ao impetrar o remédio constitucional perante o Superior Tribunal de Justiça, a defesa do paciente contestou a decisão de segunda instância, solicitando o

reconhecimento da sua nulidade. O argumento principal da defesa era de que a nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal deveria ser aplicada ao caso, em razão da prevalência do sistema acusatório e de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico penal. A defesa não se opôs à possibilidade de decretação da prisão preventiva, mas ressaltou que a medida só seria válida se fossem respeitados os parâmetros legais, ou seja, a provocação prévia das partes para a sua imposição.

No Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, restou decidido que a decisão do Tribunal afronta os art. 311 e 282, § 4º do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 13.964/2019. De acordo com o entendimento da Corte, e com fundamento nos referidos dispositivos legais, a prisão preventiva só poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação, ou por representação da autoridade policial. A mesma regra se aplica no caso do descumprimento de uma medida cautelar, onde o juiz pode, como último recurso, substituí-la pela prisão preventiva, mas apenas mediante pedido dos mesmos legitimados.

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça não afastou expressamente o art. 20 da Lei Maria da Penha, mas, ao aplicar os artigos 311 e 282, § 4º, do CPP, reconheceu a prevalência do critério cronológico, ao contrário da decisão do Tribunal Estadual. Essa decisão reforça o argumento de que a decretação da prisão preventiva, mesmo em casos de violência doméstica, deve ser precedida de requerimento, alinhando-se à doutrina que defende uma interpretação sistêmica do processo penal. Ademais, corrobora o pensamento de Cavalcante (2021, p.11), que defende a aplicação dos requisitos do CPP aos crimes de violência doméstica e familiar, o que inclui a necessidade de provocação para que a prisão preventiva seja decretada, além de ser preciso observar os demais requisitos estabelecidos na codificação.

Em um caso emblemático, o julgamento do RHC nº 145225/RO pelo Superior Tribunal de Justiça reforçou o entendimento de que a decretação da prisão preventiva de ofício, em qualquer espécie de delito, é incompatível com o sistema processual penal atual. A Corte Superior afastou a tese defendida pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, que havia mantido a prisão com base na prevalência do art. 20 da Lei Maria da Penha.

O Tribunal estadual, de forma similar a outras cortes, argumentou que a Lei nº 13.964/2019, embora tenha alterado o art. 311 do Código de Processo Penal para

exigir a provocação das partes como requisito essencial para a imposição da medida extrema, não modificou as disposições especiais da Lei Maria da Penha. Assim, a decisão em segunda instância concluiu que a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz não estava proibida no cenário de violência doméstica, uma vez que o art. 20 da Lei nº 11.340/06 prevê expressamente essa possibilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, entendeu que a atuação de ofício do magistrado deve ser vedada independentemente da natureza do delito, sendo necessária a provocação, mesmo se tratando de um crime hediondo, devendo essa proibição repercutir também no âmbito da violência doméstica. Ainda segundo a Corte, o art. 20, por mais que expressamente permita a atuação *ex officio*, essa destoa do regime jurídico atual brasileiro (STJ, 2022, p.6). Nesse sentido, o Ministro Sebastião Reis Júnior (STJ, 2022, p.20) proclama que as alterações impostas pela Lei nº 13.964/2019, ao promover a inclusão do art. 3º-A do Código de Processo Penal, traduziu na vontade do legislador para que o processo penal brasileiro seja regido pelo sistema acusatório, onde uma de suas principais características é limitar a ação do juiz da causa. Assim, afirma o Ministro que o Pacote Anticrime fez com que o processo penal brasileiro se aproximasse do modelo acusatório, pois a lei afastou o juiz da condução do processo, priorizando sua imparcialidade.

A visão do Superior Tribunal de Justiça harmoniza com a doutrina, a exemplo de Aury Lopes Júnior (2022, p.345) que defende a necessidade conferir máxima eficácia às inovações do Pacote Anticrime para que o processo penal se harmonize com os preceitos constitucionais que prezam pela imparcialidade do magistrado e a presunção de inocência.

Portanto, é evidente que o entendimento de alguns tribunais estaduais diverge da percepção do Superior Tribunal de Justiça no que tange à decretação da prisão preventiva de ofício em casos de violência doméstica. As decisões apresentadas demonstram uma antinomia de fundamentos: enquanto os tribunais se apoiam na tese da especialidade do art. 20 da Lei Maria da Penha, o STJ, por sua vez, privilegia a interpretação sistêmica do direito processual penal e o critério cronológico, com a prevalência das novas disposições do Código de Processo Penal trazidas pelo Pacote Anticrime.

A divergência de fundamentos nas decisões judiciais aqui estudadas evidencia uma lacuna que pode gerar insegurança jurídica. A ausência de uma interpretação mais uniforme pode também criar brechas jurisprudenciais, sendo a

uniformização importante para assegurar a proteção à mulher, objetivo central da Lei Maria da Penha, e resguardar os direitos fundamentais do acusado e garantir a eficácia do sistema acusatório no Brasil.

A súmula nº 676 do Superior Tribunal de Justiça busca uniformizar o entendimento que, devido às invocações da Lei nº 13.964/2019, o juiz não pode, por iniciativa própria, decretar a prisão preventiva ou converter a prisão em flagrante em preventiva, com apoio no art. 311 do CPP. Essa compreensão decorre de uma interpretação conjunta dos dispositivos do Código de Processo Penal, dentro da análise sistemática da codificação, onde foi inserido o art.3º-A, que introduz a estrutura acusatória. Analisando os precedentes da referida súmula, também é necessário que sejam feitos requerimentos por parte dos legitimados para que qualquer medida cautelar seja decretada, nos termos do art. 282, § 2º, do CPP.

O entendimento sumulado não faz menção expressa à Lei Maria da Penha, porém, ao uniformizar a interpretação dos art. 3º-A, 282, § 2º, e 311 do Código de Processo Penal, o STJ estabelece uma espécie de “princípio geral de atuação judicial”, segundo o qual o magistrado não pode agir *ex officio* na persecução penal. Embora a súmula não revogue o art. 20 da Lei Maria da Penha, ela reforça a tese de que a vontade do legislador, traduzida no Pacote Anticrime, foi a de afastar a iniciativa do judicial para garantir a imparcialidade do juiz, independentemente da espécie do delito cometido. A súmula, portanto, funciona como um instrumento de harmonização do sistema jurídico, onde a regra geral mais atual deve prevalecer sobre a regra especial que se mostra incompatível com o novo paradigma constitucional.

Wanderson de Souza Ferreira (2024, p.2) defende que o art. 20 da Lei nº 11.340/2006 foi revogado tacitamente após o art. 311 ser alterado pela Lei nº11.340/2019, já que sua vigência causaria insegurança jurídica e dificuldades na aplicação das normas aos casos concretos. A necessidade de harmonizar as normas ou decretar a revogação explícita da disposição é crucial. A ausência de clareza pode criar obstáculos, devendo o legislativo e o judiciário atuar para clarificar a aplicação dessas normas, assegurando que a proteção oferecida pela Lei Maria da Penha não seja enfraquecida ao mesmo tempo que não infrinja o sistema acusatório.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a compatibilidade da prisão preventiva decretada de ofício prevista na Lei Maria da Penha com o sistema processual penal acusatório consolidado pelo Pacote Anticrime. Ao longo da pesquisa, foi possível aprofundar a discussão sobre a evolução dos sistemas processuais, as características das prisões cautelares e o conflito normativo específico entre o artigo 20 da Lei nº 11.340/2006 e as novas disposições do Código de Processo Penal.

A problemática central, que questiona se a prerrogativa judicial de decretar a prisão preventiva de ofício em casos de violência doméstica ainda se sustenta, foi respondida. A análise dos fundamentos teóricos e da evolução legislativa demonstra que o sistema processual penal brasileiro, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, migrou para o modelo acusatório, no qual a atuação de ofício do juiz é incompatível com a nova estrutura. As alterações normativas foram claras ao suprimir a expressão “de ofício” dos artigos 282, § 2º, e 311 do Código de Processo Penal, além de inserir o art. 3º-A, que afasta categoricamente o juiz da iniciativa na persecução penal. Portanto, mesmo diante da literalidade do artigo 20 da Lei Maria da Penha, que parece permitir a decretação da prisão preventiva de ofício, a interpretação mais moderna e sistemática do ordenamento jurídico determina que essa prerrogativa não pode mais ser exercida, pois a norma processual geral e mais recente prevalece sobre a norma especial mais antiga.

Verificou-se, ainda, que a jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, tem adotado esse entendimento, posicionando-se pela incompatibilidade da atuação de ofício do magistrado, independentemente da natureza do delito. O argumento de que o artigo 20 da Lei Maria da Penha seria uma norma especial não prevaleceu diante da interpretação sistêmica e teleológica do ordenamento jurídico, que visa a harmonização das normas e consolidação dos preceitos constitucionais. A prevalência do dispositivo legal mais atual sobre a regra especial mais antiga, quando em conflito, demonstra uma tentativa de uniformizar a jurisprudência e evitar brechas que poderiam comprometer a segurança jurídica.

Desse modo, a pesquisa cumpriu os objetivos propostos ao demonstrar que, embora a Lei Maria da Penha seja fundamental na proteção das mulheres, o artigo 20, ao permitir a decretação da prisão preventiva de ofício, destoa do novo

regime jurídico brasileiro. A uniformização do entendimento pelos tribunais é crucial para assegurar a coerência do sistema jurídico e o pleno funcionamento do modelo acusatório, que prioriza o devido processo legal, a imparcialidade do juiz e as garantias individuais do acusado. A busca por essa harmonização, conforme defendido nesse trabalho, é um passo fundamental para um sistema de justiça penal que seja eficaz na proteção da mulher, sem, contudo, abrir mão dos pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, R. S. de. (2009). **O sistema inquisitório no processo penal brasileiro.** Revista Eletrônica Do CEJUR, 1(4). Disponível em: <https://doi.org/10.5380/cejur.v1i4.15490>. Acesso: 17 jun. 2025.
- BATISTA, Roberto Carlos. **Antinomias jurídicas e critérios de resolução.** Revista de Doutrina e Jurisprudência. Brasília, n. 58, p. 13-78, set./dez. 1998. Disponível em: <https://bd-api.tjdft.jus.br/server/api/core/bitstreams/0b05c61a-8753-43ce-80d5-6fc362289c04/contente>. Acesso: 22 ago. 2025.
- BIANCHINI, Alice. **A prisão preventiva de ofício no contexto da Lei Maria da Penha.**
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero/Alice Bianchini.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (Conjur), 7 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/bianchini-prisao-preventiva-oficio-lei-maria-penha/>. Acesso: 24 ago. 2025.
- BRASIL, **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Publicação original. Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 23 jun. 2025.
- BRASIL, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Brasília, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso: 19 ago. 2025.
- BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal.** Brasília, 2019. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso: 23 jun. 2025.
- BRASIL, **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso: 29 jun. 2025.
- BRASIL. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 17 jun. 2025.
- CAMPOS, Itallo da Silva; SILVA, Patrícia Francisco da. **A (i)legalidade da prisão preventiva de ofício no contexto da lei maria da penha à luz do pacote anticrime 2023.** JNT – Facit Business And Technology Journal ISSN: 2526-4281 – Qualis B1.

Ano 2023 – Fluxo Contínuo. Ed. 42. Vol. 2. <https://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/2163>. Acesso em: 25 ago. 2025.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. **O pacote Anticrime e a Lei Maria da Penha: reflexos das reformas procedimentais e na esfera de liberdades dos envolvidos.** Cadernos Jurídicos N° 57 – Janeiro/Março de 2021 – Pacote Anticrime e temas atuais de Processo Penal. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/CadernoJuridico/62954?pagina=1>. Acesso: 24 ago. 2025.

CRUVINEL, Thaíla Sudário. **Os fundamentos do Sistema Acusatório e a Preservação dos Direito Individuais no Processo Penal Brasileiro.** Revista Eletrônica Jusbrasil Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-fundamentos-do-sistema-acusatorio-e-a-preservacao-dos-direitos-individuais-no-processo-penal-brasileiro/2077297883?msockid=182c3ae11a8b679d098428841b456695>. Acesso: 22 jun. 2025.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei nº 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: Juspodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Wanderson de Souza; GUIMARÃES, Paulo Marajá M. **A ilegalidade da prisão preventiva de ofício à luz da lei maria da penha perante a Lei Pacote Anticrime.** Revista Científica da UNIFENAS – ISSN: 2596-3481. v.6. n.8 (2024): Análises Jurídicas do Direito Brasileiro Contemporâneo. Disponível em: <https://revistas.unifenas.br/index.php/revistaunifenas/article/view/1030>. Acesso: 28 ago. 2025.

GIACOMOLLI, Nereu José; RIBEIRO, João Pedro Gamba. **Da prisão preventiva: evolução normativa e atuação ex officio do magistrado.** *Duc In Altum - Cadernos De Direito*, 13(30). Disponível em: <https://doi.org/10.22293/2179507x.v13i30.1858>. Acesso: 8 ago. 2025.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal / Renato Brasileiro de Lima.** 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal / Aury Lopes Junior.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica.** 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo Penal / Guilherme de Souza Nucci.** 12. Ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal / Paulo Rangel.** 30. ed. Barueri: Atlas, 2023.

REGALIN, A. L. **A prisão preventiva de ofício nos casos de violência doméstica contra a mulher após a lei n. 13.964/2019.** Revista da ESMESC, [S. I.], v. 30, n. 36, p. 155–180, 2023. DOI: 10.14295/revistadaesmesc.v30i36.p155. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/399>. Acesso em: 22 ago. 2025.

SANCHES, H. C.; ZAMBONI, J. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e suas implicações procedimentais. **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 13, n. 29, p. 1-32, 17 dez. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/37>. Acesso: 19 ago. 2025.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/Distrito Federal.** Data do julgamento: 24 ago. 2023. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf>. Acesso: 27 jun. 2025.

STF, Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4.109/DF.** Relatora: Min. Carmen Lúcia. Data do Julgamento: 14 fev. 2022. Acesso: 7 ago. 2025. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760302537>

STF, Supremo Tribunal Federal. **STF define critérios para decretação da prisão temporária.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481715&ori=1>. Acesso: 29 jun 2025.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 131.263/GO.** Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Dje: 15 abr. 2021. Disponível: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001850303&dt_publicacao=15/04/2021. Acesso: 12 ago. 2025

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 653.425/MG.** Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Dje: 19 nov. 2021. Disponível: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100824452&dt_publicacao=19/11/2021. Acesso: 12 ago. 2025.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 773093/DF.** Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Dje: 22 fev. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1766752033>. Acesso: 27 ago. 2025.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 145.225/RO.** Dje: 22/03/2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%27145225%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%27145225%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%27145225%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%27145225%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 27 jun. 2025.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 676.** Terceira Seção. Data de julgamento: 11 dez. 2024. Dje: 17 dez. 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=676>. Acesso: 11 ago. 2025.

TELES, Paula do Nascimento Barros Gonzáles. **Lei Maria da Penha-uma história de vanguarda.** Série Aperfeiçoamento de Magistrados, Rio de Janeiro, v. 14, p.110-112, 2012. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/publicacoes/serieaperfeicoamentodemagistrados/pagina_s/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf. Acesso em: 18 ago. 2025.