



ANA JÚLIA SILVA PEREIRA

**A CONCESSÃO DE FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL
EM CRIMES PRATICADOS EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: A
(IN)COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO
JURÍDICO**

LAVRAS-MG

2023

ANA JÚLIA SILVA PEREIRA

**A CONCESSÃO DE FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM CRIMES
PRATICADOS EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER: A (IN)COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO
JURÍDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
da Universidade Federal de Lavras,
como parte das exigências para a
obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira (Orientador)

LAVRAS-MG

2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1- INOVAÇÕES DA LEI 11.340/06	5
1.1- Abrangência da Lei	6
1.2 Tipos de violência	7
1.3- Juizados Especiais	9
2-DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	9
2.1-Da fiança	10
2.2- Da prisão preventiva.....	11
3- A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM CRIMES PRATICADOS EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	14
3.1- A incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro	16
4-A POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DA FIANÇA PELO MAGISTRADO	18
5- CONCLUSÃO	20
6- REFERÊNCIAS.....	22

INTRODUÇÃO

A fiança, no processo penal, quando cabível, possibilita que o acusado responda o processo criminal em liberdade, sendo, ainda, uma garantia do pagamento de despesas processuais advindas de eventual condenação.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 322, possibilita a concessão de fiança pela autoridade policial quando se tratar de crime com pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, cabendo ao Juiz decidir acerca dos demais casos. Por seu turno, os artigos 323 e 324 vedam a concessão de fiança nos casos lá elencados, sendo que o inciso IV deste último afasta a possibilidade quando se tratar de hipótese em que cabível a decretação da preventiva.

Quanto ao artigo 313, inciso III, tem-se a decretação da prisão preventiva quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. A inclusão deste inciso se deu em consonância com a proteção estabelecida pela Lei nº 11.340/2006, que estabelece em seu artigo 11, inciso I, que "no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências, garantir proteção policial, quando necessário"¹.

Lado outro, a vedação expressa do arbitramento de fiança pela autoridade policial em crimes praticados em contexto de violência doméstica se limita ao crime de descumprimento de medida protetiva, previsto no artigo 24-A, da Lei nº 11.340/2006. Assim sendo, os outros crimes praticados no mesmo contexto ficaram sem respaldo jurídico, dando origem a diferentes interpretações.

Embora muitas tenham sido as alterações que ocorreram para possibilitar o tratamento especial dado às ações de incidência da Lei Maria da Penha, algumas incoerências continuam a permear o ordenamento jurídico e acabam contribuindo pra a perpetuação do ciclo de violência, como no caso da possibilidade de concessão de fiança pelo delegado de polícia, que pode reinserir a vítima na mesma situação de risco.

Portanto, a incoerência dessa permissibilidade é notável, sendo necessário o presente estudo para justificar sua inviabilidade quando levado em consideração o caráter protetivo,

¹ BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24/05/2023.

trazido com a Lei 11.340/06, atentando-se às situações de vulnerabilidade vivenciadas por vítimas de violência doméstica.

Assim, será demonstrada a necessidade de que haja a vedação expressa da concessão da fiança pela autoridade policial em crimes praticados em contexto de violência doméstica para que as vítimas não se sintam desestimuladas a denunciar², visando, dessa forma, diminuir a recorrência desses crimes por meio do tratamento jurídico adequado para que a Lei 11.340/06 cumpra com seus objetivos. Salienta-se que o objetivo do presente trabalho não é criticar o instituto da fiança, mas sim defender sua aplicação no momento oportuno.

1- INOVAÇÕES DA LEI 11.340/06

Por boa parte da história do ordenamento jurídico brasileiro as diferenças biológicas entre homens e mulheres foram determinantes para a institucionalização das discriminações negativas, dando origem a normas que reproduziam o contexto social e cultural da inferiorização da mulher. Via de exemplo, cita-se o Código Penal que, até 2005, previa a possibilidade de um estupro não ser considerado crime caso a vítima viesse a se casar com o acusado, ou caso a violência sexual ocorresse dentro da sociedade conjugal (vigência até 2002).

A mudança de percepção é nítida, inclusive por doutrinadores que defendiam o antigo posicionamento, como no caso de Costa Júnior ao afirmar que:

Discute-se sobre se o marido pode ser sujeito de estupro. Entendíamos que não, pelo fato de que o estupro pressupõe a atividade sexual ilícita, e a prestação sexual é dever recíproco dos cônjuges. Hoje, entretanto, passamos a entender que o marido poderá responder pelo crime de estupro, desde que empregue a violência física para compelir a esposa à cópula ou a outro ato libidinoso. A solução é a mesma no caso de o agente conviver com a ofendida “more uxório”³.

Acompanhando essas mudanças, a Lei Maria da Penha surge com o papel de proporcionar instrumentos úteis à mulher em situação de violência doméstica e familiar, dando origem à discriminação positiva da mulher. Seu conteúdo compreende diretrizes, princípios, normas e políticas públicas de proteção, providências, procedimentos, medidas,

² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. Ed. 19. São Paulo: Saraiva Jur., 2022.

³ COSTA JÚNIOR. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 674.

planos, estratégias, instrumentos e mecanismos de caráter assistencial, protetivo e preventivo da violência de gênero⁴.

Serão abordadas algumas das inovações, trazidas pela Lei, pertinentes ao presente trabalho, sem, contudo, atrever-se a esgotar todo o conteúdo.

1.1- ABRANGÊNCIA DA LEI

Em seu art. 5º, a Lei 11.340/06 determina quais práticas configuram violência doméstica e familiar contra mulher, devendo-se levar em conta a violência de gênero, pautada na relação de dominação do homem em detrimento da submissão da mulher⁵.

Ainda, é importante esclarecer que o termo “violência doméstica”, trazido pela Lei, abrange os contextos de convivência entre vítima e agressor, podendo ser caracterizado em âmbito da unidade familiar, do espaço de convívio permanente (unidade doméstica) ou por meio de qualquer relação íntima de afeto.

Kisti⁶ aponta as três fases em que consiste a violência conjugal. A primeira é permeada pelo sentimento de culpa da vítima, em decorrência do ambiente hostil e pela tensão a qual é submetida por meio de episódios de violências leves, em que a vítima acredita que possui o poder de controlar a situação e acalmar o agressor.

Já a segunda fase ocorre de forma mais breve que a primeira, tendo episódios com grande violência, sendo que a vítima perde o controle que acreditava possuir, chegando, inclusive, a matar ou ferir o agressor em sua própria defesa. É nessa fase que o agressor nega a gravidade de suas atitudes e tende a culpar a vítima pelas consequências.

A última fase, também denominada de “lua de mel”, é marcada pela reconciliação através de pedidos de desculpas do agressor, seguido por atos de gentileza, bem como pela promessa de melhora, fazendo a vítima acreditar que o problema cessou. Dessa forma, o relacionamento se mantém, com a falsa percepção de que a situação não voltará a se repetir.

⁴ BIANCHINI, Alice. **Lei 11.340/06: Aspectos assistências, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁵ BIANCHINI, Alice. **Lei 11.340/06: Aspectos assistências, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁶ KIST, Fabiana. **O valor da vontade da vítima de violência conjugal para a punição do agressor: oficialidade, o oportunidade e justiça restaurativa**. Leme: JH Mizuno, 2019.

Kist aponta, ainda, que a ocorrência dos ciclos tende a variar, podendo a fase violência se tornar mais recorrente e com maior duração.

É justamente esse vínculo que coloca a vítima em condição de vulnerabilidade, por se ver desestimulada a procurar ajuda e interromper a situação em que está inserida.

1.2 TIPOS DE VIOLÊNCIA

O art. 7º da lei 11.340/06 estabelece, por meio de um rol exemplificativo, as condutas consideradas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, quais sejam: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A violência física consiste naquela entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, deixando marcas aparentes ou não. Salienta-se a prioridade na realização do corpo de delito às vítimas de violência doméstica, estabelecida no artigo 158 do Código de Processo Penal.

Por seu turno, a violência psicológica costuma ser a primeira a ser vivenciada pelas vítimas, ocasionando-lhes danos emocionais. Almeida⁷ conceitua como:

(...) ataques frequentes à identidade e a traços físicos ou de personalidade da pessoa, de forma a desqualificá-la e destruir a sua autoestima. Não são apenas críticas, não visam ao desenvolvimento do outro, mas sim à sua desestabilização e fragilização psicológica. As agressões podem ocorrer por meio de xingamentos, humilhações (até mesmo em público), constrangimentos, entre outros.

A violência sexual configura-se com comportamentos de subjugação e desrespeito da vontade da vítima quanto a atos de natureza sexual, como força-la a ter relações, ser coagida a praticar ou delas participar por medo de ações/reações do parceiro agressor, de ato que considera degradante ou humilhante, como imitar cenários, de atos sexuais com terceiros, de inserção de objetos no canal vaginal ou anal, e ainda os atos de traficar a sexualidade da vítima, como coagi-la a se prostituir. Além dessa tipologia de atos que se constituem em contatos e interações sexuais, também configuram violência sexual comentários ou insinuações sexistas degradantes, assim como as ameaças para ter ou deixar de determinado comportamento sexual.

O art. 7º esclarece, ainda, sobre a violência patrimonial:

⁷ ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega; et al. **Violência contra mulher**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020, p. 30.

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.⁸

Desse modo, quando a mulher é vítima de qualquer alienação de seu patrimônio, bens ou objetos que sejam de sua propriedade e esse crime tenha sido realizado pelo cônjuge, companheiro, namorado, familiar ou qualquer homem que ela tenha uma relação afetiva, essa atitude é considerada violência patrimonial.

Por fim, violência moral não deixa vestígios físicos na vítima, sendo definido pela Lei como “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”⁹. Importante salientar que tais condutas estão tipificadas no Código Penal, nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal.

Nota-se que o termo “violência” ultrapassa os limites das agressões físicas e se estende a outros bens jurídicos tutelados, como no caso da integridade psicológica e moral da mulher, que muitas vezes são violadas de maneira clandestina, sem a presença de testemunhas, e que a própria vítima pode ter dificuldades de reconhecer que as situações degradantes que vivencia se tratam de um tipo de violência.

Conforme balanço divulgado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos em 2019¹⁰, entre as denúncias realizadas para o disque 180 (Central de Atendimento à Mulher) constatou-se que as situações envolvendo violência doméstica seguiram a seguinte divisão:

Violações	2019	%
Violência Doméstica e Familiar	67438	78,96%
Descumprimento de Medidas Protetivas	2.726	4,04%
Tentativa de Femicídio	4.121	6,11%
Violência Física	41.208	61,11%
Violência Moral	13.387	19,85%
Violência Patrimonial	1.484	2,20%
Violência Psicológica	3.887	5,76%
Violência Sexual	625	0,93%

⁸ BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Art. 7º, inciso V. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24/05/2023.

⁹BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Art. 7º, inciso V. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24/05/2023.

¹⁰ Equipe da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos. Balanço 2019. Ligue 180. Central de Atendimento à Mulher. 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/BalanoDisque180v21.pdf/view>>

Fonte: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Outra importante inovação diz respeito à vedação à aplicação da lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher.

1.3- JUIZADOS ESPECIAIS

Boa parte dos crimes praticados em contexto de violência doméstica eram tratados como crimes de menor potencial ofensivo em decorrência das penas previstas. Por meio do art. 41 da Lei Maria da Penha, tornou-se expressamente vedado, independentemente da pena, a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95 a esses crimes. Ainda, o art. 17 vedou a aplicação de penas de cesta básica, de prestação pecuniária ou substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Ademais, restou estabelecida a obrigatoriedade da instauração de inquérito policial, bem como do encaminhamento ao Ministério Público, em todo caso de violência doméstica e intrafamiliar. Nesses casos, os processos devem tramitar perante os Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a Mulher, que tiveram sua criação determinada por essa Lei, e não se confundem com os Juizados Especiais da Lei nº 9.099/95.

Com isso, nota-se a intenção de proporcionar um atendimento policial com maior acolhimento ao estabelecer como direito das vítimas de violência doméstica e familiar um atendimento especializado, ininterrupto e preferencialmente prestado por servidores do sexo feminino devidamente capacitados. Buscou-se, ainda, estabelecer diretrizes e procedimentos para a inquirição das vítimas e das testemunhas, bem como providências e procedimentos a serem realizados nos atendimentos.

2-DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Preceitua o art. 5.º, inciso LXI, da Constituição Federal que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente,

salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”¹¹, autorizando, assim, uma prisão cautelar, de natureza administrativa, sem a expedição de mandado de prisão por autoridade judiciária, “realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)”¹².

A prisão em flagrante deve ser comunicada ao Juiz competente, no prazo de 24 horas (artigos 306 e 307, CPP) que poderá: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP e se forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ainda, com o recebimento do auto de prisão em flagrante, cabe ao magistrado a realização da audiência de custódia mediante a presença do acusado, seu defensor e membro do Ministério Público. Na audiência o *Parquet* será ouvido, só podendo ser decretada a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva mediante seu requerimento, ou por representação da autoridade policial, não sendo cabível a decretação de ofício. Ademais, o Ministério Público se manifestará sobre a aplicação de medidas cautelares diversas da privativa de liberdade.

A este trabalho, convém maior destaque ao instituto da fiança e à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, estando ambos, como mencionado alhures, entre as possibilidades a serem adotadas pelo magistrado quando comunicado acerca da prisão em flagrante do acusado.

2.1-DA FIANÇA

A fiança é uma garantia patrimonial que “se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas, também, como fator inibidor da fuga”¹³. Para que assim atue, deve ser levada em consideração a gravidade do crime, a realidade econômica do inculpado, bem como sua vida pregressa e periculosidade, e provável importância das custas (artigo 326 do CPP), seguindo os valores fixados no artigo 325 do Código de Processo Penal.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 679.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 321.

Ademais, a fiança recebe especial importância pelo próprio texto constitucional que prevê que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (artigo 5º, inciso LXVI).

Tratando-se de prisão em flagrante, poderá ser arbitrada pela autoridade policial que presidiu o auto, em crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 4 anos ou pelo Juiz nos demais casos, por força do artigo 332 do CPP, podendo ser concedida em qualquer fase do processo, desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme artigo 334 do mesmo diploma legal. No caso da concessão pela autoridade policial, tem-se um procedimento simplificado, não havendo exigência da oitiva do Ministério Público.

No entanto, o artigo 323 do Código de Processo Penal veda a concessão de fiança “I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”¹⁴, o que igualmente ocorre quanto ao artigo 324 “I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II - em caso de prisão civil ou militar; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).”¹⁵.

Salienta-se que, mesmo quanto à vedação de concessão da fiança aos delitos previstos no artigo 323 do CPP, é possível que o juiz conceda liberdade provisória ao acusado, quando não restar cumpridos os requisitos da prisão preventiva.

Dessa forma, embora o artigo 332 tenha limitado a concessão da fiança pela autoridade policial apenas quanto à dosimetria da pena privativa de liberdade máxima, o artigo 312 deixa claro a impossibilidade da concessão da fiança quando possível a decretação da prisão preventiva.

2.2- DA PRISÃO PREVENTIVA

¹⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 14/05/2023.

¹⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 14/05/2023.

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em razão de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou mediante representação da autoridade policial, conforme artigo 311 do CPP.

Outrossim, o CPP determina que se trata de *ultima ratio*, estabelecendo que “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”¹⁶ (artigo 282, §6º).

A decretação da prisão preventiva exige a configuração de alguma das situações descritas no artigo 312, *in verbis*:

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 imputado¹⁷.

O argumento da “garantia da ordem pública” é o mais abstrato e criou espaço para uma vasta gama de interpretações. Tem-se que a prática de determinado delito abala a sociedade que, conforme a gravidade, a repercussão, os efeitos negativos e a periculosidade do agente, torna cabível o recolhimento do indiciado. Aponta Nucci que:

Portanto, cabe ao juiz verificar todos os pontos de afetação da ordem pública, buscando encontrar, pelo menos, um binômio para a sua decretação (ex.: gravidade concreta do crime + péssimos antecedentes do réu; envolvimento com organização criminosa + repercussão social; particular execução do delito + gravidade concreta da infração penal etc.).¹⁸

Já a “garantia da ordem econômica” destina-se aos acusados de crimes praticados em detrimento dos cofres públicos, vez que o abalo econômico de uma instituição financeira pode gerar grande repercussão na vida das pessoas, possuindo elementos em comum com a fundamentação anterior.

Ainda, a “conveniência da instrução criminal” pretende garantir o devido processo criminal, sem que o acusado cause prejuízo à instrução e à produção do acervo probatório.

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.>. Acesso em 14/05/2023.

¹⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.>. Acesso em 14/05/2023.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 706.

Por fim, fundamenta-se que “assegurar a aplicação da lei penal” quando há risco de fuga do imputado, que deverá ser fundado em circunstâncias concretas, em que pretende-se resguardar a eficácia da sentença.

Por seu turno, o artigo 313 estabelece a exigência de que se configure, pelo menos, uma das condições nele prevista para que a prisão preventiva seja admitida, quais sejam nos casos de crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (inciso I), se o acusado tiver sido condenado por outro delito doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o prazo depurador do art. 64, I, do Código Penal (inciso II), bem como 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 (inciso III).

O inciso I cuida de afastar a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando se tratar de crimes culposos ou contravenções penais, diante da mínima periculosidade de ambas práticas, o que afasta a razoabilidade da prisão preventiva.

Em sequência, o inciso II estabelece a possibilidade quando o acusado for reincidente em crime doloso. Quanto ao artigo 64, I, do Código Penal, ali mencionado, tem-se que o prazo decorrido entre o trânsito em julgado da referida sentença e a prática atual não pode ser superior a cinco anos. Nucci se opõe à decretação da prisão preventiva com base na reincidência do acusado e expõe que:

Essa menção à reincidência em crime doloso, em nosso entendimento, é inócua. Não se deve decretar a prisão preventiva somente por conta da reincidência, mas, sim, porque os fatores do art. 312 do CPP estão presentes. E, caso estejam, ainda que primário o agente, decreta-se a preventiva¹⁹.

Já a terceira hipótese, que mais interessa a este trabalho, versa sobre a prisão preventiva para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência em crimes praticados contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Frisa-se que essa possibilidade se destina exclusivamente ao cumprimento das medidas protetivas deferidas, e não em todas as hipóteses em que se tenha no polo passivo os sujeitos mencionados.

Acerca do último inciso, Lopes Junior²⁰ critica sua redação por meio de dois aspectos. São eles:

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 714.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 299.

Em primeiro lugar, não criou o legislador um novo caso de prisão preventiva, ou seja, um novo *periculum libertatis*, pois, para isso ocorrer, a inserção deveria ter sido feita no art. 312, definindo claramente qual é o risco que se pretende tutelar. O segundo aspecto a ser considerado é a péssima sistemática da Lei n. 11.340. O objeto jurídico tutelado é da maior importância (proteção da mulher), mas infelizmente a lei é tecnicamente mal elaborada, entre outros por misturar matéria penal e civil. A definição de violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista no art. 7º da Lei, é de uma vagueza preocupante, com disposições genéricas, alternativas e ambíguas. Uma leitura apressada levaria à (errada) conclusão de que “qualquer conduta que configure ameaça, calúnia, difamação ou injúria” (art. 7º, V, da Lei n. 11.340) autorizaria a prisão preventiva pela incidência do art. 313, III, quando o juiz determinasse, por exemplo, a proibição de contato com a ofendida (art. 22, III, “b”, da Lei n. 11.340). É preciso ter bom senso e prudência nesse terreno, para não deixar a vítima desprotegida mas também para não cair em punições desproporcionais. [...] Infelizmente, por mais nobre que fosse a intenção de tutelar a mulher que sofre violência doméstica, a disciplina legal é péssima, estabelecendo--se obstáculos sistêmicos insuperáveis para que se cogite da possibilidade de uma prisão preventiva só com base nesse inciso.

Portanto, nota-se que os crimes praticados contra a mulher em contexto de violência doméstica não possuem aparato nos requisitos estabelecidos em Lei que autorizam a decretação da prisão preventiva, vez que, em sua maioria, possuem pena máxima privativa de liberdade inferior a quatro anos. Dessa forma, não há vedação expressa acerca da concessão de fiança quanto aos crimes cometidos nesse âmbito.

3- A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM CRIMES PRATICADOS EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Diante do exposto até aqui podemos compreender que, em tese, a autoridade policial pode conceder fiança aos acusados pela prática de delitos cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos, observadas as proibições elencadas nos artigos 323 e 324, entre elas, quando cabível prisão preventiva.

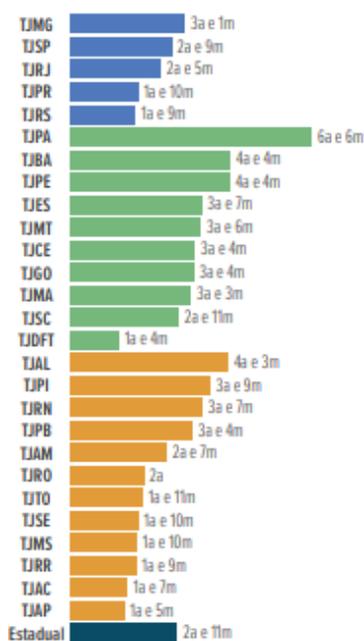
Conforme abordado, os requisitos para a decretação da prisão preventiva estão previstos nos artigos 312 e 313 do CPP, exigindo-se a presença de, pelo menos, uma das condições estabelecidas em cada artigo.

De uma análise literal do artigo 313 do CPP, nota-se que apenas o inciso III cuida de uma hipótese envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, objetivando,

unicamente, dar cumprimento às medidas protetivas de urgência concedidas. Nesse mesmo sentido, vez que boa parte dos crimes praticados em contexto de violência doméstica possuem pena privativa de liberdade máxima inferior a 4 anos, o inciso I do mesmo artigo também não é capaz de impedir a concessão de fiança quanto a esses delitos.

Dessa forma, resta apenas o inciso II. No entanto, conforme visto acima, sabe-se que o ciclo da violência doméstica, na maioria das vezes, esconde a prática de crimes que não chegam ao conhecimento das autoridades, e, quando chegam, se deparam com a morosidade processual.

Conforme dados do CNJ do ano de 2022²¹, o tempo médio de tramitação dos processos criminais e não criminais, baixados na fase de conhecimento do primeiro grau, nos tribunais, é de:



Fonte: CNJ. **Justiça em Número 2022**.

Levando em consideração a vulnerabilidade das vítimas de violência doméstica, já analisada, não parece razoável que a vedação para a concessão de fiança aguarde o decurso médio de 2 anos e 11 meses, o que afronta os preceitos da Lei 11.340/06.

Descartada a vedação da concessão da fiança com base na possibilidade de decretação da prisão preventiva, não se enquadrando entre as outras hipóteses de vedação descritas nos artigos 323 e 324, não há empecilhos para a medida cautelar quando se tratar de pena restritiva de liberdade máxima inferior a 4 anos.

²¹ CNJ. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em 18/06/2023.

Ocorre que colocar o indiciado em liberdade levando em consideração apenas a pena máxima do delito, sem maior aprofundamento acerca do contexto fático, acaba restabelecendo a situação de comprometimento da integridade psíquica e física da vítima. Ademais, a concessão de fiança pela autoridade policial e a imediata liberação de um agressor pode perpetuar o ciclo de violência doméstica, muitas vezes até o agravando, em vez de interrompê-lo.

Dessa forma, em uma situação hipotética em que o agressor foi detido pela prática de lesão corporal praticada por razões da condição do sexo feminino, e que tenha em sua certidão de antecedentes criminais o registro de uma ação penal em curso pela prática do mesmo delito, não há previsão legislativa que impeça o delegado de arbitrar fiança e colocá-lo em liberdade.

Ademais, o próprio ordenamento jurídico brasileiro tem caminhado no sentido de garantir maior proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, determinando ritos processuais específicos que atendam às particularidades que esse contexto demanda, conforme será demonstrado em seguida.

3.1- A INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já mencionado, o artigo 41 da Lei 11.340/06 vedou a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra mulher, impossibilitando a concessão das medidas despenalizadoras ali previstas, quais sejam: a composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único); a transação penal (art. 76); a necessidade de representação nos casos de lesões corporais (art. 88); e a suspensão condicional do processo (art. 89).

Dessa forma, vislumbra-se que a Lei Maria da Penha buscou instituir mecanismos capazes de interromper o ciclo da violência doméstica, mesmo que necessário se opor ao preceito de considerar a pena privativa de liberdade como *ultima ratio* para garantir proteção especial às vítimas. É nesse sentido o entendimento do Min. Alexandre de Moraes:

A Lei Maria da Penha – como bem salientou a ministra Rosa Weber – regulamentou de forma diferente o tratamento de violência ou grave ameaça contra as mulheres. Há toda uma proteção especial – irretratibilidade, não aplicação da Lei 9.099 e adoção de medidas protetivas, cuja execução ainda precisa ser aprimorada. A ratio dessa nova legislação é punir de forma exemplar, independentemente do quantum da pena (...). Observe-se que o

fato de a Lei Maria da Penha obstar a incidência da Lei 9.099 demonstra que o legislador não quis, nesses casos, afastar a pena privativa de liberdade se a conduta foi praticada com violência ou grave ameaça. Em outras palavras, a ratio da Lei 9.099 é afastar a pena privativa de liberdade, ao passo que a da Lei Maria da Penha é punir, mesmo nos casos de contravenção, como forma de prevenção.²²

O Acordo de não Persecução Penal foi introduzido no Código de Processo Penal, no artigo 28-A, por meio do pacote anticrime (Lei 13.964/2019), que, assim como a transação penal e a suspensão condicional do processo, possui natureza despenalizadora. Nesse sentido:

Longe de ser um divisor de águas no processo penal brasileiro, o ANPP junta-se à transação penal e à suspensão condicional do processo como vertentes da Justiça Penal Consensual ou Negocial. Tal qual suas irmãs mais velhas, o ANPP possui viés despenalizador, pautado no consenso. Opta-se pela negociação, sem a preocupação de elucidar o acontecido.²³

Ocorre que o próprio artigo 28-A, em seu §2º, inciso IV, vedou a celebração do Acordo de não Persecução Penal quanto aos crimes praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra mulher. Outra vedação diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito prevista no artigo 44 do Código Penal, conforme súmula 588 do STJ, que estabelece que: “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”²⁴

Frisa-se que, não se tratando de violência doméstica, quando houver adequação aos requisitos do artigo 44, em caso de delito de menor potencial ofensivo, mesmo que envolvendo violência ou ameaça, como no caso dos tipos penais previsto nos artigos 147 e 129 *caput*, do Código Penal, a doutrina esclarece a possibilidade do benefício da substituição pelas penas restritivas de direito, vez que a condição que lhes são atribuídos em decorrência de sua pena privativa de liberdade máxima prevalece frente às condições em que foram praticados²⁵. Diante disso, surge a importância do entendimento sumulado para afastar a possibilidade dos crimes praticados em contexto de violência doméstica.

É nesse sentido que caminha a jurisprudência:

Crime de lesão corporal leve praticada no âmbito doméstico. (...) Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (...) Inviabilidade. Delito cometido com violência à pessoa. (...) O art. 129, § 9º,

²² HC 137.888, rel. min. Rosa Weber, voto do min. Alexandre de Moraes, j. 31-10-2017, 1ª T, DJE de 21-2-2018.

²³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 201.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 588. Brasília, 2017.

²⁵ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 28 ed. São Paulo: SariaJur, 2022.

do Código Penal foi alterado pela Lei 11.340/2006. A Lei Maria da Penha reconhece o fenômeno da violência doméstica contra a mulher como uma forma específica de violência e, diante disso, incorpora ao direito instrumentos que levam em consideração as particularidades que lhe são inerentes. Na dicção do inciso I do art. 44 do Código Penal, as penas restritivas de direitos substituem a privativa de liberdade, quando “aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”. Inobstante a pena privativa de liberdade aplicada tenha sido inferior a quatro anos, a violência engendrada pelo paciente contra a vítima, no contexto das relações domésticas, obstaculiza a concessão do benefício do art. 44 do Código Penal.²⁶

Por fim, o princípio da insignificância surge no sentido de afastar a tipicidade quando não há proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a necessária intervenção do Estado, mesmo com a existência de um tipo penal adequado à conduta, como no caso de um furto de um palito de fósforo,²⁷.

No entanto, mais uma vez, os crimes praticados em âmbito doméstico assumem tamanha importância que, independente da conduta, não é possível afastar a intervenção estatal. Nesse sentido, o STJ sumulou o seguinte entendimento: “SÚMULA 589: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”²⁸.

Assim, nota-se que a vulnerabilidade das vítimas de violência doméstica acaba por afastar o caráter subsidiário do direito penal, impossibilitando a aplicação de todos os institutos expostos como forma de garantir maior proteção. No mesmo sentido, seria prudente tornar expressa a impossibilidade de que o delegado de polícia arbitrasse fiança.

4-A POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DA FIANÇA PELO MAGISTRADO

Diante da impossibilidade de que a autoridade policial arbitre fiança em crimes de incidência da Lei 11.340//2006, restaria o arbitramento por parte do magistrado, nos moldes do art. 321 do CPP, que deveria ser a única possível nesse contexto.

O magistrado possui maior acesso aos sistemas que permitem a percepção da realidade de forma mais integralizada, como na análise da conduta social do acusado, por meio da

²⁶ HC 131.219, rel. min. Rosa Weber, j. 10-5-2016, 1ª T, DJE de 13-6-2016.

²⁷ ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 589. Brasília, 2017.

expedição da certidão de antecedentes criminais (CAC), bem como através do acesso ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU). Ainda, lhe é atribuído o poder de decretar outras medidas cautelares, além da própria fiança, conforme o rol do artigo 319 do CPP.

Conforme exposto, colocar o indiciado em liberdade logo após a prisão em flagrante, sem a determinação de outras medidas cautelares, pode contribuir para colocar a vítima de volta ao ciclo de violência. Por meio da realização da audiência de custódia, o Juiz, diante do maior acervo probatório a que tem acesso, possui capacidade de determinar as medidas proporcionais ao caso concreto, indo além da análise do critério objetivo da pena máxima.

Acerca das decisões do magistrado:

O magistrado deve saber ouvir e tem condições de fazer a sua escolha. Decorar mandamentos éticos não é o mais importante. Não transforma a insensibilidade em fervor. Não comove, nem emociona, pois se exauriu a capacidade de absorver retórica se esta não vier revestida de exemplos concretos. O mundo do Direito é o universo da palavra, das proclamações, dos propósitos, da tonelagem discursiva numa seara às vezes deserta de ações²⁹.

Além das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, quando não cabível a decretação da prisão preventiva, o magistrado pode deferir as medidas protetivas previstas na Lei 11.340/2006 na própria audiência de custódia, momento em que é possível a intimação do requerido quanto ao deferimento. Salienta-se que as medidas protetivas de urgência apenas passam a ter validade após o cumprimento do mandado de intimação, o que, quando feito durante a audiência, tornar-lhes-á válidas de imediato.

Acerca do assunto, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público expôs que:

As audiências de custódia nos casos de violência doméstica contra mulher, devem ser realizadas no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, em cumprimento à determinação do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19-02-2016), devendo o juiz competente da audiência de custódia também analisar imediatamente e conjuntamente a necessidade de concessão de medidas protetivas de urgência, seja de ofício, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.³⁰

No mesmo sentido, prevê o enunciado 38 do Fonavid:

ENUNCIADO 38- Quando da audiência de custódia, em sendo deferida a liberdade provisória ao agressor, o(a) juiz(a) deverá avaliar a hipótese de deferimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06. A vítima deve ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, por qualquer meio de comunicação, sem prejuízo da intimação do seu advogado ou do

²⁹ NALINI, José Rernato. **Magistratura e Ética**: perspectivas. Editora Contexto, 2013, p. 27.

³⁰ Nota Técnica nº11, Conselho Nacional do Ministério Público, 2016.

defensor público, nos termos do art. 21 da Lei 11.340/06 (APROVADO no VIII FONAVID/BH).³¹

Ademais, destaca-se que o rol de medidas protetivas previstas no artigo 22 da Lei 11.340/2006 foi ampliado através dos incisos VI e VII, acrescentando o “comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação” e o “acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio”. É por meio dessas alterações que é possível observar o aumento de preocupações com a reabilitação do agressor como medida significativa para cessar o ciclo de agressões.

Cabe ao Juiz, portanto, determinar o que é adequado para a vítima e o agressor, com base na ocorrência e no histórico de eventuais acontecimentos pretéritos, mesmo que exija medidas que não estejam expressamente previstas no rol exemplificativo, diante da impossibilidade de se prever todas as variáveis possíveis. Kist, expõe nesse sentido:

Que há variação na dinâmica de cada caso de violência conjugal é intuitivo e notório. Seria, de fato, impossível formatar todos os casos do mesmo modo, bastando, para tanto, invocar o caráter individual de cada pessoa que, naturalmente, se projeta para as relações que ela estabelece. E, para acentuar essa multiplicidade possível, acrescentar que na conjugalidade a relação é fruto e portanto determinada por duas individualidades. Desse modo, ainda que se promova um catálogo de características das relações conjugais para, a partir dele, classificá-la como compatível ou não com a justiça restaurativa, nenhuma garantia haveria de que uma concreta relação apresenta as citadas características³².

Dessa forma, tornar a vedação da concessão da fiança pela autoridade policial expressa em Lei tornaria o processo penal mais adequado às particularidades da Lei Maria da Penha, possibilitando que medidas mais eficazes fossem tomadas.

5- CONCLUSÃO

Pelo exposto, notou-se que a Lei 11.340/2006 introduziu importantes inovações no ordenamento jurídico quanto à proteção de vítimas de violência doméstica e familiar. O ordenamento jurídico brasileiro acompanhou os novos institutos, buscando caminhos para reduzir a vulnerabilidade deste contexto.

³¹ FONAVID. Fórum Nacional de Juízes e Juízas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. **Enunciado 38.** Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/forum-nacional-de-juizes-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-fonavid/enunciados/>> Acesso em 18/06/2023.

³² KIST, Fabiana. **O valor da vontade da vítima de violência conjugal para a punição do agressor:** oficialidade, o oportunidade e justiça restaurativa. Leme: JH Mizuno, 2019, p. 135.

Restou demonstrado que não há previsão legislativa que impeça a autoridade policial de arbitrar fiança quanto a maioria dos crimes de incidência da Lei Maria da Penha, com exceção dos crimes com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (artigo 322) e do crime de descumprimento de medida protetiva, previsto no artigo 24-A da Lei 11.340/2006. Dessa forma, a liberação de um acusado preso em flagrante mediante o pagamento de fiança arbitrada pela autoridade policial mostrou-se incoerente com o caráter protetivo dado pelo ordenamento jurídico, sendo responsável por reinserir as vítimas no contexto vulnerável.

Por fim, buscou estabelecer a possibilidade de que a fiança seja arbitrada unicamente pelo magistrado, quando incabível a decretação da prisão preventiva, devendo ser acompanhada de outras medidas cautelares, visando à interrupção do ciclo de violência.

Conclui-se que cessar a violência doméstica e familiar contra mulher depende de um olhar multidisciplinar que precisa avaliar cada prática conforme suas peculiaridades, o que não é feito com a concessão da fiança, para que, apenas assim, se tenha êxito no seu enfrentamento.

6- REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega; et al. **Violência Contra Mulher**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020, p. 30.

BIANCHINI, Alice. **Lei 11.340/06: Aspectos assistências, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 28 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 702.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#art319>. Acesso em 14/05/2023.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 24/05/2023.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República,. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 131.219. Rel. Min. Rosa Weber. 10 de maio de 2016, 1ª T. Diário de Justiça Eletrônico de 13 junho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 137.888. Rel. Min. Rosa Weber, voto do Min. Alexandre de Moraes. 31 de dezembro de 2017, 1ª. Diário de Justiça Eletrônico de 21 de fevereiro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 588. Brasília, 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 589. Brasília, 2017.

_____. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24/05/2023.

CNJ. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em 18/06/2023.

COSTA JÚNIOR. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONAVID. Fórum Nacional de Juízes e Juízas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. **Enunciado 38**. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/forum-nacional-de-juizes-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-fonavid/enunciados/>> Acesso em 18/06/2023.

KIST, Fabiana. **O valor da vontade da vítima de violência conjugal para a punição do agressor**: oficialidade, o oportunidade e justiça restaurativa. Leme: JH Mizuno, 2019.

Equipe da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos. Balanço 2019. Ligue 180. Central de Atendimento à Mulher. 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/BalanoDisque180v21.pdf/view>>

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. Ed. 19. São Paulo: Saraiva Jur., 2022.

NALINI, José Rernato. **Magistratura e Ética**: perspectivas. Editora Contexto, 2013.
Nota Técnica nº11, Conselho Nacional do Ministério Público, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 201.

ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 766 p.