A RECEPÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVENTIVA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

THE RECEPTION OF PROVISIONAL REMEDIES DIFFERENT FROM PRETRIAL DETENTION BY THE COURT OF APPEALS OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

Brunna Laporte Cazabonnet[1]

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O problema orientador de pesquisa se cinge ao como foram recepcionadas e empregadas essas medidas pelo referido Tribunal. Foram traçadas duas hipóteses: i) o uso inexpressivo desse novo braço do controle penal formal e ii) o emprego dessas medidas para além dos casos de necessidade cautelar. O trabalho foi dividido em três seções: a primeira justifica o interesse do pesquisador por julgados; a segunda apresenta dados quantitativos sistematizados em um banco de dados e a terceira examina as decisões em *habeas corpus*, que aplicaram as medidas cautelares, excetuando-se a prisão preventiva. A metodologia empregada foi a realização de pesquisa empírica.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas cautelares diversas da prisão. Pesquisa empírica. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the application of different alternative provisional measures from detention within the scope of the State of Rio Grande do Sul Court of Justice. The guiding problem of the research is about how these alternative measures were received and used by the aforementioned Court. Two hypotheses were drawn: i) the inexpressive use of this new segment of formal criminal judicial review and ii) the use of these measures in addition to cases of provisional need. The paper was divided into three sections: the first justifies the researcher's interest in the trials; the second presents systematized quantitative data in a database and the third one examines the decisions taken in habeas corpus actions, in which were applied provisional measures, with the exception of pretrial detention. The methodology used was the empirical research.

KEYWORDS: Different provisional measures from detention. Empirical research. State of Rio Grande do Sul Court of Justice.

1 Doutoranda em ciências criminais pela PUCRS, bolsista Capes; Mestra em ciências criminais pela PUCRS, bolsista ProBOLSAS; Especialista em ciências penais pela PUCRS. Professora de processo penal e direito penal pela URCAMP e UNIFIN. Advogada. brunnalaporte@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo é parte de uma pesquisa realizada sobre a tutela cautelar no processo penal, após o advento da Lei nº 12.403/2011. A pesquisa cuidou de uma análise teórica, de cunho criminológico e processual, e de uma pesquisa empírica sobre a aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal. O segmento que aqui será exposto refere-se à pesquisa empírica e ao emprego, especificamente, das medidas cautelares diversas da prisão.

O problema que orientou o desenvolvimento desta etapa pode ser definido com a seguinte questão: de que forma foram recepcionadas e aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul? Duas hipóteses foram aventadas: a primeira diz com o uso inexpressivo dessas medidas, haja vista o histórico processual penal brasileiro, que contava apenas com a prisão cautelar ou a liberdade provisória; a segunda hipótese trata do uso das medidas desvinculado da necessidade cautelar.

Na primeira seção do trabalho se explica o porquê da análise de julgados, apontando a relevância de voltar os olhos para aquele/aquela que tem em suas mãos o poder de concretizar, em maior ou menor escala, as políticas criminais. Na segunda parte do trabalho são apresentados dados quantitativos, obtidos com a pesquisa empírica realizada no âmbito do TJRS, um ano e meio após a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011. Ademais, é explicitada a metodologia empregada para a formação do banco de dados, observando o número de julgados, quais julgados, o tempo da coleta, etc.

Por fim, na última parte da pesquisa, é apresentada uma síntese dos posicionamentos encontrados nas Câmaras Criminais do TJRS quando da aplicação de medidas cautelares diversas. Verifica-se se esse uso se aproxima de uma percepção defensivista periculosista ou de uma matriz de cariz processual acusatório, pautada na eficácia de um núcleo mínimo de garantias processuais penais individuais.

A metodologia empregada foi a realização de pesquisa empírica.

1 A ANÁLISE QUALITATIVA: POR QUE ANALISAR JULGADOS?

Antes de expor a análise qualitativa dos dados obtidos com o desenvolvimento deste trabalho, é necessário explicar as razões da escolha dos pedidos de *habeas corpus* julgados, pelo TJRS, como objeto de estudo. Objetivamente, existe um largo caminho entre a promulgação de leis pelo Poder Legislativo e a sua aplicação no âmbito do Judiciário. Neste ponto, ganha especial destaque a figura do Magistrado, pois ele pode dar continuidade a uma proposta lançada pelo outro Poder, dando-lhe operabilidade, ou lhe negar aplicação, por não se filiar à ideologia imbricada na nova lei.

As decisões judiciais refletem, sumariamente, as convicções do Juiz e, por isso, observar-se-á o papel que ele exerce na manutenção da tradição político-criminal. Assevera Carvalho que a democracia tem como pressupostos a igualdade, a liberdade, o entendimento de que existem lógicas diferentes e a busca por acordos, destacando que essa busca objetiva "a autonomia do indivíduo, no sentido de que seja terreno fértil para que ele (indivíduo) tenha condições (objetivas e subjetivas) de vivenciar a si mesmo e o mundo de forma ativa e assim possa construir sua história." (1999, p. 129).

Logo, para o referido autor, os magistrados teriam como foco a justiça dialogal, devendo estar:

> [...] dispostos à vontade política de fazer valer os valores constitucionais e supraconstitucionais, com invasão do imaginário, estabelecendo novas categorias destinadas à concreção da cidadania (as categorias mentais estabelecidas pelo conhecimento tradicional – positivismo legalista subsunçor – moldaram saber pouco criativo, mantenedor da razão do Estado, de onde emerge a legalidade (im) posta. (1999, p. 138).

É oportuno repisar a necessidade do abandono da visão do juiz como detentor de todas as formas de conhecimento, que julga a partir de uma posição neutra em busca da mítica verdade real, sendo sua decisão válida por si só. E para afastar essa suposta neutralidade, resgatam-se os debates que há muito asseveram a não divisão estanque entre razão e emoção, parcial e imparcial, objetivo e subjetivo. Recorda-se que o sistema penal, evidentemente, não é neutro, assim como tampouco o é o juiz.

Naturalmente, tende-se a aproximar o magistrado à imparcialidade. Contudo, sabe-se que ele não se despe de sua vida, história e concepções ao julgar. Portanto, não alcança a utópica neutralidade. O juiz é um ser dentro do mundo que reconhece um conjunto de múltiplas referências e se relaciona com elas (BARBOSA, 2017). "É o ser humano de um tempo e lugar, e tem história. É o homem concreto, material e existencialmente situado e ressituado na dinâmica das relações humanas e sociais." (ANDRADE, 2012, p. 55).

Da mesma sorte, não há que se falar na busca de uma verdade, uma vez que o indivíduo, ao passo que reconhece no outro um também indivíduo, tem que trabalhar com as diferenças e com as várias verdades que brotam dessa relação. O que, inexoravelmente, leva à coexistência de inúmeras vertentes, de diferentes razões, de modo que é impossível chegar à certeza na fluidez contemporânea, que dirá no processo, que trabalha com a assunção de riscos.

Nesse sentido, explica Pozzebon que a subjetividade não deve ser tida como negativa, "mas como algo presente de maneira inexorável no momento de decidir; não parte de uma visão dual cartesiana ou binária típica do pensamento moderno, ingênua sobre a bondade ou a maldade humana identificada com o pessimismo hobbesianista [...]." (2011, p. 235). Ou seja, os extremos são incapazes de interpretar as ações humanas.

Num espectro mais amplo, o ritmo social se intensifica, há uma profunda mudança na percepção da natureza espaço-tempo, passando o universo a se abrir frente às novas possibilidades, o estático dá lugar ao dinâmico, atrelado ao progresso e à promessa de felicidade em escalas cada vez maiores, intimamente ligada ao poder de consumo.

Está-se inserido no fluxo moderno, pautado na primazia do tempo em detrimento do espaço. Nesse sentido, Busato, ao avaliar o valor da verdade no processo e sua limitada reprodução probatória, articula que os fatos "são irrecuperáveis, por mais que seja perfeita a reprodução probatória. Isso porque, uma variável, pelo menos, é absolutamente irrepetível: o tempo." (2010, p. 105). O processo judicial é uma esquálida reconstrução dos fatos pretéritos.

Muita prepotência seria dizer que as concepções de mundo se modificaram, pondo por terra o absoluto, mas no direito se continua a buscar a verdade única dos fatos.

Os fatos passados são sempre construções de indivíduos parciais, é o somatório de recortes de versões e percepções. Trata-se do reconhecimento do pensamento complexo, que ganha especial relevância para as questões atribuídas à seara penal, que provém de uma sociedade extremamente complexa. Logo, não há que se falar na solução dessas questões sem a consciência da existência de vários fatores diversos que as permeiam, visualizando-se a impossibilidade de tratá-las por uma única via.

Hodiernamente, não basta essa visão linear que tanto se tenta forjar dentro da vida e, consequentemente, dentro do processo penal. Gauer ensina que se trata de um processo de fragmentações e deslocamentos infindáveis, que "eliminaram a visão das certezas, fazendo com que os deslocamentos do homem não possam mais ser garantidos pela lógica cartesiana que embasou o todo unificado pela razão moderna." (2006, p. 139). A totalidade é inapreensível, pois o indivíduo - como ser parcial que é - logra apreender uma parte, que não deixa de representar-lhe o todo, ou seja, a totalidade sempre vai ser encarnada por uma parcela e, com isso, a cena completa se redimensiona conforme o espectador (LACLAU, 2010).

E o intrigante, justamente, que desperta o interesse de analisar julgados, cinge-se ao fato de o julgamento ser ato criativo do Juiz (que analisa as frações do fato trazidas aos autos para construir uma terceira versão, todas fragmentadas, apreendidas em pedaços, a partir de um sujeito), o que também se entende que não poderia ser de modo diverso, pois apenas o indivíduo pode perceber o outro e, assim, julgá-lo.

"Verdade é algo completamente fora do alcance do direito que, por si, não é uma ciência, mas uma simples forma de argumentar, criação humana, produto de elocubração e, portanto, essencialmente falível." (BUSATO, 2010, p. 106). Essa verdade não se encontra no plano humano, uma vez que o Magistrado ao julgar:

> estará usando seus sentimentos, sua emoção, sua razão, sua pré-compreensão das coisas, seus valores, sua história, sua concepção de mundo e até seu inconsciente na decisão; sempre irá refletir algo seu. A subjetividade relegada às partes no processo também está presente no juiz. A atividade de valoração das provas e até mesmo a de subsunção implicam a escolha entre hipóteses e dispositivos de lei à disposição do juiz e o destino no qual o julgador quer chegar. Com consciência das suas limitações que são humanas, devem buscar em suas ações menos narcisismo e prepotência, no exercício de uma função que concentra muito poder. (POZZEBON, 2011, p. 238-239).

Todavia, em sentido contrário ao papel delineado (e esperado) acima, o que se constata nos Tribunais é a afirmação da cultura do punir verticalmente, na qual as soluções estão todas atribuídas ao mágico cárcere. Basta observar uma das pesquisas disponibilizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros que (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2006), ao estabelecer o perfil do Juiz brasileiro, verifica que ele se julga ator no combate à criminalidade, sem qualquer medo de ferir o devido processo legal, sair da imparcialidade que lhe cabe, romper com o contraditório e a ampla defesa.[2]

2 Não se desconhece a pesquisa realizada pela AMB, no final do ano de 2015, sobre o perfil da Magistratura. Contudo, ao tempo da escrita deste artigo, outubro de 2017, esta encontrava-se indisponível para consulta.

Tal postura, ainda que imbuída de boas intenções, faz questionar, contudo, para quem são boas? Está-se diante de um indivíduo que se vê como um justiceiro e "não pode, [...] abdicar de sua verdadeira cruzada. Ele foi escolhido para representar a paz social do mundo e seu poder converte-se em um verdadeiro fardo, que, com denodo, lhe incumbe carregar." (BUSATO, 2010, p. 114).

Lamentavelmente, "pouco resta a fazer em termos defensivos quando o juiz assume a postura do acusador. Pouco resta a fazer em termos defensivos quando o destinatário de uma proposta acusatória é precisamente aquele que a formula." (BUSATO, 2010, p. 115). Visto de forma mais holística, não é uma postura estranha quando se observa que a ideia institucionalizada de segurança pública passa pela violação de direitos fundamentais, independentemente do que isso possa significar às duras conquistas de uma vida em termos de interiorização de direitos humanos e do sistema jurídico-político como um todo.

Fazer valer princípios "entre os quais aleatoriamente se invoca o Juiz natural, motivação das decisões, contraditório, etc. – não significa compactuar com o caos propagandeado. Ao contrário, violá-los fecha a última porta de racionalidade que resta ao sistema." (HASSAN, 2002, p. 69). A proteção de um indivíduo é a proteção de todos, vez que não há sociedade sem indivíduos, ou indivíduos sem sociedade: o homem não deixa de ser homem, porque agiu frustrando as expectativas de um grupo mais amplo.

Desse modo, a ideologia político-criminal dominante da Magistratura encontra-se na via oposta do que vem sendo tratado pela doutrina, da existência de mais instâncias como forma de melhor solver conflitos. Vê-se com bastante nitidez a relação estabelecida entre problemas enfrentados pelo Estado na seara penal e as garantias individuais, como se o restabelecimento do primeiro passasse, necessariamente, pela ruptura do segundo.

> Como se as causas da falência estrutural do Estado no campo penal estivessem umbilicalmente ligadas ao conjunto de normas garantidoras dos direitos fundamentais que, com muito custo, são inseridas formalmente nos textos positivados e, com maior custo ainda, são assimiladas na prática.[...] Patrocinar oficialmente a quebra dessa base significa incorrer no retorno ao caos e na negação da própria convivência comum, consequência esta justamente alcançada pelo sistema repressivo ora criticado. Nesse sentido, seu emprego é mera ilusão. (HASSAN, 2002, p. 212-215).

O devido processo legal não pode, absurdamente, ser tido como infeliz entrave formal aos fins desejados por este ou aquele, pois "as formalidades do procedimento penal não são meras formalidades. Em seu núcleo são formas protetoras de interesse da totalidade dos intervenientes no processo penal e, antes de tudo, do imputado." (HASSAN, 2002, p. 139). Nesse sentido, Gloeckner aclara que a forma tem o papel político de "abandonar a noção de completude plasmada na reconstrução totalizante da verdade." (2013, p. 125).

Da mesma sorte, a ideia de segurança coletiva não pode passar pelo desrespeito de garantias fundamentais do indivíduo, pois, conforme dito, ele não está à margem da "boa sociedade" e sim faz parte dela, preservar os seus direitos significa fortalecer a própria sociedade que goza dos mesmos direitos. A segurança não pode passar pela violação de normas fundamentais.

Em igual medida, apesar do que creem alguns, manter o Juiz posição inerte no que tange à coleta de provas, à decretação de medidas, não é igualá-los a "samambaias decorativas" (BUSATO, 2010, p. 113), mas afastá-los da imagem do inquisidor, aquele que tudo pode em nome da pacificação social, relegando o sistema acusatório ao segundo plano e, fundamentalmente, destruindo o equilíbrio processual.

Com essa figura ativista se terá, de um lado, a sociedade carente de informações fidedignas, o acusador (Ministério Público) e o segundo acusador (Magistrado), todos contra o réu que, em alguns Estados e comarcas do país, sequer conta com a Defensoria Pública. Ressalta-se que:

> um processo que finalmente seja um processo de partes é a única fórmula que propõe um ideal de justiça em substituição a uma pretensão de verdade que a tudo justifica. Seu efetivo estabelecimento só será possível a partir de que as partes tenham plena consciência do que efetivamente são e que os juízes assumam sua condição de sujeitos equidistantes do processo. (BUSATO, 2010, p. 123).

Nessa senda, questiona-se: de que modo serão aplicadas as novas medidas cautelares pessoais? Uma vez que, inversamente à ideia de que alguns não serão presos preventivamente, muitos outros e inclusive esses, ao não sofrerem com uma prisão cautelar, poderão passar a ser controlados com alguma ou algumas outras medidas, daquelas elencadas no art. 319, do Código de processo penal. Observe-se que o panorama delineado pela AMB é extremamente favorável a suscitar dúvidas no modo da sua aplicação, ao mostrar a postura conservadora de grande parte dos Juízes brasileiros.

Faz-se necessário, constantemente, o destaque de que a restrição de liberdade do indivíduo, tal como foi, segue sendo exceção nos termos da Constituição Federal, quando garante a presunção de inocência aos investigados e processados. É a culpa que deve ser provada e não a inocência (FERRAJOLI, 2010). Não é porque agora se tem um leque de medidas alternativas ao encarceramento preventivo que essas justificam a sua aplicação apenas por existirem. É imperativo que, quando se esteja a tratar de medidas cautelares, se verifique não só o *fumus comissi delicti*, mas, fundamentalmente, a existência de *periculum libertatis,* pois se trata de restrição de direitos, ainda que parcial.[3]

Desse modo, o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, e agora o art. 315, do CPP, velam por uma fundamentação válida, consciente, e dada por um Magistrado atento à Carta Magna e a um processo penal constitucionalizado, respeitando o direito do indivíduo de saber o porquê lhe é constrita a sua liberdade. Compreendendo que o processo penal não é a busca desenfreada da mera comprovação de uma suposta verdade, mas um meio de defesa, de inestimável valor social, colocado nas mãos do acusado, que lhe dá voz. Deve-se abandonar, definitivamente, a ideia do silêncio "do herege", contra o qual a semiprova levava a uma semicondenação, numa espécie de cruzada (HASSAN, 2002), pois se está a falar de um instrumento:

3 O *fumus comissi delicti* é constituído pelos requisitos da medida cautelar, quais sejam: materialidade da infração penal e indícios de autoria. Já o *periculum libertatis* diz com os fundamentos autorizadores das medidas e são eles: conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica (LOPES JR., 2017). Por não ser objeto do trabalho, não será discutida a legitimidade dos fundamentos que extrapolam o âmbito da necessidade cautelar.

> tutelar de garantias constitucionais, assegurando não só o devido processo legal a legitimar a decisão jurisdicional, como limite à atuação punitiva estatal, mas, principalmente, num equilíbrio entre as partes, a conferir ao acusado a garantia de ser tratado como inocente até a formação definitiva do juízo de culpabilidade, o que equivale a afirmar que é inconstitucional a antecipação de qualquer juízo de valor quanto à culpa enquanto perdurar o processo penal. (BALDEZ KATO, 2005, p. 78).

E mais, o uso da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas não se justifica como forma de infligir algum castigo, com medo de que essa seja a única punição que advenha *a posteriori* frente a uma absolvição, por exemplo. "O simbolismo penal fica aí evidente, na medida em que o resultado final do processo interessa menos que a satisfação momentânea da prisão que, uma vez autorizada, tende a restaurar a legitimidade do Poder Judiciário." (HASSAN, 2002, p. 151).

Coutinho narra que os magistrados se encontram:

> enleados no emaranhado da narcose de narciso, como referiu McLuhan, ou seja, siderados e engolidos pela comunicação da qual sequer se dão conta de nela estarem, muitos juízes (mormente eles como órgão de poder; mas não só eles, por óbvio) tornam-se justiceiros. Para esses, as medidas cautelares e, em especial, a prisão processual, têm sido uma forma eficaz (embora inconstitucional) de uma antecipação de pena e, assim, sem muito – ou nenhum – pudor têm tratado de prender todos sempre que possível, pelo menos até que um órgão superior de competência casse a ordem. (2011, não paginado).

Salta aos olhos que o velho – no caso o inquisitivo CPP dos anos quarenta – passa a conviver com parciais mudanças, pós-constituição de 1988. Todavia, sem lograr estabelecer uma matriz paradigmática nova de cunho acusatório, apta a "interditar o olhar inquisitivo consolidado nas práticas punitivas do dia a dia" (PRADO; MELCHIOR, 2011, sem paginação), no qual, finalmente, se veja o processo como uma garantia do indivíduo diante do poder de punir do Estado e não como mero instrumento de verificação de uma verdade preconcebida. Hassan explica a complicada situação brasileira, pois:

> apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica esta comum aos países em processo de (re)democratização, onde os valores que lhes são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito – e na prática social, de forma geral – que assim conferem uma vivência apenas formal ao cânones culturais da normalidade. (2002, p. 132).

Nesse sentido, observam-se os ensinamentos de Coutinho (2011), quando explica que o problema não está na Lei nº 12.403/2011, mas na cultura "justiceira" do Judiciário, que implica em uma aplicação deturpada dos institutos e, principalmente, da prisão cautelar, a fim de promover algum sofrimento que se justifica em si mesmo.[4] Em sendo assim, entende que a forma de iniciar a modificação dessa mentalidade é mediante a instituição de um novo processo pautado no sistema acusatório.[5]

4 É imperativa a figura de um juiz independente, que tutele os direitos individuais, de modo que absolva, ainda que a opinião geral seja pela condenação, e que condene se existirem provas, apesar de uma maioria que queira o contrário (FERRAJOLI, 1999).

5 Explica Carvalho (2010) que o fundamental, para a caracterização do modelo processual penal, é a posição ocupada pelo juiz. Em um modelo acusatório, pautado pelo princípio do dispositivo, o juiz é um

Nesse mesmo sentido, Prado e Melchior destacam que "a promulgação de leis esparsas acarreta a perda de um referencial ideológico consistente, permitindo que a modificação legislativa escape da lógica sistêmica e enfraqueça a proteção das garantias." (2011, não paginado).

Deve-se ressaltar que não se desconsidera a participação de outros agentes na propagação da cultura inquisitória. Contudo, o foco deste trabalho é o aplicador das medidas cautelares, o agente que lhes dá efetividade e, consequentemente, teria o poder de não aderir à referida corrente inquisitorial diante do caso concreto. Uma vez que:

> se os atores da rede político-criminal incorporam o papel inquisitivo, instrumentalizarão formas punitivas de protagonizar a cena processual e potencializarão o populismo transposto em lei. Neste quadro, a figura do Juiz é central. Se o magistrado perceber sua atividade como fundamental para o combate ao crime, seu papel de garante imparcial dos direitos será substituído pela figura de agente de segurança pública. (CARVALHO, 2010, p. 233).

Trata-se de repisar o quão central é a postura adotada pelo Magistrado na sua atividade de julgar e o como isso reverberará na implementação de políticas. Em consonância com o entendimento aqui estruturado, buscar-se-á aproximar os argumentos utilizados nos votos a duas perspectivas: (i) a primeira é uma linha defensivista-periculosista, tão bem desenvolvida por Andrade; (ii) a segunda cuida de uma postura consciente da finalidade instrumental do processo penal, como limitador do poder de punir do Estado e da proteção de garantias individuais imbricadas no seu desenvolvimento.[6]

Todavia, apesar da predileção pelo Juiz que tenha em alta conta o espaço judicial como um espaço dialogal e de defesa do acusado, seria ingênuo pretender ingressar no íntimo do julgador e modificar suas crenças. Por isso, a restrição do trabalho àquilo que está no papel e vem como motivos e fundamentos da decisão. Esses sim são centrais para que se garanta o contraditório e a ampla defesa, pois o réu se defenderá daquilo que está posto. É seu direito saber por que lhe é tolhida a liberdade, em maior ou menor grau, da mesma sorte que é garantia do julgador e da sociedade poder exercer o controle externo da atividade judicial.

2 DA METODOLOGIA DA PESQUISA: A ELABORAÇÃO DO BANCO DE DADOS

Como modo de dar transparência à formação do banco de dados e às decisões adotadas para tanto, de forma sucinta, neste tópico do trabalho, será apresentado o caminho percorrido na elaboração da pesquisa empírica.[7]

---

sujeito passivo, que não se involucra com o exercício da ação penal e nem tampouco com a produção de provas. Há uma distribuição das funções de acusar, defender e julgar, entre órgãos distintos.

6 Em apertada síntese, tendo em vista que este trabalho é o recorte de uma pesquisa mais ampla, se explicam as perspectivas: a primeira condiz com o ideário de que a prisão defende a sociedade, ou seja, defende a maioria de uma minoria perigosa que deve ser neutralizada. Tal concepção é pautada nas funções declaradas da prisão, excluindo da análise as funções não-declaradas e efetivamente cumpridas (ANDRADE, 2012). A segunda converge com a compreensão do processo penal como instrumento maximizador de um núcleo de garantias processuais individuais, previstas na Carta constitucional, que são postas como mais um limite ao poder punitivo estatal. Dessa forma, a que deve ser justificada é prisão e não a liberdade, já que esta última é a regra num Estado que se quer democrático (LOPES JR., 2017).

7 Para delimitar os métodos de análise das decisões e a elaboração do embasamento teórico, foram

A coleta dos julgados compreendeu o período de julho de 2011 a janeiro de 2013, ou seja, um ano e meio após o advento da Lei nº 12.403/2011.[8] Esse levantamento jurisprudencial se cingiu aos julgados de *habeas corpus*, proferidos pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no lapso temporal citado.[9] A escolha pelo Tribunal se deve à representatividade dos *habeas corpus*, que advém das mais diversas comarcas daquele Estado, ao que se somou a facilidade de acesso ao material pesquisado mediante o sitio do próprio Tribunal (www.tjrs.jus.com.br).

Para atingir uma representatividade significativa de julgados das Câmaras Criminais, e de forma mais fidedigna possível apresentar os argumentos utilizados pelos Desembargadores, foram realizadas três coletas de decisões. Com as duas primeiras, alternando as expressões e signos utilizados como palavras-chave, se objetivou definir a abrangência de decisões conforme as Câmaras. Com esse exercício foi possível orientar a escolha da palavra-chave definitiva, de forma que esta atingisse um universo de julgados apto a representar o posicionamento do Tribunal quanto ao tema.

Dito isso, a palavra-chave utilizada foi "artigo 319", limitada a busca a ementas de *habeas corpus*, na seção criminal, entre o dia 1 de julho ao dia 31 de janeiro. Como resultado, atingiu-se 821 decisões.[10] Estas foram armazenadas em formato de documento (.doc), em pastas criadas conforme uma categorização simples: i) concedem medidas diversas ou liberdade e ii) não concedem medidas, aplicam prisão preventiva. Num segundo momento, para entabular os dados, foram agrupadas conforme a Câmara Criminal julgadora.

Seguindo orientações da assessoria estatística da Faculdade de Matemática da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, após consultoria do Professor Mestre Sérgio Kakuta Kato, no que tange às medidas cautelares diversas da prisão e à liberdade, optou-se pela análise censitária dos 181 julgados que as aplicaram. Com esses primeiros dados, criou-se a tabela abaixo:

Câmaras Criminais	Número total de julgados	Aplicaram cautelares diversas ou liberdade
1ª Câmara Criminal	20 – 100%	10 – 50%
2ª Câmara Criminal	457 – 100%	06 – 1,31%
3ª Câmara Criminal	83 – 100%	64 – 77,10%
4ª Câmara Criminal	07 – 100%	04 – 57,14%
5ª Câmara Criminal	58 – 100%	55 – 94,82%

adotadas como orientações as disposições das obras de Gibbs (2009) e Carvalho (2013).

8 Esta pesquisa – embora se restrinja aos primeiros 18 meses de aplicação das medidas cautelares diversas - permanece atual, já que além de apontar o panorama inicial de aplicação dessas medidas (no âmbito do Rio Grande do Sul), apurou-se, examinando pesquisa mais recente, que permanece a resistência no seu emprego nos crimes que integram o núcleo da seletividade penal e que violariam, especialmente, a ordem pública. Lógica que ainda não foi quebrada, apesar das audiências de custódia. (LEMGRUBER, 2016).

9 No que tange à seara penal, o TJRS é dividido em quatro grupos criminais, conforme a resolução nº 01/98. (BRASIL, 1998).

10 Cinco *habeas corpus* julgados prejudicados pelos Desembargadores foram excluídos da pesquisa. Restando um universo de 816 julgados.

Câmaras Criminais	Número total de julgados	Aplicaram cautelares diversas ou liberdade
6ª Câmara Criminal	15 – 100%	13 – 88,66%
7ª Câmara Criminal	72 – 100%	03 – 4,16%
8ª Câmara Criminal	104 – 100%	26 – 25%

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados coletados.

Dessa forma, a prisão foi a opção em 77,72% dos casos, já as medidas cautelares diversas estiveram presentes em 20,19% e a liberdade foi aplicada a apenas 1,95% dos julgados. Apesar de se observar o uso significativo de medidas cautelares diversas por algumas Câmaras, salta aos olhos o emprego pífio dado pela 2ª Câmara Criminal que, além de ser a Câmara que mais julgou *habeas corpus* no período, é responsável pelo julgamento dos crimes de tráfico de drogas – uma das principais condutas a integrar o núcleo da seletividade penal.

Se examinada a relação entre o crime presente na discussão do julgado e a aplicação das medidas, constata-se que 48% eram delitos contra o patrimônio, 32 % eram crimes de tráfico de drogas, 12 % eram crimes contra a pessoa, 5% eram crimes contra a dignidade sexual, 1% referiam-se a crimes contra a administração pública e 2% tratavam de outras infrações penais.

Dos 181 julgados, 116 cuidavam de crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. Ainda, 80 % dos julgados referiam-se a crimes contra o patrimônio ou de tráfico de drogas, que, pode-se dizer, representam o núcleo da seletividade e, consequentemente, o de prisionalização no Brasil.[11]

Em síntese, observando-se esses primeiros dados, percebe-se o uso das medidas naquele que seria o núcleo de crimes responsável pelos altos números de prisão no Brasil (ANDRADE, 2012), o que coincide em não estabelecer um viés paralelo de controle penal, acautelando-se situações para além dos casos que caberia prisão preventiva.

Todavia, o panorama não é tão auspicioso quando se analisa o quadro completo de dados, pois o tráfico de drogas, o roubo e o furto totalizaram 76,26% do universo de julgados. Se somados os outros crimes contra o patrimônio, se chega a um total de 80.97%. Do total de delitos abrangidos nos julgados, 59,33% foram crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Todavia, a aplicação de medidas diversas e liberdade se restringiu a apenas 22,14%.

O que permite concluir que a tendência encarcerada se sobrepõe aos índices da criminalidade violenta encontrados na pesquisa, de modo que se está a manejar com uma criminalidade construída como perigosa. A isso se soma o fato de a liberdade ter ficado reduzida a menos de 2% dos casos.

11 Impede destacar que os dados quantitativos apresentados são fruto de uma pesquisa empírica, de modo que são a base para reflexões e análises diversas sobre o uso da tutela cautelar no processo penal brasileiro, que ganha originalidade conforme o enfoque dado em cada trabalho que se desenvolve a partir deles. Neste artigo, o objeto em exame será a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Não serão analisadas as medidas cautelares pessoais, de forma geral, dando enfoque ao emprego da prisão preventiva e aos fundamentos para tanto, uma vez que isso já foi feito em outra oportunidade.

Examinando a pesquisa realizada por Bestetti (2010) que, nos anos de 2005 e 2006, analisou 308 julgados de *habeas corpus* no âmbito do TJRS, constatou-se que 13,3% das ordens foram concedidas. Observando-se os dados como tendências – já que cuidam de pesquisas diversas, com paramentos diferentes – encontrou-se um número sensivelmente menor em termos de liberdade após o advento das medidas cautelares diversas da prisão.

3 DO USO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSA DA PRISÃO

Neste tópico, tratar-se-á da concessão de medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319, do CPP, pelo TJRS, no período delimitado pela pesquisa. A apresentação seguirá em ordem crescente, conforme as sete Câmaras Criminais.

Na Primeira Câmara criminal, por ocasião da aplicação das medidas, percebeu-se uma convergência ideológica importante, no sentido da insuficiência apenas do *fumus commissi delicti*, bem como da imperiosidade de se explicar o risco concreto que representa a liberdade do réu, vinculado aos fundamentos do art. 312, do CPP. O *periculum* para a aplicação do art. 319, do CPP, consubstancia-se, para a Câmara, no perigo gerado pelo réu para a investigação criminal, instrução criminal ou segurança da coletividade.

Outro ponto significativo no tocante à adoção de medidas alternativas é o caráter de substituição da prisão preventiva. Em uma decisão, em vista do novo rol de medidas, o relator expõe os fatos concretos, e as particularidades do cometimento do delito, para escolher qual medida cautelar seria a mais adequada e assim utilizá-la no lugar da prisão preventiva que entendia cabível. Ainda, a Câmara é uníssona no sentido de que é permitida a liberdade provisória nos delitos de tráfico, não havendo prisão obrigatória por gravidade do delito e nem tampouco por previsão legal.

Entre os dez julgados, três deles (de mesma relatoria) destoam parcialmente em termos de discurso dos outros. O primeiro quando considera que a ordem pública se vê abalada pela tentativa de ingresso de drogas em estabelecimento prisional, uma vez que coloca a conduta como um dos maiores fatores a prejudicar a ressocialização dos presos. Ato contínuo, substitui a prisão pela proibição de comparecimento ao presídio. A decisão soa totalmente desconexa das condições atuais dos estabelecimentos prisionais, faz remissão romântica à lei de execução penal, que, sistematicamente, é desrespeitada nas suas disposições mais básicas.

Atualmente, dizer que a ressocialização dos presos se vê prejudicada pela conduta referida redunda em ignorar o que o sistema produz e remete-se ao plano das ideias, do "dever-ser", que não o é. É imperioso no âmbito das prisões e, principalmente, da prisão cautelar, que se considere aquilo que ela, de fato, produz e as condições que a permeiam, pois não se pode buscar alternativas em cima de um quadro idealizado de prisionalização. Fundamental no ponto é a lição de Zaffaroni, pois:

> 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).

O segundo exemplo cuida de um *habeas corpus* por homicídio praticado, em tese, por indivíduo sem antecedentes, no qual o relator desenha todo seu voto no sentido de que estão ausentes os fundamentos do art. 312, do CPP, e, mesmo assim, determina a aplicação de três medidas cautelares alternativas.

Por derradeiro, o terceiro voto narra um caso de homicídio no qual o suposto acusado não é reconhecido pelas testemunhas, não há indícios de que possa estar constrangendo-as e apresenta cartão-ponto de que no horário do delito estava exercendo a sua atividade laboral. Contudo, mesmo sem a presença de necessidade cautelar, são-lhe aplicadas duas medidas, das quais uma cuida de proibição de manter contato com as testemunhas.

Entende-se que os últimos casos apresentados são exemplos de como as medidas cautelares diversas podem ser usadas indevidamente, de modo a alargar a seara penal, sem existência de qualquer indício de *periculum libertatis*.

A Segunda Câmara criminal aplicou medidas cautelares alternativas apenas a crimes que envolviam violência doméstica, sendo dois por lesões corporais, dois por ameaça e um por tentativa de homicídio. A única exceção foi um *habeas corpus* por tentativa de homicídio que, após a juntada de atestado médico que comprovava a necessidade de tratamento psiquiátrico, aplicou prisão domiciliar. Não obstante, frisou a excepcionalidade e a provisoriedade do caso da substituição. Resta evidente a inversão de valores, pois a Câmara vê na prisão a regra, enquanto a liberdade, mesmo que condicionada, é a exceção.

Soma-se ao quadro que, apesar dos cinco votos sobre violência doméstica não visualizarem possibilidade de abalo à ordem pública – fundamento legal, ainda que discutível – a Câmara aplica medidas a todos os casos. Em um deles, explica o julgador: "identifico haver *fumus commissi delicti,* consubstanciados nos indícios de autoria e materialidade, havidos no auto de prisão em flagrante, notadamente em face dos depoimentos prestados. Não obstante, tenho dúvidas em relação ao requisito do *periculum libertatis*." Ou seja, na Segunda Câmara criminal, a dúvida deu espaço à constrição cautelar, ainda que em menor grau, em casos que, provavelmente, não seriam suscetíveis da mesma.

A Terceira Câmara criminal foi categórica quanto à necessidade de fatos concretos para embasar o decreto prisional. Em dez *writs* a Câmara concedeu liberdade provisória. Exigiu a adequação da prisão cautelar às circunstâncias do fato e às condições do acusado, bem como da presença do *periculum libertatis*, nos termos do voto que se segue:

> A prisão cautelar deve ser adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e das condições pessoais do acusado, como também deve ser necessária, isto é, quando verificado *periculum libertatis*. Trata-se de um pressuposto para decretação da custódia cautelar, que significa que o acusado solto poderá eximir-se da aplicação da sanção penal, obstruir a investigação ou instrução do processo, ou, ainda, macular a manutenção da ordem pública ou econômica. (BRASIL, Habeas corpus nº 70045477379, 2011).

Além da homogeneidade do discurso presente no julgamento dos relatores, percebem-se importantes passos rumo àquilo que se espera sedimentar em âmbito cautelar. Veja-se o seguinte trecho que aborda a taxatividade do rol posto no art. 319, do CPP:

> Tem-se a hipótese de liberdade provisória sem fiança, mas com a submissão à medida cautelar diversa da prisão. Ocorre que a obrigação imposta – comparecimento a todos os atos do processo – não consta expressamente elencada no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, de modo que sua imposição vulnera o princípio da legalidade. (BRASIL, Habeas corpus nº 70051909760, 2012).

Em diversas oportunidades, ressalvou-se a imprescindível observância à possível pena que seria aplicada em caso de futura condenação, não admitindo a aplicação de medida mais gravosa em sede cautelar, em absoluto respeito ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da excepcionalidade, reitores no âmbito cautelar (presentes no art. 282, do CPP, que inaugura o título das medidas cautelares pessoais).

A opção por iniciar pelos *writs* em que foi concedida liberdade se deve à argumentação presente em grande parte dos acórdãos, os quais seguem o escalonamento disposto no art. 310, do CPP, que inicia determinando a observância da possibilidade de o indivíduo permanecer, durante a persecução, sem qualquer restrição. Se esse não for o caso, deverão ser observadas as medidas alternativas ao cárcere e se elas são suficientes para tutelar a situação que exige cautelaridade, e, apenas quando elas não o forem, se aplicará a prisão preventiva.

Nesse sentido, ainda, quando se aplicam as medidas do art. 319, do CPP, devem estar presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (entre os fundamentos encontrados nas decisões estão: a conveniência da instrução criminal, a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal). Ou seja, há a necessidade do fundamento para a aplicação de cautelar diversa, devendo ser adequada e suficiente ao caso, respeitando a dimensão da cautelaridade. Veja-se a seguinte passagem:

> São medidas alternativas ao encarceramento (prisão preventiva), mas que não perdem o caráter de cautelaridade e nem o de constrangimento ao suspeito, imputado ou acusado da prática de um delito. É indubitável restar parcialmente afetado, em certas medidas cautelares, o direito de liberdade. Contudo, essa limitação, nessa nova arquitetura cautelar, não ocorre com o recolhimento à prisão, com o encarceramento. (BRASIL, Habeas corpus nº 70048175095, 2012).

Ocorre que, em alguns votos, se expõe a ausência de *periculum libertatis* ou a ausência de fundamentos para a decretação da preventiva e, mesmo assim, são aplicadas medidas. Isso destoa, consideravelmente, tanto das decisões que aplicaram liberdade provisória – pois no caso as prisões encontravam respaldo em argumentos genéricos sem vínculos com os aspectos concretos do caso – quanto daquelas que colocaram a existência do *periculum* e a valoração da cautelaridade para a aplicação de uma medida que sempre restringirá, de algum modo, a liberdade ou outros direitos.

Ainda assim, levando em conta o conjunto de decisões, essa questão pode ser posicionada num campo de transição e adaptação à nova legislação e ao como justificar a sua aplicação, inclusive pelo conflito de algumas disposições presentes nos dispositivos da nova lei.

Ao final, não se pode deixar de fazer referência ao voto da Terceira Câmara criminal, de relatoria do Desembargador Giacomolli, que clarificou o conteúdo que se espera de um julgado, dando ênfase ao que são fundamentos e motivos. No andar da pesquisa, tendo por norte a leitura dos vários outros acórdãos, o referido *habeas corpus* denotou uma lucidez ímpar e expressou a indignação sentida frente ao "agir de sempre",

tomando contornos de esperança ao conceder liberdade provisória em crime de tráfico de drogas. Pelo excepcional teor do julgado, transcreve-se um recorte:

> Portanto, motivar não é sinônimo de fundamentar. A fundamentação pode ser só baseada em motivos de direito, por exemplo, ou só em motivos de fato, ou nos dois. É claro que a fundamentação da decisão terá como base fática e/ou de direito. Toda decisão judicial deverá ser motivada e fundamentada. Motivar é dizer quais as bases fáticas e/ou de direito que permitem a fundamentação, ou seja, a explicação racional da decisão. Somente a motivação, sem uma fundamentação, uma explicação racional que possibilite o entendimento, que permita a sua compreensão, não satisfaz o artigo 93, IX, da Constituição Federal. As mesmas circunstâncias fáticas - motivos - podem embasar duas decisões diferentes, dependendo da compreensão e da justificação racional do juiz. Da mesma forma, a mesma matéria de direito - motivo - poderá levar a duas decisões diferentes. Por isso, a motivação orienta o raciocínio do magistrado, mas a fundamentação depende da exteriorização racional, da explicação racional. A racionalização do juiz Pedro poderá ser diferente da explicação do juiz João, embora utilizem os mesmos substratos de fato e de direito. É a fundamentação que permite à acusação e à defesa saber o porquê da conclusão num sentido ou em outro; permite desvendar o aspecto positivo (o explicitado) e o negativo (o porquê da conclusão diferente). (BRASIL, Habeas corpus nº 70051711448, 2012).

A Quarta Câmara criminal apresenta em alguns votos posicionamentos louváveis dentro da ótica cautelar. São afastadas presunções de perturbação da instrução e da gravidade da conduta como fundamento. Talvez pelo tipo de crime que julga, algumas medidas se colocam como precisas para acautelar as situações necessárias sem lançar mão da segregação cautelar. Como exemplo, um *habeas corpus* no qual o crime era peculato, após apresentação contundente do *fumus* e do *periculum* em face da preservação da instrução criminal, aplicam-se as medidas cautelares alternativas, uma vez que eficazes e suficientes à tutela das provas. Ainda, estabeleceu prazo máximo da medida de afastamento da função pública. Tal postura vem ao encontro da provisoriedade e da provisionalidade das medidas cautelares como um todo, pois se está a tratar de situações concretas que exigem cautelaridade, de modo que, passado o risco que justificou a constrição em maior ou menor grau, deverá ser restituída a liberdade plena. [12]

Na Quinta Câmara criminal observa-se uma grande prevalência das condições pessoais dos pacientes, considerando-se para tal a comprovação de residência fixa, atividade laboral e primariedade. Em dois casos nos quais foram aplicados fiança no juízo *a quo*, o que inviabilizou a liberdade do indivíduo por sua condição de pobreza, essa foi substituída por outra medida cautelar. A proporcionalidade da medida mais gravosa é colocada em pauta reiteradamente, ponderando-se a possibilidade de condenação e a cominação de pena privativa de liberdade, ou seja, a eventual condenação está sempre no horizonte como limitador.

O tipo do delito é levado em alta conta, ao ponto de dizer-se que se o crime é cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, em praticamente nenhuma ocasião o réu foi segregado, ainda que possuísse antecedentes criminais, o que é uma posição que dista em muito daquela adotada pela 2ª Câmara, por exemplo. Observe-se trecho que se

12 Conforme explica Lopes Jr. (2017), a provisionalidade diz com o emprego de medidas cautelares para tutelar situação fática concreta, na qual está presente a necessidade cautelar. A provisoriedade coincide com a limitação do prazo pelo qual pode durar uma cautelar.

repete nas decisões e sintetiza a postura da câmara: "A existência de outras incursões delitivas, conforme constou da decisão que decretou a constrição, não tem o condão de sacramentar a medida excepcional." (BRASIL, Habeas corpus nº 70047227228, 2012).

A possibilidade de reiteração é mensurada para a aplicação de cautelares alternativas e para a insuficiência da liberdade plena. Nas decisões, as medidas são trazidas em observância às particularidades do fato delitivo - se houve prisão em flagrante ou não, por exemplo - e às condições que permeiam a vida do réu, bem como à necessidade dessas para acautelar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou mesmo a aplicação da lei penal.

Outra questão, extremamente relevante, que se vê nos votos é o cuidado com delitos que se relacionam à dependência química do paciente. É uma postura louvável, pois reconhece o uso simbólico do Direito Penal, como válvula de escape frente à ausência de adoção de outras medidas para o tratamento da dependência química:[13]

> A drogadição do acusado não será resolvida com a sua segregação, não devendo o Direito Penal ser utilizado como refúgio. [...] "O que se verifica é que o paciente, possivelmente, está doente, necessitando de tratamento médico. Dessa forma, não é a prisão que irá resolver o problema de seus familiares, que se veem atormentados pela conduta do paciente." [...] "Em que pese a gravidade de sua conduta, acredita-se que merece ser oportunizado ao paciente eventual tratamento tendo em vista a dependência causada pelo uso de drogas, o que é mais adequado se realizado com apoio familiar, o que vai recomendado". [...] "sendo a paciente primária, com residência fixa, família constituída, sem antecedentes e portadora de diploma de curso superior, além de dependente química**". [...] "(**paciente usuário de *crack*) Sugere-se o encaminhamento do paciente ao sistema de Serviço Social disponível para seu encaminhamento a tratamento. (BRASIL, Habeas corpus nº 70047227228, 2012).

No universo de todas as decisões, logrou-se assinalar algumas que refletem a intolerância com pequenas incivilidades, ainda mais quando o bem é restituído. Nesse particular, casos de furto tentado de cinco desodorantes; furto qualificado de um aspirador de pó; furto tentado de um banco de praça; tentativa de furto qualificado de R$1,95; furto qualificado de gêneros alimentícios; furto qualificado de um tacógrafo de caminhão; furto qualificado tentado de 25 telhas de zinco. Desses sete *writs*, em apenas dois os pareceres ministeriais foram favoráveis à concessão da ordem. Didático colacionar trecho de um deles que foi transcrito no voto. Nessa Câmara, quando a opinião ministerial foi pela concessão da ordem, o parecer foi incorporado às razões para não segregar:

> Afinal, onde está a gravidade, se o paciente foi denunciado por ter praticado, em tese, mero delito de furto qualificado pelo concurso de agentes, onde teria tentado subtrair 25 telhas de zinco? Ora, despiciendo (re)afirmar que tal conduta não se reveste da gravidade necessária a justificar a prisão cautelar de um cidadão. (BRASIL, Habeas corpus nº 70049329097, 2012).

13 Vejam-se outros exemplos nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70047664990, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 04 de abr. de 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70048412720, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 09 de maio de 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70051635779, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 28 de nov. de 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70047000385, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 25 de jan. de 2012.

O giro realizado com relação à garantia da ordem pública em face da necessidade de se respeitar o prazo razoável na persecução penal, principalmente de réus presos, é particular da Câmara. Tal posição escora-se no entendimento de que o processo não é sinônimo de castigo e tampouco a prisão cautelar é uma antecipação da pena. O Estado deve zelar pelo indivíduo que processa.

De todas as Câmaras analisadas, essa se mostra mais atenta à condição do réu. Em tempos onde o óbvio deve ser dito, surpreende quando se vê que um pouco mais é olhado, para além do tipo penal e do preenchimento das limitações objetivas do art. 313, do CPP.

Na Sexta Câmara criminal, há um padrão nos votos que verifica o cabimento abstrato da prisão preventiva, recorrendo aos incisos do art. 313, do CPP. No quesito necessidade, atenta para a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. E, por fim, no ponto sobre a adequação, são aventadas as eventuais condições pessoais do paciente, bem como a possibilidade de substituição da preventiva por medidas alternativas.

Não obstante, essa clara e adequada forma de verificar a real necessidade do acautelamento, algumas expressões nos remetem às diretrizes de defesa social, tais como a repercussão social do fato que geraria a insegurança da comunidade local, ilações sobre a "periculosidade afrontosa à ordem pública" do agente, personalidade de risco ou voltada à prática criminosa, desvios de personalidade, etc.

Na Sétima Câmara criminal, em dois casos de estupro contra vulnerável, teve-se por necessária a proibição de contato com a vítima e, em ambos os casos, se determinou a proibição de ausentar-se da comarca. Já no último julgado, por crime de roubo, tendo em vista a inicial dificuldade de localizar o réu, mas observando sua posterior apresentação espontânea, aplicou-se o comparecimento periódico em cartório.

Na Oitava Câmara criminal, dez dos *writs* consideraram preenchidos os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, contudo, frente ao excesso de prazo constatado, revogaram a prisão e foram aplicadas medidas cautelares alternativas. Houve um caso no qual foi instaurado incidente de insanidade mental, de modo que se aplicou a medida do art. 319, IV, do CPP.

Por outro lado, em seis *habeas corpus* entendeu-se não ser caso de prisão cautelar, uma vez que as condutas delitivas não se enquadravam no art. 313, inc. I, do CPP, de modo que, atentando ao art. 321, do CPP, aplicaram-se cautelares alternativas. Ponto pertinente é que, apesar de tratarem claramente de prisões ilegais, aplicaram-se medidas na sequência, justamente sob essa justificativa e em face do delito ou da possibilidade de reiteração. Em um julgado, especificamente, foi construído argumento de modo a ressaltar a imperiosidade da leitura conjunta do art. 313 e art. 312, ambos do CPP. Segue o trecho:

> Em seu entender [juiz de primeiro grau], as limitações estipuladas no artigo 313 do CPP só devem ser observadas quando o decreto de prisão preventiva não decorrer da prisão em flagrante, mas tão-somente da existência dos requisitos autorizadores elencados no artigo 312 do CPP, portanto, seria desnecessário que o paciente se enquadrasse no rol do artigo 313 do CPP, inexistindo coação ilegal na sua prisão, pois decorrente da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com efeito, diante de uma interpretação meramente literal da novel legislação, o entendimento aplicado parece razoável, na medida em que o artigo 310, II, do CPP, determina que, para a conversão

> do flagrante em prisão preventiva o juiz deverá observar apenas os requisitos do artigo 312 do aludido código. Contudo, ao fazer uma interpretação sistemática da Lei nº 12.403/11, infere-se que a *mens legis* é completamente diversa, sempre no sentido de reduzir os casos de encarceramento preventivo, dando prioridade às medidas cautelares diversas da prisão. (BRASIL, Habeas corpus nº 70044740652, 2011).

Nota-se a clara coexistência da legislação nova e da cultura "antiga". Realizasse uma construção teórica totalmente descolada da Lei 12.403/2011 para dar sustentação à prisão, visivelmente ilegal, que estipula que o flagrante prende por si só.[14]

No mesmo sentido, seis decisões relataram a ausência de *periculum libertatis* por carência de fatos concretos que apontassem que a liberdade do réu geraria riscos ao processo. Já duas decisões frisaram a inexistência de indícios suficientes de autoria, ou seja, faltou *fumus comissi delicti*. Nos moldes do construído neste trabalho, não é aceitável que se tenham dúvidas sobre quem cometeu o delito ou mesmo não haja qualquer situação a ser acautelada e, mesmo assim, se lance mão de medidas alternativas.

Merece destaque ainda um caso paradigmático, porém comum: dois réus, mesmo fato, duas medidas. O reincidente fica preso e o "tecnicamente" primário tem sua prisão considerada ilegal por não preencher os requisitos do art. 313, I, do CPP. Veja-se:

> Acrescenta-se à decisão que a reiteração criminosa causa tormento à sociedade, ainda mais em se tratando de crimes que assolam as cidades, tais como a receptação, mesmo que cometidos sem violência real, fomentam a prática de vários outros delitos que, na maioria das vezes, são cometidos com violência ou grave ameaça. Isso, por si só, legitima a prisão provisória, diminuindo o sentimento de impunidade que se destaca no cenário nacional, dando maior credibilidade às Instituições e garantindo a ordem pública. Portanto, ainda que se trate de delito não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a reiteração delituosa do paciente em crimes patrimoniais dá suporte suficiente para o decreto de sua prisão preventiva, para evitar nova prática de crimes, garantindo, assim, a ordem pública e preservando a sociedade. (BRASIL, Habeas corpus nº 70049745060, 2012).

Percebem-se fundamentos que podem ser atribuídos a qualquer seara, mas não a cautelar. A famigerada credibilidade das instituições não é de tutela da prisão cautelar. Ainda, o crime em questão é receptação, ou seja, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa: há esperança de "recuperação" para o primeiro réu, pois ainda não carrega a pecha de reincidente. Todavia, para o segundo, apesar de estar sendo acusado pelo mesmo fato, não resta alternativa que não a prisão, visto que já tem sua personalidade voltada às práticas criminosas. A reincidência é fator determinante para os altos índices de presos, pois é como se o "mau" fosse comprovado por sentença (CARVALHO, 2013, p. 155.).

14 O flagrante é prisão que possui natureza precária, de modo que deverá passar pelo crivo do Magistrado, no prazo de até 24 horas. Dito isso, se a prisão for ilegal será relaxada, se não houver fundamento cautelar o sujeito ficará em liberdade provisória com ou sem fiança ou, se presentes os fundamentos e o pedido do órgão acusador, será aplicada medida cautelar. Atualmente, essa análise é feita em audiência de custódia, regulada pela resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Partindo das hipóteses traçadas em observância ao problema de pesquisa, pode-se sustentar que o uso, no primeiro ano e meio da Lei nº 12.403/2011, das medidas cautelares diversas da prisão, apesar de contraditório, não pode ser definido como inexpressivo. Veja-se que essa foi a opção em 20,19% dos julgados. Contudo, a liberdade ficou restrita a menos de 2,0 % dos casos.
2. Ademais, constatou-se o emprego de medidas cautelares diversas ainda quando os julgados expressamente relatavam a ausência de necessidade cautelar. Ou seja, está-se com isso a ampliar indevidamente o uso do controle penal formal, mediante a tutela cautelar, uma vez que sujeitos que não sofreriam qualquer restrição na sua liberdade passaram a sofrê-la.
3. Deve-se destacar que, assim como foi, segue sendo regra a liberdade individual e qualquer medida cautelar, independentemente do grau de restrição acarretado, tem de estar respaldada no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis*. Utilizar as medidas diversas da prisão para além das hipóteses de necessidade cautelar conduz a não alteração do panorama prisional atual. Cria-se uma via alternativa e não substitutiva da prisão, de forma que apenas se adensa o controle penal formal.
4. Outro dado de absoluta relevância diz com os crimes objeto do universo total de *habeas corpus*. O crime de tráfico de drogas, o de roubo e o de furto totalizaram 76,26% dos julgados. Se incluídos os demais crimes contra o patrimônio, se atinge um montante de 80.97%. Se se observa que daquele total 59,33% são crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e que em apenas 22,14% dos casos se utilizou uma medida diversa da prisão, salta aos olhos que a tendência encarcerada está para além da criminalidade violenta. Por tanto, a criminalidade que se diz atacar é construída como perigosa, prescindido da violência como elementar.
5. O que, em última análise, repisa o entrelaçamento do discurso presente na aplicação de medidas cautelares com aquele pautado num viés defensivista periculosista, que vê na prisão a grande panaceia contemporânea. É a medida articuladora central, pois apesar do discurso da excepcionalidade, ela foi a opção em mais de 77% dos casos.
6. Apesar de conhecida a possibilidade de relegitimação do sistema punitivo através destas medidas, sustenta-se que as cautelares diversas da prisão preventiva são um primeiro passo para iniciar com o constrangimento da centralidade do aprisionamento e modificar essa racionalidade. Nos termos do último informe sobre medidas para reduzir a prisão preventiva, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2017), compreende-se como estratégia fundamental o uso desses mecanismos como caminho para concretizar direitos fundamentais de grupos mais vulneráveis.

REFERÊNCIAS

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

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Pesquisa*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>. Acesso em 15/01/2017.

BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti. *A (des) razão da prisão provisória.* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

BARBOSA. Márcio F. *A noção de ser no mundo em Heidegger e sua aplicação na psicopatologia.* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931998000300002&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 01/10/2017.

BRASIL. Código de processo penal, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 01/10/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70044740652, da 8ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 28/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70049745060, da 8ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 08/08/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70049329097, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 04/07/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70047227228, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 29/02/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70047664990, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 04/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70048412720, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 09/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70051635779, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 28/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70047000385, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 25/01/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70051711448, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 22/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70048175095, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 19/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70051909760, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 13/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70045477379, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 10/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Resolução nº 01/98. Disponível em:<http://www1.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/Resoluxo_198.doc.> Acesso em: 23/09/2017.

BUSATO, Paulo César. *De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório.* In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). O novo processo penal à luz da Constituição Federal (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento.* Rio de Janeiro: Luam, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de. D*ireito penal a marteladas:* algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

GIBBS, Graham. *Análise de dados qualitativos.* Porto Alegre: Artmed, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal:* introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora jus podivm, 2013.

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

LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. 1 ed. Buenos aires: Fondo de cultura economica, 2010.

LEMGRUBER, *Julita Liberdade mais que tardia*: As audiências de custódia no Rio de Janeiro / Julita Lemgruber, Marcia Fernandes, Leonarda Musumeci, Maíza Benace, Caio Brando – Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Lei nº 12.403/2011: *mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro*. Boletim IBCCRIM. n. 223, p. 04, jun. 2011.

OEA. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. México, 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em 01/10/2017.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais. In: criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. 2. ed. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM. n. 223, p. 10-11, jun., 2011.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

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.

RECEBIDO EM: 03/05/2018
APROVADO EM: 03/07/2018