



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

Sebastião Borges de Albuquerque Mello¹
Luíza Guimarães Campos Batista Gomes²

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 nº 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. Lei nº 13.964/2019.

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

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.

KEY WORDS: Precautionary protection. Provisional protection. Pre-trial detention. Anti-crime package. Rule nº 13.964/2019.

1. Introdução.

Em carta endereçada ao Congresso Nacional (Mensagem nº 50), apensada ao PL nº

¹Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, professor adjunto da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), professor titular da Linha de pesquisa ligada à Direito Penal e Liberdades Públicas da mesma Universidade e advogado, com endereço profissional à Alameda Salvador, Salvador Shopping Business, Torre Europa, sala 1616, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41.820-020, telefone +55 (71) 3341-0264, e-mail: sbam@terra.com.br, CV: <http://lattes.cnpq.br/2042697331981933>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3051-2966>.

²Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), mestranda em Direito Público (Linha de pesquisa ligada à Direito Penal e Liberdades Públicas) pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e advogada, com endereço profissional à Avenida Tancredo Neves, Edifício CEO Salvador Shopping, nº 2539, sala 2401, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41.820-021, telefone +55 (71) 3114-5550, e-mail: luguimares90@gmail.com, CV: <http://lattes.cnpq.br/2554520668602458>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5891-8557>.





882/2019³, o então Ministro da Justiça Sr. Sérgio Fernando Moro⁴ traz a exposição de motivos que justificam a tramitação do Projeto de Lei também chamado de “Pacote Anticrime”;⁵ dentre as inúmeras justificativas apresentadas à sociedade, destacam-se a defesa expressa de um sistema processual aberto à justiça negocial e ao combate a corrupção, com a previsão de endurecimento de pena para determinados tipos penais, novas regras de prescrição e confisco de bens apreendidos como produto do crime.

Todavia, nos textos originais encaminhados ao Congresso Nacional (PL e Carta) não há qualquer menção ou modificação dada à redação dos arts. 311 e seguintes do CPP/41 – que tratam da prisão preventiva e dos requisitos concernentes à fundamentação para a sua decretação⁵ –, apesar desta ter sido a realidade do texto que fora originalmente encaminhado para o Congresso Nacional.

Surpreendentemente, o texto sancionado neste último natal pelo Presidente da República, Sr. Jair Messias Bolsonaro, traz em seu conteúdo inúmeras modificações que não existiam no corpo normativo original (cadeia de custódia das provas⁶ e critérios de realização da prova⁷, Juízo de garantias⁸, natureza jurídica da prisão preventiva e os requisitos para a sua decretação⁹, conforme decisão exauriente¹⁰, entre outras).

Observada tal discrepância, o presente artigo busca fazer uma revisitação da tramitação do “Pacote Anticrime”, a fim de identificar o momento de inserção das regras concernentes à prisão preventiva no texto que fora sancionado (Lei nº 13.964/19), mediante a análise de dados disponibilizados pelo sítio do Congresso Nacional, para a página de tramitação do PL Unificado nº 10.372/18 na Câmara dos Deputados (apensamento do PL nº 881/19 e PL nº 882/19 com o PL 10.372/18, para fins de tramitação conjunta)¹¹ e do PL nº

³Posteriormente unificado no PL nº 10.372/18, aprovado na Câmara dos Deputados.

⁴Ambos os textos (PL 882/2019 e Mensagem nº 50) se encontram integralmente disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353> <acessado em 25/12/2019>.

⁵O texto original diz o seguinte quanto à exposição de motivos para alteração do CPP: “(...) Neste diploma legal as modificações são muitas, preponderando, pela importância, a alteração aos artigos que tratam da prisão em segunda instância e outras medidas assemelhadas. Seguindo, todavia, a ordem cronológica, as justificativas abrangerão os artigos 28-A, 79, 84-A, 124-A, 133, 185, 283, 310, 395-A, 421, 492, 584, 609, 617-A, 637 e 638.”

⁶Vide redação do art. 158-A e seguintes da Lei nº 13.964/19; anteriormente prevista no PL 10372/18 (autoria dos Deputados: José Rocha - PR/BA; Marcelo Aro - PHS/MG; Wladimir Costa - SD/PA; Nilson Leitão - PSDB/MT; Baleia Rossi - MDB/SP; Luis Tibé - AVANTE/MG; Ricardo Teobaldo - PODE/PE; Celso Russomanno - PRB/SP; Domingos Neto - PSD/CE; Aureo - SD/RJ; Rodrigo Garcia - DEM/SP).

⁷Vide redação do art. 158-B e seus respectivos incisos, Lei nº 13.964/19.

⁸Vide redação do art. 3º e seus subartigos e respectivos incisos, Lei nº 13.964/19.

⁹Vide redação do art. 311 e seguintes da Lei nº 13.964/19.

¹⁰Vide redação do art. 315 e seus incisos, Lei nº 13.964/19.

¹¹Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>



6.341/2019 no Senado Federal¹². Os dados foram coletados e examinados entre 25/12/2019 e 30/04/2020.

Após esta breve contextualização, o artigo se foca nos critérios exigidos para a decretação da prisão preventiva e sua respectiva natureza jurídica (cautelar ou provisória), em relação à análise qualitativa das modificações processuais concernentes à prisão preventiva, que foram introduzidas no CPP pela Lei nº 13.964/2019.

Para fins de comparação didática entre os textos normativos, serão utilizadas as seguintes nomenclaturas de identificação: a) Pacote Anticrime – PA (PL Unificado nº 10.372/18, na Câmara dos Deputados e PL nº 6.341/2019, no Senado); b) Decreto-Lei nº 3.689/41 – CPP/41; c) Lei nº 13.964/19 – CPP/20; d) Lei nº 13.105 – CPC.

Não serão analisados os outros aspectos processuais (acima enumerados)¹³, tampouco serão analisados os aspectos penais e de execução penal, pois o intento do presente artigo não é exaurir a matéria, mas sim, trazer uma contribuição qualitativa acerca dos critérios jurídicos, assim como da natureza jurídica e normativa pertinente à decisão de decretação da *prisão preventiva* e sua fundamentação vinculada, introduzida de maneira expressa pelo CPP na lógica processual penal.

2. Breve narrativa da tramitação do PA na Câmara dos Deputados e no Senado Federal e das modificações inseridas no CPP, relacionadas à prisão preventiva.

Conforme texto original encaminhado pelo Poder Executivo para a Câmara dos Deputados – PA (PL Unificado nº 10.372/18)¹⁴ –, não havia previsão inicialmente para as alterações relativas à decretação de prisão preventiva, *exceto uma*: a redação dada pela *reinscrição* no nosso ordenamento jurídico do inciso IV do art. 313 do CPP/41 (anteriormente revogado pela Lei de Cautelares – Lei nº 12.403/11), prevendo a hipótese de decretação da prisão preventiva “nos crimes praticados no âmbito de organização criminosa”¹⁵.

<acessado em 25/12/19>

¹²Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099> <acessado em 25/12/19>

¹³Tais como cadeia de custódia das provas e critérios de realização da prova, Juízo de garantias etc.

¹⁴Integralmente disponível em:

www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL-10372-2018 e em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099> <acessado em 25/12/19>.

¹⁵Cuja redação, na exposição de motivos, diz o seguinte: “(...) Nesse mesmo sentido de tornar mais eficiente o combate a criminalidade organizada, sugere-se nova redação ao art. 313 do Código de Processo, ampliando as hipóteses de prisão preventiva como forma de combate mais efetivo às organizações criminosas. (...) Dentro do objetivo de modernizar a legislação penal e processual penal para um melhor combate à criminalidade organizada, são necessárias alterações específicas em dispositivos do Código Penal, do Código de Processo, Penal, da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei de Armas, precipuamente voltadas à efetiva repressão da



Entretanto, o texto final enviado para o Senado Federal já continha em sua edição, a inserção da proposta de alteração da redação dos arts. 311, 312, 313, 315 e 316 (conforme revela a análise do texto avulso do PL nº 6341/19, recebido pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, em 10/12/2019¹⁶). O referido texto foi aprovado pela análise da CCJ¹⁷, com a proposta de emendas relativas às outras matérias, cujas propostas não foram concretizadas¹⁸.

Não houve veto presidencial pertinentes aos enunciados relativos à *prisão preventiva* (arts. 311, 312, 313, 315 e 316 do CPP/20) e o texto sancionado pela Lei nº 13.964/19, alterou consideravelmente o CPP.

Com a leitura contraposta do texto anterior e da nova redação, introduzida no CPP pela Lei nº 13.964/19, podemos concluir que: a) não é mais admitida a decretação de prisão preventiva de ofício (supressão desta parte do *caput* do art. 311); b) além dos requisitos já existentes na legislação processual penal, a prisão preventiva ganhou mais um requisito especial para sua decretação (perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado, conforme

criminalidade organizada.”; percebe-se, assim, a forte inclinação utilitarista processual do texto encaminhado pela Câmara dos Deputados para o Senado Federal, cujo intento, firmava-se em suposta modernização processual, em prol de uma maximização da efetividade do combate à corrupção. (Disponível em: disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL-10372-2018 <acessado em 25/12/19>)

¹⁶Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099> <acessado em 25/12/2019>

¹⁷A modificação que nos interessa para o presente artigo foi tratada da seguinte forma no relatório da CCJ: “(...) De acordo com o Substitutivo, o juiz deixa de ter a possibilidade de decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311). Ademais, acrescenta-se ao art. 312 mais um requisito para a decretação dessa custódia cautelar, qual seja, o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Esse artigo também recebe um § 2º que estabelece que “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Na Câmara dos Deputados também foi acrescentado um novo §2º ao art. 313 para prever que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia”. Da mesma forma, o Substitutivo busca alterar a redação do art. 315 para dispor que a decisão além de motivada, deverá ser fundamentada (*caput*), e para lhe acrescentar dois novos parágrafos. O § 1º estabelece que “na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. O § 2º, por sua vez, elenca uma série de argumentos que não se prestam a fundamentar uma decisão judicial. No que se refere à prisão preventiva, o último artigo modificado pelo Substitutivo é o 316. Com a nova redação proposta, o CPP passa a prever a possibilidade de o juiz revogar a prisão preventiva, quando provocado por pedido das partes. Demais disso, cria-se a obrigação de a autoridade judicial revisar, a cada noventa dias, a necessidade da manutenção da prisão preventiva, sob pena de a prisão se tornar ilegal.”. (Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099> <acessado em 25/12/19>).

¹⁸A proposta de Emenda nº 01 foi votada no mesmo dia em que o PL nº 6341/19 foi analisado e relatado pela CCJ do Senado, tendo sido rejeitada; enquanto que a proposta de Emenda nº 02 foi apresentada e retirada, a pedido do proponente (Senador Weverton), no dia seguinte (11/12/2019). Os trabalhos foram encerrados e o parecer favorável final à aprovação do referido PL foi encaminhado para o Poder Executivo em 13/12/2019. (Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099> <acessado em 25/12/19>).



caput do art. 312), assim como fundamentação vinculada à existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem o requisito especial (§2 do art. 312); c) não poderá ser admitida para fins de cumprimento antecipado de pena, decorrência de investigação criminal ou recebimento da denúncia (§2 do art. 313); d) deverá ser suficientemente fundamentada, conforme redação *adaptada* do §1 do art. 489 do CPC (§2 do art. 315), algo que já foi objeto de nossa análise em trabalhos anteriores (GOMES, 2018, p. 99-114)¹⁹; e) a possibilidade de revogação de ofício das prisões preventivas quando verificadas a ausência de necessidade de sua decretação (*caput* do art. 316) e a obrigatoriedade de renovação do ato, a cada 90 (noventa) dias após a sua decretação (parágrafo único do art. 316).

Assim, ao que parece, no que diz respeito às regras para decretação, fundamentação e revogação das prisões preventivas, pode-se dizer que o Poder Legislativo, nas atribuições que lhe são conferidas pela CRFB/88 (art. 48 e seguintes), alterou substancialmente o texto que fora encaminhado pelo Poder Executivo, reafirmando, em absoluto, o compromisso constitucional pelo sistema acusatório (ROSA, 2006, p. 222-223; STRECK, NUNES, CUNHA, FREIRE, 2016, p. 52-53; GOMES, 2018, p. 79-90; BADARÓ, In DIDIER Jr., 2016, p. 327-355).

Outra importante observação, diz respeito à vedação da decretação de prisão preventiva para fins exclusivos da execução antecipada de pena (redação do §2 do art. 313 do CPP), denotando, também, a conformidade com a interpretação constitucional do art. 283 do CPP, reconhecida pelo STF no julgamento das ADCs 43, 44 e 54²⁰.

Conforme já registrado, o intento do presente artigo não é exaurir o tema pertinentes às alterações acima descritas e discriminadas, mas tão somente se ater à regra de fundamentação exauriente adaptada da redação original do §1 do art. 489 do CPC pela Lei nº 13.964/19 para a realidade do CPP com relação à decisão que decreta a prisão preventiva e a natureza jurídica desta.

3. Breves apontamentos sobre tutela cautelar, tutela provisória, tutela de evidência e a natureza jurídica da prisão preventiva.

A discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da prisão preventiva não é

¹⁹Nesse ponto, rememoramos a importância dos enunciados normativos existentes no §1 do art. 489 do CPC (um dos pilares do sistema acusatório, que privilegia o princípio *reddere rationem*, o contraditório pleno e o duplo grau de jurisdição exauriente) e sua imediata aplicação supletiva ao CPP, como meio de ampliação das garantias fundamentais do réu em sede de persecução penal.

²⁰A redação do art. 283 do CPP foi alterada pela Lei nº 13.964/19 para o seguinte: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.



exatamente nova e como adverte parte da doutrina, funda-se, principalmente, na aceitação ou não da TGP como teoria basilar dos conceitos lógicos-jurídicos (gerais) que norteiam a aplicabilidade dos conceitos jurídicos-positivos (distintos) afetos à cada matéria (SIQUEIRA, 2015, p. 646-647)²¹.

A classificação majoritária da doutrina processual penal, se manifesta no sentido de que a prisão preventiva guardaria em si uma tutela acautelatória (LOPES Jr., 2015, p. 637-640)²², não satisfativa (SIQUEIRA, 2015, p. 645-646)²³ e, portanto, impossível de figurar como uma antecipação provisória da tutela penal²⁴.

Levando-se em consideração esta classificação e assumindo que em termos de

²¹Nesse sentido, adverte-se que: “Valendo-nos da teoria unitarista, que defende a adoção de uma teoria única para o processo, (...) o processo cautelar, conforme já exposto, tem o escopo de garantir a eficácia das providências obtidas principalmente em processos de conhecimento e existe sim no processo penal, apenas não tendo ela um caráter autônomo de processo, sendo, porém, prestada de maneira incidental nos demais processos. Ainda segundo os defensores da teoria unitarista, a aplicação de medida cautelar no processo penal deve respeitar a presença dos pressupostos defendidos pela teoria geral do processo e já explicados linhas acima, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Por outro lado, para os defensores de que há, no processo penal, uma teoria geral própria diversa dos demais processos, não se cabe falar aqui nestes requisitos, mas em outros dois: *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito) e o *periculum libertatis*, visto como o risco derivado do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo.”

²²Nesse ponto, com a deferência acadêmica que é necessária à nossa discordância respeitosa, remete-se para a doutrina de Aury Lopes Jr., que ao tratar das prisões cautelares e liberdade provisória trabalha com a ideia de que as prisões são cautelares e o seus requisitos são distintos dos requisitos cíveis (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*). Nisso, concordamos com o referido autor, pois, de fato, os conceitos jurídicos-positivos de cada legislação especial são únicos (e independentes), de modo que o CPP realmente prevê requisitos distintos para a concessão da prisão preventiva, em relação àqueles previstos no CPC para a concessão de cautelares ou, ainda, medidas antecipatórias de tutelas de caráter provisório. Nosso ponto de divergência, contudo, se baseia no fato de que o *periculum libertatis* é um conceito jurídico-positivo independente dos demais que se encontram previstos no art. 312 do CPP; e não se comporta, em relação aos demais, como “gênero e espécie” – conforme defendido pela referida doutrina.

²³Pela didática explicação, vale o recorte: “Apenas identificar uma situação de perigo e a prova da verossimilhança das alegações não permite dizer se o requerente faz jus a uma tutela cautelar ou a uma medida antecipatória dos efeitos da tutela. A grande marca diferenciadora entre ambas está em perceber que apenas a tutela cautelar busca garantir a segurança do direito material discutido, permitindo que, posteriormente, seu titular venha a fruir dele de maneira útil; a antecipação da tutela, por sua vez, é buscada quando o pretensão titular do direito deseja fruir, de imediato, do bem jurídico, a tutela garante a satisfação imediata do requerente. (...) Conclui-se, assim, que, para ser cautelar, a tutela deve ser instrumento de uma tutela satisfativa, buscando assegurar sua efetividade, dar ao titular a segurança de que, com o provimento final, poderá fruir de seu direito de maneira útil. A tutela antecipatória se diferencia, e muito, da cautela, por ser satisfativa, ou seja, por garantir ao autor exatamente aquilo que desejava ao propor a ação, num momento anterior à sentença definitiva.”

²⁴Essa posição é defendida no sentido de que a antecipação provisória de uma tutela penal, no curso do processo penal, não é possível sob a égide do estado de inocência do sujeito, garantido constitucionalmente; já que representaria uma “antecipação” da culpa. Essa premissa, contudo, não parece ser coerente com os requisitos inerentes à antecipação provisória de tutelas satisfativas, ainda que o direito vise satisfazer outro direito, de maneira imediata, se ele pode ser revogado a qualquer tempo (no curso do processo), não é correto afirmarmos que a culpabilidade material de alguém estaria exaurida, ou seja, não há, tecnicamente, uma antecipação de culpa. Vale lembrar, inclusive, que mesmo no âmbito do processo civil, tutelas de urgência de caráter satisfativo que representem ou tenham consequências irreversíveis não podem ser concedidas de maneira antecipada (§3 do art. 300 do CPC).



matéria criminal, a prisão preventiva se apresenta como uma tutela cautelar, atentamo-nos para os requisitos inerentes à sua classificação: instrumentalidade hipotética (assecuratória do resultado de uma hipotética condenação); acessoriedade (não é um fim em si mesmo, é acessória do processo principal); preventividade (sua finalidade é prevenir a ocorrência de um dano); provisoriedade (seus efeitos perduram até a superveniência de um evento sucessivo); cognição sumária (probabilidade da existência do direito); referibilidade (crime específico, o objeto do processo ao qual a tutela cautelar se mostra necessária) e a proporcionalidade (decorrente da provisoriedade e da instrumentalidade, já que a medida cautela é acessória e deve seguir o principal, sem, jamais, se mostrar mais gravosa que este) (BADARÓ, 2019, p. 1.030-1.036).

Todavia, isso não se apresenta como uma proposição verdadeira para todos os casos de decretação de prisão preventiva (SIQUEIRA, 2015, p. 647)²⁵. É o caso, por exemplo, da 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 (TAVARES In DIDIER Jr., 2016, p. 229)²⁶; é também o caso da prisão preventiva decretada como medida protetiva nos casos enquadrados pela Lei Maria da Penha²⁷, já que 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 (SIQUEIRA, 2015, p. 651)²⁸, já que nesse caso a medida terá caráter satisfativo geral, direcionado à sociedade (impedir a continuidade delitiva, atender ao clamor social, coibir um agente de alta

²⁵ Antes mesmo da reforma e alteração da redação do art. 312 do CPP, já se advertia isso.

²⁶ 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.”

²⁷ Cujas 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. Fazemos esta observação apenas para ilustrar, para aqueles que acreditam no Direito Penal como o meio eficaz de afirmação de direitos (ao contrário de nós), que a visão processual limitada à aplicabilidade apenas dos conceitos jurídicos-positivos processuais penais podem ser desinteressante.

²⁸ Aqui, não se furta a consignar o nosso descontentamento com a abertura semântica de tais conceitos e, por via de consequência, da possibilidade de que ambos sejam utilizados como mero instrumento retórico desprovido de qualquer significado ou relevância diante do caso concreto. Todavia, este é justamente o ponto. É justamente porque a garantia da ordem econômica e da ordem pública não se baseiam no acautelamento do resultado útil do processo penal, que a prisão fundada nestes conceitos não se constitui como medida cautelar.



periculosidade)²⁹ – sendo, a princípio, incompatível com o estado de inocência constitucional (SIQUEIRA, 2015, p. 652)³⁰.

Tendo em vista a significativa modificação introduzida na legislação processual pelo CPC em 2015, pertinentes às tutelas provisórias, algumas considerações são importantes para a nossa definição (natureza jurídica 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 s.s. 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* (COSTA, In DIDIER Jr., 2018, p. 55; NEVES, 2015, p. 188).

Distinguem-se das tutelas provisórias de caráter satisfativo, em virtude, sobretudo, de suas características peculiares: referibilidade e temporariedade (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 747)³¹. 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 ente 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 ((DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 684).

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

²⁹“Sendo assim, não há dúvidas de que, nessa hipótese, a prisão preventiva é verdadeira antecipação de tutela e nada tem de cautelar. Impedir a reiteração criminosa tem condão de prevenção especial, que é função da pena e a antecipação dessa função é antecipação de pena propriamente dita, trata-se de verdadeira execução provisória, o que ocorre também com a garantia da ordem econômica.”

³⁰Há quem entenda de maneira diversa e que considere que o julgamento da matéria devolvida ao Tribunal encerra a discussão pertinente aos fatos debatidos no processo, o que, segundo este entendimento, traz para a realidade dos autos a formação substancial da culpa do acusado, já que os Tribunais Superiores cuidam, em tese, de conhecer dos recursos pertinentes à matéria de direito. Este foi o entendimento esboçado pelo Min. Luís Roberto Barroso no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, por exemplo; acompanhado integralmente pelos Min. Edson Fachin, Min. Luiz Fux e Min. Carmen Lúcia e parcialmente pelo Min. Alexandre de Moraes.

³¹No momento decisório, por via de consequência lógica, no caso de procedência do pedido principal, a tutela cautelar perderá o seu caráter assecuratório, tornando-a definitiva, por evidente perda de sua utilidade específica cautelar; se a sentença for de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito, todavia, cessarão os efeitos da tutela cautelar outrora proferida, concedida em caráter antecedente, seja por questão prejudicial de mérito interna ou externa do pedido principal. Ou seja, não importa o resultado obtido pelo exercício jurisdicional, ao final do processo, a tutela cautelar sempre perderá a sua efetividade em sede de decisão final, o que a torna permanentemente temporária.



determinados requisitos objetivos, previstos no art. 300, do CPC, para o caso de tutela provisória de urgência, e no art. 311, do CPC, para os casos de tutela provisória de evidência (CÂMARA, 2015, p. 157).

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; será provisória, a providência jurisdicional que *pressupõe* uma decisão terminativa para a sua concretização (COSTA, In STRECK, NUNES, CUNHA, 2016, p. 398).

Em sentido contrário, parte da doutrina defende que determinados tipos de antecipação dos efeitos da tutela pretendida, de caráter satisfativo, quando concedida de maneira provisória, não necessariamente necessitará de sua confirmação por decisão terminativa, pois a concessão perfunctória da tutela poderá ser alcançada pela regra da estabilização das medidas de caráter satisfativo.

É o caso, por exemplo, do que acontece com as medidas protetivas deferidas, em caráter provisório, nos processos submetidos ao rito especial da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2016); a estabilização da medida protetiva faria com que o processo fosse extinto e os efeitos da decisão se perpetuassem, de modo a proteger a vítima - intento especial do bem-jurídico tutelado pela legislação de repressão dos crimes de violência doméstica (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA., 2016, p. 732; BIANCHINI, 2016, p. 180-181).

A *tutela de evidência*, advém de um fato jurídico pleiteado em Juízo, ou seja, o *estado de evidência* do direito que não requer a análise do exercício jurisdicional, já se encontra manifestado e serve como técnica processual (ou regra de decisão), para as tutelas definitivas ou provisórias; neste último caso, a tutela provisória de evidência se caracteriza pela presença de dois elementos: a prova inequívoca das alegações de fato e probabilidade do acolhimento da pretensão processual (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 749; CÂMARA, 2015, p. 169; COSTA, In STRECK, NUNES, CUNHA, 2016, p. 452-453).

Estão dispensados, portanto, os requisitos específicos pertinentes à concessão da tutela provisória de urgência (perigo da demora); existem duas *modalidades* de tutela provisória de evidência (punitiva e documental) (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 751), que será sempre pleiteada em caráter *incidental* ao processo em que se tenha formulado o pedido de caráter final, e, nos casos em que se fundar no abuso do direito de defesa e da



incompetência do réu em trazer aos autos instrumentos probatórios passíveis de gerarem a dúvida razoável do direito alegado pelo autor, por consectário lógico, somente poderá ser concedida após a efetivação do contraditório.

Neste sentido, importa destacar que a concessão da tutela de evidência provisória, pautada na existência de precedente obrigatório (apartada da efetivação do contraditório), seria uma exceção à regra do contraditório como direito de influência no resultado, prevista como premissa basilar (norma fundamental) de processo, pelo novo CPC. Trata-se de adequação normativa à Teoria dos Precedentes, que visa o respeito à regra de coerência e integridade das decisões judiciais de efeito *erga omnes*, em detrimento da primazia do contraditório entre partes, ou seja, há, expressamente, a opção do legislador em privilegiar a regra do *stare decisis*. (CÂMARA, 2015, p. 171-172; MITIDIERO, 2017, p. 81; MARINONI, 2016, p. 32-33 e p.110-111).

Assim como ocorre no caso da tutela provisória de urgência, a efetivação da tutela de evidência poderá ser objeto de estabilização no curso processual (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 743-744).

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 (CRUZ, 2006, p. 31-40)³², 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 a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal (resultado útil do processo penal)³³ – ou seja, o sentido de acautelamento do processo era nítido. 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 semântico³⁴.

³²Nesse sentido remetemos para o esboço histórico do instituto da prisão cautelar, traçado desde o Brasil Império, com a outorga de nossa primeira carta política (logo após a independência) e a Constituição do Império, cujo art. 179 dispunha que ninguém poderia ser levado preso sem a devida formação de culpa, à exceção dos casos expressamente previstos em Lei, cuja fiança fosse incabível; passando pela promulgação da República e o pacto federalista brasileiro, marcado pela presença de códigos de processo penal autônomos que pouco destoavam das regras de experiência adotadas anteriormente pelo Império. É na Era Vargas, com a edição do CPP, de inspiração fascista, que o instituto ganha o formato que conhecemos hoje, em contraposição à liberdade provisória. Ou seja, desde o início de sua instituição como uma alternativa à liberdade do sujeito, para determinados casos, o que se vê no Brasil é que não foi dada a devida racionalidade para este instituto cautelar, apesar de – curiosamente – o código do Império tratá-lo como uma *ultima ratio*.

³³Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html> <acesso em 01/03/2020>

³⁴A despeito dos esforços em sentido contrário de parte da doutrina e da jurisprudência, que define o conceito de “ordem pública” como o binômio: *gravidade da infração penal + repercussão social*. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-cautelar-e-garantia-da-ordem-publica> <acesso em 01/03/2020>.



Isso não é uma conclusão possível para a nova redação do texto processual.

Com o novo enunciado do art. 312 do CPP, independente da manutenção dos conceitos jurídicos-positivos “abertos” (ordem pública e ordem econômica), é possível identificar a diferenciação dada pelo legislador para as demais hipóteses de decretação. Segundo o texto aprovado e atualmente vigente, para que seja decretada a prisão preventiva, para além dos conceitos lógicos-jurídicos inerentes às medidas cautelares (*fumus commissi delicti* e *periculum liberatis*), há que existir, por força dos conceitos jurídicos-positivos trazidos com a reforma, fundamentação vinculada no perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a *ultima ratio* (§2 do art. 312 do CPP) (BOTTINI, 2013, p. 266)³⁵ 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 de decisão terminativa ainda não definitiva (§2 do art. 313 do CPP)³⁶.

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

³⁵Nesse sentido, remetemos para o artigo publicado por Pierpaollo Bottini quando da modificação da legislação processual penal realizada pela Lei nº 12.403/11 (também concedida como Lei das Novas Prisões), onde já se advertia 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. Por isso a redação do novo art. 282, §6º, dispõe: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, 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 imprestáveis para substituí-la no caso concreto; do contrário, a decisão será nula, por ausência de fundamentação completa.” e consignamos que a nova redação do §6 do art. 282 do CPP, conforme a reforma do PA, é extremamente feliz, ao fim a que se destina, 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, que devem, sempre, ser a primeira opção de medida assecuratória a ser determinada no processo penal, individualmente ou cumulativamente, a depender da adequação da medida ao caso concreto.

³⁶§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm <acesso em 01/03/2020>.



A decisão que discorre sobre tal perigo também não é qualquer decisão³⁷.

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 (BRAGA, 2015, p. 78), para que uma decisão seja considerada suficientemente fundamentada e possa, assim, produzir efeitos jurídicos, sob o manto da estrita legalidade (FERRAZ Jr., 2003, p. 93-97).

Mais uma vez, a inserção de conceitos jurídico-positivos relativos à regra de fundamentação da decisão no CPP, através da reforma da Lei nº 13.846/2019, não faz parte de uma inovação processual penal, mas sim civil, na medida em que o enunciado do art. 315 do CPP e seus respectivos incisos e parágrafos são a cópia adaptada do art. 489 do CPC e seus respectivos incisos e parágrafos³⁸.

A regra de interpretação exauriente foi uma importante (senão a maior) contribuição da ciência processual civil para o campo das ciências processuais³⁹; inserido no nosso ordenamento jurídico pelo §1 do art. 489 do CPC, seus enunciados normativos preveem a obrigatoriedade de enfrentamento do julgador, em seu exercício jurisdicional, de todas as teses suscitadas pelas partes no curso do processo (seja qual for a natureza da decisão)⁴⁰.

Sendo assim, partindo-se do pressuposto de que o direito processual civil e o direito processual penal se encontram inseridos dentro da *questão* analisada pela ciência processual, diferindo-se apenas com relação ao seu *objeto* final (LUHMANN, 2018, p. 17): a conclusão

³⁷A este respeito, remete-se aos acórdãos resultantes de pesquisa realizada junto ao site do STJ com as seguintes chaves de busca “prisão preventiva” e “natureza cautelar” – que dão conta da reforma de decisões proferidas em instâncias ordinárias por ausência de fundamento inidôneo da decisão que decreta a preventiva. Vale citar alguns: RHC 119187/RS (Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti, DJe 26/02/2020); HC 552878/MG (Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti, DJe 26/02/2020); HC 533498/SC (Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti, DJe 26/02/2020).

³⁸Nossa crítica com relação à dispensa disso para fins de aplicabilidade *supletiva* do art. 489 do CPC aos casos processuais penais já se encontra devidamente registrada neste artigo, mas é válida a repetição.

³⁹Se admitirmos, e nós admitimos, que nenhuma ciência processual é imaculada ou protegida da influência externa de outras irmãs processuais. Se uma bem sucedida alteração é feita na legislação processual civil, nada mais apropriado que seja adaptada para as demais ciências processuais (respeitadas as suas respectivas idiossincrasias). O mesmo raciocínio vale para a ciência processual civil em relação à ciência processual penal, a exemplo da novidade introduzida no nosso ordenamento jurídico pela nova redação do CPP/20, com relação à constituição de regras específicas para a cadeia de custódia da prova (que, evidentemente, deverá se estender também à produção de prova processual civil, de maneira subsidiária, haja vista que a referida legislação especial é omissa com relação aos regramentos de preservação, coleta, análise e armazenamento das provas, assim como da responsabilidade pessoal dos agentes públicos no que se refere à sua custódia).

⁴⁰Interlocutória, definitiva, cautelar, provisória, singular, colegiada – não há qualquer distinção para o CPC, entre as distintas hipóteses decisivas e a obrigatoriedade de decisão exauriente. Toda e qualquer decisão deve ser suficientemente fundamentada, a fim de demonstrar para as partes e interessados, o caminho racional da decisão.



inevitável é de que nenhuma omissão foi feita pelo legislador com relação à sua intenção universal⁴¹, acerca da análise conjunta das regras pertinentes ao direito processual civil, previstas no CPC e daquelas que se referem ao direito processual penal⁴²; qualquer dúvida que possa ser levantada a este respeito se extingue com a leitura combinada do art. 1.046, §2º do CPC e do art. 3º do CPP.

A interpretação conciliatória da ciência do direito processual penal e do direito processual civil, contudo, não é um tema pacífico entre a doutrina brasileira, sobretudo entre os processualistas penais, que, veementemente, rechaçam a possibilidade de uma “integração” entre as matérias, sob a justificativa de que a fundamentação principiológica de ambas seriam distintas e, com relação a determinados pontos, antagônicas. Há também, por parte significativa da doutrina processual penal brasileira, certo preconceito filosófico com a TGP, no sentido de que esta teoria anularia as nuances existentes entre o direito processual penal e o direito processual civil, para fazer prevalecer a “lupa” deste último em detrimento do primeiro (COUTINHO, 2001. p. 24; LOPES Jr., 2015, p. 187-190; CARVALHO, 2015, p. 63-65; RAMALHO Jr., 2015, p. 25-32 e p. 85; GLOECKNER, 2015, p. 378-408).

Esta não é a nossa posição. A leitura sistêmica dos postulados normativos de interpretação acima suscitados, por si só, autorizaria a aplicabilidade do §1 do art. 489 do CPC, de maneira supletiva ao: a) parágrafo único do art. 21 do CPP; b) art. 155 do CPP; c) §2 do art. 185 do CPP; d) art. 196 do CPP; e) art. 283 do CPP; f) art. 310, *caput* e parágrafo único do CPP; g) art. 375 do CPP; h) §1 do art. 387 do CPP; i) art. 413 e seu respectivo §1, do CPP; j) art. 414 do CPP; k) art. 415 do CPP; l) §2 do art. 427 do CPP; m) art. 516 do CPP; n) art. 660 do CPP; como meio de ampliação da garantia constitucional de fundamentação exauriente/suficiente, das decisões judicialmente proferidas.

Evidentemente que tal possibilidade permanece valendo, para tais dispositivos, mas o legislador foi além.

A alteração do PA, ocorrida na Câmara dos Deputados, para que fossem inseridos no ordenamento jurídico processual penal os postulados normativos e hermenêuticos (DIDIER Jr., OLIVEIRA, 2019, p. 143-160) inerentes à forma da decisão preventiva (racional/exauriente), assim como da interpretação judicial que deve ser dada às demais fontes

⁴¹Especificadamente no que se refere ao art. 15 do CPC.

⁴²Nesse ponto, vale mencionar que os arts. 5º e 6º do PL nº 8.045/2010 (novo CPP), trazem na leitura combinada de seus respectivos enunciados, a possibilidade de interpretação analógica e extensiva das regras de direito processual penal, desde que tal interpretação represente uma ampliação dos direitos e garantias fundamentais, sob o aspecto do privilégio à dignidade da pessoa humana e da efetividade da tutela jurisdicional penal.



normativas do direito penal (tais como leis, súmulas e julgamentos repetitivos), reafirma, mais uma vez, a opção do legislador por adaptar a experiência positiva da ciência do direito processual civil às necessidades/carência da ciência processual penal.

Assim, conforme a definição dada pelo legislador, para se considerar suficientemente fundamentada a decisão que decretar a prisão preventiva o magistrado terá que: a) justificar a inadequação das cautelares diversas da prisão ao caso concreto; b) justificar a invocação de reprodução ou paráfrase de atos normativos; c) justificar os conceitos jurídicos que incidem no caso concreto e a título de qual motivação; d) enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes que possam modificar o seu entendimento; e) correlacionar o precedente ou enunciado de súmula invocado, demonstrando a sua adequação ou distinção do caso concreto, seja para aplica-lo, seja para afastar a sua aplicabilidade (caso tenha sido invocado por uma das partes)⁴³.

Os enunciados normativos acima colacionados comparativamente denotam, sem dúvidas, que o legislador pátrio transplantou, com as devidas adaptações, a regra de fundamentação exauriente existente no §1 do art. 489 do CPC para o ordenamento jurídico do CPP em sua nova redação; e, em que pese esta previsibilidade encontrar-se inserida na parte concernente às modificações relativas a prisão preventiva, tal regra aplicar-se-á à todos os dispositivos do CPP que digam respeito a fundamentação das decisões judiciais penais (independentemente de sua natureza jurídica), ainda que pela via da aplicabilidade supletiva do §1 do art. 489 do CPC, se o intérprete achar que a regra do §2 do art. 315 do CPP é exclusiva para prisão preventiva.

4. Conclusões parciais.

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

⁴³Com relação a este ponto específico, pode-se dizer, de maneira sucinta, que há – de fato – uma problemática importação deficitária da teoria dos precedentes para o direito brasileiro e, no âmbito processual penal, do problema advindo de sua absoluta omissão com relação à sua forma. É dizer, não se considerará fundamentada a decisão que decretar a prisão preventiva com base em um precedente invocado pelo polo ativo (seja público ou privado), mas não há na doutrina processual penal brasileira qualquer explicação do que vem a ser um precedente penal. Ainda que admitamos que cada processo penal é um universo particular e que sempre existiram distinções entre as decisões tomadas pelos Tribunais Superiores e as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias em relação aos casos em concreto, ainda sim, a omissão doutrinária é extremamente prejudicial para a prática jurídica. Não basta que a doutrina rechace a possibilidade de uma teoria dos precedentes no âmbito penal. Na prática, ela existe e não está sequer descrita do ponto de vista doutrinário. Se isto já era um problema, após a realização da reforma e a inserção de tais conceitos jurídicos-positivos na realidade processual penal, sem a devida descrição doutrinária da forma, isto é um problema ainda mais grave, que não tem outro remédio senão a adaptação do texto descrito pelo CPC em seu art. 926 e seguintes.



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 à expor toda a carga racional de sua decisão (Gáscon-Abellán, In Carbonell-Miguel y Salazar, 2005, p. 25-27), diminuindo, assim, as hipóteses do subjetivismo das decisões (STRECK, In:____; NUNES, CUNHA, 2016, p. 681; STRECK, 2015, p.41-44, GOMES, 2018, p. 99-114; CRUZ, In DIDIER Jr., 2016, p. 327-355).

O fato é que, com a nova redação do art. 312 e s.s. do CPP, não é possível mais afirmar que toda e qualquer decisão de decretação de prisão preventiva terá natureza jurídica cautelar. 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 porque 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 à 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. Se o próprio CPP define, semanticamente, em seus novos conceitos jurídicos-positivos, que ela não pode ser decretada, quem dirá o contrário?

Esta reflexão é densa e urgente. Já que, conforme dito de maneira provocativa linhas acima, a caracterização da prisão preventiva como tutela provisória de evidência, passível de estabilização, pode ser mais interessante à proteção da vítima de violência doméstica⁴⁴, por

⁴⁴ Aqui, consignamos a nossa divergência respeitosa com relação à parte da doutrina processual penal e penal que acredita no processo penal e no direito penal como o meio adequado de efetivação de direitos de gênero. Esta não é a nossa posição. Compreendemos que o direito penal possui única e exclusivamente a função de encarceramento de pessoas, e no contexto do nosso país, o encarceramento em massa da população negra e pobre. Desse mesmo modo, compreendemos que o processo é o meio adequado à contenção dos danos que são ocasionados pela ação penal na vida do sujeito que é colocado em posição de infrator/agressor/réu. A despeito de nossa visão política com relação a isto, admitimos que a classificação da prisão preventiva decretada em decorrência do descumprimento de uma medida protetiva como tutela de evidência serve aos bens jurídicos tutelados pela Lei Maria da Penha muito mais do que se classificássemos esta medida como cautelar (o que efetivamente ela não é, por mais que gostaríamos que fosse).



exemplo, nos mais diversos âmbitos (processuais e pessoais).

Este debate importa, pois, a todos nós.

Referências.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006, aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 3ª 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, Ano 1, Vol. 1, Nº 1, Junho de 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) – Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2015.

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.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, 6ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo julgador no processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIDIER Jr., Fredie (coord. geral); CABRAL, Antônio Passo (coord.); PACELLI, Eugênio (coord.); SCHIETTI, Cruz (coord.). **Coleção repercussões do Novo CPC**, v.13 – Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie (coord. Geral); PEREIRA, Mateus; GOUVEIA, Roberto; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Grandes temas do Novo CPC: tutela provisória**. v.6, 2ª 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**. vol. 2, 11ª ed, Salvador: Juspodivm, 2016.





- DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan-fev. 2015.
- 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**. 12ª ed, São Paulo: Saraiva, 2015.
- LUHMANN, Niklas, **Teoria dos sistemas na prática: vol. I, estrutura social e semântica**; editado por Leopoldo Waizbort; tradução por Patrícia da Silva Santos. – Petrópolis: Vozes, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios, 5ª ed. rev., atua. e amplia**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª 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.
- RAMALHO Jr., Elmir Duclerc. **Por uma teoria do processo penal**, 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- SIQUEIRA, Tatiana. **Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 16. Julho a dezembro de 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 dworkiniano**. – Brasília:



Revista de informação legislativa, v. 52, n. 206, 2015.

