

TUTELA CAUTELAR E TUTELA PROVISÓRIA: A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEI 13.964/19

*PRECAUTIONARY GUARD AND PROVISIONAL GUARD:
THE LEGAL NATURE OF PREVENTIVE PRISON*

Sebastian Mello

Doutor em Direito Público (UFBA). Mestre em Direito Econômico (UFBA). Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia (UFBA) na graduação, mestrado e doutorado. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado Criminalista.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2042697331981933>
ORCID: 0000-0003-3051-2966
sbam@terra.com.br

Luíza Guimarães Campos Batista Gomes

Mestranda em Direito Público pela UFBA. Especialista em Ciências Criminais pela UCSal. Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2554520668602458>
ORCID: 0000-0002-5891-8557
luguimaraes90@gmail.com

Resumo: O presente ensaio é um convite ao debate acadêmico voltado para o estudo dos fenômenos processuais penais concernentes à identificação da natureza jurídica da prisão preventiva, diante das recentes modificações introduzidas expressamente na lógica processual penal pela Lei 13.964/19. Para tanto, estabeleceremos, em paralelo, o que é compreendido como tutela cautelar e tutela provisória pela ciência processual civil, e sua possível relação com os fenômenos processuais penais antes mesmo de tais conceitos jurídico-positivos serem inseridos na lógica processual penal pelo legislador.

Palavras-chave: Tutela Cautelar, Tutela Provisória, Prisão Preventiva, Pacote Anticrime.

Abstract: This essay is an invitation to an academic debate of the study of pre-trial detention's legal nature in a criminal procedural, in view of the recent changes introduced expressly in the criminal procedural logic by the new legislation. This study will establish in parallel what is understood as precautionary protection and provisional protection by civil procedural science, and its possible relationship with criminal procedural, even before such legal-positive concepts have been inserted into the criminal procedural logic by the legislator.

Keywords: Precautionary Protection, Provisional Protection, Pre-trial Detention. Anti-crime Package.

A discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da prisão preventiva não é exatamente nova e pode fundar-se em conceitos lógicos-jurídicos (gerais) que norteiam a (in)aplicabilidade dos conceitos jurídicos-positivos (distintos) afetos a cada matéria, em relação a uma e outra; ou seja, daquilo que é aplicável apenas no Direito Processual Civil e aquilo que apenas existe no Direito Processual Penal.¹

No que se refere ao instituto dedicado a este ensaio, a classificação majoritária da doutrina processual penal se manifesta no sentido de que a prisão preventiva – antes da Lei 13.964/19 – guardaria em si uma tutela acautelatória,² não satisfativa³ e, portanto, impossível de figurar como uma antecipação provisória da tutela penal.

Tal afirmação, contudo, não se aplica a todos os casos de decretação de prisão preventiva. É o que ocorre, por exemplo, com a prisão preventiva decretada ou reafirmada em segunda instância, após o exaurimento da devolução da matéria de fato discutida nos autos, pelo duplo grau de jurisdição;⁴ é também o caso da prisão preventiva decretada como medida protetiva nos casos enquadrados pela Lei Maria da Penha,⁵ pois em ambos, esta decisão tem caráter antecipatório satisfativo e independe do requisito de urgência para a

sua concessão (tutela de evidência).

Outra hipótese de decretação da prisão preventiva, distinta da natureza cautelar, é aquela que diz respeito à garantia da ordem econômica e da ordem pública. Não obstante as críticas inerentes a tais concepções, por se tratar de instrumento retórico desprovido de qualquer significado ou relevância diante do caso concreto, é certo que a garantia das ordens pública e econômica não se baseiam no acautelamento do resultado útil do processo penal. Com efeito, a prisão fundada nestes conceitos não constitui medida cautelar, já que, nesse caso, a medida terá caráter satisfativo geral, supostamente direcionado à sociedade (impedir a continuidade delitiva, atender ao clamor social, coibir um agente de alta periculosidade) – sendo, a princípio, incompatível com o estado de inocência constitucional.

Tendo em vista a significativa modificação introduzida na legislação processual pelo CPC, em 2015, pertinentes às tutelas provisórias, algumas considerações são importantes para o exame da natureza jurídica referente à tutela provisória penal. A tutela cautelar se encontra prevista no novo CPC como medida assecuratória cabível para a proteção de direito ameaçado por perigo iminente, a ser requerida como tutela provisória, de maneira antecedente geralmente

ou cumulativa ao pedido principal em via de exceção (arts. 305 e ss. do CPC/15); o livro de procedimento cautelar foi extinto do texto processual civil, tendo sido a tutela cautelar incorporada às *espécies de tutela provisória*.⁶

Elas distinguem-se das tutelas provisórias de caráter satisfativo em virtude, sobretudo, de suas características peculiares: referibilidade e temporariedade. A tutela cautelar é o meio empregado para a preservação de outro direito (acautelamento), que poderá ser objeto de tutela satisfativa final. Não há, entretanto, a necessidade de comunicação idêntica entre o objeto cautelar e o objeto satisfativo, diga-se, a tutela cautelar não precisa se comunicar diretamente com o objeto do direito acautelado, pois, constitui-se, necessariamente, em direito que se refere à segurança de outro direito, distinto da própria cautela. Este é o critério da referibilidade.⁷

Por seu turno, a tutela *provisória*, concedida em caráter antecipatório, é a tutela que se pretende alcançar no curso do processo de maneira definitiva, ante a presença de determinados requisitos objetivos previstos no art. 300 do CPC para o caso de tutela provisória de urgência e no art. 311 para os casos de tutela provisória de evidência.⁸

Todavia, o nome dado pelo legislador pátrio para o instituto em questão (tutela provisória) não transmite de maneira correta a informação do sentido que é atribuído a este signo, pois por “provisório” não se deve compreender “temporário” – já que: será temporária a providência jurisdicional não substituída por sentença; e será provisória a providência jurisdicional que *pressupõe* uma decisão terminativa para a sua concretização.⁹

No que se refere à conceituação especial processual penal, é possível afirmar que a definição de “cautelaridade” da medida (prisão preventiva) é uma conclusão imediata e histórica por parte da doutrina, já que os enunciados dos artigos que tratam do tema desde o texto original do CPP (*caput* do art. 313) traziam como requisito para a sua decretação nítido sentido de acautelamento do processo: a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal (resultado útil do processo penal).¹⁰ O conceito jurídico-positivo “ordem pública” também existe desde a redação original do CPP e não possui uma descrição precisa com relação ao seu conteúdo semântico.

Com o novo enunciado do art. 312 do CPP, é possível identificar a diferenciação dada pelo legislador para as demais hipóteses de decretação. Segundo o texto aprovado, para que seja decretada a prisão preventiva, para além dos conceitos lógicos-jurídicos inerentes às medidas cautelares (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), há que existir, por força dos conceitos jurídicos-positivos trazidos com a reforma, fundamentação vinculada no perigo e na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos, que justifiquem a *ultima ratio* (§2 do art. 312 do CPP)¹¹ e que podem ser, inclusive, procedimentos de jurisdição voluntária independentes do processo penal (como ocorre por exemplo com as medidas protetivas de urgência).

Outra importante contribuição da reforma se refere ao fato de que está expressamente vedada a concessão de medida de prisão preventiva de caráter satisfativo – antecipação do cumprimento de pena.

Temos então normas processuais até então inéditas no âmbito processual penal. O perigo do estado de liberdade do sujeito não é justificável por si só. Para o legislador, o *periculum libertatis* é vinculado à existência e comprovação de reiterada continuidade delitiva ou ainda de atos contemporâneos ao processo que possam comprometer a conveniência da instrução processual. Não se trata, pois, de qualquer perigo.

A decisão que discorre sobre tal perigo também não é qualquer decisão. Há, aqui, a interação entre distintos signos de normas processuais (de interpretação e de fundamentação), que juntos exprimem para os sujeitos do processo os elementos axiológicos e valorativos que deverão ser atendidos (respeitados) quando de suas respectivas aplicações,¹² para que uma decisão seja considerada suficientemente fundamentada e possa, assim, produzir efeitos jurídicos sob o manto da estrita legalidade.¹³

Ao trazer para o ordenamento jurídico processual penal, tal como descrita a referida regra de fundamentação da decisão, o legislador reafirma o compromisso político e processual do Estado brasileiro com o sistema adversarial, onde as partes possuem como garantia o direito de influência no resultado do processo. É disso que decorre o seu direito à fundamentação exauriente (contraditório pleno), na medida em que obriga o magistrado, em seu exercício jurisdicional, a expor toda a carga racional de sua decisão, diminuindo, assim, as hipóteses do subjetivismo das decisões.

Com a nova redação do art. 312 e ss. do CPP, não é possível mais afirmar que toda e qualquer decisão de decretação de prisão preventiva terá natureza jurídica cautelar.¹⁴ A realidade da natureza jurídica de cada prisão preventiva decretada dependerá do caso concreto e dos conceitos jurídicos-positivos que forem utilizados para a sua imposição no processo – daí a obrigatoriedade de exposição racional de motivos, inclusive no que se refere à ineficiência das demais medidas diversas da prisão para o fim protecionista a que ela se destina.

Investigar-se-á, então, o seu objeto final (o que ela visa proteger), sua forma (quais conceitos jurídicos-positivos estão presentes) e a sua fundamentação (como foi justificada) para que possamos definir a sua natureza jurídica caso a caso.

Definir se a prisão preventiva decretada possui caráter satisfativo em relação a uma decisão terminativa não definitiva (pendente de recurso ou, se preferirem, de trânsito em julgado) é do interesse de todos, principalmente se levarmos em consideração os recentes acontecimentos jurídicos que circundam o tema da prisão em segunda instância.

NOTAS

¹ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 52-64; 125-127.

² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 637-640.

³ SIQUEIRA, Tatiana. Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 640-663, jul./dez. 2015.

⁴ Remonta-se para o julgamento do HC 126.292, ocasião em que o Pleno do STF decidiu que “(...) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido

em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial e extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção da inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. Ver mais em: TAVARES, João Paulo Guimarães. Das medidas cautelares no processo penal: um esboço à luz do regramento da tutela provisória no novo CPC. DIDIER Jr., Fredie (coord. Geral). CABRAL, Antônio Passos; PACHELLI, Eugênio e CRUZ, Rogério Schietti. In: *Repercussão do Novo CPC: Processo penal*, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 229.

⁵ Cujá urgência é presumida. O que é mais protecionista para a figura da vítima

(mulher), inclusive, já que a tutela de evidência pode ser estabilizada (tornando-se definitiva), ou seja, não seria necessário o comparecimento periódico da mulher à Vara de Violência Doméstica para fins de renovação do pedido de concessão da medida protetiva.

- 6 Neste sentido: COSTA, Adriano Soares da. Morte processual da ação cautelar? In: DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, v. 2. 11. ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 188.
- 7 DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, v. 2. 11. ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 684.
- 8 DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, v. 2. 11. ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 157.
- 9 Neste sentido: COSTA, Eduardo José da Fonseca, Art. 294. In: STRECK, Lenio, NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 398. Em sentido contrário: DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 732; BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006*, aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 180-181.
- 10 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 1 mar. 2020.
- 11 Nesse sentido, lembramos que: “O primeiro aspecto que merece destaque é a consagração da ultima ratio da prisão cautelar. Ainda que a natureza excepcional desse instrumento fosse evidente, é importante que o legislador caracterize expressamente a privação da liberdade como a última das medidas, aplicável apenas diante do insucesso das demais. (...) o que impõe ao magistrado,

ao determinar a prisão preventiva, a exposição dos motivos que a justificam e das razões pelas quais entendeu que todas as demais cautelares são impréstáveis para substituí-la no caso concreto; do contrário, a decisão será nula, por ausência de fundamentação completa”. (BOTTINI, Pierpaollo. Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista Eletrônica de Direito Penal, AIDP-GB*, v. 1, n. 1, p. 263-27, jun. 2013). Consignamos que a nova redação do §6 do art. 282 do CPP, conforme a reforma do PA, é extremamente feliz ao inserir em seu enunciado: *a uma*, a expressa reafirmação da opção do legislador de tratativa da prisão como *ultima ratio*; *a duas*, a expressa previsão de subsidiariedade da prisão preventiva em relação às medidas cautelares diversas da prisão.

- 12 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 78.
- 13 FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 93-97.
- 14 A despeito disso, relevantes processualistas penais costumam reduzir o tema da prisão provisória à cautelaridade do instituto, negando a existência de hipóteses que – na realidade – importam em antecipação de caráter satisfativo da tutela requerida. Analisar o instituto da prisão preventiva, assumindo seu comportamento satisfativo em relação às medidas estabelecidas não quer dizer que concordamos com a opção do legislador, mas sim que reconhecemos a distinção de cada um deles. Posicionamento interessante – e com o qual coadunamos – é o de Gustavo Badaró, no sentido de afirmar – categoricamente – a impossibilidade de admitirmos uma tutela provisória de caráter satisfativo em matéria processual penal sem que isso represente uma violação ao princípio da presunção da inocência e, por esta razão, caracterize o enunciado processual responsável por tal antinomia como um enunciado inconstitucional, a exemplo da parte final do inciso I do *caput* do art. 282 do CPP, que o autor classifica como “medida de segurança preventiva”. Ver mais em: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.040-1.043.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006*, aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOTTINI, Pierpaollo. Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista Eletrônica de Direito Penal, AIDP-GB*, v. 1, n. 1, p. 263-27, jun. 2013.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. 468p.
- Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antônio Passo; PACHELLI, Eugênio; SCHIETTI, Cruz (coords.). *Coleção repercussões do Novo CPC*, v.13. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie (coord.); PEREIRA, Mateus; GOUVEIA, Roberto; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Grandes temas do Novo CPC: tutela provisória*, v. 6. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, v. 2. 11. ed, Salvador: Juspodivm, 2016.

- DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GOMES, Luíza. *A aplicação supletiva do CPC ao CPP como meio de ampliação de direitos e garantias fundamentais*. Salvador: Neojuris Editora, 2018.
- LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código De Processo Civil: Lei 13.105/15*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- SIQUEIRA, Tatiana. Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 640-663, jul./dez. 2015.
- STRECK, Lenio, NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- STRECK, Lenio. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas, o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworinianiano. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

Recebido em: 13/03/2020 - Aprovado em: 14/09/2020 - Versão final: 05/10/2020

LEI “ANTICRIME” E A EXPANSÃO DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA: OS EFEITOS DA(S) VIOLÊNCIA(S) DO CONTROLE

“ANTICRIME” LAW AND THE EXPANSION OF GENETIC IDENTIFICATION:
THE EFFECTS OF CONTROL VIOLENCE(S)