

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES-UNITA**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**PRISÃO CAUTELAR: A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA PRÁTICA**

**JAIME VIEIRA DE MELO**

**CARUARU**

**2020**

**JAIME VIEIRA DE MELO**

**PRISÃO CAUTELAR: A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA PRÁTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/ UNITA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

**CARUARU**

**2020**

## **BANCA EXAMINADORA**

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Presidente: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

---

Primeiro Avaliador: Prof.

---

Segundo Avaliador: Prof.

## RESUMO

O presente artigo tem como intuito principal apresentar como a atual forma de aplicação das prisões cautelares destoam de sua finalidade, que é acautelar o processo ou a investigação criminal. Em primeiro momento fazendo um apanhado geral em relação as medidas cautelares extremas, conceituando, descrevendo quais são os tipos, qual sua natureza e seu objetivo/finalidade. Em seguida, analisar de maneira acurada, os dados de nosso sistema penitenciário nacional, disponibilizados no INFOPEN (elaborado em 2017 e 2019, em razão da alteração dos parâmetros/profundidade da análise de dados, pelo Ministério da Justiça), que vem sendo impactado de maneira comprometedora, pela banalização das prisões acautelatórias, tendo esta, uma gigantesca parcela de responsabilidade, pelo atual caos em que se encontram as penitenciárias brasileiras, principalmente, pela prisão preventiva, partindo dos conceitos e descrições anteriormente feitas e constatar se realmente a aplicação prática, deste instituto, vem respeitando o intento para o qual ele foi criado, ou se é mais um dispositivo legal que vem sendo desconfigurado, não mais sendo usado para acautelar o processo, mas sim, para uma desastrosa tentativa de resguardar a ordem pública, como vários outros de nosso ordenamento jurídico. Por fim, ante todo o exposto, constatar o severo desrespeito a princípios constitucionalmente previstos, que se aplicam de forma direta ao processo penal, como o princípio do devido processo legal e a presunção da inocência e, para partir deste ponto, ressaltar os problemas trazidos pela desvirtuação das medidas cautelares extremas, que causam uma grande insegurança jurídica, chegando, inclusive, a colocar em risco o nosso estado democrático de direito. Uma vez que, esta maneira de aplicação se impõe como uma antecipação da pena, colocando em cheque o garantismo penal, ao qual nosso ordenamento jurídico está atrelado.

**Palavras-Chave:** Prisão Cautelar. Medida Cautelar. Desvio de finalidade. Inconstitucionalidade.

## RESUMEM

El objetivo principal de este artículo es presentar cómo la forma actual de aplicación de las prisiones preventivas es diferente de su propósito, que es salvaguardar la investigación o el proceso penal. En el primer momento, hacer una descripción general en relación con las medidas de precaución extremas, conceptualizar, describir cuáles son los tipos, cuál es su naturaleza y su objetivo / propósito. Luego, para analizar de manera precisa, los datos de nuestro sistema penitenciario nacional, puestos a disposición en INFOPEN (elaborado en 2017 y 2019, debido a la alteración de los parámetros / profundidad del análisis de datos, por parte del Ministerio de Justicia), que se ha visto afectado de manera trivial, debido a la trivialización de las cárceles cautelares, con esto, una porción gigantesca de responsabilidad, por el caos actual en el que se encuentran las cárceles brasileñas, principalmente para la detención preventiva, a partir de los conceptos y descripciones hechas previamente y verificar si la aplicación práctica es realmente, de este instituto, ha respetado la intención para la cual fue creado, o si es más un dispositivo legal que ha sido desfigurado, ya no se utiliza para salvaguardar el proceso, sino más bien, para un intento desastroso de salvaguardar el orden público, como varios otros de nuestro sistema legal. Finalmente, en vista de lo anterior, observar la grave falta de respeto a los principios constitucionalmente previstos, que se aplican directamente a los procesos penales, como el principio del debido proceso y la presunción de inocencia y, a partir de este momento, resaltar los problemas planteados por la distorsión de las medidas cautelares extremas, que causan una gran incertidumbre legal, incluso poniendo en riesgo nuestro estado de derecho democrático. Desde entonces, esta forma de ejecución se impone como una anticipación de la sanción, cuestionando la garantía penal, a la que está vinculado nuestro sistema legal.

**Palabra-Clave:** Prisión cautelar. Medida Cautelar. Desviación de propósito. Inconstitucionalidad.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>1 PANORAMA GERAL DA PRISÃO CAUTELAR: CONCEITO ESPÉCIES E FINALIDADES.....</b>	<b>07</b>
<b>2 DADOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E A DESCONFIGURAÇÃO DO CARÁTER CAUTELAR DAS PRISÕES SEM PENA.....</b>	<b>15</b>
<b>3 DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>19</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>23</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>24</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho visa, a princípio, analisar as nuances das prisões cautelares, que são medidas cautelares extremas que devem ser aplicadas em último caso, quando nenhuma outra medida cautelar, que esta prevista no artigo 319, do Código de processo penal<sup>1</sup>, for suficiente para garantir o livre e escoreito transcurso do procedimento investigativo da polícia, ou para assegurar o correto desenvolvimento do processo penal, tornando seguro o objeto da persecução criminal. Assim, dividem-se em três as espécies de prisão cautelar admitidas em nosso ordenamento jurídico, são elas a prisão preventiva ou pré-cautelar, a prisão provisória e a prisão temporária.

No entanto, com um percuciente exame aos números do sistema penitenciário nacional, torna-se perceptível que um dos problemas do grande caos em que está mergulhado o sistema penitenciário nacional é a superlotação, que por sua vez tem como uma de suas principais causas a normalização da aplicação das medidas cautelares de cerceamento do direito de ir e vir, que acometem cerca de 40% (quarenta por cento) da população carcerária brasileira<sup>2</sup>, ou seja, quase a metade dos presos em nosso país, não tem, sequer, uma pena a eles imposta.

---

<sup>1</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica. § 1º (Revogado) § 2º (Revogado) § 3º (Revogado) § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. BRASIL. **Código de Processo Penal, de 1941**. 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: 28/11/2017.

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen). Brasília, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MlWl3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 10/05/20.

Situação que desvirtua o real objetivo das medidas cautelares em geral, haja vista, que apesar de não serem usadas como tal, as prisões acima descritas, são formas de se acautelar o “persecutio criminis”. E como preconiza nosso processo penal constitucional, principalmente com o advento da lei 12.403/11, a medida cautelar extrema estes institutos devem ser utilizados em ultimo caso, quando forem a ultima saída, sendo assim, são exceções, pois a regra é a liberdade, conforme inclusive preceitua nossa Carta Magna.

Assim, a partir dos dados supramencionados e de uma análise do ponto de vista doutrinário, mostrando como se aplicam tais medidas em países que respeitam o objetivo/finalidade/intuito das prisões processuais, demonstrando o quão os nortes constitucionais são desrespeitados com a tentativa desajustada do judiciário em tentar auxiliar a administração pública a controlar a segurança pública, fazendo-se valer de institutos legais que não visam este fim e acabam gerando outros problemas, como a insegurança jurídica e consequentemente colocando em risco o nosso estado democrático de direito.

## **1 PANORAMA GERAL DA PRISÃO CAUTELAR: CONCEITO, ESPÉCIES E FINALIDADE**

A princípio, demonstra-se vital conceituarmos os institutos de direito processual penal expostos no título deste trabalho, quais sejam as prisões cautelares, para que mais adiante, fundado nestes conteúdos, possamos alcançar o propósito deste texto, que é verificar os problemas trazidos pela trivialização de tais institutos, que traz uma enorme perturbação a ordem jurídica, tanto no plano teórico, quanto no prático.

Posto isto, em cautelosa análise ao nosso ordenamento jurídico, mais especificamente no âmbito processual penal, percebemos que existem vários tipos de prisão, ou seja, diversas espécies de prisão e todas elas decorrem ou da execução de uma pena já imposta (regra) pelo juiz, ou de uma medida cautelar, chamada de atípica, ou, extrema (exceção). Todavia, antes de nos aprofundarmos, nas distinções deste gênero, vejamos como ela é conceituada, à luz do pensamento de Luiz Fernando Capez:

É a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante de delito ou determinada por ordem escrita do e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado

ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>3</sup>

Ao descrever tal conceito, o ilustríssimo professor, usa como alicerce o artigo 283, do Código Processual Penal<sup>4</sup>, que nos antecipa quais são as espécies de prisão, descrevendo de forma simples e direta quais são as hipóteses em que a supressão do direito de ir e vir pode acontecer. As possibilidades da suspensão deste direito constitucionalmente previsto são: a prisão-pena (embasada em uma sentença penal passada em julgado) e a prisão processual, ou prisão cautelar.

A priori, vamos tratar da prisão penal, que, segundo entendimentos doutrinários, é alicerçada em uma decisão judicial transitado em julgado, da qual não cabe mais recursos, após a exposição, do apenado, ao devido processo legal, o qual implica a ampla defesa e o contraditório. Onde o estado busca restabelecer a normalidade do ordenamento jurídico impondo uma pena privativa de liberdade.

Ante ao exposto, vamos analisar os ensinamentos da doutrina, primeiramente as aduções de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Prisão é o sofrimento imposto pelo estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada.

Por mais que se queira negar, a pena é castigo. Diz-se, também, que sua finalidade precípua é reeducar para ressocializar, reinserir, reintegrar o candidato a sociedade.<sup>5</sup>

Examinemos, também, como descreve o Luiz Fernando Capez:

(...)É aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade.<sup>6</sup>

Tais preceitos estão em perfeita harmonia, de forma que podemos, alicerçados nas

<sup>3</sup> CAPEZ, Luiz Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 309.

<sup>4</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. BRASIL. **Código de Processo Penal, de 1941**. 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: 28/11/2017.

<sup>5</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 31. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 605.

<sup>6</sup> CAPEZ, Luiz Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 307-308.

citações acima, elencar elementos desta forma de cerceamento da liberdade, quais sejam: sentença penal irrecorrível; após o transcurso do devido processo legal; e determinação, fundamentada, de uma pena privativa de liberdade.

É válido ressaltar, que em nosso ordenamento jurídico esta é a regra, isto se torna fácil de entender quando visualizamos os princípios norteadores de nossa constituição, como o do devido processo legal (previsto no art. 5º, inciso LIV e LV da CF/88)<sup>7</sup> e o da presunção de inocência (previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF/88)<sup>8</sup>. Tendo em vista, que, como chama a doutrina, estamos diante de um processo penal constitucional (que será tema de nosso estudo mais adiante).

Seguindo com os estudos, ante ao aludido, temos um entendimento bem consolidado a respeito desta primeira espécie, vamos agora perscrutar as prisões decorrentes de medidas cautelares, ou como também denominadas, prisão sem pena.

Antes do efetivo estudo da matéria, faz-se mister que tenhamos a real percepção do que se trata uma medida cautelar, para que possamos enfrentar de maneira mais consistente os questionamentos que estão por vim. Como o próprio nome já diz, tem por finalidade acautelar o processo, isto é, tem a intenção garantir o efetivo curso da investigação, ou processo criminal, para que o estado, por fim, possa impor, de forma escorreita, a pena que o alvo da persecução penal mereça. Destarte, podemos dizer que ela tem natureza eminentemente precatória.

De maneira categórica, o ilustríssimo professor Aury Lopes Júnior, conceitua as medidas cautelares, diante disto, observemos:

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas a tutela do processo.

Filiamo-nos à corrente doutrinária que defende seu caráter instrumental, em que “las medidas cautelares son, pues, actos que tienen por objeto garantizar el normal desenrolo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del jus puniendi. Este concepto confiere a las medidas cautelares la nota de instrumentalidad, encuanto son medios para alcanzarla doble finalidad arriba apuntada”. (Filiamo-nos a corrente doutrinária que defende seu caráter instrumental em que “as medidas cautelares são, pois, atos que tem por objeto

<sup>7</sup> Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28/11/2017.

<sup>8</sup> JÚNIOR, Aury Lopes **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 581.

garantir o normal desenvolvimento do processo e, por tanto, a eficaz aplicação do jus puniendi. Este conceito confere as medidas cautelares a nota de instrumentalidade, enquanto são meios para alcançar a dupla finalidade acima apontada”.)

Como já foi dito anteriormente, a conceituação supra é de suma importância, para que possamos entender a discrepância que existe entre o que deveria ser, e o que efetivamente é a medida cautelar, de caráter prisional, na prática.

Todavia, não podemos adentrar na divisão das espécies sem, mesmo que de forma rápida, ressaltar as principais alterações ocorridas no código processual em tela, com o advento da lei 12.403/11, que introduziu profundas mudanças no processo penal cautelar, alterando diversos artigos constantes no título IX, do referido código. Neste sentido, o livre docente Afrânio Silva Jardim em sua obra afirma que foram trazidos mais aspectos positivos que negativos, coadunando com a maior parte do entendimento doutrinário, proporcionando uma assaz garantia ao investigado/réu. Examinando a lei, acima mencionada, fica clara qual a principal alteração, que é a expansão das medidas cautelares diversas da prisão, visando aplicar a restrição de liberdade, não em casos apenas necessários, mas sim, em casos imprescindíveis, ou seja restringindo as hipóteses de sua aplicação, tornando- a medida excepcional, podendo ser imposta apenas quando nenhuma outra medida for eficaz para garantir a eficiência das investigações e até mesmo do transcurso da ação penal. Tal intuito da norma buscou colocar em prática princípios constitucionais já aludidos (como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência), logrando não deixar que a prisão processual seja apenas uma vestimenta para a prévia execução da pena, anterior ao trânsito em julgado penal.<sup>9</sup>

Superadas as disposições introdutórias, vamos ao que de veras interessa, desvendar e descrever quais são os tipos de medidas cautelares extremas, em apertada síntese.

Começaremos pela prisão em flagrante de delito, ou, como aduz Aury Lopes Junior, prisão necessariamente pré-processual, é decorrente de um crime que aconteceu com proximidade temporal ou que ainda esta por acontecer. Para a melhor fixação do conceito observemos o que aduz a doutrina, iniciando por Renato Brasileiro de Lima, que descreve este tipo assim:

A expressão “flagrante” deriva do latim “flagrare” (queimar), e “flagrans”,

---

<sup>9</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen-Juris, 2013. p. 415-416.

flagrantis (ardente, brilhante, resplandecente) que, no léxico, significa acorolado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.<sup>10</sup>

Faz-se mister salientar que esta modalidade prevê algumas espécies de flagrante definidos pela doutrina, como, o a) Flagrante próprio; b) impróprio; c) presumido (ficto); d) obrigatório; e) facultativo; f) preparado ou provocado; g) esperado; h) prorrogado ou retardado. Entretanto a definição de cada um destes tipos não se faz necessário para o desenvolvimento do nosso tema de estudo.

É válido ressaltar que com a implementação da audiência de custódia, por meio de resolução 213/2015 do CNJ, a aplicação desta forma de prisão ficou restrita, uma vez que no limite de 24 (vinte e quatro) horas, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial terá que enviar a mencionada peça para apreciação do detentor do poder jurisdicional, que ao receber, consoante com o art. 310, do CPP, poderá enveredar por 3 (três) caminhos, quais sejam: 1º) relaxar a prisão, quando ilegal; 2º) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; e 3º) converter o flagrante em preventiva. Desta forma, como dito anteriormente, as modificações advindas com a lei 12.403/11, restringiram a aplicação desta forma de prisão, que diga-se de passagem, por a ausência de formalidades necessárias, como o mandado de prisão, pode ensejar irregularidades ou arbitrariedades que são sanadas de maneira mais célere com a redação do artigo 310, do epígrafado código. Após transitarmos sobre algumas nuances da prisão em flagrante de delito, passaremos a examinar a prisão preventiva, que encontra sua fundamentação, no ordenamento jurídico, do art. 311 ao art. 316.<sup>11</sup>

Esta é a prisão que poderá ser decretada em todas as fases da investigação policial ou durante a fase processual, até o trânsito em julgado, quando presentes as condições legais e os motivos que permitam sua aplicação. Então, como anteriormente aduzido, esta categoria de cautelar extrema, não pode servir como uma forma de antecipação punitiva, mas sim, como uma forma de garantir o correto transcurso do processo ou investigação criminal.

---

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 895.

<sup>11</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal, de 1941**. 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: 28/03/2020.

Para que seja possível que esta forma de limitação de liberdade seja imposta ao cidadão, faz-se mister que existam alguns, como determina a doutrina, pressupostos. Pressupostos estes, que estão previstos no art. 312 e 313, então vejamos a seguir a redação do destes artigos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV – (Revogado). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.<sup>12</sup>

As condições acima descritas, são definidas por Fernando Capez como “*periculum em mora*”, ou em bom português, perigo na demora, em conjunto com outro instituto, qual seja o “*fumus boni iuris*” (fumaça do bom direito), que consiste em indícios suficientes de existência de crime (materialidade) e autoria do delito, autorizam a decretação da preventiva. Estes termos são bastante utilizados, inclusive tem origem, no direito civil e são pressupostos para a concessão de medida liminar, por isto não são plenamente aceitos pela doutrina penal. Neste sentido, um dos grandes críticos destas terminologias e o professor Aury Lopes Júnior, então vamos analisar suas ponderações:

O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processual penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia.

Constitui uma impropriedade jurídica (semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça do bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua síntese.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. 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: 29/03/2020.

<sup>13</sup> JÚNIOR, Aury Lopes **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 581-582.

Ante a suas ponderações, é perceptível seu inconformismo com a utilização destes conceitos, em sua forma literal, no processo penal. Pois consistindo, como ele mesmo coloca, em uma impropriedade jurídica.

Porém, ante a necessidade da criação de novos institutos, próprios do processo penal, ele traz uma reformulação de tais institutos, adequando-os a realidade no âmbito do direito a qual estão sendo empregadas, são eles *fumus commissi delicti* e o *periculum in libertatis*, diante disto é interessante explorarmos suas justificativas e fundamentações, assim ponderemos:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Seguindo a mesma linha de CALAMADREI, a doutrina considera, equivocadamente, *periculum in mora* como outro requisito das cautelares. Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento.(...) O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum in libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.<sup>14</sup>

Isto posto, percebo que em suma o que o ilustre professor quer dizer, em apertada síntese, utilizando-me de uma metáfora, é que para se combater os problemas existentes neste âmbito (processual penal) é preciso que criemos institutos próprios que se adequem de forma esmerada as nossas necessidades, se amoldando a este caso. Por tudo isto, compartilho do mesmo entendimento de Aury.

Por último, e não menos importante, temos a prisão temporária, a qual segundo as explicações do Mestre Aury Lopes Junior, é a antiga prisão para averiguação (que atualmente não está em vigência em nosso ordenamento jurídico), que se mostra com uma nova roupagem. Tal medida acautelatória está prevista na lei 7.960/89, e foi instaurada, inicialmente, por meio

---

<sup>14</sup> JÚNIOR, Aury Lopes **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 655.

de medida provisória respondendo aos apelos da classe policial que, com o advento constituição perdeu diversos poderes a partir de uma carta magna garantista, ou seja, que implementou princípios que trouxeram varias garantias ao processo penal.<sup>15</sup>

Os casos que possibilitam a decretação desta medida estão previstos logo no primeiro artigo da lei acima aludida (7.960/89), então, atentemos para a transcrição a seguir:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes(...)<sup>16</sup>

Examinando as circunstancias que possibilitam a sua aplicação e seu contexto histórico, fica clara a intenção do legislador em conceder uma maior autonomia a autoridade judiciária, possibilitando que o transcurso do inquérito policial se dê de forma harmônica, mesmo que o condão final seja do magistrado, que determinará a prisão a partir do requerimento do *Parquet*, ou por representação da autoridade policial.

Este tipo de prisão acautelatória é a única que a lei prevê um limite temporal. Podendo durar até 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período (em caso de extrema necessidade, comprovada), ou sendo crime hediondo, poderá ser decretado o prazo de 30 (trinta) dias prorrogável, também, por igual período. Estes limites estão previstos no art. 2º, §4º, da lei 8.072<sup>17</sup>.

Ao passo que expus todos os conceitos acima, sem que percebêssemos, já nos foi introduzida, de forma sutil, a natureza e a finalidade do tema de estudo. Assim, como não poderia deixar de ser, estes institutos tem natureza processual. Já sua finalidade, é proteger, ou seja, tutelar o livre desenvolvimento do processo, não podendo configurar uma antecipação da pena, pois do contrário estaria tal instituto se opondo as disposições de nossa carta magna, como já foi exaustivamente trabalhado anteriormente. É de extrema valia ressaltar, que estas medidas, que por hora são temas de nosso estudo, são a exceção, de acordo com o nosso

<sup>15</sup> Idem. p. 673.

<sup>16</sup> BRASIL. **Dispõe Sobre Prisão Temporária.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm) Acesso em: 16/04/2020.

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei de Crimes Hediondos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 16/04/2020.

contexto jurídico, pois a regra é a liberdade que esta prevista como garantia fundamental no art. 5º da CFRB/88, só podendo ser cerceada após o transcurso do devido processo legal.

Entretanto, veremos em nosso próximo tópico que a aplicação prática destes institutos, não se adequa as teorias adotadas por nossa ordem jurídica, especialmente diante dos dados, que demonstram um total desrespeito e desvirtuação, deixando de ser a exceção e virando a regra prática, circunstância que justifica o subtítulo deste trabalho.

## **2 DADOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E A DESCONFIGURAÇÃO DO CARÁTER CAUTELAR DAS PRISÕES SEM PENA**

É bem verdade que o Brasil hoje vive um momento de extremo caos, isto é, estamos mergulhados em uma profunda crise que permeia diversos seguimentos sociais e não só a economia e política (que são as mais discutidas atualmente). Um dos mais importantes problemas (que se torna indispensável para o estudo do nosso tema) é o atual cenário do sistema penitenciário brasileiro, que, apesar de sua relevância vem sendo negligenciado por nossos gestores públicos, que só os discutem, prometendo implementar políticas públicas afim de solucionar esta problemática, quando vem a tona alguma rebelião, como as que tiveram início nos primeiros dias do ano de 2017, em que antes mesmo da primeira quinzena do corrente ano já eram contabilizados mais de 133 detentos mortos no país,<sup>18</sup> conforme dados oficiais do governo, porém quando a mídia muda o foco das notícias, e este tema esfria, os projetos e propostas para melhoria desta situação são novamente engavetadas, demonstrando um total descaso do governo com este problema, que vem piorando com o passar dos anos. Diversas causas podem ser suscitadas, quando o assunto é crise penitenciária no Brasil, entretanto, vamos eleger como uma das mais relevantes, a superlotação, que, por sua vez, tem como uma das principais razões a banalização das prisões cautelares, principalmente da prisão preventiva, uma vez que, na prática, esta maneira de acautelar o processo, mostra uma total incoerência entre sua finalidade, e a aplicação no dia a dia. Assim, a liberdade vem deixando

---

<sup>18</sup> Globo. **Mortes em Presídios do País em 2017 Já Superam o Massacre do Carandiru. Disponível em:** <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>. Acesso em: 29/03/2020.

de ser a regra e passou a figurar como a exceção, destoando, até mesmo, de nossos preceitos constitucionais.

Para o estudo prático, deste tema, utilizamos os dados disponibilizados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen). Segundo o próprio Ministério da Justiça (2014), este sistema de informações foi criado com o objetivo de construir um banco de dados unificado que pudesse agregar dados federais e estaduais sobre os estabelecimentos penais e a população penitenciária. Nele é possível ter acesso a uma série de informações sobre o sistema prisional e o perfil da população carcerária.

Tomando por base estes dados (Infopen), não é difícil perceber que temos um sistema carcerário que não vem sendo colocado como prioridade em nosso país, especialmente ao ver que o último levantamento, que exprimem o desdém dos governos em solucionar as questões atinentes a esta problemática. Entretanto, distanciando-me das críticas em relação às prioridades das políticas públicas no país, visualizo que a superlotação é um problema muito patente diante dos números abruptos de nossa população carcerária, que segundo este estudo nos coloca como a terceira maior do mundo com cerca de 758.009 (setecentos e cinquenta e oito mil e nove) presos, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América e Rússia. Ver a magnitude destes números já causa um certo espanto, mas ao relacionar com o total de vagas nas penitenciárias, que é de 371.884 mil (trezentos e setenta e um mil oitocentos e oitenta e quatro), este número se torna ainda mais assustador, chegando a desafiar a lei da física, pois segundo estes dados, nos presídios dois corpos conseguem ocupar um mesmo lugar no espaço.<sup>19</sup>

Mudando o prisma de nosso olhar, quando passamos a observar os aspectos sociais dos presos no nosso país, resta claro que, como bem ressaltou em sua obra o mestre Felipe Mattos Monteiro, sociólogo, o pensamento de Wacquant (2001), aduzindo que as prisões brasileiras são “campos de concentração para pobres”<sup>20</sup> que mais se assemelham a empresas públicas de

---

<sup>19</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen). Brasília, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MlI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 29/03/2020

<sup>20</sup> MONTEIRO, Felipe Matos. **A Seletividade do Sistema Prisional Brasileiro e o Perfil da População Carcerária**. Disponível em: file:///D:/Downloads/12592-55849- 2-PB.pdf. Acesso em: 29/03/2020.

“depósito industrial de dejetos sociais” do que instituições que servem para alguma função penalógica (como reinserção). Este pensamento é corroborado pelos dados do levantamento do Ministério da Justiça, quando observamos o perfil dos presos no país, utilizando como base o nível de escolaridade e raça/cor. Primeiro tomando por fundamento o nível de escolaridade, o estudo (Infopen) nos mostra que 67,95% da população tem no máximo o ensino fundamental completo, algo que demonstra um liame entre a falta de educação/acesso a escola, e a criminalidade.<sup>21</sup>

Analisando, por sua vez, o aspecto raça/cor, visualizo em linhas gerais, que este é outro fator preponderante, principalmente levando-se em conta a nossos fatos históricos, como segregação racial, e a forma de criação das favelas no início do século XX, percebemos que não é por acaso que 63,64% da população carcerária é composta por negros e pardos, tendo em vista que historicamente eles possuem menos oportunidades de qualificação, trabalho, emprego e até mesmo perspectiva.<sup>22</sup>

Agora restringindo nosso olhar para os presos sem pena, ou seja, os presos provisórios, que é a problemática de nosso estudo, visualizo que 40% (quarenta por cento) dos indivíduos que estão presos no país, são presos provisórios, que formam o número de 249.668 mil (duzentos e quarenta e nove mil, seiscientos e sessenta e oito) cidadãos recolhidos nestes estabelecimentos, sem que haja, sequer, uma condenação em seu desfavor. Porém, ao analisar a situação por Unidade Federativa, a situação ainda piora, como é o caso do estado de Tocantins, que possui 75% do total de presos como presos provisórios, cenário que demonstra uma total desvinculação da prisão sem pena, de seus preceitos. Sendo elas aplicadas como forma de antecipação de pena. Comparando estes números, a países que tem mesmo nível de desenvolvimento que o nosso, esta cifra torna-se ainda mais vexatória.

No tocante aos dados dos presos preventivos, tal estudo ainda faz outra importante distinção na população carcerária, dividindo-os em presos sem condenação que estavam há mais de 90 (noventa) dias, ou seja, 03 (três) meses, constatando que cerca de 26% (vinte e seis por cento) dos presos encontram-se nesta condição, que equivale a 63.308 mil (sessenta e três

---

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen). Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>

<sup>22</sup> Idem.

mil trezentos e oito) reclusos, a mais de três meses em um estabelecimento prisional, tendo sua liberdade cerceada, mesmo antes do transito em julgado da ação, como dito anteriormente, tendo sua pena antecipada. Entrementes, o caminho destas irregularidades, para tentar dar uma efetivação prática ao nosso ordenamento jurídico não se mostra como a melhor receita de composição, demonstrando, inclusive, um ato atentatório as raízes democráticas de nossa pátria.

Ante a estes dados, fica claro que a prisão preventiva passou a ter status de medida de auxílio/garantia da segurança pública, algo que a distancia de sua real natureza, que não é garantir a segurança pública e sim garantir o tranqüilo transcurso do processo/investigação, pois a garantia da segurança pública, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, compete a polícia, que relaciona-se ao poder executivo, em geral, assim observemos o art. 144 da CRFB/1988:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.<sup>23</sup>

Isto posto, não cabe ao judiciário tentar introduzir inovações jurídicas com o intento de solucionar um problema que não lhe compete. Pois, o que se pode compreender de tais dados, é que os detentores do poder jurisdicional do estado, com uma tentativa desastrosa de tentar solucionar o problema da lentidão processual, acabam por antecipar a pena dos acusados, por meio da decretação da medida cautelar extrema, situação que acaba criando mais problemas, como a insegurança jurídica e o desrespeito de preceitos previstos em nosso ordenamento jurídico, inclusive passando por cima de princípios expressamente previstos em nossa Carta Magna, como o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa e a presunção de inocência. Tais condutas, como aduzido anteriormente, constituem uma séria afronta ao estado democrático de direito.

Neste diapasão, Aury Lopes Júnior, em sua obra realiza severas críticas a este desrespeito a natureza destes institutos, classificando inclusive como inconstitucional. Assim, analisemos o que aduz o supramencionado professor:

---

<sup>23</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29/03/2020.

Neste momento evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais.

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública.

A prisão preventiva para a garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.<sup>24</sup>

Assim, tal entendimento coaduna com todo o aludido. Restando demonstrado a má utilização dos institutos, que causa sérios danos ao estado democrático de direito e, ao revés de solucionar o imbróglio, acaba por complicar ainda mais a situação, causando ainda mais desigualdade social.

### **3 DESRESPEITO AO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

Em detida análise histórica, percebemos que nosso código de processo penal tem raízes em 1941, momento em que o país passava por um conturbado momento de sua história. Estávamos sendo governados por Getúlio Vargas, que acabara de dar um golpe militar (instituído o Estado Novo, que sustentou-se de 1937 à 1945), com o intuito de se manter no poder, uma vez que o país estava prestes a decidir quem seria o novo presidente, por meio de eleições democráticas, e segundo as leis, à época vigentes, este não poderia candidatar-se. Diante deste contexto, em que esta nação estava submetida a um regime autocrático, autoritarista é que o código supramencionado foi criado e colocado em vigência. Assim, o decreto-lei 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal Brasileiro), passou a vigor, tendo como principal pilar a supremacia do interesse do estado em detrimento do interesse do cidadão.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não só o código de processo penal, e sim todo o ordenamento jurídico, passou a ser analisado por uma ótica diferente, a partir dos princípios, diretrizes e normas da Carta Magna. Assim, passamos a interpretar o nosso ordenamento jurídico sobre um prisma garantista, em que visa por limites ao poder estatal, em detrimento das liberdades individuais, inclusive, tornando ilegítimo todos os modelos de controle social sobrepostos aos direitos e garantias individuais, ideia que

---

<sup>24</sup> JÚNIOR, Aury Lopes **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 646.

foi construída por Luigi Ferrajoli, que rendeu, até, uma obra literária de renome no mundo jurídico, qual seja *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*.

Como anteriormente visto, estamos diante do que os doutrinadores chamam de processo penal constitucional, onde devemos examinar e interpretar as normas tomando por base a constituição. Desta maneira, temos princípios que tem previsão constitucional e se aplicam de forma direta ao processo penal. Princípios como o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV e LV da CF/88), presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF/88)<sup>25</sup> entre outros. Dentro desta ótica, devemos aplicar os institutos processuais, entretanto, ao conceituarmos os princípios acima elencados, ficará fácil perceber o desrespeito as disposições constitucionais, ao relaciona-los com os números do sistema penitenciário brasileiro que nos foram trazidos no tópico anterior, diante da regra da prisão e a caracterização da antecipação punitiva, por meio das medidas cautelares de caráter prisional, ante a morosidade da marcha processual penal, que são impostas com o intuito de punir e não de acautelar o processo ou investigação.

Assim, vamos analisar a aplicação das cautelares partindo dos princípios de nossa constituição e de nossa processualística penal, iniciando pelo princípio da presunção de inocência, observando, inicialmente, sua disposição na CRFB/1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;<sup>26</sup>

Quando relacionamos este artigo com nossa história, fica facilmente perceptível que ele é fruto do garantismo penal adotado por nosso ordemaneto jurídico, para assegurar que nós não soframos mais arbitrariedades, como as ocorridas em outrora, no período da ditadura militar, onde inúmeras pessoas tinham seu direito de ir e vir cerceado sem sequer passar por um devido processo penal.

Podemos compreender do caput deste artigo, que o direito a liberdade do cidadão é inviolável, só podendo ser cerceado após o transito em julgado da sentença penal condenatória,

---

<sup>25</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29/03/2020.

<sup>26</sup> Idem.

que implica a exposição do apenado ao contraditório e a ampla defesa. No entanto, nosso ordenamento jurídico prevê excepcionalidade a esta regra, que é nosso objeto de estudo. Acerca deste assunto o Professor Renato Brasileiro, aduziu:

A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses restritas, ou seja, a regra é responder o processo em liberdade, a exceção é estar preso no curso do processo. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.<sup>27</sup>

Este trecho, retirado da obra do ilustríssimo professor, coaduna com tudo o que até agora foi exposto, mas quando vamos para o campo prático este entendimento não é retratado, basta olharmos os números de nosso sistema penitenciário brasileiro (acima descrito), que nos colocam como a quarta maior população carcerária do mundo, com números absurdos, contabilizando (em 2014) mais de 622.000 reclusos em nossos presídios. Mais assustador do que isto é perceber que quase a metade (40%) desta população não tem sobre si, sequer, uma condenação passada em julgado, ou seja, são presos provisórios, que em grande parte estão reclusos há mais de 90 (noventa dias), situação que caracteriza a execução provisória da pena, colocada na citação acima, como vedada ou impossível em nosso ordenamento. Neste mesmo norte, também preceitua o professor Aury Lopes Júnior, quando aduz que a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, que atua no âmbito interno e externo do processo. No âmbito interno, além de outras implicações, este preceito constitucional traz severas restrições, ao que hoje está acontecendo indiscretamente, que é o abuso das prisões cautelares.

A forma de aplicação e a violação deste preceito, implica no desrespeito a outro princípio, o do devido processo legal, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)  
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;<sup>28</sup>

<sup>27</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 45.

<sup>28</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28/11/2017.

Este princípio possui uma grande largueza, abrangendo uma série de outros princípios, como o contraditório, ampla defesa, publicidade, juiz natural, entre outros.

Este princípio, por sua enorme abrangência, serve como um princípio de aplicação geral assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo. É considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor. Assim, de um certo modo, ele obsta as arbitrariedades estatais, trazendo uma série de regras que devem ser efetivamente cumpridas, para que o objetivo da ação, ao fim, seja verdadeiramente alcançado, sem que etapas e formalidades sejam descartadas, de forma a limitar direitos e prejudicar os jurisdicionados.

Destarte, perante um processo penal regido por estes conceitos principiológicos, torna-se inaceitável que as medidas cautelares de cunho restritivo do direito de ir e vir sejam tão presentes no dia a dia do judiciário.

Diante destas informações, é necessário que haja uma mudança de postura, para que os equívocos na forma de aplicação deste instituto se adeque ao nosso processo que tem bases no garantismo jurídico, conforme vimos anteriormente, sanando a desvirtuação, o desrespeito e a desconfiguração das medidas cautelares. Para que não caminhemos para mais um momento de obscuridade de nossa história, como os vividos em outrora, em que o processo penal não tinha vinculação qualquer ao ordenamento jurídico, mas sim no bel prazer, ou seja, nas vontades de ditadores.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto no corpo do presente trabalho, é interessante frisar que seu real intento é instigar o debate sobre a questão, para que um dia cheguemos ao ideal do processo penal, que é sua perfeita constitucionalização, em estrita observância aos direitos fundamentais nela entabulados. Destarte, direcionando uma maior efetividade a nossa *lex mater* e respeitando a hierarquização das normas, sem desvirtuamento de nossa estrutura jurídica.

Desta maneira, recobrando tudo o supramencionado, percebemos que as medidas cautelares (gênero), como o próprio nome já diz, visam acautelar o processo, isto é, tem por objetivo garantir o livre e escorreito desenvolvimento processual, ou até mesmo do inquérito policial. E, como não poderia deixar de ser, as prisões cautelares (espécie), em linhas gerais, tem o mesmo intuito, haja vista que a esta também é uma medida cautelar, considerada pela doutrina utilizada neste trabalho como atípica.

Entretantes, quando confrontamos a finalidade poética/teórica com a prática, resta perceptível que este instituto sofre severas desvirtuações, basta analisarmos os números disponibilizados pelo poder estatal, pelos estudos do INFOPEN, para que percebamos que há certa desnaturação, pois apesar de tal medida ser a exceção, portanto, só devendo ser aplicada quando nenhuma outra medida cautelar for suficiente para o livre transcurso do processo, na prática ela alicerça a prisão de quase a metade da população carcerária brasileira. Sendo assim, a má aplicação deste instituto, além de conceber algo estranho a ordem jurídica brasileira, causa um enorme transtorno ao sistema penitenciário nacional, pois o número de presos provisórios equivale ao excedente de pessoas por vaga em nossos presídios.

Ao sairmos, do prisma prático e partimos para o ponto de vista constitucional, o problema persiste, ao percebermos que a consequência é o desrespeito a princípios constitucionais. Uma vez que, a aplicação de tais medidas fere o devido processo legal e a presunção de inocência, tendo em vista, que a aplicação da medida serve, nos dias atuais, como uma antecipação da pena sem que transcorra o devido processo penal. Tal forma de utilização dos institutos em estudo, causam uma grande insegurança em nossa ordem jurídica colocando em risco, inclusive, nossa democracia, tendo em vista que a constituição representa a mais genuína vontade do povo, devendo o judiciário respeitá-la de maneira incontinente.

Assim, podemos concluir que, o processo penal e todas as suas garantias devem ser vistas como instrumentos de proteção do cidadão, somente sendo admitidas violações a tais instrumentos quando estritamente necessário. Contudo, quando há irregularidade na aplicação de institutos na prática, o jurisdicionado fica a mercê de um estado que ganha contornos de autoritário, e que pune antecipadamente, em evidente intuito punitivista, mesmo que de forma ilegal. Consequentemente, o resultado é o caos que vemos no sistema penitenciário, que mais cria infortúnios do que conduz-nos a solução, em desprestígio, tanto ao cidadão, quanto ao direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. 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: 28/10/2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20/11/2019.

BRASIL. Lei da Prisão Temporária, de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm). Acesso em: 28/11/2019.

<sup>1</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen). Brasília, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen). Brasília, 2017. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_jun2017.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_jun2017.pdf). Acesso em: 02/05/2020.

BRASIL. Resolução n° 213, de 2015, do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 28/11/2017.

FERNANDO CAPEZ, Luiz. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. Revista dos Tribunais, 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen-Juris, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Felipe Matos. **A Seletividade do Sistema Prisional Brasileiro e o Perfil da População Carcerária**. Disponível em: <file:///D:/Downloads/12592-55849-2-PB.pdf>. Acesso em: 29/03/2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal: atualizado com as leis n° 11.689, 11.690, 11.705, e 11.719 de junho de 2008**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.