



**UNIVERSIDADE TIRADENTES - UNIT**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DO ARTIGO 20 DA LEI  
11.340/06, DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO**

**Adalberto José Gonzaga Santos**

**Prof. Orientador. Rivaldo Salvino do Nascimento Filho**

**Aracaju/SE**

**2018**

**ADALBERTO JOSÉ GONZAGA SANTOS**

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DO ARTIGO 20 DA LEI  
11.340/06, DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo - apresentado  
ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes - UNIT,  
como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel  
em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**Banca Examinadora**

---

**Professor Orientador**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador**  
**Universidade Tiradentes**

## DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DO ARTIGO 20 DA LEI 11.340/06, DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO

*Adalberto José Gonzaga Santos<sup>1</sup>*

**Sumário:** *Introdução. 1. Das Prisões Cautelares. 1.1. Prisão em Flagrante. 1.2. Prisão Temporária. 1.3. Prisão Preventiva. 2. O Juiz Natural e o Sistema Acusatório. 2.1. Princípio do Juiz Natural. 2.2. Imparcialidade Objetiva e subjetiva do Julgador. 2.3. O Sistema Acusatório. 3. Da Decretação da Prisão Preventiva de Ofício Durante a Fase Preliminar de Investigações. 4. O Disposto no Artigo 20, da Lei Maria da Penha e a Possibilidade de Ofensa à Carta Maior. 5. Considerações Finais. 6. Referências.*

**RESUMO:** Atualmente, no Brasil, vítimas da violência doméstica se encontram fragilizadas e desacreditadas com a legislação, haja vista que esta não consegue fornecer a proteção que elas tanto anseiam. Em contrapartida, o legislador pátrio buscou fornecer mais ferramentas para proteção dessas vítimas através da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Contrariando a Constituição da República, a referida Lei trouxe, em seu artigo 20, a possibilidade da prisão preventiva *ex officio* decretada pelo juiz na fase pré-processual sem a provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Diante disso, o presente trabalho busca, como objetivo geral, realizar uma discussão acerca da (in)constitucionalidade parcial do artigo 20 da Lei Maria da Penha, a respeito da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado sem a provocação da parte interessada. Como objetivos específicos, busca inserir o referido dispositivo em face do sistema acusatório e do princípio da imparcialidade e realizar uma breve comparação com o que diz o código processual penal a respeito de tal medida cautelar ser decretada de ofício na fase de investigação policial. Para que esses objetivos fossem atingidos, o presente estudo realizou uma pesquisa bibliográfica em fontes físicas e virtuais da doutrina. Após esta, a conclusão é que, apesar de se reconhecer que a Lei Maria da Penha está inserida no rol das ações do estado brasileiro que visam promover proteção ao grupos mais vulneráveis, o artigo 20 da Lei Maria da Penha deve passar por uma adequação à Carta Maior, para que o magistrado só possa agir de ofício quando a ação penal já estiver em curso.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha. Inconstitucionalidade. Prisão Preventiva *Ex Officio*.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: adalbertogonzaga@live.com

## INTRODUÇÃO

No Brasil, o Direito Processual adota o modelo de sistema penal acusatório. Contudo, o legislador atribuiu uma série de previsões legislativas que conferem aos magistrados poderes que, conceitualmente, deveriam ser restritos aos órgãos responsáveis por instaurar a persecução penal. A prisão preventiva é uma dessas previsões, a qual é adotada por vários países e trata-se de restrição da liberdade que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Vale salientar, contudo, que, em fase inquisitorial, não cabe ao magistrado, de ofício, antes sequer da manifestação do Ministério Público, decretar prisão preventiva, sob pena de nítida violação ao sistema acusatório, sistema este salvaguardado na nossa Lei Maior. Tem-se em vista que a redação do artigo 311 do Código de Processo Penal (CPP), alterada pela Lei 12.403/11, determina que a prisão preventiva pode ser requerida pelo Ministério Público e por representação da autoridade policial, porém somente pode ser decretada pelo juiz, de ofício, no curso do processo penal, com o recebimento da denúncia, pois a decretação de tal prisão cautelar de ofício na fase de investigação criminal poderia ensejar a violação do sistema acusatório adotado pela Constituição da República de 1988.

Porém, a Lei nº 12.403/11 é confusa quanto a isso, pois, ao mesmo tempo em que rechaça o Sistema Acusatório (artigo 310, II do CPP), nos artigos 282, § 2º, e 311, também do CPP, revela incansável defesa, quando dispõe que não cabe ao juiz decretar cautelares, especialmente, a prisão preventiva, de ofício, em sede inquisitorial. É consabido que os juízes, na fase inquisitorial, somente devem atuar mediante provocação do Ministério Público ou da autoridade policial.

A partir disso, o presente trabalho busca, como objetivo geral, realizar uma discussão acerca da (in)constitucionalidade parcial do artigo 20 da Lei Maria da Penha, a respeito da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado sem a provocação da parte interessada. Como objetivos específicos, busca inserir o referido dispositivo em face do sistema acusatório e do princípio da imparcialidade e realizar uma breve comparação com o que diz o código processual penal a respeito de tal medida cautelar ser decretada de ofício na fase de investigação policial.

Para que esses objetivos fossem atingidos, realizou-se uma pesquisa de procedimento bibliográfico acerca do tema, em fontes físicas e virtuais da doutrina. Após a referida pesquisa, chegou-se à seguinte disposição textual: a presente introdução, na qual é contextualizado brevemente o tema abordado e são informados os objetivos delineados e a metodologia empregada; o primeiro capítulo do desenvolvimento, que trata das prisões cautelares e seus tipos; o segundo capítulo do desenvolvimento, que aborda a relação entre o juiz natural e o sistema acusatório; o capítulo seguinte trata da decretação da prisão preventiva de ofício quando as investigações ainda estão na fase preliminar; o último capítulo explana o cerne do presente estudo, ou seja, concentra-se na análise do que está disposto no artigo 20 da Lei Maria da Penha e sua possível ofensa constitucional; por fim, as considerações finais, nas quais aponta-se a

necessidade de adequação do referido artigo ao que apregoa a Constituição no que se refere à possibilidade de prisão preventiva *ex officio*.

## **1. DAS PRISÕES CAUTELARES**

A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar que priva o cidadão de sua liberdade de locomoção, antes de uma sentença definitiva, ou seja, é uma prisão sem pena. Ela é uma execução cautelar de natureza pessoal justificada para garantir e assegurar o império da lei penal, podendo ser requerida tanto na fase pré-processual como na fase processual.

No ordenamento pátrio, a prisão é adotada de duas formas. São elas a prisão-pena, que é oriunda de uma decisão transitada em julgado, e as prisões sem pena, que são utilizadas como medidas cautelares para preservar a ordem pública, a ordem econômica e para a conveniência da instrução criminal, além de garantir que o processo seja eficaz. Enfim, são medidas destinadas à tutela do processo.

Esmiuçando-se as prisões sem pena, encontram-se seus subtipos, que são: a prisão cautelar, quando da expulsão e extradição; a prisão cautelar de natureza constitucional, quando do estado de sítio; a prisão cautelar de natureza processual; e a prisão civil<sup>2</sup>.

Nas lições de Paulo Rangel (2016, p. 769), a prisão cautelar serve para o resguardo do processo de conhecimento e para assegurar que, ao final da sentença, seja garantida a aplicação da lei penal. A prisão cautelar deve ser vista como uma medida que preserva a ordem pública e garante a aplicação da lei penal, e não como um reconhecimento antecipado da culpa do agente pelo órgão julgador.

Conforme ensina Nestor Távora (2017, p. 892), as prisões cautelares previstas pela legislação processual são: a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária.

No ordenamento pátrio, a legitimação ativa para o requerimento das cautelares cabe, segundo a lei, ao Ministério Público e à autoridade policial, quando for requerida na fase de investigação. Já na fase processual, os legitimados ativos serão o Ministério Público e o querelante, o assistente habilitado e o magistrado, de ofício.

As prisões cautelares do nosso direito processual penal são:

### **1.1. Prisão em Flagrante**

A prisão em flagrante é a prisão provisória que é efetuada no momento em que está ocorrendo a infração penal, ou logo após o cometimento da infração,

---

<sup>2</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 422.

ou seja, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal.

Para que se configure a prisão em flagrante, exigem-se dois elementos imprescindíveis: a atualidade e a visibilidade. A atualidade se configura com a própria situação de flagrância, algo que está acontecendo ou acabou de acontecer. A visibilidade é o fator externo ao ato. É quando um cidadão atesta a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Com a soma desses dois elementos, tem-se o flagrante delito<sup>3</sup>.

Para Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 545), a prisão cautelar é uma prisão de natureza administrativa que é realizada no instante em que se está cometendo ou conclui-se a infração penal, ou logo depois da realização desta.

Será considerado em flagrante delito o agente que: for flagrantado no ato do cometimento de uma infração penal, tiver acabado de cometê-la, for perseguido, logo após, pela autoridade policial, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração e, por fim, quem for encontrado logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

São três os estados de flagrância trazidos pelo Código de Processo Penal que autorizam a prisão preventiva: o flagrante próprio, impróprio e o presumido.

O flagrante próprio ocorre quando o agente está cometendo a infração ou acaba de cometê-la; o flagrante impróprio ou quase-flagrante se dá quando o agente é perseguido logo após o ilícito, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração; e o flagrante presumido é aquele em que o agente é encontrado logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração<sup>4</sup>.

## **1.2. Prisão Temporária**

Criada pela Lei nº7.960/89, a prisão temporária só poderá ser decretada por autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público<sup>5</sup>. Define-a Fernando Capez (2017, p. 350), como a “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.

A prisão temporária tem finalidade de acautelamento das investigações do inquérito policial, ou seja, sua função é de cautela. Por isso, ela não pode ser

---

<sup>3</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412.

<sup>4</sup>CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 315.

<sup>5</sup>REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 495.

aplicada quando já estiver instaurada a ação penal, pois dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais<sup>6</sup>.

A lei foi taxativa quanto às situações em que se pode decretar a prisão temporária: quando imprescindível para as investigações do Inquérito Policial; quando o indiciado não tiver residência fixa ou, ainda, não fornecer os elementos necessários para o esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova legalmente admitida, que apontem o indiciado como autor ou partícipe de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, raptio violento, epidemia que resulte em morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o Sistema Financeiro<sup>7</sup>.

A legislação prevê, nos crimes comuns, o prazo de 05 dias prorrogáveis por mais 05 dias, desde que seja comprovada a extrema necessidade para tal medida. Vale salientar que a legislação prevê o prazo de 30 dias prorrogáveis por igual período, nos casos de crimes considerados hediondos e equiparados (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90), podendo, todavia, o magistrado decretar o prazo por tempo inferior a esse ou um prazo máximo<sup>8</sup>.

### **1.3. Prisão Preventiva**

A prisão preventiva é considerada uma das espécies de prisão provisória, visto que, como as outras, ela não resulta de sentença penal condenatória, transitada em julgado. A prisão preventiva é considerada por muitos doutrinadores como sendo a mais importante das prisões cautelares existentes<sup>9</sup>.

Seus requisitos são quem controlam a manutenção da prisão em flagrante, servindo como parâmetro para, à exceção da prisão temporária, as prisões cautelares em geral.

A prisão preventiva se caracteriza devido à sua tutela da persecução penal, haja vista que seu objetivo é impedir que eventuais condutas praticadas pelo autor ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup>REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 466.

<sup>7</sup> AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 926.

<sup>8</sup>REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 496.

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 330.

<sup>10</sup> AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 890.

É importante ressaltar que só se justifica o uso desse tipo de prisão cautelar quando for o único meio encontrado para a efetiva proteção da persecução penal em todo o seu iter procedimental (RANGEL, 2016).

A prisão preventiva só pode ser decretada unicamente pelo juiz<sup>11</sup>. Ela é tida como um ponto central das prisões cautelares de natureza processual penal, haja vista que, não havendo necessidade para sua decretação, as demais espécies não podem persistir.

Dispõe o Código de Processo Penal, em seu art.311, que caberá a prisão preventiva em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, decretada pelo magistrado, de ofício, se no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Fica claro, com a leitura do artigo 311 do referido Código, que, para fortalecer a estrutura acusatória do processo penal, a prisão preventiva de ofício pelo juiz somente poderá ser decretada depois que houver a devida provocação por parte dos legitimados descritos no artigo supracitado do CPP.

Sendo assim, não pode existir a decretação da prisão preventiva de ofício na fase de investigação policial. Portanto, qualquer manifestação da autoridade judiciária, no curso do inquérito policial, só se dará através de requerimento do Ministério Público. Dessa forma, o juiz, no CPP, foi afastado da fase pré-processual, deixando a investigação a cargo do Ministério Público e da autoridade policial<sup>12</sup>.

A prisão preventiva poderá ser decretada a qualquer momento, antes mesmo do oferecimento da denúncia, ou seja, durante a fase de investigação criminal, e deverá ser feita através de despacho fundamentado, devendo o juiz demonstrar a existência dos fundamentos e requisitos para a decretação dessa prisão. É necessária a presença de dois pressupostos para que se exija a decretação da prisão preventiva: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro consiste na prova de materialidade dos fatos delituosos, ou seja, da existência de crime. Já o segundo consiste na existência de indícios suficientes de autoria. Na falta de algum deles, não caberá a prisão preventiva<sup>13</sup>.

Como prevê o artigo 312 do Código de Processo Penal, o *periculum in mora* consiste nas circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, as quais são: garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal e assecuração de eventual pena a ser imposta<sup>14</sup>.

Ordem pública é a necessidade de se manter a tranquilidade social, a paz pública, que, via de regra, é abalada pela prática de um delito. Por conveniência da instrução criminal, entende-se como sendo o regular e equilibrado andamento

---

<sup>11</sup> AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 895.

<sup>12</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 451.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 331-332.

<sup>14</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.452.



do devido processo legal, em seu aspecto procedimental. Por fim, a asseguaração de eventual pena a ser imposta é a garantia de que o eventual exercício do direito de punir do Estado será cumprido<sup>15</sup>.

É no relatório do Min. do STJ, Vicente Leal, no HC n. 23.879, que se pode encontrar clara explicação sobre a matéria:

A prisão preventiva é uma medida extrema, foi concebida com cautela à luz do princípio constitucional da inocência presumida e deve basear-se em razões objetivas, que demonstrem a existência de motivos concretos suscetíveis de autorizar sua imposição. [...] Segundo esclareceu o relator do habeas-corpus, ministro Vicente Leal, em inúmeros julgamentos tem-se afirmado que a prisão preventiva, por ser uma medida extrema que implica em sacrifício à liberdade individual, deve ser concebida com cautela. 'Principalmente agora, quando a nossa Carta Magna inscreveu o princípio da inocência presumida'. O instituto da prisão preventiva subsiste no atual sistema constitucional, conforme o artigo 5º da Constituição Federal, e funda-se em razões de interesse social. Assim, continua o ministro Vicente Leal, "impõe-se sempre a sua decretação quando provada a existência do crime e constatados indícios suficientes da autoria e quando ocorrer a presença de qualquer dos pressupostos inscritos no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal e segurança na aplicação da lei penal". No entanto, o decreto de prisão preventiva deve ser adequadamente fundamentado, não bastando meras referências às circunstâncias do crime. 'É mister que o juiz demonstre com elementos condensados no processo a presença de, pelo menos, uma daquelas circunstâncias arroladas no artigo 312, do CPP'.

Portanto, como se pode reforçar a partir das palavras citadas acima, a prisão preventiva é medida excepcional e só será admitida nos casos expressos no artigo 313 do Código de Processo Penal, que traz, em seu texto, as hipóteses em que será admitida essa forma de prisão : nos crimes dolosos, quando esses preverem suas pena máximas a um período superior a 4 anos; quando o agente já tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, resguardando o inciso I do caput do artigo 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; também será admitida a preventiva quando o crime em questão envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para que se possa garantir a aplicação de medidas protetivas de urgência; e quando houver dúvidas ou a pessoa não fornecer informações suficientes para a sua

---

<sup>15</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 453.

identificação, devendo o preso ser liberado após a sua identificação, salvo se houver outras hipótese para a manutenção da medida<sup>16</sup>.

## **2. O JUIZ NATURAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO**

### **2.1. Princípio do Juiz Natural**

O princípio do juiz natural foi consagrado pela Constituição Federal (CF) de 1988. Em seu art. 5º, LIII, ela estabelece que ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, representando a garantia de um órgão julgador técnico e isento, com competência estabelecida na própria Constituição e nas leis de organização judiciária de cada estado<sup>17</sup>.

Esse princípio está interligado com o desenvolvimento da jurisdição. A Constituição de 1824, outorgada pelo imperador, já a previa, porém não era na prática respeitada.

Não se pode falar em jurisdição em juiz natural, pois esse princípio tem como sua finalidade defender a legitimidade, a imparcialidade e a legalidade da jurisdição (STJ. Ag.Reg no HC 106590/SP. Rel. Min. Nilson Naves. Sexta Turma. J. 05.05.2009. Dje 01.06.2009).

O juiz natural é o juiz adequado para o julgamento de determinadas demandas. Ele é previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência e imparcialidade. Todas as garantias do juiz natural têm como objetivo preservar a ordem democrática.

Para garantir o princípio do juiz natural, é necessário que o magistrado seja imparcial e independente. Não basta que o juízo seja o competente e objetivamente capaz, é primordial que ele seja imparcial, subjetivamente capaz. (FREDIER, 2009, p. 92).

O juiz competente é aquele que já está previsto pela CF/88, que tem a função de processar e julgar determinada causa. Ao vedar os tribunais de exceção, ele deixa claro que os órgãos do judiciário competentes para julgar deverão preexistir aos fatos<sup>18</sup>. A imparcialidade significa que o julgador não será tendencioso com as partes, ou seja, não prejudicará e nem lhes preferirá privilégios, ficando, assim, equidistante da relação processual<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 456.

<sup>17</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 380.

<sup>18</sup> AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2014. p.604.

<sup>19</sup> AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 72.

## 2.2. Imparcialidade Objetiva e Subjetiva do Julgador

No exercício legal e legítimo da jurisdição, é primordial que o magistrado, no caso concreto que se apresenta a ele, faça-o não tão somente com imparcialidade subjetiva, mas também com a imparcialidade objetiva, essa que advém da relação do magistrado com os fatos os qual submetem à sua apreciação. Essa imparcialidade objetiva defende que o juiz, antes de proferir sentença, não tenha pré-julgamento da causa, advindo de uma indevida antecipação de seu convencimento derivada de um contato prévio com a causa<sup>20</sup>.

O direito a um juiz absolutamente imparcial está atrelado aos direitos e garantias do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), direito esse que está enraizado no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo-se em vista que o fato de o réu ser submetido a um julgamento por um juiz parcial, seja ele objetivamente ou subjetivamente, fere ferozmente o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>.

Esse direito fora consagrado em todos os documentos jurídicos internacionais que versam sobre direito humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos/1969 (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA)<sup>22</sup>.

Como nos ensina o Ministro CÉZAR PELUSO, do STF, (in voto-vista lançado nos autos do HC 94.641/BA – julgado em 11/11/2008, cujo acórdão foi publicado no DJ de 06/03/2009)

A falta da imparcialidade objetiva “incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isente da função jurisdicional. Tal qualidade, (...), diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição

---

<sup>20</sup> AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2014. p.72.

<sup>21</sup> COSTA, César Ramos da. Advogado Criminalista no Estado do Pará. A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição. Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_19\\_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_19_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html)>. Acesso em 17 de abril de 2018.

<sup>22</sup> COSTA, César Ramos da. Advogado Criminalista no Estado do Pará. A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição. Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_19\\_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_19_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html)>. Acesso em 17 de abril de 2018.

que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta de isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 52), ao discorrerem sobre a questão da imparcialidade do juiz, afirmam: A imparcialidade do magistrado é uma garantia de justiça quem têm as partes e, por isso, elas têm o direito de exigí-la. E, diante do fato de que o Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional, ele deverá agir com total imparcialidade diante das causas que lhe serão submetidas.

Não basta tão somente a garantia da jurisdição e não é suficiente ter um juiz; faz-se necessário que ele reúna algumas qualidades mínimas para que esteja apto para desempenhar sua função de garantidor, pois sua imparcialidade como órgão jurisdicional é considerada um princípio supremo do processo, importantíssimo para o desenvolvimento e uma resposta judicial justa<sup>23</sup>.

Porém, quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, tudo isso perde seu valor, pois, quando se coloca a gestão ou iniciativa probatória nas mãos do juiz, acaba-se fazendo com que ele figure no processo como juiz ator, e não espectador, característica essa do sistema inquisitório<sup>24</sup>.

O sistema acusatório tem, como seu princípio primordial, a imparcialidade e o contraditório, ficando claro que somente haverá a possibilidade da imparcialidade do julgador quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória<sup>25</sup>.

Fica claro, portanto, que a imparcialidade do juiz fica comprometida quando o mesmo se torna um juiz-instrutor com poderes investigatórios. Isso

---

<sup>23</sup> COSTA, César Ramos da. Advogado Criminalista no Estado do Pará. A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição, p.14. Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_19\\_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_19_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html)>. Acesso em 17 de abril de 2018.

<sup>24</sup> COSTA, César Ramos da. Advogado Criminalista no Estado do Pará. A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição, p.14. Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_19\\_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_19_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html)>. Acesso em 17 de abril de 2018.

<sup>25</sup> COSTA, César Ramos da. Advogado Criminalista no Estado do Pará. A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição, p.15. Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_19\\_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_19_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html)>. Acesso em 17 de abril de 2018.

significa que o contato do juiz instrutor com os fatos e dados do sujeito passivo pode causar prejuízo e impressões a favor ou contra o imputado<sup>26</sup>.

Ensina Aury Lopes Jr. (2014, p.66) que não basta somente garantir a separação inicial das atividades de acusar e julgar, pois, com o Ministério Público redigindo a acusação, posteriormente, no decorrer do processo, o juiz poderá assumir um papel ativo na busca por provas ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.

### 2.3. O sistema Acusatório

São dois os modelos processuais penais: o inquisitivo e o acusatório. O sistema acusatório é o mais antigo e remonta às épocas das repúblicas grega e romana; sua característica está na atuação imparcial do juiz, que deve se manter afastado das partes e da produção probatória, sendo imparcial. As atividades do acusador e julgador são sempre exercidas por pessoas distintas, e o processo é público, no qual são permitidos o contraditório e a ampla defesa. Esse modelo acabou sendo usado até o século XII, quando fora substituído pelo modelo inquisitorial, motivado especialmente pela inquisição da igreja católica<sup>27</sup>.

No modelo inquisitorial, o juiz não é imparcial, pois atua de ofício e age como acusador, e o processo é secreto, sem o contraditório e a ampla defesa, tendo como finalidade a busca pela suposta “verdade real” para justificar a atuação do juiz-inquisidor<sup>28</sup>.

Com o fim da inquisição e com a formação dos Estados Modernos, esse modelo inquisitivo puro passou a ser flexibilizado, permitindo o contraditório e a ampla defesa, além da acusação ser exercida por um órgão diverso do juiz- o Ministério Público, mas ainda sem que o magistrado perca seus poderes instrutório/probatórios de atuar de ofício<sup>29</sup>.

Esse novo sistema passou a ser chamado de misto ou bifásico, o qual era previsto pelo Código Napoleônico de 1808<sup>30</sup>.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 adotou o modelo misto, porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma opção pelo modelo acusatório, ficando latente essa previsão quando o legislador prescreve as garantias processuais, no art.5º: contraditório e ampla defesa, juiz natural,

---

<sup>26</sup>COSTA, César Ramos da. Advogado Criminalista no Estado do Pará. A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição, p.15. Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_19\\_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_19_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html)>. Acesso em 17 de abril de 2018.

<sup>27</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 64.

<sup>28</sup> AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 52.

<sup>29</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.68.

<sup>30</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.72.

estado de inocência etc., como também pela previsão do Ministério Público no artigo 129 e seguintes<sup>31</sup>.

Com isso, passou a existir um distanciamento entre o modelo processual penal constitucional, que é o acusatório, e o modelo processual penal previsto no Código de Processo Penal. A jurisprudência começou a interpretar, em alguns pontos, o Código Processual Penal à luz da Constituição. Porém, pouco a pouco, o legislador foi adequando o Código de Processo Penal à Constituição com as reformas de 2011, trazidas pela Lei nº12.043, que trouxe mudanças nas prisões cautelares, além de não permitir mais a prisão preventiva de ofício na fase pré-processual decretada pelo juiz.

No sistema acusatório, o juiz segue o princípio de separação do gestor da prova e o da pessoa do julgador. Há uma clara separação entre as funções de acusar, julgar e defender, o que não ocorre no sistema inquisitivo. No sistema acusatório, o juiz é imparcial e somente julga, não produz provas e nem defende o réu<sup>32</sup>.

Suas características principais são: as partes são as gestoras das provas; há separação das funções de acusar, julgar e defender; o processo é público, salvo exceções determinadas por lei; o réu é sujeito de direitos e não mais objeto da investigação; conseqüentemente, ao acusado é garantido o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e demais princípios limitadores do poder punitivo; presume-se a não culpabilidade (ou a inocência do réu); as provas não são taxativas e não possuem valores preestabelecidos<sup>33</sup>.

Cabe salientar que o nosso sistema acusatório é considerado não puro, pois é possível a realização *ex officio* pelo juiz. Nesse sentido, acertada é a decisão da 5ª Câmara Criminal do TJRS, cujo acórdão é da lavra do Des. ARAMIS NASSIF, proferida na Correição Parcial n. 70014869697 e julgada em 01 de junho de 2006:

CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO EX OFFICIO. BAIXA DOS AUTOS À DP PARA EFEITOS DE RECONHECIMENTO DO RÉU. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. O Juiz não pode, pena de ferir o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988, determinar diligências policiais, especialmente reconhecimento do acusado pelas vítimas. No sistema acusatório o réu é tratado como sujeito de direitos, devendo ter, portanto, suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas. A regra é clara e comum: O Estado acusador, através do agente ministerial, manifesta a pretensão ao agente imparcial, que é o Estado-juiz. Essa imparcialidade que se apresenta mais nítida agora, com a definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na construção de uma ciência processual penal democrática,

---

<sup>31</sup> GUIMARÃES, Alexandre Batista Tavares. Sistema Processual penal Brasileiro-Análise jurídica e reflexos no processo penal do Sistema Processual Penal adotado no Brasil. Disponível em: <https://oialexsandro.jusbrasil.com.br/artigos/320272120/sistema-processual-penal-brasileiro> Acesso em 02 de maio de 2018.

<sup>32</sup> LOPES JR., Aury Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.65.

<sup>33</sup> LOPES JR., Aury Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.65.

vedando a iniciativa *ex officio* na produção da prova. Correição acolhida.

Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que se pode ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual, ou somente quando o mesmo age sobre provocação das partes interessadas ou do órgão competente previsto em lei<sup>34</sup>.

### **3. DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO DURANTE A FASE PRELIMINAR DE INVESTIGAÇÕES**

Ficou claro que, com a Lei nº 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal, o legislador teve a intenção de adequar o CPP ao sistema acusatório adotado pela Constituição brasileira. Essa alteração trouxe mudanças significativas para o ordenamento processual penal.

Uma das principais mudanças trazidas pela Lei nº 12.403/11 foi sobre o artigo 311 do CPP, que ganhou uma nova redação, a fim de adequá-lo ao sistema acusatório, retirando dele a possibilidade da prisão preventiva decretada de ofício pelo magistrado sem que houvesse provocação<sup>35</sup>.

Cabe demonstrar, inicialmente, a diferença entre as redações dadas pelo Código de Processo Penal de 1941 e pela nova Lei nº 12.403/211: O artigo 311 com redação dada pelo Código de Processo Penal de 1941 previa 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<sup>36</sup>.

Diante da redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, o artigo passou a não admitir mais a decretação da prisão preventiva de ofício na fase pré-processual pelo juiz sem a devida provocação, ficando sua redação da seguinte forma: em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial<sup>37</sup>. Isso demonstra um grande avanço na

---

<sup>34</sup> LOPES JR., Aury Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.66.

<sup>35</sup> Código de Processo Penal. (Decreto Lei n.º 3689/41). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 23 de maio de 2018.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. DOU, 5 maio 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em 23 de abril de 2018.

<sup>37</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 451.

busca de adaptar o artigo 311 do CPP ao sistema acusatório previsto pela Magna Carta.

Essa reforma deveria ter alcançado o artigo 20 da Lei Maria da Penha, já que o mesmo foi redigido em sua íntegra com base no artigo 311 do Código de Processo Penal Brasileiro, cuja intenção do legislador de dar à Lei 11.340/06 o mesmo tratamento, e não um tratamento diferenciado, como defende alguns doutrinadores, é perceptível.

#### **4. O DISPOSTO NO ARTIGO 20, DA LEI MARIA DA PENHA E A POSSIBILIDADE DE OFEANSA À CARTA MAIOR**

O artigo 20 da Lei Maria da Penha diz que, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (BRASIL, 2006).

Como se pode constatar, o referido artigo da lei permite que o magistrado, ainda na fase de procedimento administrativo, possa decretar de *ofício* a prisão preventiva do indivíduo que é investigado pela prática das condutas criminosas elencadas nos incisos do artigo 7º da Lei de Violência Doméstica.

Não há que se falar na especialidade da Lei Maria da Penha, nem tão pouco em uma readequação do artigo 20 da referida Lei ao dispositivo do Código de Processo Penal de onde ele foi retirado. O que se deve tratar é da obediência do artigo 20 ao sistema acusatório adotado pela Constituição.

Hora, fica clara a insistência do legislador brasileiro em desrespeitar o sistema acusatório, sistema esse adotado pela Constituição federal de 1988, tendo-se em vista que a decretação de medidas cautelares por parte do magistrado de ofício durante a fase de investigações é vedada<sup>38</sup>.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 762), somente poderá dar-se início à relação processual mediante provocação da pessoa competente, devendo o magistrado se abster, antes do início do processo, de ordenar atos de ofício.

Diante de um processo penal acusatório, a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz no curso da investigação é ilegal. A imparcialidade do julgador é fundamental no modelo acusatório de processo penal, pois o mesmo tem como fundamento a separação das funções nas quais um acusa, outro defende e um terceiro imparcial julga.

---

<sup>38</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.42



Portanto, quando o juiz decreta a prisão preventiva sem que haja provocação do titular da ação penal, inegavelmente torna-se um juiz-inquisidor, contaminando, assim, a imparcialidade judicial<sup>39</sup>.

Esse modelo inquisitorial adotado pelo artigo 20 da Lei nº 11.340/06 não molda à Carta Magna e é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois a constituição brasileira veda a prisão preventiva de ofício na fase policial, diante do sistema acusatório adotado.

Fica claro que essa lei, por sinal muito importante, foi criada para atender a uma política criminal, especificamente para a proteção da mulher vítima de violência por parte daqueles com quem mantém vínculos afetivos domésticos, criando instrumentos na lei que pudessem, de uma forma célere, dar a essas mulheres uma garantia de proteção no decorrer da investigação criminal.

Porém, cabe ressaltar que as políticas criminais devem obediência à Constituição Federal, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico, sob pena de vício de inconstitucionalidade. A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema processual penal acusatório e delimitou as funções de julgamento e acusação a órgãos distintos, com o intuito de suprimir eventual resquício ditatorial<sup>40</sup>.

Com a intenção de assegurar a imparcialidade do Poder Judiciário, o sistema acusatório exige o afastamento do magistrado das funções de investigação, cabendo tais funções ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, bem como o exame quanto à necessidade de custódia cautelar para a proteção da persecução penal<sup>41</sup>.

Como afirma Antônio Magalhães Gomes Filho (2011), o legislador, com a reforma feita em 2011, ao adequar o texto do CPP ao sistema acusatório adotado pela Constituição, deveria ter retirado por completo a prisão de ofício decretada pelo magistrado, mas preferiu retirar essa prerrogativa do juiz somente na fase de investigação, deixando que possa ser decretada durante a fase processual.

Diante disso, mesmo fundamentada sob critérios de política criminal, ao possibilitar a prisão preventiva *ex officio* sem provocação do Ministério Público ou da autoridade policial<sup>42</sup>, fica claro que tal lei não tem respaldo na Lei nº 12.403/11, o qual alterou a redação do artigo 311 do CPP, vedando a decretação da prisão preventiva *ex officio* pelo juiz no curso da fase inquisitorial.

---

<sup>39</sup> LOPES JR., Aury Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 67.

<sup>40</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

<sup>41</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

<sup>42</sup> SOUZA, André Ricardo Goldoy de. A revogação do art. 20 da Lei 11.340/2006 pelo sistema de medidas cautelares pessoais. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/1-A-revogacao-do-art.-20-da-Lei-11.340-2006-pelo-sistema-de-medidas-cautelares-pessoais>>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

Essa mudança veio aprimorar o sistema acusatório, que tem suas raízes constitucionais, pois o juiz deve se manter equidistante da fase de investigação criminal. Com isso, ao não ter sido adequado com base na referida lei de 2011, verifica-se a afronta do artigo 20 da Lei Maria da Penha à Constituição, não sob a luz do Código de Processo Penal, pois ele, por sua vez, não adota de forma plena o sistema acusatório que foi enraizado pela Constituição, mas sim sob a ótica do sistema acusatório adotado pela Carta Magna. Todo o ordenamento deve seguir as diretrizes constitucionais, mesmo que seja uma norma especial.

Ao agir de ofício, o juiz, necessariamente, rompe com a sua imparcialidade, pilar principal de todo o sistema acusatório<sup>43</sup>. Assim sendo, parte do artigo 20 da Lei Maria da Penha demonstra estar em total desarmonia com a Constituição, diante da sua violação ao sistema acusatório, e com o artigo 311 do CPP, que veio aprimorar o próprio CPP, vedando que juízes na fase policial decretem a prisão preventiva sem o pedido da autoridade policial ou do Ministério Público<sup>44</sup>.

É primordial ressaltar que o direito e a justiça devem ser vistos como um conjunto de conceitos que se complementam entre si, visto que não há como se falar em direito dissociado de justiça, pois ambos estão inseridos em uma mesma realidade. A justiça é a preocupação recorrente do direito que, por sua vez, busca incorporá-la nas leis, tornando o ordenamento jurídico legítimo, de forma que sua primazia está no direito natural, em seus princípios.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se que o legislador brasileiro, no texto constitucional, adotou, para o sistema processual penal brasileiro, o sistema acusatório. O mesmo fez-se legislador infraconstitucional através das reformas advindas da Lei 12.403/11, procurando disseminar, no ordenamento processual penal pátrio, o modelo acusatório, a fim de adequá-lo à constituição brasileira e garantindo, assim, uma separação entre as funções de acusar, defender e julgar.

Sendo assim, não se pode pôr em risco de ameaça de lesão os princípios processuais penais, a imparcialidade do magistrado e o sistema acusatório ao ficar-se inerte diante do artigo 20 da Lei Maria da Penha, aceitando que o magistrado atue de ofício na fase de investigação criminal sem ser provocado pelo Ministério Público ou haver representação da autoridade policial. Essa é a única forma de se fazer valer a imparcialidade tão pretendida pela Constituição por parte do julgador durante o processo.

Além do mais, a lei que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal rechaçou a decretação de ofício, pelo magistrado, da prisão preventiva, na fase pré-processual, conforme preceitua o atual artigo 311 do diploma processual penal, pois o mesmo, antes da mudança, ia de encontro ao

---

<sup>43</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.96.

<sup>44</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 52.

sistema acusatório implementado pela Constituição. Do contrário, o juiz se afastaria de sua posição de imparcialidade, distanciando-se do modelo adotado como ideal pelo legislador pátrio.

A Constituição, no artigo 129, diz que a função de promover privativamente a ação penal pública é do MP. Fica demonstrada, com isso, a busca da Constituição por garantir o princípio da imparcialidade do julgador e do sistema acusatório.

O entendimento adotado de forma alguma busca a diminuição da proteção estatal das vítimas de violência doméstica, mas apenas quer garantir que o sistema processual penal se desenvolva dentro dos limites constitucionais, pois o acusado tem o direito de ser julgado por um magistrado imparcial, e a única forma de se garantir esse direito é através da separação absoluta entre o acusador e o julgador.

Apesar de se reconhecer que a Lei Maria da Penha está inserida no rol das ações do estado brasileiro que visam promover proteção ao grupos mais vulneráveis, não se pode conceber a possibilidade de atuação de ofício pelo juiz na fase de inquérito, no sentido de decretar segregação cautelar do indiciado, ainda que por critérios de política criminal, sob pena de descaracterizar o sistema acusatório de processo penal, o qual, conforme anteriormente apontado, foi edificado pela própria Constituição da República de 1988. Diante disso, o artigo 20 da Lei Maria da Penha deve passar por uma adequação à Carta Maior, para que o magistrado só possa agir de ofício quando a ação penal já estiver em curso.

## 6. REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**: esquematizado. 6ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 04 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. DOU, 5 maio 2011. Disponível em: Acesso em 23 de abril de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em 13 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. (Decreto-lei nº 2.848/40). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 23 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. (Decreto Lei nº 3689/41). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 23 de maio de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, César Ramos da. Advogado Criminalista no Estado do Pará. **A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição**. Publicado em 24 de maio de 2010. Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_19\\_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_19_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html)>. Acesso em 17 de abril de 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. Coord. Og Fernandes. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Alexandre Batista Tavares. **Sistema Processual penal Brasileiro** - Análise jurídica e reflexos no processo penal do Sistema Processual Penal adotado no Brasil. Disponível em: <https://oialexsandro.jusbrasil.com.br/artigos/320272120/sistema-processual-penal-brasileiro>. Acesso em 02 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Maria da Penha**. (Decreto-lei nº 11.340/06). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Lei das Cautelares mudou aplicação da Maria da Penha**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>>. Acesso em 02 de março de 2018.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **A Lei Maria da Penha e a problemática da prisão preventiva decretada de ofício na fase de inquérito no contexto do sistema acusatório de processo**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>>. Acessado em 15 de março de 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Parcelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª. Ed. Atlas, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Pode o juiz decretar prisão preventiva de ofício?** Publicado em 01 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-decretar-prisao-preventiva-de-oficio/>>. Acesso em 20 de março de 2018. Acesso em 21 de abril de 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. Coordenador: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, André Ricardo Goldoy de. **A revogação do art. 20 da Lei 11.340/2006 pelo sistema de medidas cautelares pessoais**. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/1-A-revogacao-do-art.-20-da-Lei-11.340-2006-pelo-sistema-de-medidas-cautelares-pessoais>>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

TÁVORA, Nestor. **Código de Processo Penal para concursos**. Bahia: Juspodvm, 2014.