

**AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO
PREVENTIVA: UMA ANÁLISE DA SUA APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
***PERSONAL PROVISIONAL MEASURES AS AN ALTERNATIVE TO PREVENTIVE
DETENTION: AN ANALYSIS OF THEIR APPLICATION BY THE COURT OF
APPEALS OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL***

Brunna Laporte*

RESUMO

Este trabalho tem como objeto de estudo a aplicação das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O problema orientador de pesquisa se centra no âmbito de aplicação dessas medidas e questiona se estas serão suficientes para alterar o quadro prisional contemporâneo. Para responder à questão foi realizada pesquisa empírica, dividida em um exame quantitativo e qualitativo, de julgados de *habeas corpus*, um ano e meio após a entrada em vigor da lei nº 12.403/2011.

Palavras-chave: Tutela cautelar; medidas cautelares pessoais; prisão preventiva; pesquisa empírica; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT

This paper aims to verify the application of the personal alternative provisional measures to the detention, within the scope of the Court of Appeals of the State of Rio Grande do Sul. The guiding problem of the research focuses on the scope of these measures and questions whether they will be enough to change the contemporary prison system. In order to answer the question an empirical research was conducted, divided into a quantitative and qualitative examination of habeas corpus trials. The research was conducted a year and a half after Law 12.403/2011 has entered into force.

Key-words: Provisional remedy; personal provisional measures; provisional detention; empirical research; Court of Appeals of the State of Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

O artigo é parte de uma pesquisa realizada sobre a nova estrutura da tutela cautelar pessoal, após a reforma procedida pela Lei nº 12.403/2011, no capítulo da prisão e da liberdade provisória do CPP. A referida pesquisa se dividiu em uma análise teórica - processual e

* Doutoranda em ciências criminais – PUCRS. Mestra em ciências criminais – PUCRS. Especialista em ciências penais – PUCRS. Professora de direito penal e processo penal na Urcamp Alegrete e São Gabriel e na Unifin – Porto Alegre.

criminológica - e na realização de uma pesquisa empírica sobre medidas cautelares pessoais penais. No presente trabalho, será apresentada uma síntese desta última.

Dito isso, o ponto de partida foi a significativa mudança que a Lei trouxe para a compreensão das medidas cautelares pessoais, uma vez que a legislação brasileira se dividiu, desde sempre no âmbito da tutela cautelar, entre prisão cautelar e liberdade provisória. Portanto, é relevante examinar como na prática se dará a concretização das medidas previstas no artigo 319 do CPP, já que o Magistrado é aquele que, nos casos concretos, tem o poder de definir os caminhos da política criminal.

Nesse sentido, se esclarece que a opção metodológica busca suprir o anseio do pesquisador de trazer “vida” ao trabalho, não o limitando a uma análise teórica. Essa metodologia ganha especial relevo na temática, já que se trata de um campo novo que não foi precedido de qualquer estudo de impacto ou dos meios disponíveis para a aplicação do rol de medidas lançadas, instigando saber: de que modo serão aplicadas? Em quais casos? Quais serão as medidas mais aplicadas? Haverá uma utilização relevante desse novo braço do sistema penal? Portanto, o problema orientador da pesquisa, que parte do atual caos carcerário, promovido também pelo expressivo número de prisões preventivas, questiona qual será o uso dado às medidas cautelares pessoais diversas ao cárcere e se estas serão suficientes para alterar significativamente esse panorama.

Para tanto, foi delineada a situação prisional nacional e do Rio Grande do Sul - a partir dos dados estatísticos do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional da Justiça - para verificar o quanto tem se prendido cautelarmente e em quais delitos, elucidando o possível universo de substituição da prisão por medidas cautelares diversas. Ainda, é apresentada uma síntese das colocações, mais reiteradas, presentes nos *habeas corpus* que aplicaram medidas cautelares pessoais no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período da pesquisa. Por fim, nas considerações finais, é examinado se as medidas foram empregadas para substituir prisões por delitos que formam o núcleo central de prisionalização - composto por crimes patrimoniais, crimes de tráfico de drogas e contra a vida. A metodologia foi a realização de pesquisa empírica.

2 A SITUAÇÃO PRISIONAL NO PERÍODO DA PESQUISA

Inicialmente, avaliou-se o reflexo nas estatísticas de presos cautelares após o advento da Lei nº 12.403/2011, que trouxe um rol de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. Estas últimas têm como objetivo declarado a redução da centralidade do cárcere, como único

mecanismo de controle, e a alteração do quadro prisional que, em larga medida, se justifica pelos altos índices de aprisionamento cautelar.

Não obstante, compulsando os dados oficiais, constatou-se um crescimento de seis por cento (6%) da população carcerária nacional após a entrada em vigor das novas medidas cautelares no sistema. Entre os meses de junho de 2011 e junho de 2012, a população carcerária teve um aumento de quase 35 mil presos. Na seara cautelar, nesse mesmo período, houve um incremento de mais de 17 mil presos. Todavia, se forem analisadas as estatísticas do mês de dezembro de 2012, se constatará que apesar de o número total de presos ter diminuído, o de presos cautelares aumentou seu total em 4.012 casos. Portanto, não houve estabilização nas estatísticas prisionais, nem tampouco desaceleração do aumento de presos cautelares (BRASIL, 2013).¹ Veja-se a tabela a seguir, que ilustra os dados acima:

TABELA 1: A população carcerária brasileira no período da pesquisa

Infopen - Ministério de Justiça (BRASIL, 2013)	População carcerária	Presos provisórios	População carcerária por 100.000 hab	Porcentagem de presos provisórios
2010.dez	496.251	164.683	259,17	33,18%
2011.jun	513.802	169.075	269,38	32,90%
2011.dez	514.582	173.818	269,79	33,77%
2012.jun	549.577	191.024	288,14	34,75%
2012.dez	548.003	195.036	287,31	35,59%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Infopen.

Por outro lado, ao examinar as estatísticas apresentadas pelo Geopresídios, dados diferentes são trazidos. Em período próximo ao da última coleta semestral do Infopen, a população carcerária total narrada pelo Geopresídios era de 539.723 presos, dos quais 228.525 eram presos provisórios, o que estabelece um percentual de 42,34% de presos cautelares

¹ Se considerarmos os dados do ano 2002, veremos que a população carcerária era menos da metade da atual, totalizava 239.345, da mesma sorte o índice de encarceramento cautelar também girava em torno aos 33%. Nesse período, tinham-se 80.235 presos provisórios, de modo que se constata que tanto a população total quanto os presos provisórios mais do que duplicaram seu universo em dez anos.

(BRASIL, 2012). Ou seja, apesar de o universo de presos ser menor, o número de presos cautelares supera significativamente os dados do Infopen.

Nenhuma das duas fontes podem ser desacreditadas, porque as coletas são realizadas em período diferentes, com aproximadamente dez meses de diferença, uma vez que o Geopresídios atualiza seus dados mensalmente e o Infopen produz dados semestrais, não estando, ao tempo da pesquisa, disponível o relatório do Infopen referente ao primeiro semestre de 2013.

Não obstante essa divergência entre os dados oficiais, pode-se asseverar que ambos traduzem a lógica punitiva em andamento. Há uma preferência pelo viés punitivo, inserido num contexto emergencial, que estabelece a necessidade de adoção de mecanismos também emergenciais. Nesse panorama, a prisão desempenha o papel principal, oferecida como a única medida eficaz para a manutenção da segurança pública ao custo de valores culturais, que sequer foram plenamente incorporados no contexto da normalidade (HASSAN, 2002, p. 212). Nessa ótica, a segregação cautelar é a modalidade preferencial de controle social, já que não necessita da tramitação processual, gera o encarceramento e repressão imediata, além de dar visibilidade à atuação estatal.

Os dados estatísticos levantados não permitem uma análise mais acurada da criminalidade, mas servem para apontar a tendência ao populismo punitivo. Apesar da porcentagem de presos cautelares não ter variado, expressivamente, nos últimos anos, esse *quantum* tem acompanhado o crescimento agigantado da população prisional.

Por oportuno, são analisados os dados do Rio Grande do Sul. O índice de presos cautelares no estado está abaixo da média nacional. Conforme já visto, em dezembro de 2012, a média nacional foi de 35,59%, mas, nesse mesmo período, no Rio Grande do Sul foi de 24,23%. O Geopresídios, novamente, traz dados diferentes, pois a população carcerária totalizou 28.461, dos quais 33% são presos cautelar. Ambos os dados, apesar de discrepantes entre si, explicitam um aprisionamento cautelar menor no âmbito estadual.

Dando seguimento, se observada a incidência de cada tipo penal, é possível definir um núcleo de criminalização, composto, em mais de 70%, por crimes, essencialmente, contra o patrimônio, contra a vida e de tráfico de drogas. Esse dado é ponto nevrálgico no que tange ao uso das medidas cautelares diversas da prisão. Se as medidas, presentes nos artigos 319 e 320, do CPP, não forem empregadas nesse núcleo de criminalização, substituindo a prisão cautelar,

evidentemente, elas gerarão um aumento do controle penal e não lograrão reduzir o número de indivíduos aprisionados cautelarmente.

Ainda, pode-se afirmar que se estará a repetir a experiência com o uso das penas alternativas, que, no lugar de reduzir o número de apenados presos, criou uma via paralela àquela da prisão, ampliando o número de sujeitos atrelados à senda criminal. Com Andrade, concorda-se que a linha minimalista penal, no Brasil, sofreu uma colonização pelo efficientismo penal. Criou-se uma bifurcação paralela à prisão, que não logrou alterar sua centralidade (ANDRADE, 2012, p. 323-324).

Portanto, com a exposição desses primeiros dados, tratou-se de estabelecer o contexto carcerário contemporâneo e ilustrar a centralidade da prisão como mecanismo preferencial de controle e punição, bem como a existência de um núcleo principal da criminalização no Rio Grande do Sul.

3 A CRIAÇÃO DO BANCO DE DADOS: A SISTEMATIZAÇÃO DOS DADOS QUANTITATIVOS

A coleta de decisões abrangeu o período entre os meses de julho de 2011 e janeiro de 2013. O levantamento jurisprudencial foi realizado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a pesquisa dedicou-se às decisões da seara criminal. Justificou-se a opção por esse Tribunal, haja vista a concentração de julgamentos de *habeas corpus* advindos de todo o Estado e pela maior facilidade de coletar e compulsar os documentos.

Impende ressaltar que o TJRS, no que toca à área criminal, é dividido em quatro grupos, nos termos da Resolução nº 01/98 (BRASIL, 1998). O primeiro, formado pelas 1ª e 2ª Câmaras criminais, é competente para o julgamento de delitos dolosos e culposos contra a pessoa, crimes de entorpecentes, crimes da lei de armas, de trânsito e contra a honra.

O segundo grupo se constitui da 3ª Câmara criminal, que repete a competência das duas câmaras supracitadas, e da 4ª Câmara criminal, sendo esta responsável pelos delitos de competência originária para as infrações penais atribuídas a Prefeitos Municipais, nos termos do artigo 29, X da CRFB, e pela competência recursal para as seguintes infrações: crimes de responsabilidade e funcionais praticados por ex-prefeitos; crimes contra a incolumidade pública (Código Penal - Título VIII); crimes contra a Administração Pública (Código Penal - Título XI); crimes de parcelamento de solo urbano (Lei n.º 6.766/79); crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90); crimes de abuso de autoridade (Lei n.º 4.898/65); crimes contra a economia

popular, e os definidos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Leis n.º 1.521/51 e n.º 8.078/90); crimes ambientais (Lei n.º 9.605/98), crimes contra licitações públicas (Lei n.º 8.666/93), crimes contra a fé pública, crimes falimentares e crimes contra a propriedade intelectual.

O terceiro grupo criminal composto pela 5ª e 6ª Câmara criminal e, finalmente, o quarto grupo, composto pela 7ª e 8ª Câmaras criminais, são, igualmente, competentes pelo julgamento das seguintes matérias: crimes contra o patrimônio, crimes contra os costumes (terminologia alterada para “crimes contra a dignidade sexual”, nos termos da Lei n.º 12.015/2009), crimes contra a honra e as demais infrações penais.

Na busca avançada do sítio do Tribunal, foram determinadas as seguintes especificações: Seção crime; Tipo de decisão acórdão; Tipo de processo *habeas corpus*; Todos os órgãos julgadores e pesquisa realizada em ementas. Optou-se por “artigo 319” como a palavra-chave, pois fortemente relacionada ao nosso problema orientador, mas ao mesmo tempo de caráter mais aberto, apto a captar uma maior representatividade das Câmaras criminais.²

Como resultado, foram obtidos 821 julgados. Para classifica-los, adotou-se uma codificação simples, dividindo-os da seguinte forma: (i) concedem medidas ou concederam a liberdade e (ii) não concedem liberdade.³

Na sequência, realizou-se uma categorização agrupando os *writs* por Câmara julgadora, de modo a facilitar o entabulamento dos dados. Com essa categorização criou-se um primeiro dado quantitativo: A Segunda Câmara criminal foi responsável pelo julgamento de 56 % das ordens de *habeas corpus*. Seguida pela 8ª Câmara criminal que julgou 13%. A 3ª Câmara criminal foi responsável pelo julgamento de 10% dos *habeas corpus*. Já a 7ª Câmara criminal julgou 9% dos *writs*, e a 5ª Câmara criminal 7% deles. Por derradeiro, a 6ª e a 1ª Câmaras criminais julgaram 2% cada uma, e a 4ª Câmara criminal julgou 1%.

Haja vista o elevado número de decisões (816), a grande quantidade de *habeas corpus* julgados pela 2ª Câmara criminal e a limitação temporal desta pesquisa, foi feita uma análise

² Realizou-se o download dessas decisões e o armazenamento em arquivos com formato de documento (.doc) em uma pasta criada especificamente para esse fim. Tendo em vista que o site oscila no número de decisões, ainda que as mesmas palavras-chave sejam utilizadas em função da data de publicação dos acórdãos, esse primeiro levantamento foi realizado por completo em um único dia (4 de fevereiro de 2013).

³ Desse universo, cinco *habeas corpus* julgados prejudicados foram excluídos.

censitária dos julgados que aplicaram ou não medidas cautelares diversas e uma análise amostral das decisões da Câmara supracitada.⁴

Ou seja, a fim de estudar a narrativa presente nos *habeas corpus* que concederam ou não medidas cautelares alternativas, optou-se pela realização de uma análise censitária dos 181 julgados que concederam tais medidas, bem como dos que aplicaram prisão preventiva. Não obstante, no que toca à 2ª Câmara criminal, tendo em vista o número de acórdãos encontrados no levantamento - 451 - optou-se por uma análise amostral, de modo que o recorte resultou em uma amostra de 208 julgados.⁵

Dessa forma, dos 635 *habeas corpus* que aplicaram prisão preventiva, foram analisados 392. A amostra final da pesquisa, somadas as decisões que aplicaram medidas cautelares alternativas e que aplicaram prisão preventiva, resultou em 573 decisões ao total.⁶

Posteriormente, foi feita categorização, conforme a Câmara Julgadora, classificando os julgados entre os que aplicam medidas cautelares alternativas ou prisão preventiva, criando-se o seguinte quadro:

TABELA 2: As decisões dos *habeas corpus* julgados pelo TJRS.

Câmaras criminais	Nº total de julgados	Aplicam cautelares alternativas	Aplicam prisão preventiva
1ª Câmara	20 – 100%	10 – 50 %	10 – 50 %
2ª Câmara	457 – 100%	06 – 1,31%	451 – 98,68%
3ª Câmara	83 – 100%	64 – 77,10%	19 – 22,89%
4ª Câmara	07 – 100%	04 - 57,14%	03 – 42,85%

⁴ Procurou-se orientação junto à assessoria estatística da Faculdade de matemática da PUC/RS. Após consultoria do professor Me. Sérgio Kakuta Kato, estabeleceram-se técnicas estatísticas adequadas à redução do universo de julgados que gerassem resultado válido e representassem, efetivamente, a realidade judiciária quanto ao objeto de estudo. Seguindo o recomendado, juntou-se em um mesmo grupo as decisões que concedem medidas cautelares e as decisões que concedem liberdade, restando-nos apenas dois grupos, sem alterar as demais divisões quanto às câmaras.

⁵ Com a finalidade de calcular o tamanho da amostra da população de 451 julgados foi considerado o nível de confiança de 95%, com uma margem de erro de 5% e uma proporção de 0,50, para encontrar o maior tamanho de amostra possível, pois vários são os vetores analisados nas decisões. Portanto, para constituir a maior amostra, foram necessários 208 julgados. Para separá-los do universo total de 451 julgados da 2ª Câmara criminal realizou-se uma seleção aleatória mediante sorteio em programa de computador (Excel).

⁶ Dos 573 *habeas corpus*, 59,33% trataram de delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa, e 40,66%, de crimes com violência ou grave ameaça à pessoa. Se observarmos apenas os delitos de tráfico de drogas, furto e roubo, estes correspondem ao 76,26% dos *writs*. Todavia, se incluirmos todos os demais crimes contra o patrimônio, a prevalência entre os julgados passa a ser de 80,97%. Dado bastante próximo ao nacional quanto ao núcleo principal da prisionalização.

5ª Câmara	58 – 100%	55 – 94,82%	03 – 5,17%
6ª Câmara	15 – 100%	13 – 88,66%	02 – 13,33%
7ª Câmara	72 – 100%	03- 4,16%	69 – 95,83%
8ª Câmara	104 – 100%	26 – 25%	78 – 75%

Fonte: Elaboração própria.

Observou-se que a prisão preventiva foi aplicada em 77,72% dos casos. As medidas cautelares diversas da prisão estiveram presentes em 20,19% das decisões. Já a liberdade foi restringida a apenas 1,95% dos julgados.

A 2ª Câmara criminal foi a que menos aplicou as novas medidas cautelares, utilizando-as em 1,31% dos casos. No mesmo sentido, foi a atuação da 7ª Câmara criminal, que as aplicou a 4,16% dos casos. Por outro lado, as demais câmaras, lhes garantiram uma aplicação mais significativa, os percentuais fixaram-se entre 25 e 94,82% de aplicação.

Em coleta de *habeas corpus* realizada nos anos de 2005, 2006 e 2007, no âmbito do TJRS, Vasconcellos constatou que em 13,3% dos acórdãos houve concessão da ordem, aplicando-se a liberdade - levantamento de 308 acórdãos (2008, p. 145). Ou seja, se se tem em conta o dado atingido pela autora (olhado como uma tendência, já que as delimitações das pesquisas são diferentes), obteve-se um número pequeno de concessão de liberdade, já que reduzida a apenas 1,95% dos julgados. Todavia, se somado às decisões que aplicaram outras medidas, superou-se o número alcançado pela primeira pesquisa.⁷ Portanto, percebe-se uma melhora em vias de reduzir o dano causado pela prisão, acautelando-se por outros meios em um maior número de situações.

Conforme explicado acima, cada Câmara possui uma competência diferente, que se dá pelo tipo penal envolvido no julgado. Por conseguinte, será demonstrada a relação entre a espécie do crime e a medida cautelar adotada.⁸ Nesse sentido, dos julgados que aplicaram medidas cautelares diversas da prisão, 48 % cuidavam de crimes contra o patrimônio; 32 % de

⁷ A este respeito, cabe lembrar que os números são observados como tendências, vez que as delimitações das pesquisas são diferentes.

⁸ Deve-se esclarecer que nas hipóteses de concurso de crimes, para realizar a classificação dos julgados, vinculou-se a decisão ao crime com pena maior. Ademais, as figuras tentadas também foram incluídas nos seus respectivos tipos penais, sem realizar uma subdivisão entre formas consumadas e tentadas.

crimes de tráfico de drogas; 12 % de crimes contra a pessoa; 5 % de crimes contra a dignidade sexual; 1% de crimes contra a administração pública e 2 % de outras infrações penais.⁹

Em síntese, pode-se afirmar que 116 acórdãos analisaram infrações penais sem violência ou grave ameaça à pessoa, sendo clara a preponderância dos crimes contra o patrimônio e dos delitos de tráfico de drogas, que, ao todo, somaram 80% dos julgados.

Quanto aos dados sobre os antecedentes criminais dos réus, quando houve referência na decisão, destaca-se que 97 foram tidos como não possuidores de antecedentes criminais e 50 com antecedentes. Nos demais, não houve menção no voto. Esse foi o dado mais impreciso encontrado na pesquisa até agora, pois ter antecedentes num acórdão pode significar ser primário em outro acórdão, uma vez que, dependendo do julgador, maus antecedentes podem fazer referência ao reincidente (condenações pretéritas transitadas em julgado), processos em andamento ou mesmo registros policiais. Não raras vezes são expostas medidas aplicadas durante a menoridade penal.

A tabela abaixo aponta as medidas mais aplicadas conforme o delito. Os números romanos representam o inciso correspondente do art. 319 do CPP.¹⁰

TABELA 3: As medidas cautelares diversas da prisão aplicadas pelo TJRS.

	Liberdade	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX
Tráfico	16	40	02	-	32	08	-	-	-	-
Homicídio	-	10	-	02	03	01	-	-	-	-

⁹ Dos crimes contra o patrimônio, 35 foram roubos; 39 furtos; 02 extorsões; 07 receptações; 02 latrocínios; 02 estelionatos. Foram 9 crimes contra a dignidade sexual. Dos crimes contra a pessoa foram 10 homicídios, 07 de lesões corporais, 05 ameaças. Um total de 57 acórdãos eram sobre tráfico de drogas. Contra a administração pública foram: 01 peculato e 01 prevaricação. Os outros crimes foram: 01 violação de direito autoral; 01 incêndio; 01 abandono material; 01 sobre delitos de trânsito.

¹⁰ 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. (BRASIL, 2011)

Lesões	-	06	01	03	04	-	-	-	-	-
Ameaça	-	04	-	02	01	-	-	-	-	-
Extorsão	-	02	-	-	02	-	-	-	-	-
Crimes sexuais	-	05	01	06	04	-	-	02	-	-
Furto	-	35	-	-	29	01	-	-	-	-
Roubo	-	33	01	10	26	01	-	-	-	-
Receptação	-	07	-	-	07	-	-	-	-	-
Latrocínio	-	02	-	01	02	-	-	-	-	-
Estelionato	-	02	-	-	02	-	-	-	-	-
Contra adm.	-	01	01	-	-	-	02	-	-	-
Outros	-	04	01	01	02	01	-	-	-	-

Fonte: Elaboração própria.

As medidas mais aplicadas foram o comparecimento periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da comarca. Pode ter favorecido essa aplicação o fato de empregarem da infraestrutura pré-existente de fiscalização do Estado. Nenhum dos julgados aplicou fiança ou o monitoramento eletrônico.¹¹

Dando continuidade ao entabulamento dos dados, os *habeas corpus* que aplicaram prisão preventiva, também foram vinculados ao delito presente no caso penal. Ademais, foram extraídos os fundamentos utilizados (art. 312 do CPP) para a decretação. Dito isso, 45% dos crimes tratavam de tráfico de drogas; 37 % de crimes contra o patrimônio; 14% de crimes contra a pessoa; 2% de crimes contra a dignidade sexual e 2% de crime de armas.¹²

Em suma, foram 233 os delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Todavia, para compreender as razões da não aplicação de medidas alternativas nos acórdãos, é necessário

¹¹ Portugal logrou de forma efetiva colocar em atividade o uso de monitoramento eletrônico, reduzindo os índices de encarceramento cautelar, nos termos apontados pela pesquisa realizada por ALMEIDA. Não obstante, um ano e meio após a entrada em vigor da lei nº 12.403/2011, a medida não havia sido adotada nenhuma vez no Rio Grande do Sul. (ALMEIDA, Marcius Alexandre Antunes de. Críticas e alternativas à prisão preventiva. 2010. 147 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.)

¹² Dos *habeas corpus* que aplicaram prisão preventiva: 174 tratavam de tráfico; 49 de homicídio; 04 de lesões corporais; 04 de ameaças; 93 sobre roubos; 39 sobre furtos; 08 sobre receptação; 09 sobre estupro; 02 sobre latrocínio; 02 sobre extorsão; 02 sobre estelionato e 06 por crime de porte de armas.

verificar o discurso argumentativo-criminológico presente nos votos, já que a representatividade dos crimes foi bastante semelhante.

Nos julgados que aplicaram a prisão preventiva, a predominância de crimes é praticamente equivalente aos julgados que aplicaram as medidas cautelares diversas, uma vez que os crimes contra o patrimônio e os delitos de tráfico totalizaram 82% dos julgados. Naqueles que mencionam antecedentes criminais, 165 apontaram a existência e 100 apontaram a não existência. A esse respeito, é oportuna a ressalva já realizada acima sobre a imprecisão desse dado.

No que tange aos fundamentos empregados nos 392 julgados que aplicaram a prisão preventiva, constatou-se que: 351 arrolaram como único fundamentos a garantia da ordem pública; 21 somavam a garantia da ordem pública à garantia da aplicação da lei penal; 09 combinavam o fundamento da garantia da ordem pública com a conveniência da instrução criminal; 07 somavam a garantia da ordem pública, garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal; 01 somava a garantia da ordem pública à garantia da ordem econômica. Um acórdão não apontou nenhum fundamento do art. 312 do CPP, e dois objetivavam assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal, respectivamente.

Os dados estão em consonância com as estatísticas oficiais, principalmente, no que diz com a delimitação de um núcleo duro da criminalidade, que é construído, fundamentalmente, por dois grupos de crimes: tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio. E se esse núcleo não for atingido, não há mecanismos alternativos propriamente, mas endossadores da máquina punitiva (ANDRADE, 2012, p. 326). No que tange à aplicação das medidas cautelares alternativas, constatou-se a sua aplicação a essa criminalidade delineada como núcleo da prisionalização.

Contudo, em sentido contrário a essa tendência de uso, a Câmara responsável pelo maior número de julgamentos, que tem sua competência adstrita aos delitos dolosos e culposos contra a pessoa e aos crimes de entorpecentes, aplicou as novas medidas a apenas 1,31% dos julgados. Nessa mesma senda, a 7ª Câmara, que tem competência para julgar delitos contra o patrimônio, foi responsável por 9% dos julgamentos, concedendo medidas alternativas a apenas 4,16% dos casos.

Por fim, outro ponto crucial foi a fundamentação utilizada para a decretação de prisões preventivas. Em aproximadamente 90% dos casos, o fundamento único foi a garantia da ordem

pública, que, claramente, se afasta daquilo que possa ser compreendido em termos de cautelaridade, dada sua conhecida abertura conceitual (MORAES, 2010, p. 397).

4 PANORAMA GERAL DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Tendo em vista o espaço do presente trabalho, e pela impossibilidade de apresentar a análise completa do discurso criminológico presente nas decisões que integram o banco de dados criado, fez-se apertada síntese da pesquisa. Com isso, são aventados os principais traços encontrados nas decisões de *habeas corpus*.

Notou-se que a 1ª e a 2ª Câmaras criminais, apesar de formarem o 1º Grupo criminal, têm posições completamente diferentes quanto a pontos nevrálgicos, como é o caso da prisão obrigatória por tipo de delito. Nesse sentido, a 1ª Câmara reconhece a possibilidade de liberdade provisória nos delitos de tráfico, apesar da redação do art. 44 da Lei de entorpecentes e das posições divergentes quanto ao tema no âmbito dos Tribunais Superiores. Com isso, afasta a ideia de prisão pela gravidade do crime, o que claramente é traduzido dos seus julgados, nos quais se observa medidas cautelares alternativas serem aplicadas a fatos enquadrados como tráfico de drogas e homicídio. Claro que não passou despercebido que todos os casos trataram de réus sem antecedentes criminais.

Em caminho oposto, na 2ª Câmara criminal, além de condições pessoais favoráveis não serem óbice à segregação cautelar, o entendimento dominante é no sentido de que cautelares alternativas não são aplicáveis ao delito de tráfico de drogas, em face da gravidade da conduta. Isso se respalda também no teor do art. 313, inc. I, do CPP, em alguns casos posto como impeditivo de medidas diversas, pelo *quantum* de pena em abstrato do delito. Posição desconectada de tudo que vem sendo trabalhado no âmbito processual penal, haja vista que as prisões obrigatórias, pela espécie de delito ou o quanto de pena em abstrato, foram sendo extirpadas da legislação.

A 3ª Câmara criminal, que tem competência para julgar os mesmos delitos das duas câmaras anteriormente citadas, dista, significativamente, no que se refere à necessidade de fundamento e adequação para a segregação em relação à 2ª Câmara. Quando se observa os julgados desta última, em porção generosa, ao ser analisada a aplicação da Lei 12.403/2011, vê-se que partem do relaxamento da prisão se ela for ilegal; da aplicação de fiança e, se ao delito for insuscetível, relatam que tampouco cabe liberdade sem fiança. Por fim, destacaram

que, não estando ausentes os requisitos e fundamentos da prisão, a mantêm. Sequer afastam o art. 319 do CPP que se vê citado apenas no acórdão.

Em sentido oposto, a 4ª Câmara criminal apresenta posicionamento em consonância com aquilo que se pretendeu com a criação de um rol de medidas que restringissem a liberdade em graus diferentes, sem, contudo, fazer uso da segregação, substituindo-a de fato (CRUZ, 2011, p. 135). Em não podendo o acusado ter sua liberdade incondicionada, verificam-se as cautelares alternativas, e apenas quando essas não forem suficientes para acautelar o fato que assim o exija, aplicar-se-á a prisão preventiva. Nesse diapasão anda a 6ª Câmara criminal, que verifica em seus votos o cabimento, a adequação e a necessidade da prisão preventiva, ou seja, segue o disposto da legislação, mas atenta para o caso concreto.

O discurso da prisão como *ultima ratio* não é novo, mas é uma racionalidade que com bastante dificuldade vem sendo interiorizada. Exemplo disso são os julgados das 2ª, 7ª e 8ª Câmaras criminais. Nessas três câmaras, também se verificou que é exaltado o caráter cautelar da prisão preventiva. Todavia, para justificar que não é ferida a proporcionalidade quando se segrega, mesmo que no horizonte se perceba a possibilidade de aplicação de regime menos gravoso ou penas alternativas, destacam que não se estaria a falar de pena definitiva, mas em medida cautelar.

Por outro lado, há decisões bem alicerçadas, das quais destacam-se duas: a primeira, *Habeas corpus* nº 70051711448, que aponta a taxatividade do rol do art. 319 do CPP (BRASIL, 2012), e a segunda, *Habeas corpus* nº 70051909760, que fez primorosa construção teórica sobre motivos e fundamentos da segregação cautelar (BRASIL, 2012). Lembrando do por quê ainda se pode falar no caráter progressista e pioneiro de algumas decisões do Judiciário gaúcho.

Não obstante, notou-se que as Câmaras criminais mais aptas a colocar em prática essa nova racionalidade - que o art. 319 do CPP representa - têm dificuldades na exposição da existência ou não de *periculum libertatis*. Em votos de mesma relatoria, construiu-se a argumentação no sentido de estar presente o fundamento da garantia da ordem pública, por exemplo, e por isso aplicou medida x e y para satisfazer a cautelaridade presente, mas em outros ressaltou que não haveria situação de *periculum* e mesmo assim decretou o uso das medidas x e y (em casos análogos). É um aspecto que inicialmente pode não parecer relevante, já que o sujeito não será preso, porém a sua liberdade, sim, será restrita em algum grau. Essa prática estende indevidamente o controle penal, recortando ilegalmente a liberdade do sujeito.

Felizmente, observou-se que, apesar de um movimento contraditório da aplicação das outras medidas cautelares – o que não poderia ser diferente, haja vista o longo histórico bipartido e a ausência de preparo dos operadores para recepcionar o novo diploma -, estas começaram a ser utilizadas em maior ou menor escala. Inferiu-se que o TJRS não tem homogeneidade nos discursos apresentados, mesmo quando as Câmaras pertencem ao mesmo Grupo Criminal.

Desse modo, ponto crucial é a formação ideológica do Magistrado. Majoritariamente, os votos contemplaram a adesão ao populismo punitivo e a prisão preventiva como meio de defesa social, ou seja, incorporam preocupações de natureza política e não vinculadas à funcionalidade processual (GARLAND, 2008, p. 374). A elasticidade própria à interpretação do ordenamento jurídico permite que com facilidade se apontem os fundamentos para justificar a segregação, que virão alicerçados às concepções jurídicas e político-criminais dos julgadores.

A ausência de motivos e fundamentos vinculados à necessidade cautelar vista em boa parte das decisões redundam na arbitrariedade do poder estatal, nas quais um grupo de indivíduos que não corresponde ao ideal é separado e excluído. Extirpa-se aquele que não se adequa aos padrões da normalidade idealizada, que é o modelo de todos ao passo que não é de nenhum. Ou seja:

(...) a aceitação de uma compreensão do direito penal a partir dos conceitos amigo e inimigo abre as portas, que já tinham sido fechadas pela introdução da garantia da dignidade da pessoa humana nas constituições contemporâneas, para a institucionalização de processos de reificação ou de coisificação de seres humanos. (GAUER; SAAVEDRA; GAUER, 2011. p. 168.)

Nesse panorama, o magistrado reforça o seu sentimento de pertença ao grupo social, pois trata de apaziguar a intranquilidade que o crime produz. Da mesma forma, busca a sua aceitação por esse grupo e a legitimação das agências de controle penal e da sua capacidade de proteção, reforçando, em vias finais, a ilusória crença social de que prender combate a criminalidade e normaliza indivíduos (ANDRADE, 2012, p. 305).

Destarte, constata-se que coexistem diferentes percepções quanto às medidas cautelares pessoais e suas funções no TJRS. Contudo, estas não podem ser enquadradas em campos opostos, uma vez que mesmo as Câmaras que se posicionam pela menor intervenção do direito penal, quando mantêm a segregação cautelar, escorregam no uso de justificativas

vinculadas ao efficientismo e ao defensivismo social, desenvolvido com propriedade por Andrade (2012, p. 305 e 315).¹³

Fundamental no ponto é a lição de Zaffaroni:

Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídicos-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma “realidade” que não existe, e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de formas completamente diferentes. (2010. p. 12.)

Nesse quadro, a prisão preventiva e as demais medidas cautelares têm-se apresentado em grande parte das decisões como justiça sumária, que não tem outro fim que não a si mesmas e a punição antecipada que promovem. O amplo uso da garantia da ordem pública vem dando as cores do âmbito cautelar na atualidade, invertendo-se, mediante “pseudos” fundamentos de necessidade cautelar, a excepcionalidade da prisão (LOPES JR., 2012, p. 840).

O risco advindo da sociedade contemporânea foi equiparado ao risco processual, sintonizando a justiça com a justiça penal, mantendo assim intocados todos os principais arranjos político-econômicos do Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A prisão preventiva foi a escolha em 77,72% dos julgados que compõe o banco de dados desta pesquisa. As medidas cautelares do art. 319 do CPP foram aplicadas em 20,19% dos julgados. Já a liberdade ficou restringida a 1,95% dos acórdãos (o que corresponde a 16 casos). Conforme esperado, 64% dos julgados que aplicaram outras medidas cautelares cuidavam de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa. Não obstante, esse dado não é tão distante daquele da aplicação de prisão preventiva, que esteve presente em 59% de casos por delitos também sem violência ou grave ameaça à pessoa.

2. O núcleo de prisionalização presente nas estatísticas oficiais se aproxima do encontrado na pesquisa, já que os delitos de tráfico de drogas, furto e roubo representam 76,26% dos julgados. Se incluídos os demais crimes contra o patrimônio, a prevalência entre os julgados passa a ser de 80,97%. Se o parâmetro for crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à

¹³ Em apertada síntese: o efficientismo penal diz com a compreensão de que a crise do sistema penal não é estrutural, mas conjectural, de modo que se justifica empregá-lo com maior intensidade, já que o problema está justamente no seu uso refratário. A partir dessa lógica são desenvolvidas políticas criminais de lei e ordem. Por outro lado, o defensivismo periculosista está atrelado à concepção de que a prisão defende do crime praticado por uma minoria perigosa. Sustenta-se nas funções declaradas da prisão e ignora as funções subterrâneas.

pessoa, esses estiveram presentes em 59,33% dos casos. Todavia, em apenas 22,14% dos writs optou-se por outra medida que não a prisão preventiva, o que, em última instância, revela que a tendência encarceradora se sobrepõe aos índices de cometimento de crimes violentos.

3. Os dados levantados na pesquisa empírica são nevrálgicos, pois demonstram que não é a criminalidade violenta que se está a “combater”, mas sim uma criminalidade construída como perigosa, que prescinde do dano efetivo.

4. Aplicar a prisão para solucionar problemas alheios à esfera judicial é compactuar com o encolhimento do Estado, cobrir suas deficiências e incapacidades e estimular a manutenção do *status quo*. A recorrente utilização do fundamento da garantia da ordem pública milita nesse sentido, uma vez que é ligado, essencialmente, a fins materiais penais próprios da pena. Demonstra-se este quadro pela constatação de que, das 392 decisões que aplicaram a prisão preventiva, 351 tiveram como fundamento único a garantia da ordem pública.

5. Todo cuidado é pouco quando surgem no horizonte mecanismos que podem relegitimar o sistema punitivo, apesar de se aproximarem de disposições constitucionais. Não obstante, entende-se que as medidas cautelares diversas da prisão são um entre-lugar, uma espécie de etapa que possibilita a concretização de direitos fundamentais, especialmente de grupos mais vulneráveis, no caminho de superar a execrável prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcius Alexandro Antunes de. *Críticas e alternativas à prisão preventiva*. 2010. 147 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70051711448, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 22 de nov. de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70051909760, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 13 de dez. de 2012.

BRASIL. *GEOPRESÍDIOS*. Brasília: Conselho nacional de justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1280&h=1024&pular=false>> Acesso em: 20 de set. de 2012.

BRASIL. INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça. Disponível em:

<[BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Resolução nº 01/98. Disponível em: <\[CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.\]\(http://www1.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/Resoluxo_198.doc.> Acesso em: 23 de nov. de 2013.</p></div><div data-bbox=\)](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em: 27 de set. de 2013.</p></div><div data-bbox=)

GAUER, Ruth M. Chittó; SAAVEDRA, Giovani A.; GAUER, Gabriel J. Chittó. *Memória, punição e justiça: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002.

LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 9. ed. ver. atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Porto Alegre, 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed., Tradutora Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Encaminhado em 07/11/2017

Aprovado em 22/11/2017