



## DE EXCEÇÃO À REGRA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O PREENCHIMENTO DAS LACUNAS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

*Yngrid Algarve Vizzotto<sup>1</sup>  
Matheus Rech Graciano dos Santos<sup>2</sup>*

### RESUMO

A presente pesquisa se propõe à análise do instituto da prisão preventiva, no intuito de verificar o sentido dado às amplas hipóteses legais a partir da análise de casos concretos. Para alcançar o objetivo visado, foi utilizado o método dedutivo de pesquisa, pela reunião de referencial teórico atinente ao tema, com a posterior análise de decisões judiciais em que aplicado o instituto. Foram analisadas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, terminativas de recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público, que impuseram, como medida cautelar, a prisão preventiva. A partir dos dados, foi realizada uma análise profunda das decisões que decretaram a prisão, delineando-se quais foram os argumentos concretos para a prisão, em que se destacam a reincidência e o risco de reiteração delitiva. Desse estudo, concluiu-se que, ainda que a prisão preventiva seja caracterizada como medida excepcional pelo direito penal, na prática, o que se enxerga é uma verdadeira desconsideração aos direitos e princípios constitucionais legalmente previstos, a exemplo da presunção da inocência, justificados pelo caráter punitivista da técnica penal.

**Palavras-chave:** Cidadania. Crise carcerária. Prisão preventiva. Processo Penal.

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria.



## 1 INTRODUÇÃO

A decretação da prisão preventiva é um assunto de extrema importância diante da realidade da situação carcerária brasileira. A prisão precoce, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, além de refletir na decadência do sistema prisional, macula explicitamente um dos maiores princípios constitucionais garantidos pela Carta Magna de 1988: a presunção da inocência.

No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão preventiva é uma medida cautelar que poderá ser decretada durante a investigação policial ou no curso do processo penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus comissi delicti*), bem como restar devidamente demonstrado nos autos que o imputado poderá prejudicar a instrução do processo, frustrar a aplicação da lei penal ou ameaçar a ordem pública (*periculum libertatis*).

No ponto que interessa ao presente artigo, é imperioso destacar que o Artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), alterado pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, manteve a prisão preventiva para assegurar a ordem pública, fundamento que recebe críticas contundentes, uma vez que grande parte da doutrina o considera incompatível com o caráter instrumental das medidas e com o princípio da estrita legalidade, tendo em vista que seu conteúdo semântico é indefinido, obscuro, subjetivo e amplo.

O novo regime de medidas cautelares, adotado pela legislação pátria, foi muito importante para adequar o processo penal brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, uma vez que disponibilizou, aos magistrados, alternativas menos gravosas quando comparadas à prisão preventiva. Entretanto, mesmo que a Lei nº 12.403/11 tenha colocado definitivamente a prisão preventiva como medida excepcional, objetivando reduzir sua utilização indiscriminada e amenizar o problema da superlotação do aparelho prisional brasileiro, a realidade pouco se alterou.

Partindo do pressuposto de que as expressões “ordem pública”, “ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e “para assegurar a aplicação da lei penal” são extremamente vagas e dependem de valoração axiológica, abre-se margem de interpretação para o juiz no momento de aplicação da forma. Neste cenário, o presente artigo buscou identificar como esta margem interpretativa tem sido preenchida pelo poder judiciário e em que medida seria possível falar em banalização do instituto.

Para tanto, realizou-se, inicialmente, uma retomada teórica sobre o tema, para que,



num segundo momento, fosse realizada a análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que decretaram a prisão preventiva, no mês de outubro de 2018, interpretando suas fundamentações legais e teóricas. Ao final, foi possível compreender qual interpretação é dada à norma penal e seus impactos quantitativos sobre o sistema carcerário brasileiro.

## **2 ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A formatação do processo penal brasileiro está calcada nos princípios liberais e clássicos e na abstração do contrato social<sup>3</sup>. Importa dizer que as normas regentes do processo se encontram subsumidas na Constituição Federal, que emana seus princípios para as demais fontes de Direito. No Brasil, entretanto, é possível perceber certa contradição entre a Constituição cidadã e as normas de direito penal material e processo penal.

Em seu artigo 5º, inciso LVII, a Constituição Federal consolidou o princípio da presunção de inocência, impondo que ninguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. A alteração do estado de inocência em que se encontra o indivíduo ao adentrar no Processo Penal na qualidade de acusado, assim, somente é passível de alteração no momento em que a sentença condenatória se torna irrecorrível. Aury Lopes Júnior (2017, p. 19) muito bem ressalta a importância do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se de pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 441), uma vez que os cidadãos são ameaçados assim pelos delitos, como pelas penas arbitrárias, a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e verdade, mas também de segurança e defesa social.

A opção brasileira pelo privilégio da presunção de inculpação do acusado tem como correlata a ideia de que eventuais sanções somente possam ser impostas com a alteração do estado de inocência, isto é, com a sentença condenatória transitada em julgado. O Estado brasileiro, todavia, corriqueiramente tem apresentado óbices à efetivação deste princípio, a exemplo da recente discussão legislativa sobre a viabilidade de cumprimento provisório da

---

<sup>3</sup> Zaffaroni evidencia a ficção do organicismo e do contratualismo, como ideias inventadas a sustentar um sistema sem qualquer legitimação (ZAFFARONI, 1991. p. 50).



pena<sup>4</sup> e dos altos índices de presos preventivos nas instituições carcerárias pelo país (BRASIL, INFOPEN, 2014).

A prisão preventiva, positivada nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal, reveste-se de medida excepcional, relacionada às possibilidades taxativamente expostas no artigo 312, da mesma legislação. É, por assim dizer, medida cautelar, mas que não pode ser comparada às medidas cautelares existentes na esfera cível, uma vez que, factualmente, representa a pior das sanções previstas pela legislação pátria: a prisão em regime fechado.

Em um cenário compatível com os princípios constitucionais, a prisão preventiva deveria estar representada por poucos e emblemáticos casos, em que a segregação cautelar se destacasse como única alternativa. Ocorre que as hipóteses de decretação da prisão preventiva previstas no artigo 312 são normas de ampla interpretação, que têm sido preenchidas com a interpretação dos aplicadores do direito e, como acontece com determinada frequência nas relações submetidas ao *ius puniendi* estatal, as lacunas apresentadas no ordenamento cedem espaço para a prática de excessos punitivos.

Dessa forma, por mais que a legislação preveja a excepcionalidade da medida em questão, na prática, ela se reveste de pena, recaindo sobre os corpos daqueles que, historicamente, têm sido colocados à margem da cidadania e da participação social. O caos enfrentado pelo sistema prisional brasileiro, dentre outros fatores, também é reflexo da banalização da prisão preventiva, um fenômeno consistente na utilização expressamente indiscriminada e inadequada da medida.

Esta realidade é ensejada pela atuação dos magistrados que, no exercício da jurisdição, ignoram os princípios norteadores do sistema processual acusatório, como exemplificado anteriormente, assumindo uma postura direcionada à defesa social em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos imputados.

Aliás, a atuação dos magistrados, de modo geral no direito processual brasileiro, é bastante criticada pelo professor e doutrinador Lênio Streck (1999, p. 17), o qual indaga e questiona qual o papel do direito e da dogmática jurídica em um contexto em que se tem de lado uma constituição federal que garante os direitos de forma mais ampla possível e de outro uma sociedade carente de realização de direitos.

Neste ponto, é importante alertar que, devido à lógica seletiva do sistema penal, os abusos provocados pelo Estado em sede de cautelares recaem, principalmente, sobre os indivíduos pertencentes às camadas mais pobres da população. A ideia do inimigo perseguido

---

<sup>4</sup> O entendimento foi firmado no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade n.º 43 e 44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 29 mai. 2019.



pelo sistema penal, que se encontra evidente no perfil do encarcerado no Brasil – o jovem, de 18 a 24 anos, negro e de baixa escolaridade (BRASIL, 2015), em muito se relaciona antagonicamente com a ideia de participação social.

A cidadania, conforme Vera de Andrade (2016, p. 77), remete à própria fundação do Estado Moderno e resultou de um pacto excludente, restrito somente ao homem, jovem, branco e proprietário – o oposto do estereótipo acima mencionado. A ideia de subcidadania torna mais facilmente compreensíveis as circunstâncias acima empiricamente evidenciadas. Aos subcidadãos, aqueles que se encontram à margem da participação social, igualmente é negada a legalidade, de forma que o uso excessivo da medida não surpreende a sociedade civil, não a mobiliza. Nesse sentido, o cidadão de bem é o indivíduo que tem acesso à cidadania enquanto participação e responsabilização pela vida social, e, portanto, merece a proteção do Estado.

É fato que quase a metade das pessoas recolhidas nos estabelecimentos prisionais brasileiros está segregada cautelarmente, o que demonstra claramente a gravidade do quadro enfrentado no que toca ao uso excessivo da prisão preventiva. Segundo o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, apresentado em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desconsiderando os indivíduos que se encontram segregados em prisão domiciliar, o número total de presos no país é de 567.655, sendo que 41% deste total estão recolhidos cautelarmente (BRASIL, INFOPEN, 2014).

Considerando esse *quantum* que beira o absurdo, a conclusão a que se chega é de que a prisão preventiva, mesmo depois da vigência da Nova Lei de Medidas Cautelares, segue sendo utilizada de forma inadequada, servindo de medida arbitrária, que recai sobre parcela selecionada da população.

Os dados referentes ao Brasil publicados em 2012 pela CIDH, comparados aos publicados pelo CNJ em 2014, revelam que a quantidade de prisões, incluindo as cautelares, segue elevada. Em 2012, o número total de indivíduos presos no país era de 549.577, sendo que, deste total, 191.024 (37,6%) eram presos provisórios. Em 2014, conforme vimos, o índice relacionado aos presos provisórios subiu para 41%, sendo que, se considerarmos os indivíduos que estão em prisão domiciliar, este índice cai para 32%<sup>5</sup>, o que indica que não houve uma modificação significativa no panorama da prisão cautelar após o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

---

<sup>5</sup> Segundo o CNJ, se considerarmos o número de pessoas presas em prisão domiciliar, o número total de presos no Brasil sobe para 715.592, mas os índices de recolhimento provisório cai para 32%. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Junho de 2014).



Nesse sentido, tem-se que a realização de uma análise das decisões oriundas do Poder Judiciário, especificamente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstram a realidade do instituto das prisões preventivas na prática, de modo que será possível constatar se as críticas traçadas até o presente momento possuem, ou não, sustentação diante dos casos concretos.

### 3 ANÁLISE DOS DADOS: COMO O JUDICIÁRIO SIGNIFICA AS HIPÓTESES LEGAIS DE PRISÃO PREVENTIVA?

Para desenhar o discurso jurisdicional que tem sustentado a decretação de prisões preventivas, foram analisadas as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no mês de outubro de 2018 em julgamento de recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público. Imprescindível ressaltar que foram analisados somente julgamentos de recursos interpostos pelo Ministério Público, intentando a decretação da prisão preventiva que fora negada ou revogada em primeira instância.

O recurso em sentido estrito, conforme sua previsão legal no artigo 581, inciso V, da Carta Processual Penal, pode ser interposto nos casos de indeferimento de decretação da prisão preventiva ou de revogação da mesma, de concessão da liberdade provisória ou relaxamento da prisão em flagrante. Importa ressaltar que não há previsão legal de recurso para decisão que concede a prisão preventiva, de forma que, para a defesa, ao se ter decretada ou mantida a prisão preventiva em primeiro grau, abre-se unicamente a via do *habeas corpus* para discussão.

A primeira fase da pesquisa, de caráter quantitativo, envolveu o levantamento de dados referentes à interposição de recursos em sentido estrito pelo Ministério Público pleiteando a decretação da prisão preventiva negada em primeira instância em contraposição à quantia de *habeas corpus* impetrados pela defesa visando à revogação de prisão preventiva consolidada, ambos perante o Tribunal de Justiça gaúcho e em igual período, isto é, o mês de outubro de 2018.

Para que fossem selecionadas as decisões, foi incluída como chave de busca no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – <https://www.tjrs.jus.br/novo/> – o termo “prisão preventiva”, selecionando-se, ainda, no campo “classe CNJ” a classificação “Recurso em Sentido Estrito”. Para que fossem encontradas as ações impetradas pela defesa, foram utilizadas as palavras chave “revogação” e “prisão preventiva”, sendo selecionada a classificação “Habeas Corpus” no campo “classe CNJ”.



Classe CNJ	N.º de resultados
Recursos em sentido estrito	67
Habeas Corpus	64

Figura 1: Número de recursos em sentido estrito interpostos pela acusação x número de habeas corpus impetrados pela defesa em outubro de 2018.

Assim, parte-se da seguinte análise: ficaram evidentes sessenta e sete casos em que o Ministério Público, em primeira instância, pretendia a decretação da prisão preventiva e não a teve concedida; em contrapartida, visualizamos outros sessenta e quatro casos em que o pleito ministerial fora concedido em primeira instância, e a defesa tentava, por meio de ação autônoma de impugnação – já que a legislação não a armou com qualquer via recursal – desconstituir a decretação.

O destino dos recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público podem ser vistos na segunda figura, em números absolutos, e na terceira figura, em que estão representadas as porcentagens para melhor visualização. Foram considerados os três deslindes encontrados no período analisado. Dos sessenta e sete recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público, vinte e cinco foram providos, quarenta foram desprovidos e dois estiveram prejudicados.

Os recursos providos representam os casos em que a prisão preventiva foi decretada, enquanto que os desprovidos representam os casos em que o Tribunal de Justiça, em concordância com o juiz singular, manteve assegurado ao acusado o direito de permanecer em liberdade até a superveniência de eventual condenação definitiva. Quanto aos julgamentos prejudicados, foram assim considerados aqueles em que a instrução criminal do processo de origem já havia sido encerrada com a publicação de sentença condenatória, perdendo-se, portanto, o objeto do recurso:

Decisão	Número de decisões
Providos	25
Prejudicados	2
Desprovidos	40

Figura 2: Como foram julgados os recursos interpostos pelo Ministério Público em números absolutos.



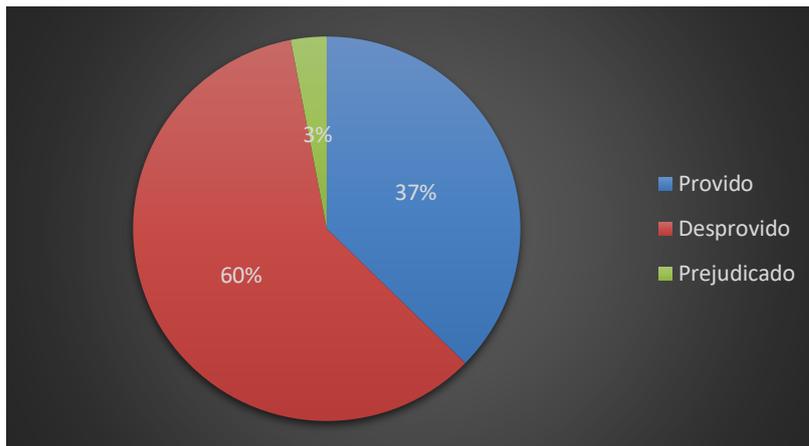


Figura 3: Como foram julgados os recursos interpostos pelo Ministério Público em porcentagem.

A seguir, partindo-se de um universo de vinte e cinco decisões em que foram decretadas as prisões preventivas no julgamento do recurso, passou-se à análise da fundamentação legal utilizada para a decisão, dentre aquelas previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Percebe-se que, ainda que o dispositivo legal ofereça quatro possibilidades para decretação da prisão preventiva, sendo elas a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a assecuração da aplicação da lei penal, em realidade somente uma delas é efetivamente utilizada. Isso porque a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal somente aparecem relacionadas à garantia da ordem pública, enquanto que a defesa da ordem econômica sequer foi mencionada. É o que se encontra a seguir:

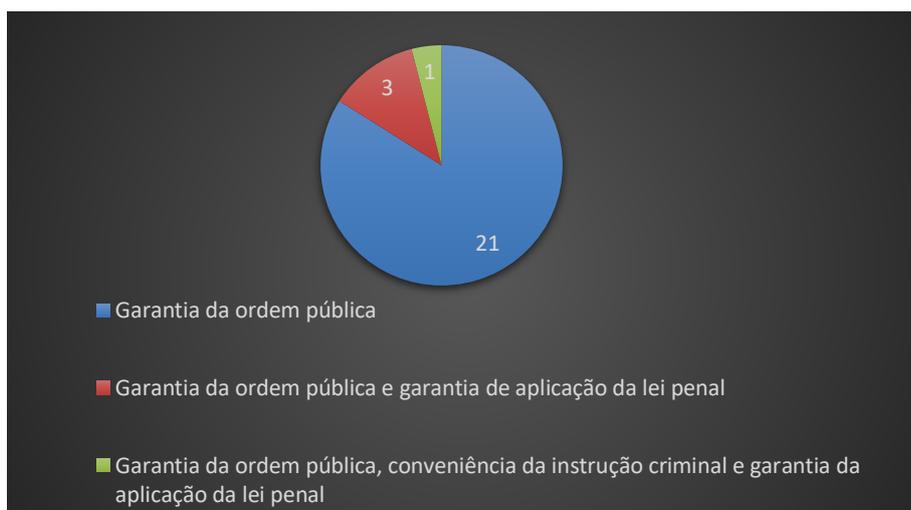


Figura 4: Fundamento legal suscitado para a decretação da prisão preventiva

Os dados coletados até aqui sugerem que todas as decisões pela decretação da prisão preventiva, acolhendo pleito ministerial, foram calcadas na ordem pública e na necessidade de



defendê-la. O cerne deste problema é perfeitamente resumido nas palavras de Aury Lopes Jr (2007, p. 98-99), que, ao tratar da garantia da ordem pública, refere que “por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”.

Para completar a lacuna existente no que toca à conceituação de garantia da ordem pública, buscou-se elucidar como o Poder Judiciário tem tratado o termo. Para tanto, foram levantadas as justificativas concretas descritas nos acórdãos aptas a justificar abalo na ordem pública e a necessidade de defendê-la. A seguir, estão descritas as justificativas encontradas no mês de outubro do ano de 2018 para a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública:

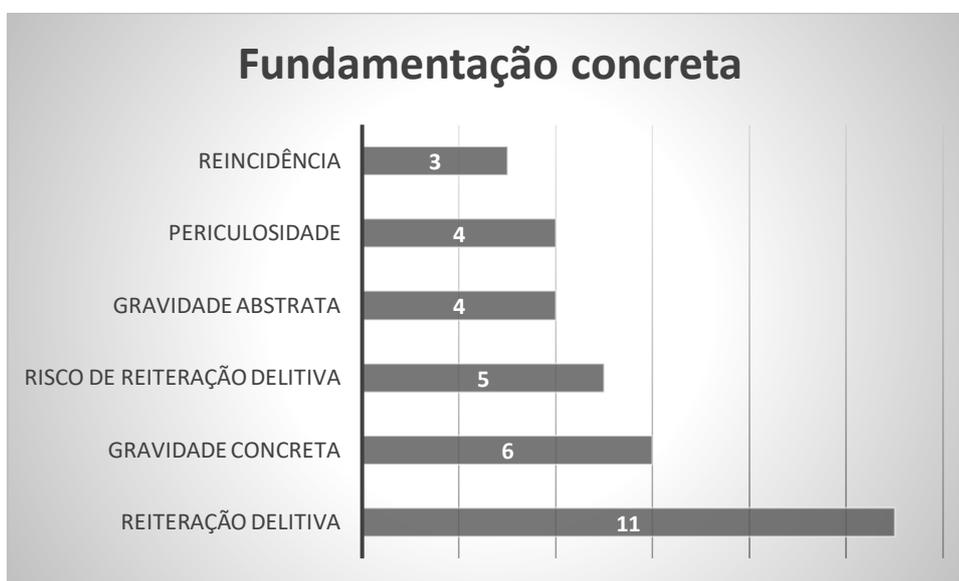


Figura 5: Fundamentos concretos a embasar o risco à ordem pública

Alguns apontamentos sobre as informações encontradas devem, irremediavelmente, ser feitos.

Da análise dos acórdãos, percebe-se que as desembargadoras e os desembargadores valoram mais negativamente a *reiteração delitiva após o cometimento do fato* que deu origem ao processo de primeiro grau, o que ensejou a decretação em onze casos, do que a reincidência, que somente foi mencionada em três dos vinte e cinco casos. Ocorre que os fatos enquadrados como reiterações delitivas são aqueles em que os presos são suspeitos ou acusados, enquanto que a reincidência se refere a casos em que os indivíduos já passaram pelo devido processo penal e foram condenados por sentença impassível de recurso.

Aqui não se pretende induzir que a reincidência é circunstância que ordena a prisão



preventiva do acusado em novo processo, nem mesmo que o fato de existir sentença condenatória irrecorrível indique a certa culpabilidade do agente. Pretende-se, sim, evidenciar que ser condenado definitivamente em um processo criminal é circunstância juridicamente mais segura do que ser apenas suspeito ou acusado. Ainda assim, a suspeita se tem sobreposto à reincidência em termos de justificação da prisão.

Considerar que o agente apresenta periculosidade elevada por ter reiterado condutas delitivas e assim justificar a sua segregação cautelar não passa de juízo de valor futuro, de prognóstico meramente intuitivo. Assim agindo, o julgador assume a culpabilidade do agente em processos sobre os quais não teve qualquer informação, tão somente pela notícia de que possa vir a ser condenado.

O exercício de prognose é ainda mais incoerente ao se perceber que em seis oportunidades os desembargadores justificaram a decretação da prisão em razão do *risco de reiteração* delitiva.

Convém salientar que, em nenhuma das seis oportunidades o risco de reiteração delitiva esteve associado à reiteração delitiva e somente em uma delas esteve relacionado à reincidência. Em miúdos, o raciocínio dos julgadores não foi, em nenhuma das decisões analisadas, de que a reiteração delitiva representava risco de nova reiteração, e somente em uma delas a reincidência representou esse risco. Nas demais, a possibilidade de reiteração delitiva teve suas condicionantes explicitadas, mas somente foi lançada como justificativa para a decretação.

Digna de nota, ainda, a decretação da prisão que foi fundamentada na *gravidade abstrata* do delito, visualizada em quatro oportunidades. Em duas delas, os crimes investigados eram de roubo, e a justificativa foi somada à *gravidade concreta* do fato, isto é, ao *modus operandi* adotado pelos recorridos. Nas outras duas oportunidades, em que se investigavam crimes de tráfico de drogas, a gravidade ínsita ao crime foi a única justificativa para a decretação. Assim fundamentou o relator ao julgar o RSE n.º 70078957834:

Cuidando-se o tráfico de drogas de crime grave, a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade – potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes – está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal.<sup>6</sup>

Evidencia-se, entretanto, o risco de justificar a decretação de qualquer prisão com

---

<sup>6</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Recurso em Sentido Estrito n.º 70078957834**. Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. Julgamento em 15 jan. 2019. Acórdão de decisão que deu total provimento ao recurso ministerial para decretar a prisão preventiva do recorrido



base na gravidade própria ao crime, inicialmente, pois os tipos penais não possuem gravidade em si mesmos. A gravidade existe na conduta que se adequa ao tipo, pois, ela sim, oferece risco ao bem juridicamente tutelado pela norma penal. Considerar a gravidade abstratamente prevista em lei como argumento plausível à prisão, demandaria a prisão por qualquer tipo penal previsto na legislação brasileira, afinal, não fossem graves os delitos não seriam incluídos no seletivo rol de condutas tipificadas. Por fim, a utilização da gravidade típica do crime de tráfico de drogas como requisito à decretação da prisão preventiva importaria um marco objetivo, indicando a obrigatoriedade da prisão, afinal, todos os delitos oriundos da Lei de Drogas são igualmente prejudiciais à coletividade.

Outrossim, especial atenção se deve ao requisito da periculosidade do agente, observada em quatro das decisões. O termo periculosidade, conforme o dicionário de língua portuguesa, refere-se a uma *“tendência para o mal; aptidão natural para cometer um crime; reunião dos acontecimentos que podem indicar o desenvolvimento e/ou execução de um crime, geralmente, definida por ações anteriores”*. Em sua própria definição, a periculosidade expõe seu caráter puramente subjetivo, relacionado, até certo ponto, a uma visão determinista do sujeito criminoso, já que implica crer que alguns indivíduos são naturalmente voltados à prática de crimes. Por outro lado, contrapõe-se inteiramente à ideia de ressocialização adotada pela legislação pátria, ao supor que acontecimentos anteriores cometidos pelo sujeito imponham-lhe a condição de irrecuperável – o sujeito reincidente seria, para sempre, perigoso. Nos casos analisados, a periculosidade esteve associada à reiteração delitiva, ao risco de reiteração e à reincidência dos recorridos, de forma que as críticas acima expostas sobre tais circunstâncias se sobrepõem, expondo de forma mais evidente a incongruência das fundamentações.

Por fim, evidencia-se duas situações dignas de nota: no acórdão proferido no julgamento do RSE de n.º 70078997533, a fundamentação da prisão preventiva limitou-se à enumeração dos indícios de autoria e materialidade, que não são requisitos à prisão preventiva, mas pressupostos mínimos a sua decretação. Outrossim, a primariedade dos recorridos foi mencionada e sobrepujada em duas decisões, não sendo apta a impedir a decretação.

E quanto aos Habeas corpus impetrados pela defesa, sutilmente mencionados no início da pesquisa? Constatou-se que, no período analisado, quarenta e três habeas corpus tiveram a ordem concedida, o que implica que vinte e uma tiveram a prisão preventiva mantida conforme decretada em primeiro grau, o que consta na figura a seguir:

.....



Julgamento	N.º de processos
Ordem concedida	43
Ordem denegada	21

Figura 6: Julgamento dos *habeas corpus* impetrados pela defesa para a revogação de prisão preventiva

Assim, apenas no mês de outubro de 2018, o Tribunal de Justiça gaúcho prendeu ou manteve preso preventivamente quarenta e seis pessoas, número que se obteve considerando os recursos em sentido estrito providos e os *habeas corpus* cuja ordem foi denegada. Os números são alarmantes ao se constatar que a prisão preventiva é exceção e somente deveria ser aplicada aos casos em que as medidas diversas à prisão não são aplicáveis. Ainda mais preocupante se torna ao se constatar o caráter puramente subjetivo da decretação da prisão preventiva, fim a que serve plenamente a amostra coletada para a confecção da presente pesquisa.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A natureza cautelar da prisão preventiva não restou modificada após a alteração do Código de Processo Penal, pelo contrário, restou reforçada, considerando que a constrição, mais do que nunca, foi consagrada como uma medida de exceção, prevista somente para casos extremos, quando não existam outras formas de assegurar o trâmite e a conclusão do feito criminal em hipótese, podendo servir a outros fins, sobretudo como uma antecipação da pena.

Assim, o intuito da utilização da prisão preventiva apenas em casos de extrema necessidade é o de respeitar os direitos fundamentais, uma vez que a intervenção estatal na esfera dos direitos individuais deve ser mínima, restando justificada somente nos casos em que exista realmente o risco de que o imputado possa interferir ilicitamente na persecução ou se ausentar da aplicação da Lei Penal.

Tecnicamente, a prisão preventiva tem como função garantir a efetividade do poder público que restará materializada pela sentença e seu devido cumprimento após a conclusão do processo. Ocorre que, no caso brasileiro, e sobretudo no Tribunal de Justiça Gaúcho, como explicitado, mesmo após a promulgação de uma lei que dispõe claramente que a prisão preventiva é uma medida excepcional, colocando uma série de obstáculos para o seu uso abusivo, a medida segue utilizada de forma banalizada, o que pode ser considerado reflexo da cultura do direito penal máximo presente em nossa sociedade. Uma visão distorcida do fenômeno criminal que desconsidera não apenas a violência, mas também a tendência seletiva



do aparato repressivo estatal que, diante da impossibilidade de apurar todos os delitos, opta pelos de mais fácil contenção e elucidação, normalmente as condutas praticadas pelos indivíduos pertencentes aos estratos mais vulneráveis da população.

Desta forma, a solução para os problemas constatados no âmbito da prisão preventiva e da própria situação carcerária brasileira, passa por uma necessária modificação cultural, pela compreensão adequada do fenômeno criminal e do próprio sistema penal, que é seletivo e tem se mostrado ineficaz para resolver o problema da criminalidade, pois, somente assim, a prática se adequará ao que foi determinado pelos tratados e leis que visam limitar o poder estatal para assegurarem os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Por fim, salienta-se que a banalização da prisão preventiva em um regime democrático é um problema grave, pois demonstra uma realidade em que os direitos fundamentais dos indivíduos são preteridos em nome de uma idealizada defesa social, o que nos remete a uma leitura do processo criminal típica dos regimes autoritários.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.
- BRASIL, INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça e Segurança Pública, junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Junho de 2014.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria geral. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2015, 112 p. p. 25-33. Disponível em: [http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa\\_do\\_Encarceramento\\_-\\_Os\\_jovens\\_do\\_brasil.pdf](http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa_do_Encarceramento_-_Os_jovens_do_brasil.pdf). Acesso em: 15 fev. 2019.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2013.



FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal, tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição, 5a ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



## FROM EXCEPTION TO THE RULE: AN JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ABOUT THE FILL OF BLANK SPACES OF PREVENTIVE DETENTION IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

### ABSTRACT

The present research proposes to analyze the preventive detention institute in order to verify the meaning given to the broad legal hypotheses from the analysis of concrete cases. In order to achieve the intended objective, the deductive research method was used, by the reunion of theoretical framework related to the theme, with the subsequent analysis of judicial decisions in which the institute was applied. Decisions handed down by the Rio Grande do Sul State Court of Justice were analyzed, terminating appeals in the strict sense filed by the Public Prosecutor, which imposed, as a precautionary measure, preventive detention. From the data, a deep analysis of the decisions that ordered the arrest was carried out, outlining what were the concrete arguments for the arrest, in which recurrence and reiteration risk stand out. From this study, it was concluded that, although preventive detention is characterized as an exceptional measure by criminal law, in practice, what is seen is a real disregard for the constitutional rights and principles legally provided for, such as the presumption of innocence, justified by punitive nature of the penal technique.

**Keywords:** Citizenship. Prison Crisis. Preventive Detention Criminal Procedure.

