

Julita Lemgruber
Márcia Fernandes
Ignacio Cano
Leonarda Musumeci

Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro

Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011

Realização



Apoio



Equipe

Coordenação geral

Julita Lemgruber

Coordenação jurídica

Márcia Adriana Fernandes

Consultoria

Ignacio Cano

Leonarda Musumeci

Pesquisa de Campo

Thais Lemos Duarte

Marcus Cardinelli

Estagiários

Carolina Castro Serra

Marianna Luiza Souza Freire

Pedro Dalla Bernardina Rocco

Walter Ferreira Lima Segundo

Supervisão do banco de dados

Tatiana Guimarães

Agradecimentos

AGRADECEMOS À desembargadora Leila Mariano, atual presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelo apoio inestimável à realização deste trabalho, principalmente no que se refere aos contatos com juízes, promotores e defensores públicos entrevistados na pesquisa qualitativa.

Nosso agradecimento estende-se, evidentemente, aos profissionais mencionados e também aos delegados de polícia e advogados particulares que gentilmente concordaram em compartilhar conosco suas percepções e opiniões sobre prisão provisória e efeitos da Lei 12.403/2011.

Agradecemos também aos funcionários do TJ/RJ, Max Eduardo Mariotti Gonçalves, diretor da Distribuição do Tribunal, e Marcelo Villar Aballo, técnico do Judiciário e funcionário da Distribuição. Ambos conviveram dois meses com os estagiários da pesquisa, fornecendo-lhes as atas de distribuição para consulta. Sem o valioso auxílio desses profissionais teria sido muito mais difícil realizar o levantamento.

Finalmente, registramos nosso reconhecimento à Open Society Foundations que apoiou e viabilizou o trabalho.

Rio de Janeiro, novembro de 2013

Sumário

Prefácio 3

Introdução 5

1. A prisão provisória antes e depois da Lei 12.403/2011 8

- 1.1. Quando a exceção é a regra 8
- 1.2. Mensurando o impacto da nova lei 11
- 1.3. Desproporcionalidade entre medida e sentença 14
- 1.4. Dois casos extremos: furto e tráfico de drogas 18
- 1.5. Suspensão condicional do processo 22
- 1.6. Medidas cautelares utilizadas 22
 - 1.6.1. *Alternativas à prisão* 22
 - 1.6.2. *Fiança: o preço da liberdade* 26

2. O que pensam sobre medidas cautelares os operadores da justiça criminal 29

- 2.1. Entrevistas 30
 - 2.1.1. *Juizes* 30
 - 2.1.2. *Promotores* 33
 - 2.1.3. *Defensores públicos* 35
 - 2.1.4. *Advogados particulares* 38
 - 2.1.5. *Delegados de polícia* 38
- 2.2. Audiências 40
- 2.3. Decisões judiciais 43
- 2.4. “Garantia da ordem pública”, criminalização da pobreza e demonização das drogas 46

Conclusão 50

A **GRANDE VIRTUDE DO TRABALHO** de pesquisa apresentado pela ARP e pelo CEsC é conseguir colocar uma lente de aumento no quadro referente às prisões cautelares, com acurada análise em termos quantitativos e qualitativos sobre prisionalização, de forma científica, para que todos possam ter clareza do que está acontecendo no mundo das prisões, da lei e do sistema de justiça e, assim, apropriar-se de melhores elementos para mudar o rumo desta história.

A grande marca do poder punitivo no Brasil se revela pelo excessivo encarceramento provisório. O projeto realizado pelas entidades mencionadas indica que no Rio de Janeiro os presos provisórios são da ordem de 40% da população carcerária. Quase metade!

Por certo, a intenção do legislador era alterar esse quadro abusivo com a edição da lei 12.403/11, que estatuiu reformas processuais no tocante às medidas cautelares, mas o gesto dos que fazem parte do sistema de justiça, especialmente do Poder Judiciário, não faz o mesmo movimento e talvez nem o gesto do legislativo tenha a eficácia para fazer tal aproximação.

“Há uma distância entre intenção e gesto”, pois a prisionalização ainda é a medida cautelar mais utilizada, como se verá nas próximas páginas.

Este trabalho não pode ser destinado apenas aos juízes, promotores, advogados e defensores. Deve ser dissecado pelos poderes Executivo e Legislativo, pelo mundo acadêmico, não só do Direito, por todos que de alguma forma interferem ou possuem qualquer interlocução no sistema prisional.

Entre tantas informações que a pesquisa traz, chamam minha atenção dois aspectos. Primeiro: o aumento de concessão de fianças pela autoridade policial, na ordem de 9% e pelo Judiciário em 0,6%, sendo que ao mesmo tempo temos a redução da concessão de liberdade provisória mediante termo de comparecimento, que decresce 7%, tudo a indicar que há uma situação mais gravosa. Será possível afirmar que antes os presos saíam em liberdade sem despendar dinheiro e agora só conseguem a liberdade mediante pagamento? Qual a significação que podemos dar para tal quadro? Radicalizamos mais a seletividade do direito penal, punindo ainda mais os mais pobres?

O segundo e assustador aspecto do estudo refere-se ao tráfico de drogas, pois a prisão provisória é mantida até o julgamento quase que na integralidade dos casos (98%). Portanto, aplicação zero da lei de medidas cautelares para o crime que tem o maior aumento processual penal. Somente na última fase desses processos, em cerca de 30% deles, é que há a soltura, já que a pena imposta não é a prisão em regime fechado ou semi-aberto.

Pode-se afirmar que os indivíduos que de algum modo tangenciam os crimes previstos na lei de entorpecentes são os que exponencialmente representam o “inimigo” nos dias de hoje, e sabemos que os “inimigos” são destituídos de natureza humana, razão pela qual lhe são subtraídos os atributos da humanidade e por consequência da cidadania.

Importante lembrar que foi no período das ditaduras da América Latina que se lançou fortemente a guerra contra as drogas. Até hoje colhemos tal fruto, ainda plantamos a mesma árvore e a regamos com o máximo midiático possível. A pesquisa aponta bem a fervorosa utilização da expressão “ordem pública” usada na lei, nas decisões e manifestações do Ministério Público, tal como se empregava no período da ditadura.

Talvez seja possível afirmar que a lei pode ter trazido algumas mudanças, mas forçoso reconhecer que ela não teve o potencial de alterar de forma significativa o quadro de prisionalização.

O problema está na lei? Nos seus aplicadores? O que fazer? Por que os juízes estão a fazer exigências de comprovação de trabalho, num país em que o desemprego e o emprego informal são uma realidade? Por que a questão do entorpecente impacta tanto os juízes? Por que as instituições que devem fazer a defesa dos presos, também participam da cadeia seletiva?

Debruçar-se sobre estas perguntas está a exigir o pleno conhecimento do que o CSeC e a ARP produziram com esta pesquisa, que nos brindam com o apoio da Open Society.

Os resultados certamente permitirão pensar possíveis caminhos para a superação do quadro dantesco, que desagua em cada cela, em cada canto das penitenciárias e cadeias deste Brasil, em cada ser humano que nela está encarcerado.

Kenarik Boujikian

*Magistrada do Tribunal de Justiça de São Paulo, presidenta
e co-fundadora da Associação Juízes para a Democracia,*

UM DOS PROBLEMAS MAIS DRAMÁTICOS do sistema penitenciário brasileiro é o grande número de presos provisórios que ele abriga: são 195 mil e representam 35% das pessoas encarceradas no país como um todo. No Rio de Janeiro, somam aproximadamente 11 mil, ou 39% do total de presos do estado.¹

Não se deve esquecer que a Constituição brasileira, pelo princípio da presunção de inocência, garante a toda pessoa acusada de crime o direito de aguardar em liberdade o resultado do processo. A prisão, por conseguinte, só deveria ocorrer em casos excepcionais, sobretudo quando a liberdade do acusado colocasse em risco a tramitação regular do processo, permitindo-lhe, por exemplo, coagir testemunhas, vítimas e/ou operadores do sistema de segurança e justiça. Mas o que deveria ser exceção aqui tem constituído regra: aplica-se a torto e a direito a prisão cautelar, até mesmo nos numerosos casos em que, pela natureza do crime, a pena ao final do processo com toda a probabilidade não será de prisão. É esse sistemático desrespeito ao texto constitucional e aos tratados internacionais de que o Brasil é signatário que mantém superlotadas as carceragens de presos provisórios em todo o país, em condições de vida ainda mais desumanas que as dos prisioneiros já condenados pela Justiça.

Levando em conta que, entre os vários determinantes desse quadro, está a precaríssima assistência jurídica acessível aos presos de baixo poder aquisitivo – vale dizer, à grande maioria das pessoas encarceradas –, a Associação para a Reforma Prisional (ARP) desenvolveu de janeiro de 2009 a junho de 2011, na cidade do Rio de Janeiro, um experimento controlado de prestação de assistência jurídica a presos provisórios mantidos em delegacias de polícia do município.²

¹ Depen/Ministério da Justiça. *População carcerária – sintético*, dezembro de 2012. [Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>]

² Quando esse primeiro projeto se iniciou, ainda havia mais de 2 mil presos provisórios custodiados em delegacias fluminenses. A partir de janeiro de 2011 ficou proibida a entrada de novos detentos em carceragens policiais e eles passaram a ser encaminhados diretamente a casas de custódia do sistema penitenciário estadual. Em junho de 2012, as últimas carceragens policiais foram extintas no estado, com a transferência dos presos provisórios remanescentes para a recém inaugurada Cadeia Pública Hélio Gomes, no Complexo Penitenciário de Magé.

O objetivo imediato era obter liberdade processual no menor prazo possível para o maior número de pessoas e o objetivo mais geral, mensurar e avaliar os impactos dessa assistência, comparada à da defensoria pública e de advogados particulares não vinculados ao projeto. Graças ao apoio da Open Society Foundations, à parceria estabelecida entre a ARP e a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, e à colaboração do Tribunal de Justiça do estado, foi possível assistir diretamente a 130 presos provisórios, acusados de crimes contra o patrimônio sem violência nem grave ameaça e de tráfico de drogas sem ligação com facções criminosas – ou seja, de tipos de delitos para os quais a legislação brasileira faculta liberdade durante o processo.

O trabalho revelou que cerca de 2/3 dos presos provisórios com desfecho processual conhecido estavam encarcerados ilegalmente, quer pelo fato de os juízes não concederem a liberdade mesmo quando garantida pela legislação, quer porque os promotores não exerciam seu papel de fiscais da lei e/ou porque os defensores públicos não formulavam pedidos de liberdade nos primeiros 20 dias após a distribuição do Auto de Flagrante, como reza a norma legal. Comprovou-se também que a assistência de advogados particulares – geralmente só acessível a quem tem recursos para pagá-la, mas oferecida gratuitamente aos presos incluídos no experimento da ARP – é mais eficaz em obter a liberdade do que aquela prestada pela defensoria pública. Isso atesta claramente o caráter seletivo do sistema de justiça criminal brasileiro, com sua “opção preferencial pelos pobres”, e mostra o quanto o funcionamento de tal sistema ainda está distante do mínimo compatível com um Estado democrático de direito.³

Em julho de 2011, quando esse primeiro projeto chegava ao fim, entrou em vigor a Lei 12.403, ou Lei das Medidas Cautelares, que abria para o Judiciário um grande leque de alternativas à prisão processual e que, em princípio, deveria contribuir para uma significativa redução do número de presos provisórios no país, beneficiando sobretudo os (muitos) réus acusados de delitos para os quais a pena, ao final do processo, não seria de privação da liberdade.⁴

Monitorar os efeitos da nova lei e verificar se de fato ela contribuía para ampliar o acesso às garantias constitucionais dos acusados de crimes tornou-se então o objetivo de um novo projeto, desenvolvido pela ARP e pelo CESeC entre julho de 2012 e outubro de 2013, outra vez com apoio da Open Society Foundations. Os resultados desse projeto, expostos no presente trabalho, derivaram de uma combinação de pesquisas quantitativa e qualitativa, em que se analisaram

³ Os resultados completos do estudo foram divulgados na publicação “Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro”, disponível em http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2011/09/PresosProvisorios_final.pdf.

⁴ O texto integral da Lei 12.403 pode ser consultado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm.

processos, entrevistaram-se operadores do direito e observaram-se diretamente audiências de instrução e julgamento. Como no experimento anterior, a área geográfica focalizada foi a cidade do Rio de Janeiro.

Por meio da análise quantitativa, buscou-se mensurar o impacto da Lei 12.403/2011 na observância do direito dos acusados de responderem a processo em liberdade e procurou-se identificar que medidas cautelares, do rol proposto na lei, os juízes fluminenses teriam passado a adotar como alternativa à prisão. Para isso, construiu-se um banco de dados com todos os Autos de Prisão em Flagrante, relativos a qualquer tipo de crime, distribuídos no fórum da capital do Estado do Rio de Janeiro durante o ano de 2011. A partir de informações processuais básicas coletadas nas atas de distribuição,⁵ obtiveram-se no site do TJ-RJ os dados necessários para analisar a situação jurídica de 6.084 réus envolvidos num total de 5.432 processos.⁶ Desse conjunto de acusados, 3.339 haviam sido detidos antes de 7 de julho de 2011, quando a nova lei entrou em vigor, e 2.745, depois – sendo a comparação entre os dois grupos o método adotado para se avaliar quantitativamente os impactos da lei. Entretanto, por diversos motivos, sobretudo por falta de informações básicas, foi necessário eliminar da análise uma parte dos casos, cujo total se reduziu a 4.859 acusados, 2.653 deles (55%) detidos antes e 2.206 (45%) depois da entrada em vigor da Lei 12.403/2011.⁷

A pesquisa qualitativa, por sua vez, objetivou captar opiniões e percepções dos operadores do direito sobre a Lei das Cautelares e, mais genericamente, sobre prisão provisória e liberdade processual, bem como observar o comportamento de promotores, magistrados e defensores em audiências de instrução e julgamento posteriores à entrada em vigor da lei. Foram realizadas, no total, 36 entrevistas com juízes, promotores de justiça, defensores públicos, advogados particulares e delegados de polícia, e acompanharam-se dez audiências escolhidas aleatoriamente no Fórum Central da Capital do Rio de Janeiro. Também se examinaram cerca de 800 decisões judiciais, com o intuito de conhecer os argumentos dos magistrados para justificar a prisão provisória na vigência da nova lei.

⁵ Documento por meio do qual se podem consultar todos os processos distribuídos num determinado dia no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁶ Convém lembrar que uma mesma pessoa pode ser réu em mais de um processo, logo o total de réus não corresponde necessariamente a um conjunto de pessoas diferentes.

⁷ O total de 4.859 refere-se aos casos não arquivados e nos quais havia informação sobre a primeira medida cautelar imposta pelo juiz logo após a distribuição do Auto de Prisão em Flagrante.

1. A prisão provisória antes e depois da Lei 12.403/2011

1.1. Quando a exceção é a regra

ATÉ O PRIMEIRO SEMESTRE DE 2011, os juízes escolhiam entre manter os réus presos durante o processo ou conceder-lhes o direito de responder em liberdade, geralmente sob determinadas condições, como o comparecimento periódico em juízo e a comunicação sobre deslocamento para fora da comarca. No já mencionado projeto desenvolvido pela ARP em 2010-11, constatou-se que os magistrados fluminenses claramente preferiam a prisão provisória, o que em princípio poderia ser atribuído ao estreito leque de medidas cautelares alternativas de que dispunham. Com o advento, em julho de 2011, da Lei 12.403, ampliando sobremaneira o rol de medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente, seria de esperar que a maior margem de escolha oferecida aos juízes resultasse em expressiva diminuição do recurso à prisão provisória. Certamente era essa a intenção da lei, cuja observância deveria fortalecer o princípio da presunção de inocência e racionalizar o uso da prisão cautelar.

Mas, na prática, não foi exatamente o que ocorreu. Como já havia apontado o projeto anterior da ARP, a presente pesquisa constatou que a prisão provisória é de longe a medida cautelar mais adotada e que continuou a prevalecer amplamente no ano de entrada em vigor da Lei 12.403. É o que mostra o Gráfico 1, a seguir, retratando os percentuais de detidos em flagrante em 2011 que permaneceram ou não presos após a primeira medida cautelar.⁸ Como se vê, nada menos de 79% das 4.859 decisões judiciais conhecidas, relativas a flagrantes de todos os tipos de crimes no ano de 2011, resultaram em privação da liberdade dos acusados.

⁸ O cálculo se baseia na primeira decisão do juiz logo após a prisão em flagrante. Além da prisão provisória propriamente dita, foram incluídas nessa categoria a prisão domiciliar e a internação provisória, cujos números, no entanto, são muito pequenos (1 e 3 casos, respectivamente). Ressalte-se que, por lei, a primeira decisão judicial sobre o direito de responder ao processo em liberdade deve ocorrer em até 48h após a prisão em flagrante, mas a liberdade também pode ser concedida em outro momento no curso do processo.

Gráfico 1. Primeira medida cautelar imposta após a prisão em flagrante para todos os tipos de crimes no ano de 2011



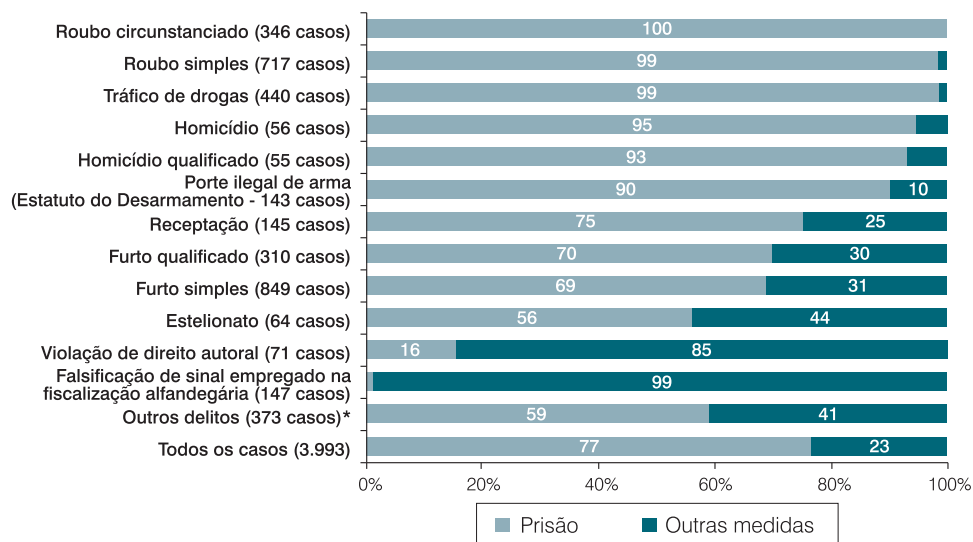
Para verificar se e como variavam as decisões judiciais de acordo com diferentes tipos de crimes, desconsideraram-se os casos em que o réu era acusado de mais de um delito, visto que um tipo penal pode interferir na medida adotada para outro. Com isso, a análise se restringiu a 3.993 casos, sendo 2.153 anteriores e 1.780 posteriores ao advento da nova lei. Observa-se, no Gráfico 2, que somente em duas modalidades prevaleceram medidas alternativas ao encarceramento: falsificação de sinal de fiscalização alfandegária (147 réus, dos quais apenas dois ficaram em prisão provisória) e violação de direito autoral (71 acusados, dos quais 11 permaneceram presos).

Embora se perceba uma relação entre gravidade do crime e proporção de prisões aplicadas, nota-se que na quase totalidade dos casos de tráfico de drogas, independentemente da gravidade da acusação (por exemplo, o fato de o réu estar ou não vinculado a facção criminosa), a primeira decisão do juiz foi a prisão preventiva: de 440 flagrantes de tráfico (sem associação com outros crimes) distribuídos em 2011, apenas seis receberam outro tipo de medida cautelar que não a prisão.

Nota-se ainda, no Gráfico 2, que 90% dos casos de porte ilegal de armas foram tratados com prisão preventiva, embora a legislação faculte, para esse tipo de delito, a arbitragem de fiança pelo delegado ou pelo juiz. E mesmo os acusados de crimes não-violentos contra o patrimônio, como receptação, furto e estelionato, tiveram, na maioria, o flagrante convertido em prisão provisória.

Entre as justificativas ouvidas com mais frequência nas entrevistas para o amplo uso da prisão cautelar está a da falta de documentação que comprove residência e trabalho lícito do réu – condições supostamente imprescindíveis para se conceder liberdade processual. Tal justificativa será discutida mais em detalhe no Capítulo 2, mas vale a pena citar aqui o argumento de um magistrado, que ilustra bem essa posição:

Gráfico 2. Primeira medida cautelar imposta após a prisão em flagrante no ano de 2011, por tipo de crime (em %)



(*) Foram agrupados na rubrica "outros" todos os delitos com menos de 60 casos, exceto homicídio

"Se é concedida a liberdade, alguns réus a gente não consegue depois obter endereço, porque não tem endereço no TER [Tribunal Regional Eleitoral], que são os órgãos que a gente oficia. A Receita Federal, o Infoseg, e o TRE, são os órgãos que normalmente a gente oficia para tentar obter o endereço. Normalmente, os criminosos não são eleitores, então não têm endereço no TRE. Isso inviabiliza. Aí fica um monte de processo parado, suspenso, porque não tem como dar andamento, e acaba ficando muito tempo, vai prescrevendo, quer dizer, a prestação jurisdicional acaba ficando frustrada. Estando preso, a gente sabe que vai conseguir finalizar o processo, ainda que depois ele suma, não dê cumprimento à pena, mas aí é outra etapa" (Juiz 5).

Revela-se aí que a preocupação com o cumprimento de metas (número de processos concluídos) pode sobrepor-se à obrigação de respeitar o direito dos réus. A prisão provisória por falta de documentos fere não só o princípio da presunção de inocência como o do ônus da prova para quem acusa, além de descumprir a legislação quando se trata de crimes para os quais está

prevista a liberdade processual. Mas nada disso parece ter relevância diante dos supostos riscos de fuga do réu e prescrição do processo. Embora seja evidentemente legítima a preocupação com a celeridade e a finalização das ações judiciais, resulta um contrassenso a noção de que, em nome disso, possam-se violar garantias legais dos acusados para não frustrar a “prestação jurisdicional”. Afinal, o objetivo dessa prestação não é justamente assegurar o cumprimento da lei?

Surpreende também no depoimento acima a aparente desimportância atribuída ao cumprimento da pena após a conclusão do processo. Como diz o entrevistado, “ainda que depois [o réu] suma”, isso ocorrerá numa outra etapa, já sob responsabilidade de outro juiz. Pode-se inferir dessa fala que não há maiores preocupações com a punição pelo crime cometido, apenas com o encerramento da fase processual. Ou, pelo contrário, numa interpretação ainda mais pessimista, que se trata de punir o réu por antecipação, mantendo-o encarcerado, uma vez que não há garantia do cumprimento da pena ao final do processo.

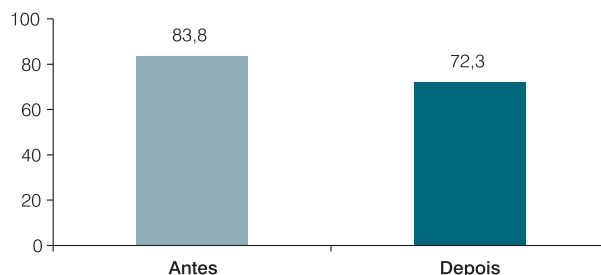
1.2. Mensurando o impacto da nova lei

A FIM DE AVALIAR OS EFEITOS DA LEI 12.403 no uso da prisão provisória, compararam-se as primeiras medidas relativas à prisão ou liberdade dos réus adotadas pelos juízes em dois momentos – de 1º de janeiro a 6 de julho de 2011, antes da vigência dessa lei, e de 7 de julho a 31 de dezembro do mesmo ano, quando ela já estava em vigor. Os dois períodos, por simplicidade, serão doravante denominados primeiro e segundo semestres de 2011.

A expectativa inicial era de que a nova norma, abrindo aos juízes um leque muito maior de medidas cautelares aplicáveis, causasse de imediato uma redução significativa das decisões de prisão, perceptível nos dados do segundo semestre do ano. Para essa análise foram considerados 4.859 casos não arquivados e com informação sobre a primeira medida cautelar adotada. Era importante assegurar, metodologicamente, a não interferência de outros fatores além da entrada em vigor da lei, de modo a não enviesar a comparação – o que ocorreria, por exemplo, se o percentual de casos arquivados fosse mais alto no primeiro do que no segundo semestre, ou se, num dos dois períodos, houvesse uma proporção muito maior de processos sem informação sobre a primeira medida aplicada. As diferenças, entretanto, foram pouco significativas: arquivaram-se 13,3% dos casos no primeiro semestre e 11,3% no segundo; dos não arquivados, a proporção de informações faltantes sobre a primeira decisão variou de 8,4% a 9,4% entre os dois períodos.

No Gráfico 3, a seguir, constata-se, como esperado, uma queda na aplicação da prisão provisória depois da vigência da Lei 12.403/2011, mas também se nota que a medida continuou a predominar

Gráfico 3. Prisão provisória como primeira medida cautelar, antes e depois da Lei 12.403/2011 (em %)



amplamente, ou seja, que o impacto da nova lei, pelo menos no agregado dos casos e num horizonte temporal imediato, foi muito inferior ao que se poderia esperar, considerando a maior margem de escolha subitamente posta à disposição dos juízes.

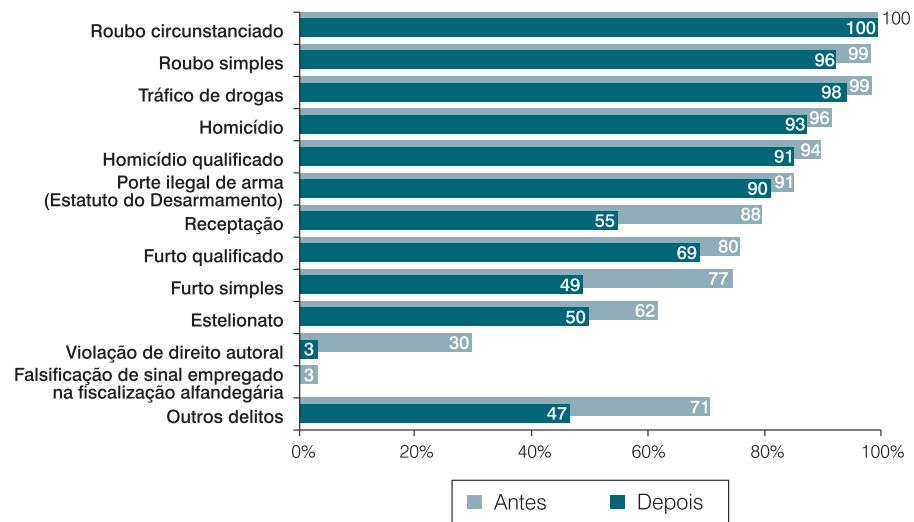
Por outro lado, na comparação desagregada por tipo de crime (Gráfico 4), observam-se significativas reduções do uso da prisão provisória, entre um semestre e outro, para os delitos de violação de direito autoral e falsificação de sinal alfandegário, assim como para os crimes não-violentos contra o patrimônio (furto, receptação, estelionato), ao passo que para roubo, tráfico de drogas, homicídio e porte ilegal de arma, as mudanças foram muito pequenas ou nulas. Vale dizer, a nova lei teve impacto bem maior sobre os crimes menos graves do que sobre os mais graves. Mas, ainda assim, cerca de metade das prisões em flagrante por crimes sem violência como furto, estelionato e receptação continuaram sendo convertidas em prisões provisórias no período de vigência da lei.

Quando se examina a evolução dos roubos e furtos por mês de distribuição dos autos de prisão em flagrante, chamam atenção os diferentes comportamentos apresentados pelos tipos simples e qualificados no primeiro e no segundo semestres de 2011 (Gráfico 5). Enquanto os flagrantes de furto e de roubo simples caem abruptamente em julho, mês da entrada em vigor da nova lei, os de furto qualificado e roubo circunstanciado aumentam, também de forma repentina, nesse mesmo mês.⁹

Tem-se aí um indício de que a tipificação inicial dos delitos possa ter sido “endurecida” com a entrada em vigor da lei, talvez numa tentativa de assegurar a imposição de prisão provisória para réus que deveriam ficar em liberdade. Se, como os dados sugerem, essa foi uma estratégia

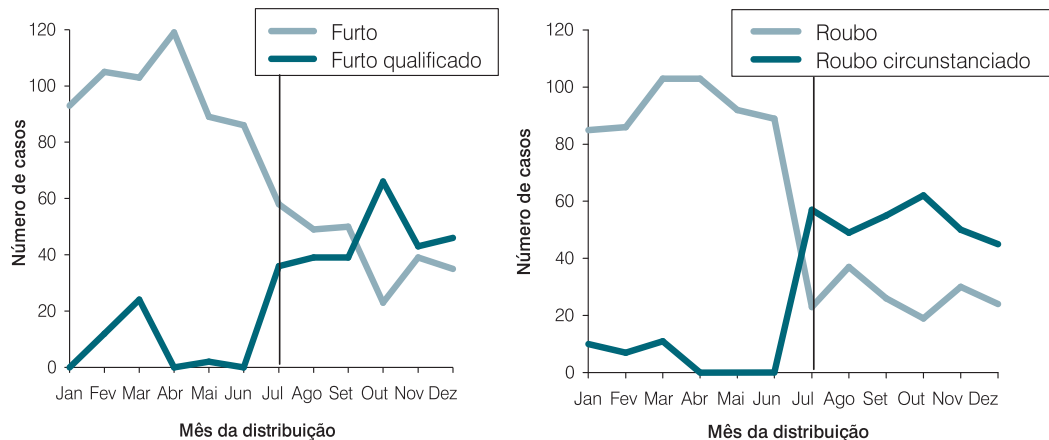
⁹ Apesar de as séries serem muito curtas para que se obtenham estimativas estáveis, as correlações negativas entre crime simples e crime qualificado ou circunstanciado são muito altas: no caso de furtos, o índice de correlação de Pearson entre as duas séries é -90 e no de roubos, -0,97.

Gráfico 4. Prisão provisória imposta na primeira decisão do juiz, antes e depois da Lei 12.403/2011, por tipo de crime (em %)*



(*) Considerando 3.993 casos de acusados por um único crime, 2.153 anteriores e 1.780 posteriores ao advento da nova lei.

Gráfico 5. Número de prisões em flagrante por furto, furto qualificado, roubo e roubo circunstanciado, segundo mês da distribuição



consciente dos delegados, ela não parece ter tido muito sucesso, pois a proporção de prisões provisórias aplicadas como primeira medida pelos juízes reduziu-se expressivamente não só nos casos de furtos simples, mas também, ainda que em menor grau, no de qualificados, enquanto, para os casos de roubo, tanto simples como circunstanciados, as variações foram nulas ou muito pequenas (ver Gráfico 4, acima).

1.3. Desproporcionalidade entre medida e sentença

NA DECISÃO SOBRE COMO O RÉU RESPONDERÁ a processo (se solto ou preso), os operadores do direito devem levar em consideração o resultado esperado desse processo, ou seja, a provável pena a ser aplicada ao caso em questão, segundo os critérios legais. Portanto, de acordo com o princípio da proporcionalidade ou da homogeneidade, não caberia impor prisão provisória a casos em que, no final do processo, havendo condenação, o acusado muito provavelmente receberá uma pena alternativa à prisão ou uma pena de prisão em regime aberto.

Dos 4.859 casos não arquivados e com informação sobre medida cautelar que a pesquisa analisou, 3.672 (75,6% do total) haviam atingido a fase da sentença em janeiro de 2013, quando da última consulta ao sistema do TJ-RJ, e continham informação sobre a sentença final proferida. A proporção de casos sem informação de desfecho (24,4% do total) foi mais alta entre os iniciados com flagrante no segundo semestre do ano (28,6%) do que entre os iniciados no primeiro (20,9%), o que pode implicar algum viés na comparação entre os dois períodos, embora nada indique a ocorrência de distorções muito significativas.

Como se observa na Tabela 1, ao longo de todo o ano de 2011 só 30,9% dos casos válidos resultaram em condenações a prisão em regime fechado¹⁰ e outros 18,7% a prisão em regime semiaberto.

Essa distribuição praticamente não se altera entre o primeiro e o segundo semestres de 2011, mas há uma ligeira diminuição das penas privativas de liberdade e um pequeno aumento tanto dos outros tipos de penas quanto das absolvições (Gráfico 6). De qualquer modo, antes ou depois da vigência da nova lei, cerca de 2/3 das pessoas detidas em flagrante, no universo de casos válidos (isto é, não arquivados e com informação de desfecho processual), recebeu ao final do processo uma sentença distinta da prisão em regime fechado.

¹⁰ Incluindo 9 medidas de internação que, embora não sejam definidas como punições, implicam igualmente a privação de liberdade do sentenciado.

Tabela 1. Resultado de processos iniciados em 2011 com prisão em flagrante e concluídos até janeiro de 2013

Sentença	Número	%	% de casos válidos
Condenação a regime fechado	1.136	23,4	30,9
Condenação a regime semiaberto	686	14,1	18,7
Condenação a regime aberto	169	3,5	4,6
Outras penas	584	12,0	15,9
Absolvição	288	5,9	7,8
Outras situações processuais	759	15,6	20,7
Réu revel	50	1,0	1,4
Total com informação	3.672	75,6	100,0
Sem informação	1.187	24,4	-
Total de casos	4.859	100,0	-

Gráfico 6. Resultado de processos iniciados em 2011 com prisão em flagrante, antes e depois da Lei 12.403, e concluídos até janeiro de 2013 (em %)*

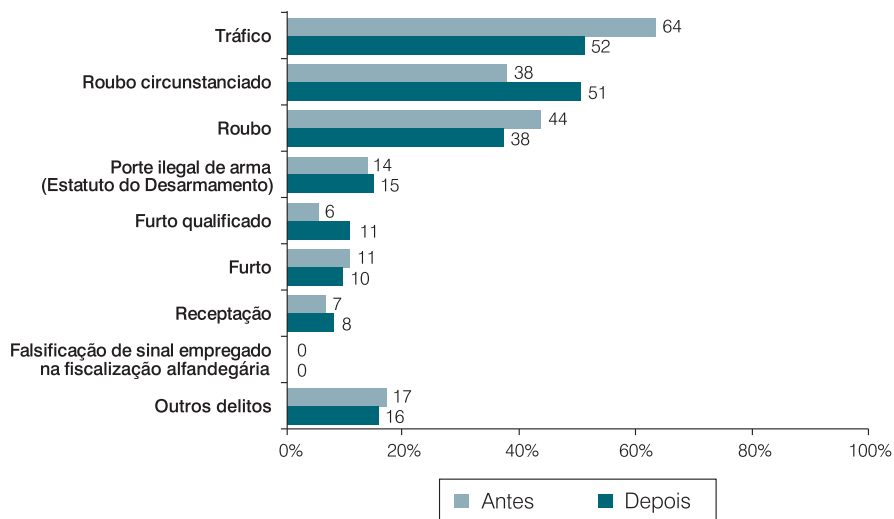


(*) Considerados 3.672 casos com informação sobre desfecho do processo, sendo 2.098 originados de flagrantes anteriores e 1.574 posteriores à entrada em vigor da nova lei.

Levando em consideração o tipo de crime (Gráfico 7), verifica-se que só os acusados de roubo e tráfico de drogas receberam majoritariamente condenações a regime fechado; nas demais modalidades de delitos, a maioria dos processos acabou sem condenação ou com penas distintas da privação completa da liberdade.

Para uma avaliação mais precisa do grau em que a prisão provisória está sendo usada indevidamente, é necessário, porém, verificar qual a percentagem de casos que terminaram com sentenças diversas da privação de liberdade sobre o total de acusados que receberam como primeira medida cautelar a prisão preventiva. Focalizando apenas os casos com informação sobre desfecho do processo e acusação de um único tipo de crime, o universo de análise fica circunscrito a 3.015 decisões judiciais, como no Gráfico 7. É fundamental ressaltar que esse subuniverso não representa necessariamente, em termos estatísticos, o total de flagrantes ocorridos no ano de 2011, pois não deriva de escolha aleatória e sim da aplicação de sucessivos filtros, que, como já mencionado, podem introduzir algum tipo de viés nos resultados. Logo, o

Gráfico 7. Condenações a pena de prisão em regime fechado para processos iniciados com flagrante em 2011, antes e depois da Lei 12.403, e concluídos até janeiro de 2013, segundo tipo de crime (em %)*

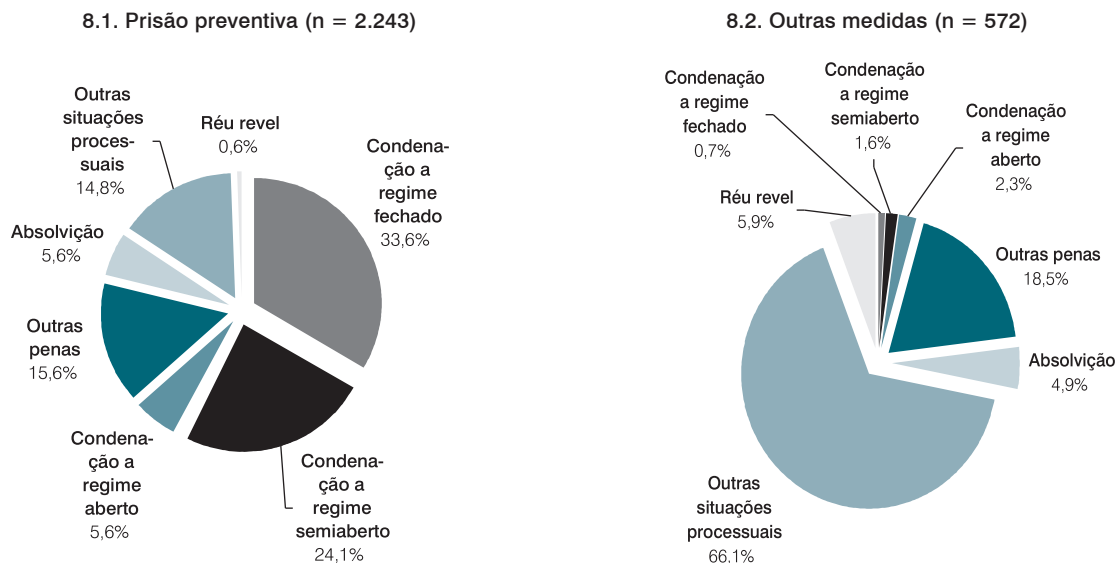


(*) Considerados 3.015 casos com informação sobre desfecho do processo e relativos a acusados de um único crime, sendo 1.742 anteriores e 1.273 posteriores à entrada em vigor da nova lei. Não entraram no gráfico os tipos de crimes com menos de 100 sentenças, para não gerar percentuais muito instáveis. É o caso, por exemplo, dos 67 processos de homicídio iniciados com flagrante em 2011, dos quais apenas 23 haviam chegado a termo em janeiro de 2013.

que se segue é apenas um exercício ilustrativo, válido para os 3.015 casos examinados, mas não generalizável automaticamente ao conjunto das decisões judiciais do TJ/RJ.

A primeira parte do Gráfico 8 mostra que só 1/3 dos réus que permaneceram presos após o flagrante terminaram recebendo uma sentença de prisão em regime fechado. Considerando-se que a prisão cautelar muitas vezes dura semanas ou meses e que transcorre sempre em regime fechado, é possível afirmar que 2/3 das prisões preventivas impostas ao conjunto de casos em análise funcionaram como antecipação agravada da pena, já que ao final do processo os réus não foram sentenciados à privação completa da liberdade. Em outras palavras, pode-se afirmar que uma parcela muito significativa das prisões provisórias foi imposta abusivamente, isto é, em franco conflito com o princípio de proporcionalidade entre medida cautelar e punição aplicada: nada menos de 42% dos acusados que foram mantidos presos após o flagrante terminaram cumprindo penas diversas da prisão ou, quando muito, uma pena de prisão em regime aberto; 6% foram absolvidos e 15% enquadraram-se em outras situações processuais, como suspensão condicional do processo ou da pena, extinção de punibilidade ou rejeição da denúncia.

Gráfico 8. Resultado de processos iniciados em 2011 com prisão em flagrante e concluídos até janeiro de 2013, segundo a primeira medida cautelar aplicada



Já a segunda parte do gráfico (8.2) exibe a distribuição de desfechos processuais para o grupo dos que receberam, logo após o flagrante, outros tipos de medidas cautelares que não a prisão preventiva. Observa-se que só 2,3% dos réus desse grupo tiveram no final uma condenação à prisão em regime semiaberto ou fechado; 20,8% foram punidos com regime aberto ou penas alternativas (pecuniárias, de prestação de serviços etc.) e a grande maioria sequer foi condenada: ou recebeu absolvição, ou recaiu em outras situações processuais. Cabe ressaltar, contudo, que o total de pessoas a que se refere a figura 8.2 não chega a 20% do total de réus considerados na análise.

1.4. Dois casos extremos: furto e tráfico de drogas

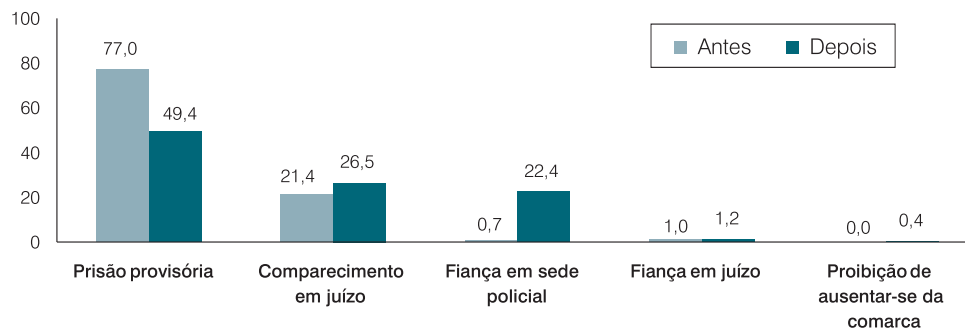
VALE A PENA UM EXAME MAIS DETIDO dos casos de furto e de tráfico de drogas, pelo peso que representam no total das 6.084 decisões judiciais da comarca do Rio de Janeiro em 2011 (24,8% e 14,1%, respectivamente) e também por motivarem atitudes muito distintas ou mesmo opostas no que se refere à concessão ou não de liberdade processual.

A Lei 12.403, em seu artigo 313, I, admite a prisão provisória nos casos em que a pena máxima prevista para o delito seja superior a quatro anos; logo, para crimes com pena máxima inferior a essa, o acusado deveria responder em liberdade ao processo. Cabe lembrar também que o Código Penal brasileiro (art. 44, §3º) permite aplicar pena restritiva de direitos a réus cuja pena é de até quatro anos, quando tiverem praticado crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, e mesmo se forem reincidentes.

O crime de furto enquadra-se nesse caso, sendo considerado de “médio potencial ofensivo” pelos operadores do direito que a pesquisa entrevistou; não deveria aplicar-se a ele, portanto, a prisão processual, salvo quando associado a outros delitos mais graves, sujeitos a penas maiores, ou quando a liberdade do réu pudesse comprometer o andamento do processo, por exemplo, por coação de testemunhas ou destruição de provas. Mas, embora, após a entrada em vigor da nova lei, tenha havido significativa queda na aplicação dessa medida aos casos de furto, ela continuava sendo imposta a praticamente metade dos acusados no segundo semestre de 2011 (Gráfico 9) – o que não condiz com a afirmativa recorrente de juízes e promotores ouvidos pela pesquisa de que a nova lei teria tornado quase automática a concessão de liberdade processual para os casos de furto simples (ver, adiante, Capítulo 2).

A exigência de comparecimento em juízo, utilizada antes da nova lei como condição para a liberdade provisória e transformada por essa lei em medida cautelar, teve pouca variação entre

Gráfico 9. Primeira medida cautelar imposta após a prisão em flagrante por furto no ano de 2011, antes e depois da Lei 12.403 (em %)*



(*) Considerados 849 casos de furto não arquivados, com informação sobre primeira medida imposta e relativos a acusados desse único crime, sendo 604 anteriores e 245 posteriores à entrada em vigor da nova lei.

os dois períodos. A grande diferença se verificou nas fianças em sede policial, que, antes praticamente inexistentes, passaram a ser aplicadas a mais de um em cada cinco casos de furto. E, embora a prisão provisória ainda prevaleça entre as primeiras medidas adotadas pelos juízes, mesmo após a mudança legislativa, seria razoável esperar que, com o transcurso do tempo, se acentuasse a tendência ao uso cada vez menor desse recurso para o crime em questão, com o consequente aumento de outras medidas cautelares que não implicam privação de liberdade para o acusado.

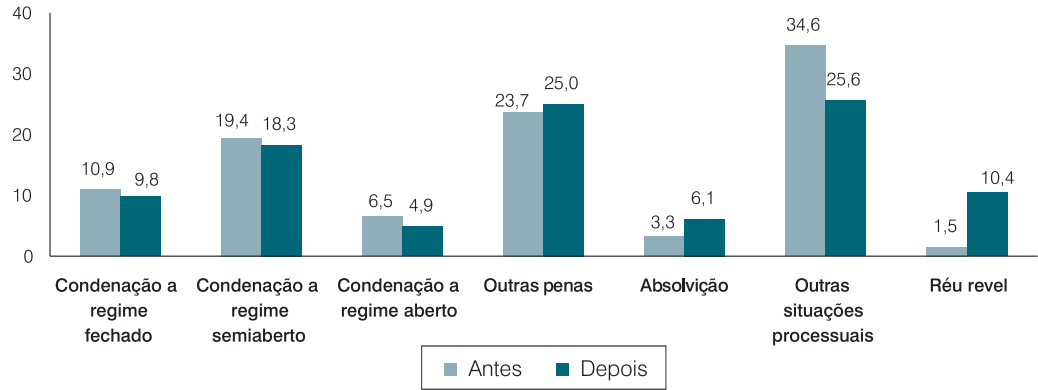
Convém notar que menos de 10% dos processos de furto com desfecho conhecidos resultaram em sentenças de prisão em regime fechado, após a vigência da Lei 12.403, e outros 18% em regime semiaberto, como mostra o Gráfico 10.

Se, no caso do furto, o impacto da nova lei é perceptível, ainda que não tão radical quanto acreditam alguns dos operadores entrevistados, o tráfico de drogas representa o extremo oposto: mesmo depois da entrada em vigor da Lei 12.403, praticamente a totalidade dos casos (98%) continuou recebendo como primeira medida a prisão provisória – um tratamento mais drástico até que o dispensado aos casos de homicídio, em que 91 a 93% dos acusados permaneceram presos durante o processo após a vigência da lei (ver Gráfico 4, mais acima).

Observe-se que, dos processos por tráfico com informação de desfecho, cerca de metade resultou em sentenças de prisão em regime fechado e cerca de 8%, em regime semiaberto, como se vê no Gráfico 11. Embora alta, a primeira proporção é bem inferior à de prisões impostas

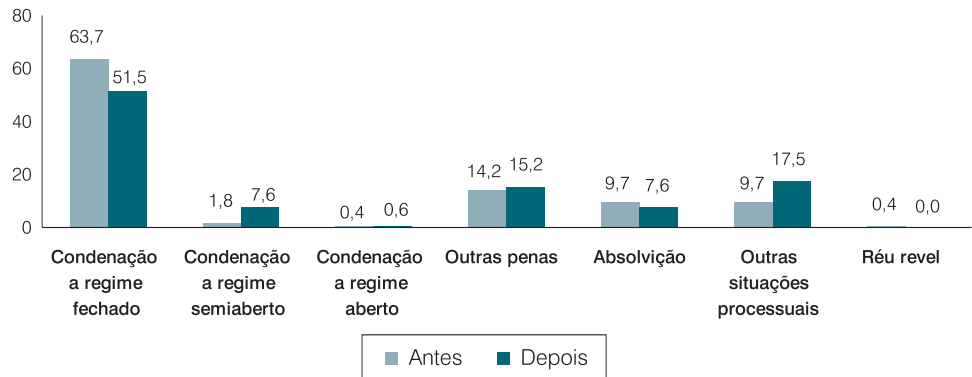
inicialmente, evidenciando que a aplicação quase automática da prisão provisória para os acusados de tráfico não leva em conta, como deveria, a possibilidade de que muitos deles não venham a ser punidos com a privação completa da liberdade ao final do processo.

Gráfico 10. Resultado de processos de furto iniciados em 2011 com prisão em flagrante, antes e depois da Lei 12.403, e concluídos até janeiro de 2013 (em %)*



(*) Considerados 623 casos de furto não arquivados, com informação sobre desfecho do processo e relativos a acusados desse único crime, sendo 459 anteriores e 164 posteriores à entrada em vigor da nova lei.

Gráfico 11. Resultado de processos de tráfico de drogas iniciados em 2011 com prisão em flagrante, antes e depois da Lei 12.403, e concluídos até janeiro de 2013 (em %)*



(*) Considerados 397 casos de tráfico não arquivados, com informação sobre desfecho do processo e relativos a acusados desse único crime, sendo 226 anteriores e 171 posteriores à entrada em vigor da nova lei.

A partir das entrevistas realizadas com juízes e analisadas mais detalhadamente no segundo capítulo deste trabalho, foi possível perceber que se recorre à prisão processual mesmo quando não há convicção de tratar-se efetivamente de tráfico de drogas, uma vez que a lei brasileira deixa ampla margem de discricionariedade na definição de quem seja usuário ou traficante. Não só a tipificação inicial do delito pela polícia pode ser falha e enviesada, ou não conter elementos suficientes para identificar a natureza do fato, como a própria prisão pode ter sido ilegal. Mas, conforme explicitam alguns juízes, a dúvida e a ausência de provas, em vez de fazê-los pender para a concessão de liberdade ao acusado, leva-os a optar pela manutenção da prisão.

E, o que é pior, essa primeira rotulação, muitas vezes incapaz de convencer os próprios magistrados, não tende a se alterar durante o processo, quando em geral a única nova evidência que surge é o laudo definitivo de constatação de substância entorpecente. Não há, via de regra, aprofundamento da investigação preliminar feita no auto de prisão em flagrante, o que implica supervalorização do testemunho dos policiais que efetuaram a prisão, ou, mais do que isso, a presunção de veracidade do Auto de Prisão em Flagrante, no lugar da presunção de inocência do réu.¹¹

Como se verá mais detalhadamente na parte qualitativa deste trabalho, o uso generalizado e indiscriminado da prisão provisória para os casos de tráfico de drogas decorre também da “periculosidade” genericamente atribuída a esse tipo de crime e a seus autores, não obstante as fortes evidências de que a maior parte dos ditos traficantes de drogas que superlotam as prisões brasileiras não corresponde ao imaginário assustador que povoa o senso comum e informa as escolhas dos magistrados. O trecho da decisão abaixo, justificando a imposição de prisão provisória a um acusado de tráfico, ilustra bem a influência desse imaginário demonizador, sancionado pela lei brasileira, que define o tráfico como “crime hediondo”:

“... o tráfico de drogas é o grande responsável pela guerra civil não declarada vivida na sociedade carioca, sendo a conduta atribuída ao indiciado de natureza hedionda, em tese, relevante para a disseminação das substâncias entorpecentes, gerando insegurança e fragilidade à população, demandando, desse modo, a restrição ambulatorial do denunciado para o resguardo da ordem pública...” (Processo 0249862-65.2011.8.19.0001)

¹¹ Pesquisa realizada pelo NEV/USP mostrou que em 74% das prisões em flagrante por tráfico na cidade de São Paulo, entre novembro de 2010 e janeiro de 2011, os policiais que efetuaram a prisão eram as únicas testemunhas, sendo que, em 48% dos casos, a pessoa não portava nenhuma substância no momento da prisão; nesses casos, portanto, o vínculo entre o acusado e a droga foi estabelecido exclusivamente pela palavra dos policiais. Cf. JESUS, Maria Gorete Marques de et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo, NEV/USP 2011. [Disponível em http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=2513&Itemid=96]

1.5. Suspensão condicional do processo

A LEI 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Criminais para processarem e julgarem crimes de menor potencial ofensivo, prevê em seu artigo 89 a possibilidade de suspensão condicional do processo, ou *sursis* processual, desde que preenchidos certos requisitos, como o de ser o acusado primário e não responder a outro processo, além de a pena mínima prevista para o delito ser de até um ano. Nesse caso, o réu tem direito à suspensão condicional do processo pelo período mínimo de dois anos, durante o qual deverá cumprir algumas condições impostas pelo juízo e ao fim do qual, não tendo sido revogado o *sursis*, a punibilidade ficará extinta.

Na presente pesquisa verificou-se que 713 (19,5%) dos 3.663 casos não arquivados com informação de desfecho terminaram em suspensão condicional do processo. Contudo, aproximadamente 17% desses 713 acusados permaneceram presos até a audiência especial, um período que muitas vezes se prolonga para a realização de diligências, como a obtenção da Folha de Antecedentes Criminais (FAC) e outros esclarecimentos. A morosidade no fornecimento da documentação, pelo qual o próprio Estado é responsável, constitui, assim, mais um dos fatores que conspiram contra os direitos dos acusados, como ilustra o depoimento de um juiz, a seguir:

“Existe um problema que aí eu considero por déficit de estrutura. Muitas vezes existe a dificuldade da apreciação dessas medidas. Por quê? A gente não tem acesso à FAC, o sistema do Sipem muitas vezes não funciona, em sede de plantão você não tem informações, muitas vezes quando vem... a gente entra no portal da Secretaria de Segurança e constata que o réu tem outras passagens, mas a gente não consegue esclarecer essas passagens...” (Juiz 4)

1.6. Medidas cautelares utilizadas

1.6.1. Alternativas à prisão

PUBLICADA EM MAIO DE 2011 e tornada de aplicação obrigatória 60 dias depois, a Lei 12.403 foi recebida por alguns meios de comunicação em tons alarmistas, com manchetes sugerindo que seus efeitos seriam a abertura indiscriminada das cadeias e a soltura imediata de dezenas de milhares de presos, “para alegria dos criminosos e desespero do cidadão de bem”.¹²

¹² UOL Notícias (matéria consultada em julho de 2011 e não mais disponível no site).

Outros, contudo, ressaltaram aspectos positivos da lei, como a redução da superlotação das cadeias, a economia de gastos públicos com a manutenção do sistema e o fim da punição excessiva e antecipada dos chamados “ladrões de galinha”.¹³

A nova legislação, como já dito, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro um conjunto de medidas cautelares diversas da prisão provisória, para que esta deixasse de ser a regra durante a tramitação dos processos. Nos termos do artigo 319 do CPP, alterado pela lei 12.403, são as seguintes as medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente:¹⁴

- I. Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III. Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV. Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V. Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII. Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII. Fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX. Monitoração eletrônica.

¹³ O Estado de São Paulo, 01/07/2011. [Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,pais-tera-de-rever-casos-de-ladros-de-galinha,739275,0.htm>. Último acesso: outubro de 2013]

¹⁴ Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. [Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm]. Continuam constituindo medidas cautelares a prisão domiciliar (CPP, art. 317) e a prisão provisória (art. 310).

Como se viu mais acima (Gráfico 1), a prisão provisória foi de longe a primeira medida mais aplicada pelos juízes, logo após a distribuição do Auto de Flagrante, ao longo do ano de 2011, inclusive na vigência da nova lei. Considerando agora todas as medidas cautelares impostas em diferentes momentos dos processos iniciados nesse ano, a Tabela 2 confirma a ampla prevalência da prisão provisória nas 4.859 decisões não arquivadas, com informação sobre medidas, que a pesquisa analisou.

Note-se que, além da prisão, só duas outras medidas previstas pela lei tiveram algum peso significativo no conjunto dessas decisões – o comparecimento em juízo e a fiança em sede policial – todas as demais tendo participação muito pequena ou mesmo nula durante o período focalizado.

Para avaliar o impacto da Lei 12.403/2011 nos seis meses posteriores à sua entrada em vigor, a Tabela 3 discrimina a aplicação de medidas cautelares anteriores e posteriores a essa data, sempre levando em conta todas aquelas aplicadas em diversas etapas do processo, e não

Tabela 2. Medidas cautelares aplicadas aos casos de prisão em flagrante em 2011*

Tipo de medida	Nº de medidas	% do total de casos**
Prisão provisória	3.849	79,2
Comparecimento em juízo	1.442	29,7
Fiança em sede policial	447	9,2
Proibição de ausentar-se da comarca	115	2,4
Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	52	1,1
Fiança em juízo	50	1,0
Proibição de manter contato com pessoa determinada	44	0,9
Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga	32	0,7
Internação provisória	8	0,2
Prisão domiciliar	4	0,1
Monitoração eletrônica	2	0,0
Total de medidas	6.045	–

(*) Trata-se dos 4.859 casos não arquivados e com informação sobre alguma medida cautelar.

(**) Os percentuais da coluna somam mais de 100% porque diversos casos receberam mais de uma medida.

apenas no momento inicial. Observa-se, em primeiro lugar, que há de fato uma queda dos casos submetidos a prisões provisórias, embora não muito acentuada (pouco menos de 13%) e uma redução da parcela de medidas de comparecimento em juízo. Tais reduções entre o primeiro e o segundo “semestres” de 2011 foram compensadas por um significativo crescimento das fianças em sede policial – que, de 5% do total de casos, passaram a representar 14% – e pelo peso maior, embora ainda insignificante, adquirido por outras medidas restritivas como a proibição de ausentar-se da comarca, de manter contato com certas pessoas e de frequentar determinados locais.¹⁵

Tabela 3. Medidas cautelares aplicadas aos casos de prisão em flagrante antes e depois da Lei 12.403/2011 (em % do total de casos)*

Tipo de medida	Antes	Depois
Prisão provisória	84,1	73,3
Comparecimento em juízo	32,6	26,2
Fiança em sede policial	5,1	14,2
Proibição de ausentar-se da comarca	1,0	4,0
Fiança em juízo	0,6	1,5
Proibição de manter contato com pessoa determinada	0,5	1,5
Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	0,3	2,0
Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga	0,3	1,1
Internação provisória	0,2	0,2
Prisão domiciliar	0,0	0,1
Monitoração eletrônica	0,0	0,1
Total de medidas	3.307	2.738
Total de casos	2.653	2.206

(*) Trata-se dos 4.859 casos não arquivados e com informação sobre alguma medida cautelar.

(**) Os percentuais da coluna somam mais de 100% porque diversos casos receberam mais de uma medida.

¹⁵ Cabe notar que o “antes” e o “depois” referem-se à data em que foi distribuído o Auto de Prisão em Flagrante. Como a Tabela 3 leva em conta medidas cautelares adotadas em qualquer etapa do processo, não apenas no primeiro momento, algumas das medidas que aparecem na coluna “antes” podem ter sido aplicadas já depois da vigência da lei.

Os dados comparativos parecem indicar, assim, uma tendência, ainda que muito tímida, ao maior uso de medidas alternativas à manutenção dos réus em prisão. Entretanto, só monitoramentos futuros permitirão dizer se isso constitui realmente de uma tendência e se ela de fato se acelerou nos anos seguintes à entrada em vigor da nova lei. Ou se, pelo contrário, as mudanças verificadas são apenas marginais e, a despeito da disponibilidade de tantas medidas cautelares que não implicam privação da liberdade do réu, a prisão provisória continuará sendo regra no sistema judicial fluminense.

Entre os fatores que não recomendam expectativas muito otimistas está o argumento frequentemente invocado por juízes e promotores de que a verificação do cumprimento de grande parte das medidas previstas na lei é inviável com os mecanismos de fiscalização atualmente existentes, motivo pelo qual os operadores se recusam a aplicá-las, temendo a fuga dos réus e a interrupção dos processos. Como disse um magistrado,

“... existem medidas que só existem no papel, não foram efetivamente implementadas pela administração, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário. Então se é para fazer e se é para fiscalizar, você só pode fazer aquilo que você efetivamente tem como controlar. Eu só tenho como controlar o comparecimento mensal. Eu vou mandar botar uma tornozeleira eletrônica e vou ficar esperando durante quanto tempo para ela aparecer?” (Juiz 1)

Curiosamente, porém, o comparecimento mensal em juízo, exaltado por esse e por outros entrevistados como sendo o recurso mais controlável e eficaz, passou a representar uma proporção *menor* do total de medidas cautelares aplicadas após a entrada em vigor da nova lei (ver Tabela 3, acima). O que sugere que, ao menos no período inicial de vigência dessa lei e ainda que de forma muito tímida, outras medidas consideradas “inviáveis” por falta de condições de fiscalização, passaram a ser experimentadas por alguns operadores do sistema de segurança e justiça do Rio de Janeiro, muito particularmente a fiança em sede policial.

1.6.2. Fiança: o preço da liberdade

ANTES DO ADVENTO DA LEI 12.403, o artigo 322 do Código de Processo Penal determinava que a autoridade policial só poderia conceder fiança “nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples”; nos demais casos, a medida deveria ser arbitrada pelo juiz. A nova lei ampliou significativamente a abrangência de situações às quais se aplica a fiança em sede policial,

permitindo aos delegados de polícia concedê-la aos acusados de qualquer delito punível com pena máxima de até quatro anos de prisão, salvo em alguns casos como quebra de fiança anterior ou “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”.¹⁶

Nos dados da pesquisa, observa-se um aumento muito expressivo das fianças em sede policial para crimes sem violência, como receptação (de zero a 32% do total de casos iniciados em 2011); furto (de 1 para 22% – ver Gráfico 9, mais acima) e violação de direito autoral (de 6 para 76% do total). Com relação aos crimes mais graves, porém, praticamente não houve alterações. Interessa notar, a propósito, que o grande aumento das fianças para furto refere-se unicamente aos casos de furto simples; já nos de furto qualificado, a mudança foi irrisória: de 2% antes da lei para 3% depois. Aparentemente, como foi sugerido na análise do Gráfico 5, mais acima, os delegados teriam passado, com mais frequência, a tipificar esse crime de forma mais grave após a entrada em vigor da nova lei, talvez para induzir os juízes a continuar impondo a prisão provisória aos acusados de furto.

Em todo o ano de 2011, levando em conta todos os casos, não só os de crime único, foram arbitradas por delegados de polícia 447 fianças, 72% das quais relativas aos crimes de violação de direito autoral, falsificação de sinal alfandegário, furto simples, receptação e estelionato.

Quando se consideram somente os presos em flagrante por um único crime, em casos com informação sobre desfecho do processo, o total de fianças em sede policial ao longo do ano de 2011 é de 277; na grande maioria, esses casos resultaram em suspensão condicional do processo (65,7%), rejeição da denúncia ou absolvição sumária (13%) e absolvição (5,8%), sendo muito pequena a parcela de acusados que cumpriu pena: nenhum deles foi condenado à prisão e 4,7% foram punidos com prestação de serviços à comunidade. Interessa notar também que em somente 16 dos 277 casos (5,8%) houve suspensão do processo por ausência do réu – percentual muito próximo ao verificado para o conjunto de medidas cautelares diversas da prisão provisória (ver Gráfico 8.2). Assim, um argumento frequentemente utilizado por operadores do direito contra essas medidas e em favor da permanência dos réus na cadeia durante o processo não encontra respaldo nos dados obtidos pela pesquisa; esta mostra, ao contrário, a irracionalidade de tal justificativa: por causa de menos de 6% de réus ausentes, mantêm-se encarceradas quase 80% das pessoas que respondem a processo no Rio de Janeiro.

¹⁶ Nova redação dada pela Lei 12.403/2011 aos artigos 323 e 324 do CPP. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. A lei também exclui expressamente os delitos de racismo, tortura, terrorismo e os chamados crimes “hediondos”, incluindo tráfico de drogas (art. 323 do CPP e art. 2º, II, da Lei 8.072/1990).

Como se verá no segundo capítulo, os delegados entrevistados pela pesquisa acreditam que a Lei 12.403 contribuiu significativamente para diminuir o uso da prisão provisória e aprovam, sobretudo, a ampliação da margem de ação da polícia, ao permitir-lhes arbitrar fiança para um número bem maior de casos. Mas alguns também expressaram receio de adotar posturas “pró-Constituição”, concedendo liberdade aos acusados, pois temem ser mal interpretados por juízes e promotores. Vale ressaltar, de qualquer modo, que o expressivo aumento do recurso à fiança como medida cautelar para alguns tipos de crimes deveu-se à sua maior utilização pelos delegados de polícia, muito mais do que pelos juízes do tribunal, que aplicaram essa medida a apenas 50 casos (ver Tabela 2, acima), na maioria de furto, estelionato e receptação.

2. O que pensam sobre medidas cautelares os operadores da justiça criminal

A PESQUISA QUALITATIVA, realizada em delegacias da Polícia Civil e em varas criminais do Fórum Central da Capital do Rio de Janeiro entre agosto de 2012 e março de 2013, consistiu em: (a) entrevistas a delegados, juízes, promotores, defensores e advogados privados para conhecer suas visões acerca da Lei das Cautelares; (b) acompanhamento direto de audiências para verificar se e como essa lei está sendo aplicada; e (c) análise de sentenças, para saber como os magistrados vêm justificando a concessão ou não de liberdade processual após a vigência da nova lei.

Varas e delegacias foram escolhidas de forma aleatória: sortearam-se dez varas criminais, entre as 28 em funcionamento no Fórum da Capital, e cinco delegacias, entre aquelas que encaminham processos diretamente a esse fórum. No total, obtiveram-se 36 entrevistas, com roteiros específicos para cada tipo de profissional, distribuídas da seguinte maneira: dez juízes, dez promotores públicos, seis defensores públicos, cinco advogados particulares e cinco delegados de polícia.

Os dois blocos iniciais dos roteiros continham perguntas sobre furto e tráfico de drogas, com o propósito de entender como a liberdade ou prisão provisória era aplicada a esses dois delitos, um de menor potencial ofensivo e outro sujeito a penas maiores. No terceiro bloco havia questões mais gerais sobre a aplicação da Lei 12.403/2011 a qualquer tipo de crime. Para os delegados, contudo, as perguntas focalizaram mais detidamente a questão da fiança em sede policial.

Além das entrevistas, a equipe de pesquisa assistiu a dez audiências, uma em cada vara criminal sorteada, utilizando um protocolo de observação padronizado, que estipulava as informações básicas a coletar. A escolha das audiências também foi relativamente aleatória: chegando à vara criminal os pesquisadores observavam a sessão que se estava iniciando, independentemente do crime, do tipo de réu (solto ou preso) ou do tipo de defesa (pública ou particular) em questão.

2.1. Entrevistas

2.1.1. Juízes

NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, que adota o sistema acusatório, o juiz tem por atribuição não só decidir se o réu é culpado ou inocente como zelar pela legalidade do processo, mantendo postura equidistante tanto da acusação quanto da defesa. Esse alto grau de discricionariedade, ainda que essencial ao trabalho da Justiça, deixa margem na prática a decisões subjetivas, informadas mais por valores e inclinações pessoais dos magistrados do que por critérios de racionalidade e equidade. Fato, aliás, reconhecido pelos próprios juízes que a pesquisa entrevistou, no tocante à concessão ou não de liberdade processual e à aplicação ou não da Lei 12.403. Eis um exemplo:

Então, um juiz pode entender que naquela hipótese o réu deve permanecer preso. E, vem outro juiz naquela mesma situação e diz “eu acho que essa pessoa não deve permanecer presa, que poderia responder em liberdade esse processo”. É por isso que eu disse que envolve o subjetivismo, no sentido da apreciação daquela norma, de condições daquela pessoa ser encarcerada ou não, que muda dependendo da pessoa e como fundamenta. Eu posso não concordar com aqueles fundamentos, mas tem gente que vai concordar (Juiz 5)

Com efeito, alguns juízes afirmaram que já concediam liberdade provisória para acusados de furto antes da nova lei e que, portanto, esta nada alterou. Outros disseram ter passado a conceder o benefício com mais frequência porque agora se sentem legalmente amparados, chegando um deles a assegurar que a concessão de liberdade processual tornou-se praticamente automática nos casos de furto simples. Outros ainda declararam que, independentemente das prescrições da Lei 12.403, só conferem liberdade provisória para furto após analisar minuciosamente o histórico do réu, tendo em vista a garantia da “ordem pública” e o “bom andamento da instrução penal” – vale dizer, indeferem a liberdade quando há antecedentes criminais ou quando falta endereço e/ou prova de emprego fixo dos acusados.

Mas, se existe essa grande variação de posições no caso de furto, no de tráfico de drogas as posturas são quase unânimes: com ou sem a nova lei, a grande maioria dos juízes mantém em prisão os acusados desse tipo de crime. A justificativa é de que se trata de *crime hediondo*, para o qual está previsto o cumprimento inicial da pena em regime fechado,¹⁷ logo não faria sentido

¹⁷ Ver Art. 44 da Lei 11.343/2006.

conceder liberdade provisória aos acusados.¹⁸ Adiciona-se a isso o argumento de que, via de regra, o tráfico se associa a outros delitos, o que reforçaria a necessidade de manter os réus em prisão na etapa processual.

Mesmo reconhecendo a grande margem de ambiguidade deixada pela lei brasileira na diferenciação entre usuário e traficante, e mesmo admitindo a possibilidade de erros ou omissões na tipificação inicial do crime feita pela polícia, os magistrados não hesitam em aplicar a prisão provisória, que, como mostram os resultados quantitativos da pesquisa, continuou representando, na vigência da nova lei, 98% das primeiras medidas impostas aos acusados de tráfico (ver Capítulo 1). Em vez do *in dubio pro reo*, parece prevalecer amplamente, nesse caso, o arbitrário princípio *na dúvida, réu preso*:

“No meu juízo eles ficam presos. Aqui no meu juízo eles ficam presos. Até que a gente vá para a audiência e descubra o que realmente aconteceu na situação, eles ficam presos.” (Juiz 6)

“Como regra eu indefiro, porque é muito prematuro chegar um flagrante, por exemplo, com tráfico. Alguém foi autuado por um crime, foi tipificado como tráfico. Você não tem instrução nenhuma ali, você ainda não tem prova nenhuma, a instrução criminal nem começou, então já soltar, já dizer que não é tráfico, está cedo, está prematuro. Então como regra eu mantenho preso”. (Juiz 4)

“Então hoje em dia com essa modalidade, para você começar a separar quem é o traficante e quem é o usuário, fica muito complicado. Você tem que ir para a instrução, você tem que ouvir, as coisas começaram a se complicar, para provar quem é o traficante, quem é o usuário.” (Juiz 8)

Vários entrevistados mencionaram a mudança de tratamento dado ao tráfico de drogas em 2012, quando uma resolução do Senado Federal suspendeu da Lei 11.343/06 a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” (art. 33, § 4º), que foi declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.¹⁹ De acordo com alguns entrevistados, isso

¹⁸ Entretanto, como foi visto no capítulo quantitativo (Gráfico 11), cerca de 40% dos acusados de tráfico no segundo semestre de 2011 receberam, ao final do processo, uma sentença diferente da prisão em regime semiaberto ou fechado.

¹⁹ Habeas Corpus nº 97.256/RS, maio de 2012. A redação original do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 era: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

gerou certa mudança na postura dos juízes, fazendo com que o tráfico passasse a ser percebido como um crime menos grave, mas ainda assim não passível de liberdade processual.

Em suma, para boa parte dos magistrados ouvidos pela pesquisa, a Lei das Cautelares aumentou a concessão de liberdade provisória para os casos de furto, mas não alterou quase nada em relação ao tráfico de drogas – o que converge com os resultados obtidos no levantamento quantitativo. É importante sublinhar, contudo, que a visão dos entrevistados sobre a lei em questão não se ancora apenas em suas percepções sobre diferentes tipos de crimes. Deriva também da ideia de que essa lei introduziu uma série de alternativas à prisão provisória que o Judiciário não está aparelhado para fiscalizar, por exemplo, a medida de “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares” (Lei 12.403/2011, art. 319 II), que seria totalmente inócua dada a inviabilidade de monitorar se o réu a cumpre efetivamente. O diálogo a seguir ilustra bem essa posição:

Pesquisador: Vou fazer uma série de perguntas sobre a lei 12.403/2011 em relação a qualquer crime.

Entrevistado: Posso pegar a lei e jogar fora? Pronto, respondi todas as suas perguntas.

Pesquisador: [O sr.] acha que ela vem sendo aplicada na prática?

Entrevistado: Impossível aplicar a lei. (...) Porque simplesmente não implementaram as condições de aplicabilidade da lei, a não ser o comparecimento mensal. (...) Enquanto se fizer lei que cria alternativas e cria sistemas que não são implementados, nenhuma lei vai levar ninguém a lugar nenhum. É um tal de fingê que faz e fingê que obedece, que é uma coisa, uma bônção... (Juiz 5)

Provavelmente deriva daí o fato mostrado pela pesquisa quantitativa de que, entre as medidas alternativas à prisão utilizadas com mais frequência, estão o comparecimento e a fiança em juízo, cujo cumprimento é mais fácil de averiguar.

Segundo alguns entrevistados, mesmo com problemas, a nova lei teria trazido resultados positivos, como a separação entre criminosos de maior e de menor periculosidade, diminuindo o tempo de encarceramento dos que cometem delitos de baixo potencial ofensivo. E também a garantia de aplicação de acordos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, e da própria Constituição Federal de 1988, que estabelecem o princípio da presunção de inocência. Outros acreditam, no entanto, que o principal objetivo da lei foi reduzir a superlotação carcerária e desafogar o sistema penitenciário, o que, segundo eles, estaria “na contramão” do clamor da sociedade por mais ordem pública e menos impunidade. Na medida em que a prisão

seria socialmente percebida como a pena mais eficaz, por isolar o acusado e evitar que cometa novos crimes, a liberdade durante o processo, preconizada pela lei, só estaria contribuindo para aumentar a sensação de impunidade e leniência, especialmente em delitos que causam comoção pública e em que se cobram do Judiciário medidas efetivas contra os perpetradores.

Aparentemente, como sugerem as entrevistas, vários juízes compartilham a visão popular acerca da eficácia do encarceramento para a “paz social” e veem no espírito da Lei 12.403/2011 sobretudo um desserviço à “ordem pública”, muito embora reconheçam a dificuldade de definir de forma clara e precisa em que consistiria essa “ordem pública”, como se verá na seção 2.4, adiante.

2.1.2. Promotores

DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, cabendo-lhe, no processo penal, a função de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Nesse caso, deve verificar se há elementos para propor a ação, oferecendo a denúncia, e manifestar-se sobre o direito de o acusado responder ao processo em liberdade. Em matéria de aplicação da prisão provisória e das medidas cautelares, os promotores públicos desempenham, portanto, um papel muito relevante.

Via de regra, suas concepções sobre liberdade e prisão provisórias convergem com as dos juízes entrevistados. Foi possível notar, aliás, durante a observação de audiências, que magistrados e promotores geralmente mostram grande afinidade de posições, tendendo a concordar na maior parte do tempo, sem questionamentos de parte a parte. A neutralidade idealmente esperada dos juízes e sua independência em relação ao Ministério Público não parecem ser norma nas varas criminais do Rio de Janeiro; é comum, inclusive, nos processos, o magistrado simplesmente informar que “o ilustre representante do Ministério Público opinou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva”.

Para alguns dos promotores ouvidos, a Lei 12.403 aumentou o atendimento a pedidos de liberdade provisória em casos de furto sujeito a menos de quatro anos de reclusão, sendo “exceção” hoje em dia os processos com réu preso por furto simples.²⁰ Outros afirmam, contudo, que mesmo nesse caso, havendo reincidência ou falta de registro de emprego ou de moradia fixa, a tendência é manter o réu encarcerado durante o processo.

²⁰ Não é o que mostram os dados da pesquisa quantitativa: como se viu no Capítulo 1 deste trabalho, praticamente metade dos acusados de furto continuava recebendo como primeira medida a prisão processual.

Muitos entrevistados parecem profundamente convictos de que os acusados de tráfico de drogas devem mesmo permanecer reclusos enquanto aguardam julgamento. Tal como os juízes mencionados mais acima, alguns promotores argumentam que a liberdade provisória não se aplica a esse caso, por tratar-se de um crime hediondo, com repercussão social, que afeta a “ordem pública” e vem acompanhado, quase sempre, de outras condutas delitivas. Só em situações excepcionais, envolvendo uma “quantidade ínfima de droga” e sem evidências claras de ligação com facção criminosa, o réu deveria responder em liberdade ao processo.

Quanto aos efeitos da Lei 12.403 no funcionamento das varas criminais, não houve consenso entre os entrevistados. Alguns afirmaram que ela trouxe maior amparo legal para a concessão de liberdade provisória aos acusados por crimes mais leves, enquanto outros asseguraram que seu impacto tem sido muito limitado e que a única mudança significativa foi a necessidade de se fundamentar mais detalhadamente a negação da liberdade processual. Segundo esses promotores, portanto, o único resultado da nova lei foi dar-lhes “mais trabalho” para fazerem o que já faziam antes: manifestar-se pela permanência dos réus em prisão.

Como também já foi dito em relação aos juízes, há o reconhecimento de que a concessão ou não da liberdade provisória depende muito de critérios valorativos e ideológicos do operador do direito:

Tem um pessoal mais duro, que podia ser o pessoal chamado da lei e ordem, tem uma linha muito mais liberal que acha que o crime é um problema social e o criminoso é uma vítima da sociedade, e que a prisão não adianta para nada, que ele deve ser solto. Têm essas duas visões extremas e dentro dessas duas visões extremas há uma série de outras correntes que transitam ali. Basicamente é isso, a linha mais dura, lei e ordem, e a linha “solta todo mundo”. (Promotor 4)

Alguns entrevistados sublinharam a existência de casos dúbios, em que não há elementos suficientes para tipificar o crime, por exemplo, para saber se foi de roubo ou de furto. A tendência, nesses casos, é representar pela prisão provisória pois, segundo eles, a dúvida deve beneficiar a sociedade e não o réu. Tal inclinação para o polo “*in dubio pro societate*”, em detrimento do “*in dubio pro reo*”, não está presente apenas no discurso dos promotores, mas também no de outros operadores do direito ouvidos pela pesquisa. Parece prevalecer a ideia de que, se há algum potencial risco para a sociedade, deve-se optar pela prisão do réu. Isso não só contraria o princípio da presunção de inocência como amplifica extraordinariamente o grau de subjetividade das decisões: afinal, se não há elementos sequer para diferenciar um roubo de um furto, com base em quê serão avaliados os riscos que o réu oferece à sociedade?

No tocante às medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011, não há consenso acerca de qual seria a mais eficaz. Parte dos entrevistados apontou o comparecimento periódico em juízo, por garantir a “vinculação do réu ao processo”. Outros assinalaram a fiança em sede policial, com a ressalva, porém, de que essa medida costuma ser imposta a réus de baixo poder econômico, muitas vezes incapazes de arcar com o valor estipulado, o que implica sua permanência em prisão. Já as demais medidas cautelares previstas na lei foram consideradas totalmente ineficazes, dada a impossibilidade de fiscalizar o seu cumprimento. E, para uma parcela dos promotores ouvidos, a prisão provisória continua sendo o melhor meio de garantir a tramitação regular de um caso no Judiciário.

Tal como entre os juízes, há entre os agentes do Ministério Público uma forte convicção de que a Lei das Cautelares vai contra os anseios de proteção dos cidadãos, pois favorece a soltura de pessoas que, aos olhos da sociedade, deveriam ficar presas. Para eles, a população supostamente clama por uma atitude “mais firme” do Estado no combate à criminalidade, mas, em vez disso, criam-se mecanismos de garantias individuais que destoam das aspirações coletivas, e prejudicam a “ordem pública”, a “paz” e a “tranquilidade” social – termos cuja definição, contudo, os próprios agentes admitem ter dificuldade de precisar (ver seção 2.4).

2.1.3. Defensores públicos

RECENTEMENTE, EM 2011 E 2012, a Organização dos Estados Americanos (OEA) publicou duas resoluções recomendando aos estados-membros a adoção de modelos de defensoria pública como forma de promover o acesso à justiça. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 determina que todo acusado deva ser assistido por um advogado, público ou particular, no momento da prisão e já consagra a defensoria pública como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”, na defesa dos interesses de seus assistidos.²¹ Mas, apesar do que reza a legislação, 72% das comarcas do país ainda não tinham defensoria pública em 2013.²²

²¹ Além disso, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece que a defensoria estadual deve ser comunicada sobre a prisão no prazo máximo de 24 horas. Mas é comum, na comarca da capital do Rio de Janeiro, que, mesmo tomando conhecimento da prisão nesse prazo, a defensoria só entre em contato com o réu quando o processo já está em andamento e só solicite a liberdade provisória após 20 dias da prisão, conforme se viu na primeira pesquisa ARP/ CEsEC sobre presos provisórios, já referida anteriormente.

²² Mapa da Defensoria Pública no Brasil/2013. IPEA/ANADEP. [Disponível em <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnos estados>]. Vale ressaltar que a defensoria do Rio de Janeiro é a mais antiga do país, cobre mais de 90% das comarcas do estado e está bem provida de profissionais, dispondo atualmente de 796 defensores, 98% do número previsto, ao passo que em várias outras unidades da federação esse número fica bem abaixo do total de cargos existentes. A pesquisa IPEA/ANADEP mostra ser muito grande a perda de quadros nas defensorias, em função, sobretudo, dos salários baixos (inferiores ao de outras carreiras estatais na área jurídica) e das condições de trabalho ruins.

Pela própria natureza do seu trabalho, defensores costumam ser mais favoráveis do que juízes e promotores à concessão da liberdade processual. Vários dos defensores que a pesquisa entrevistou revelaram-se frustrados por constatar que ainda prevalece no Judiciário a perspectiva de que a prisão é regra, não exceção – o que, segundo eles, faz da liberdade provisória uma medida quase excepcional, subvertendo o princípio de presunção de inocência e ferindo garantias previstas na Constituição.

Nesse contexto, alguns defensores afirmaram que só entram com pedido de liberdade quando sabem que há alguma possibilidade de o juiz deferir-lo. Um deles chegou a admitir que cultiva credibilidade junto ao juiz e ao promotor formulando poucas solicitações e tentando com isso aumentar as chances de que sejam atendidas. Vários disseram evitar o pedido de liberdade provisória para flagrantes de drogas, salvo quando há fortes indícios de que o réu é usuário e não traficante. Compreende-se, assim, porque, mesmo na vigência da nova lei, 98% dos acusados de tráfico permanecem presos após o flagrante, como mostram os resultados da pesquisa quantitativa expostos no Capítulo 1: promotores e juízes estão convencidos de que não lhes devem conceder liberdade e os defensores públicos sequer a solicitam porque sabem que não serão atendidos, criando-se com isso um mecanismo quase automático de manutenção do encarceramento para esses réus.

Já nos casos de furto, os agentes da Defensoria percebem uma tendência bem mais liberal da parte dos promotores e magistrados:

“Não há nem a necessidade [de entrar com pedido], porque normalmente nesse tipo de crime a orientação da lei, e que tem sido cumprida aqui pelos promotores, tanto da vara criminal onde eu atuo, quanto das que eu tenho visto até hoje, é que eles sejam imediatamente soltos. Isto é, vem à prisão em flagrante, essa prisão em flagrante é levada ao conhecimento do promotor, e a orientação, se ele for primário e não tiver anotações na folha de antecedentes, isso no normal, ele não pede a conversão em preventiva. Então quando vem para nós, para a defesa, no dia a dia, ele já está solto”. (Defensor 3)

Mas, mesmo nesses casos, segundo os defensores, haveria dificuldades para conseguir a liberdade processual decorrentes do perfil socioeconômico da clientela, na maioria classificável como “hipossuficiente”, sem condições de arcar, por exemplo, com o pagamento de fiança. Para alguns entrevistados, isso reflete a realidade do sistema de justiça criminal brasileiro, que indicia, julga, condena e prende majoritariamente indivíduos pobres, moradores de favelas, com baixa escolaridade e sem emprego formal. Muitos réus, ademais, não apresentam os documentos

necessários à obtenção de liberdade provisória, dificultando a comprovação em juízo de residência, emprego fixo e vínculos familiares.

Embora a Lei 12.403/2011 tenda a ser vista pelos defensores como instrumento para efetivar os princípios da presunção de inocência e da prisão como exceção, um entrevistado sublinhou que ela apenas “chove no molhado”, pois reafirma princípios que há muito deveriam fazer parte da prática cotidiana do sistema de justiça criminal. Para esse agente, portanto, o que deve ser ressaltado não são propriamente os benefícios da nova lei e sim o absoluto descumprimento de garantias constitucionais, que as novas medidas só estariam buscando minimizar:

“Então assim, nesse sentido, em termos de teoria normativa, choveu no molhado, talvez não desse nem pra considerá-la norma, já que ela não estava inovando no sistema, ela estava concre... mais do que concretizar, porque... Não, tudo bem. Trouxe algumas regras específicas, né, mas ela veio pra reafirmar a Constituição, e isso só torna, no meu entendimento, mais grave o não cumprimento da lei...” (Defensor 2)

Ademais, prevalece entre os entrevistados a percepção de que a lei quase nada alterou nas práticas do Judiciário. Mesmo nos casos de furto, em que promotores e juízes dizem ter aumentado muito a concessão da liberdade provisória, os defensores não veem resultados tão evidentes e asseguram que a liberdade continua sendo indeferida em grande parte dos casos a pretexto da reincidência, da falta de documentos que comprovem moradia e emprego do réu, ou das supostas ameaças à “ordem pública”. O principal impacto da Lei 12.403 teria sido, então, a exigência de um maior “esforço argumentativo” do Ministério Público para fundamentar a manutenção dos réus em prisão – e não um efetivo avanço na aplicação das garantias constitucionais.

Nas poucas situações em que a liberdade provisória é concedida, geralmente o que substitui a prisão é o comparecimento periódico em juízo. Parte dos defensores entrevistados considera interessante o monitoramento eletrônico, mas afirma que as tornozeleiras só estão disponíveis no âmbito da execução penal, não no das varas criminais. Quanto às outras medidas cautelares previstas pela lei, a maioria converge com juízes e promotores em avaliar que são pouco ou nada eficazes, devido às enormes dificuldades de fiscalização.

Ao contrário daqueles, porém, os agentes da Defensoria tendem a rejeitar fortemente a ideia de que a “ordem pública” justifica a prisão provisória. Não só porque o termo carece de definição precisa, mas sobretudo porque a justificativa seria inconstitucional, um resquício da ditadura militar que continuaria até hoje servindo de fundamento à manutenção de pessoas presas, muitas vezes ilegalmente.

2.1.4. Advogados particulares

TODOS OS ADVOGADOS ENTREVISTADOS disseram que formulam quase sempre o pedido de liberdade provisória ou de habeas corpus, nem que seja para mostrar “produtividade” aos clientes – em contraste com os defensores públicos, que, como se viu, só apresentam a solicitação quando avaliam ter alguma chance de ser atendidos, levando em conta as características do acusado e/ou do tipo de crime em questão.

Mas os pedidos dos advogados não se amparam necessariamente na Lei 12.403/2011. Aliás, dos cinco advogados particulares que a pesquisa ouviu, só dois conheciam a lei e mesmo assim de forma superficial. Importa lembrar que esse tipo de profissional geralmente atua em diversas áreas do Direito, não apenas na criminal, e tende a lançar mão de leis mais gerais, como o Código Penal e o antigo Código de Processo Penal, desconhecendo as mais recentes e específicas, como a focalizada nesta pesquisa.

Informados das medidas cautelares cabíveis, os entrevistados reagiram de modo semelhante ao de juízes e promotores, considerando a maioria ineficaz, devido à dificuldade de fiscalização. Como disse um deles:

... não adianta criar um instituto bom, mas que não tem controle nenhum. Sabe que aquilo não tem controle, não vai decretar aquilo, porque decretar aquilo e não decretar é a mesma coisa. Controle nenhum. (Advogado 5)

A percepção desses advogados, convergindo com a dos defensores, é de que não houve nenhuma mudança significativa na atitude dos juízes em relação à liberdade provisória, nem mesmo nos casos de furto e muito menos nos de tráfico de drogas. A argumentação para negá-la seria a mesma nos dois casos: proteger a sociedade dos riscos que a conduta do réu pode ocasionar. Um entrevistado disse que, no início do processo, mesmo nos casos de furto, quase sempre é aplicado o *in dubio pro societate*, enquanto, no final, se ainda persistir dúvida, passa a prevalecer o *in dubio pro reo*. Por operar com essa lógica, portanto, dificilmente os juízes acatam pedidos de liberdade na etapa inicial – rotinizando uma prática que fere o princípio da presunção de inocência e viola garantias previstas na Constituição do país.

2.1.5. Delegados de polícia

COMO DETERMINA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, “incumbe à Polícia Civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”, sendo atribuição dos delegados de polícia presidir a lavratura do auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrar o valor da fiança

ao acusado. Com a Lei das Cautelares, como já mencionado, ampliou-se significativamente o espaço de atuação desses agentes, que agora podem determinar a fiança para os crimes com pena máxima de até quatro anos. Os dados do levantamento quantitativo, expostos no capítulo anterior, mostram, com efeito, que a fiança em sede policial foi uma das medidas cautelares cuja utilização mais cresceu nos seis meses após o advento da Lei 12.403.

Em geral, os delegados ouvidos pela pesquisa fizeram uma avaliação positiva da nova lei, principalmente pelo fato de ter ampliado muito a margem de ação da polícia. Como ressaltou um deles:

... houve uma abrangência maior em relação a isso, porque houve maior critério de discricionariedade do delegado em relação a isso. A possibilidade de o delegado ter que fazer justiça. Não cabe ao delegado fazer justiça, cabe à Justiça fazer justiça. Mas, eu entendo que como o caso vem primeiro na nossa mão, há sim necessidade, dentro da lei, de fazer justiça. E essa lei abrangeu maiores casos, podendo o delegado com critérios de discricionariedade maior, aplicar esse instituto para um número maior de delitos. (Delegado 5)

“Eu acho válida a fiança. Na verdade ela só ratifica aquilo que o direito penal mínimo preconiza” (Delegado 2)

“Eu acho interessante porque aumenta o critério de discricionariedade do delegado, abrange um pouco, muitas vezes a gente não tinha isso, tinha que trabalhar com a lei, a lei é rígida e nosso critério de discricionariedade foi diminuindo [com o] tempo” (Delegado 1)

Os entrevistados afirmam que a nova lei aumentou o número de fianças concedidas nas delegacias para casos de furto. Contrariando a percepção de outros operadores do direito antes mencionados, especialmente dos defensores públicos, garantem que a liberdade tornou-se praticamente regra para esse tipo de crime, sendo mais difícil, hoje, manter preso um indiciado por furto, mesmo quando não tem bons antecedentes. Mas, no caso do tráfico de drogas, ao qual a fiança não se aplica, os acusados continuariam privados da liberdade processual.

Há certa divergência entre os policiais quando avaliam o instrumento da fiança. Uns enxergam sobretudo a desvantagem de ele liberar indivíduos que deveriam ficar presos, enquanto outros enfatizam a vantagem da rápida obtenção de liberdade provisória para autores de crimes de bagatela.

Embora o valor da fiança seja fixado dentro de parâmetros legais, levando em conta o tipo de crime e o perfil econômico do indiciado, não há uma tabela detalhada que estipule os montantes aplicáveis a cada caso.²³ Estes tendem a variar de acordo com avaliações circunstanciais: se o delegado entender que o crime tem aspectos “reprováveis” – por exemplo, se foi cometido contra uma pessoa idosa –, aumentará o valor e se, ao contrário, considerar que, além de ser pobre, o indiciado cometeu um delito sem grande importância, fixará uma quantia mais baixa. Para crimes contra o patrimônio, os entrevistados disseram utilizar um critério adicional: o prejuízo econômico infligido à vítima. Mas, como eles próprios admitem, essas decisões são “intuitivas” e subjetivas, pois não há tempo nem meios de coletar informações minuciosas sobre o perfil do acusado, nem de analisar as circunstâncias e repercussões do delito.

Fazendo coro a alguns defensores ouvidos pela pesquisa, um dos policiais criticou a permanência do termo “ordem pública” na Lei 12.403/2011, como justificativa para manter a prisão provisória. Segundo ele, o legislador já havia falhado quando incluiu o termo no Código de Processo Penal e errou outra vez ao preservá-lo na nova legislação. Além de ser uma expressão vaga, de difícil definição, o recurso à justificativa da “ordem pública” garantiria um espaço muito amplo para a subjetividade dos agentes. Mas também houve quem considerasse válida a expressão, por sintonizar o operador do direito com a repercussão social do crime e permitir-lhe avaliar os riscos mais amplos da soltura do indiciado.

2.2. Audiências

UM DOS PROPÓSITOS DA OBSERVAÇÃO DE AUDIÊNCIAS foi verificar se a defesa formulava novo pedido de liberdade nos casos em que o réu ainda estivesse preso e se o contato do juiz com o réu contribuía ou não para que este obtivesse a liberdade. Outro objetivo foi o de analisar a dinâmica do ato processual e o comportamento dos operadores jurídicos. Como já dito, observaram-se dez audiências nas varas criminais da comarca do Rio de Janeiro, selecionadas aleatoriamente.

A legislação processual penal brasileira prevê, como regra, a realização de uma única sessão, denominada Audiência de Instrução e Julgamento. É nesse momento que a vítima, o réu e as testemunhas de acusação e defesa são ouvidos pelo juiz. Pela lei, é nesse momento também que as partes se manifestam e é proferida a sentença.

²³ A Lei das Cautelares estipula apenas que ela deve variar “de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos”. Redação dada pela Lei nº 12.403/2011 ao art. 325, I, do Código Processo Penal [Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm].

Entre as audiências observadas, porém, só uma se realizou em conformidade com a lei. Nos demais casos houve várias sessões, o que se deveu, em parte, ao fato os réus estarem respondendo a processo em liberdade. Vale ressaltar que os processos de réus presos costumam ser mais rápidos, uma vez que a realização de várias audiências pode caracterizar excesso de prazo, obrigando o juiz a colocá-los em liberdade.

De modo geral, as sessões observadas foram curtas, sendo o tempo médio de duração de 47 minutos. A maior delas, que se estendeu por mais de três horas, envolvia três réus, cada um com várias testemunhas de defesa. No quadro abaixo mostram-se as principais características das audiências que a pesquisa acompanhou diretamente:

Informações gerais sobre as audiências

Nº do caso	Duração	Quantidade de réus	Tipo de defesa	Crime	Artigo	Condição de réu
1	00:45:00	1	Defensor público e advogado particular	Estelionato	171 CP	Solto
2	01:00:00	1	Advogado particular	Tortura	Art. 1º II Lei 9455/97 n/f Art. 71 CP	Solto
3	00:25:00	1	Advogado particular	Furto qualificado	Art. 155 § 4º IV CP	Preso
4	00:20:00	1	Advogado particular	Denunciação caluniosa	Art. 339, CP	Solto
5	00:30:00	1	Advogado particular	Uso de documento falso	Art. 304 CP	Solto
6	00:40:00	1	Advogado particular	Ameaça e corrupção	Art. 333 e Art. 147	Preso
7	00:20:00	1	Defensor público	Homicídio na direção do veículo	Art. 302 § Único IV lei 9503/97	Solto
8	00:20:00	1	Advogado particular	Dano qualificado	Art. 163 CP	Solto
9	03:10:00	3	2 réus com advogado particular e um com defensor público	Tráfico de drogas e condutas afins. Associação para o tráfico e condutas afins. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito	Art. 33 Lei 11343/06. Art. 35 Lei 11343/06. Art. 12 Lei 10826. Art. 16 Lei 10826/03	2 presos e 1 solto
10	00:20:00	1	Advogado particular	Violação de domicílio. Lesão corporal decorrente de violência doméstica	Art. 150 e Art. 129 § 9º e/ou 11 CP	Solto

Normalmente, a concessão ou não de liberdade provisória é discutida nas fases preliminares do processo, logo após a prisão do réu, não durante a Audiência de Instrução e Julgamento. Mas, num dos três casos em que o réu estava preso, o juiz deixara de pronunciar-se anteriormente e por isso a questão voltou a ser abordada, embora só ao final da audiência, em conversa quase reservada entre o advogado e o juiz. Este indeferiu o pedido alegando que o réu tinha uma condenação prévia por roubo.

Tampouco houve debate sobre outras medidas cautelares. Mencionou-se apenas, no caso envolvendo três réus, que a única pessoa solta estava cumprindo medida de comparecimento mensal em cartório. Durante a audiência ficou claro que esse réu tivera menor envolvimento no caso e tanto o Ministério Público quanto o juiz deixaram transparecer que provavelmente, ao término do processo, ele seria absolvido.

O réu processado por furto qualificado (furtara cartões de banco e máquinas para pagamento com cartão) foi mantido preso – ao que tudo indica, mais pelo fato de ser estrangeiro e por temer-se que pudesse fugir do que propriamente pela gravidade do delito. Já o acusado de tortura permaneceu em liberdade durante o processo, mesmo tendo praticado o crime contra seus próprios filhos menores de idade – o que configura sério agravante, de acordo com a Lei da Tortura (9.455/1997).²⁴

No caso de tráfico de drogas, um dos advogados particulares mencionou que entraria com pedido de habeas corpus porque seu cliente estava preso havia mais de oito meses. Segundo informou o juiz, porém, esse pedido seria inútil, pois o tribunal não costumava conceder habeas corpus para tráfico de drogas. O defensor que atendia a outro réu envolvido no mesmo caso solicitou relaxamento da prisão para o seu cliente, alegando, também, que ele estava preso havia muito tempo e acrescentando que não preenchia os requisitos para a manutenção da prisão provisória (era primário, tinha endereço comprovado etc.). Alegou, além disso, que a pena promulgada para o réu provavelmente seria de regime aberto ou de restrição de direitos, o que tornava a prisão cautelar mais gravosa que a possível decisão do juiz ao término do processo. Valendo-se do mesmo argumento, o advogado do outro réu preso entrou com idêntico pedido para seu cliente e ambos obtiveram parecer positivo do Ministério Público em favor do relaxamento da prisão pelo excesso de prazo da instrução criminal, sendo a solicitação finalmente deferida pelo juiz. Este se mostrou sensibilizado, durante a audiência, com o fato de os dois réus terem ficado presos por

²⁴ Pela Lei 9.455/1997, a pena para tortura aumenta de um sexto até um terço se o crime for cometido contra criança (Art. 1º § 4º); trata-se de crime inafiançável, que deve ser cumprido em regime inicialmente fechado (Art. 1º § 7º); se envolver violência doméstica e familiar, admite-se prisão preventiva, a fim de que sejam garantidas as medidas protetoras de urgência (Art. 313 III).

tantos meses, sem que sua situação jurídica se definisse e, depois de conceder o relaxamento de prisão, fez questão de dizer-lhes que haviam “dado sorte”, por não terem enfrentado um juiz mais “duro”, que os deixaria presos durante todo o processo.

O que mais chamou atenção no acompanhamento das audiências foi, primeiro, a quase ausência de menções a medidas cautelares, considerando que a maioria dos réus respondia a processo em liberdade. Vale notar que, no caso com dois acusados presos, o que levou promotor e juiz a concederem o relaxamento de prisão foi o absurdo excesso de duração da prisão provisória, e não alguma consideração sobre a nova lei ou sobre direito à liberdade processual.

Em segundo lugar, as sessões presenciadas ilustraram bem a vigência de avaliações subjetivas e seletivas, não declaradas nas decisões judiciais, mas reveladas, como se viu, nas entrevistas com alguns operadores. O fato de um réu incurso, com sério agravante, na Lei da Tortura responder a processo em liberdade, enquanto um acusado de furto permanecia em prisão provisória, mostra que não é necessariamente a gravidade do crime o critério de escolha entre as duas possibilidades.

2.3. Decisões judiciais

DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, toda decisão judicial tem de ser fundamentada, inclusive a que converte prisão em flagrante em prisão provisória, devendo o magistrado apontar claramente os motivos para manter o acusado privado ou não de liberdade durante o processo. Na tentativa de entender por que a Justiça fluminense ainda prefere manter os réus presos na etapa processual, mesmo na vigência da Lei das Cautelares, analisou-se a argumentação de cerca de 800 decisões referentes ao período coberto pela pesquisa. Deu-se prioridade a processos iniciados no segundo semestre de 2011, não só porque os do primeiro semestre já haviam sido analisados no projeto anterior da ARP,²⁵ mas também para procurar identificar possíveis efeitos da nova lei no tipo de argumentação utilizada para conceder ou negar a liberdade processual.

Comprova-se a partir dessa análise a impressão de juízes, promotores e defensores de que um dos impactos da Lei 12.403 foi estimular fundamentações mais detalhadas para a imposição da prisão preventiva. Antes dela, prevaleciam justificativas “de etiqueta”, com poucas linhas, adaptáveis a uma vasta gama de situações. Depois dela, promotores e magistrados parecem ter-se sentido na obrigação de explicar melhor as razões da sua opção pela prisão provisória, já

²⁵ *Atendimento jurídico a presos provisórios no Rio de Janeiro, 2010-2011* <<http://www.ucamcesec.com.br/projeto/atendimento-juridico-a-presos-provisorios-no-rio-de-janeiro>>.

que passaram a dispor de um leque muito maior de medidas a indicar e aplicar. Como afirmou um promotor já citado, agora dá “mais trabalho” justificar a prisão processual do que antes da vigência da lei.

Eis alguns trechos de decisões judiciais relativas a flagrantes de tráfico de drogas:

“... Trata-se ademais do grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo evidente que a soltura ensejaria eventual prejuízo à apuração dos fatos e, em última análise, à própria realização da Justiça, pelo que a custódia é imperiosa também pela ótica da garantia da instrução criminal. Note-se que está guardada a proporcionalidade (homogeneidade) dessa prisão diante da gravidade da conduta praticada pelo indiciado, sendo certo que o decreto de prisão evitará que o mesmo se mantenha ativo na prática do crime...” (Processo 0209489-89.2011.8.19.0001)

“... ninguém discorda que o tráfico de drogas acarreta consequências sociais gravíssimas, como a violência, a corrupção e a marginalidade, atingindo desde crianças até idosos de todas as faixas sociais...” (Processo 0366467-94.2011.8.19.0001)

Não são raros, porém, os casos em que o juiz simplesmente resume o fato e remete o leitor à manifestação do Ministério Público – num processo de “terceirização” da decisão exemplificado pela passagem a seguir:

“Acolho os procedentes fundamentos expostos na promoção do d. Ministério Público, reportando-me aos mesmos e adotando-os como razão de decidir, deixando de repeti-los sob pena de redundância...” (Processo 0284033-48.2011.8.19.0001)

Tanto promotores como juízes justificam frequentemente o recurso à prisão como necessário à “garantia da ordem pública” – argumento que aparece até mesmo em casos de baixíssima gravidade, como tentativa de furto. Também é comum invocarem a gravidade abstrata do delito e, mais ainda, os já mencionados argumentos da falta de documentação comprovadora de residência fixa e trabalho, ou da existência de antecedentes criminais – todos eles, como também já dito, em desacordo com os princípios da presunção de inocência e do ônus da prova para quem acusa.

A condição social dos réus certamente, e por vezes explicitamente, pesa nas justificativas para acolher ou negar o pedido de liberdade processual, como ilustram os seguintes trechos de decisões judiciais:

“O órgão do Ministério Público, em sua douta promoção, entendeu com muita propriedade pela desnecessidade de se manter custodiado o indiciado, uma vez que o mesmo possui residência fixa, não possui antecedentes criminais, não existindo qualquer risco para a instrução e aplicação da lei penal, [n]a sua liberação. A despeito da reprovabilidade da conduta do indiciado, a toda evidência mostram-se ausentes os pressupostos que acenam para a necessidade de manutenção da prisão, elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal, mormente quando esta viria a representar, para o indiciado de pouca periculosidade, o convívio desumano com a superpopulação carcerária, inegável e triste realidade.” (Processo 0280611-65.2011.8.19.0001)

“Assim, diante da atual situação fática não se encontram presentes os requisitos que justificavam a prisão cautelar. Ressalto que a ré possui o terceiro grau completo e profissão definida – diga-se arquiteta – conforme afirmado pela nobre Defesa às fls. 55. Ademais, de acordo com o RO, mais precisamente às fls. 08, quando da prisão em flagrante, a res furtiva foi encontrada dentro do carro da denunciada, um Fiat Palio Flex 2007, o que demonstra as condições econômicas favoráveis da acusada...” (Processo 0116209-64.2011.8.19.0001)

Não parece haver, porém, a mesma sensibilidade para a “triste realidade” do sistema carcerário brasileiro diante um réu pobre e desvalido, ou seja, frente à grande maioria das pessoas presas em flagrante, mesmo quando se pode prever que não receberão pena de prisão ao final do processo. Noutras palavras, a aplicação da prisão processual parece ter um caráter fortemente seletivo e não tende a ser percebida como “desumanidade”, violação de direitos nem antecipação da pena quando se trata de réus menos favorecidos social e economicamente.

Embora, por lei, a existência de antecedentes criminais não cancele o direito à liberdade processual, esse é outro argumento amiúde invocado como prova da “periculosidade” do réu, independentemente da natureza do crime atual cometido. Em algumas decisões judiciais, felizmente minoritárias, isso chega a ser tratado com ironia ou deboche, evidenciando posturas pouco adequadas à dignidade profissional e ao exercício da magistratura numa sociedade democrática. Por exemplo:

“País imediatista. Diante desta visão do Supremo – suicida social – afirmo que a culpabilidade de [nome da ré] – que tem antecedentes – rotulado agora de meras anotações – ficha limpa – passaram-lhe Vanish (o alvejante furtado?) na ótica da Corte Suprema. Donas de casa sabem que quando veem uma barata, um ratinho sequer,

tem que correr para a dedetizar a casa. Onde há um, há dezenas, mas aqui se tem que esperar o trânsito em julgado após as marchas e contramarchas para ser declarado ratazana.” (Processo 0315025-89.2011.8.19.0001)

“Entendido, pois, que do conjunto probatório resta que, tendo oportunidade de ficar em silêncio – livre e conscientemente, optaram por mentir, devendo merecer juízo de desvalor esta mentira. Adotar a tese de que o réu tem direito de mentir, [não] só significa romper o sistema como descaber aos pais, mestres e adultos de ensinar que não se deve mentir. Não há juiz do 1º grau que aguento mais ouvir sessão Pinocchio ou sessão papagaio de ouro. Não é preciso qualquer novo dispositivo – basta haver hermenêutica sistêmica. Chega a ser leitura de lógica elementar” (Processo 0114000-25.2011.8.19.0001)

2.4. “Garantia da ordem pública”, criminalização da pobreza e demonização das drogas

ANTES DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL instituída pela Lei 12.403, a principal crítica à decretação da prisão provisória formulada pelos doutrinadores²⁶ referia-se à privação de liberdade dos acusados durante o processo com o fundamento da “garantia da ordem pública”. Argumentava-se que o caráter demasiado amplo e abstrato desse conceito feria o “princípio da legalidade”, segundo o qual toda norma causadora de restrição da liberdade deve ter um conteúdo claro e preciso.

Ao contrário do que seria de esperar, a Lei das Cautelares não resolveu essa contradição, pois manteve a “garantia da ordem pública” como possível justificativa para a prisão provisória, sem esclarecer minimamente o significado do termo. Diz ela apenas que:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (Redação dada pela Lei nº 12.403/2011 ao artigo 312 do CPP).

²⁶ Ver, por exemplo, LOPES JR., Aury. *Processo Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva, 10ª Edição, 2013.

Deixou-se intacta, portanto, a brecha para que promotores e magistrados continuem invocando essa “garantia” para fundamentar a manutenção dos réus em prisão cautelar. Na tentativa de entender que significados os operadores do direito fluminenses davam a essa expressão, tão recorrente em suas decisões judiciais, perguntou-se diretamente aos entrevistados como a definiriam. As respostas foram invariavelmente vagas, evasivas e subjetivas, como nos exemplos abaixo, e por vezes admitiram abertamente a impossibilidade de uma definição precisa e consensual:

“Essa garantia de ordem pública, já falei, é muito discutida. Cada um tem uma visão sobre ordem pública” (Juiz 7)

“A sensação de tranquilidade, de paz. Ordem pública é isso, é tranquilidade, é paz, é sossego, ainda que você admita alguns crimes pequenos, menor potencial, isso aí não abala a ordem pública. Por que não abala a ordem pública? Porque não abala a tranquilidade das pessoas.” (Juiz 3)

“Se eu te disser como eu defino é um negócio, porque ninguém define, é uma das coisas mais discutidas, o que é ordem pública?” (Promotor 1)

“Garantia da ordem pública eu defino como tranquilidade da sociedade, a paz social, a paz da comunidade” (Promotor 4)

“A garantia da ordem pública é você ter certeza de que a pessoa solta não vai se evadir do distrito da culpa, ele não vai interferir com as testemunhas, tudo isso é que leva ao pedido da preventiva.” (Delegado 1)

Para alguns dos defensores ouvidos, trata-se tão somente de um resquício do período autoritário, que facilita contornar as garantias constitucionais e manter presos os acusados durante o processo:

“... o que é que é a ordem pública? Pra começar, essa é uma expressão da ditadura; a garantia da ordem pública é prima-irmã da prisão por comportamento suspeito, assim, são filhotes da ditadura.” (Defensor público 4)

Seja como for, a imprecisão do termo parece ter sua funcionalidade, pois permite aumentar o leque de justificativas para privar os réus do direito à liberdade processual mesmo quando facultada por lei e mesmo diante de provas inexistentes, falhas ou ilegais. E preserva também o largo espaço de aplicação seletiva da lei segundo o perfil socioeconômico dos acusados,

característica do sistema judiciário brasileiro desde o período colonial, quando indicadores de “respeitabilidade” social (riqueza, propriedade, moradia fixa, ocupação “honrada”) isentavam o réu de tratamento “cruel e degradante”, independentemente da gravidade do crime que tivesse cometido. Como diz o historiador Ronald Raminelli, “Num ambiente em que todos sempre foram desiguais perante a lei, a desigualdade não é problema. É tradição.”²⁷

Percebe-se, com efeito, um forte nexos entre o argumento da “garantia da ordem pública” e o julgamento da “qualidade” socioeconômica e moral do acusado, ou, em outras palavras, entre a imputação de “periculosidade” ao réu e a insuficiência dos “atestados de respeitabilidade” que poderiam livrá-lo das condições desumanas da prisão, sem supostamente perturbar a “tranquilidade pública”. Tanto os bons antecedentes quanto a exigência de provas de residência e emprego como requisitos quase obrigatórios para a concessão da liberdade processual funcionam, assim, ao arpejo da Constituição, como instrumentos de seletividade na administração da justiça e, conseqüentemente, de criminalização da pobreza.

Outra fonte do frequente recurso à “garantia da ordem pública” como justificativa para a prisão provisória reside na já mencionada demonização do tráfico de drogas, definido legalmente como “crime hediondo”, visto por promotores e juizes como responsável por uma verdadeira “guerra civil” no país e alçado pela mídia, por políticos e por boa parte da população à categoria de inimigo público número um.²⁸

Como se viu mais acima, é ínfima a proporção de flagrantes tipificados como tráfico que resultam em liberdade processual, inferior até à verificada entre os casos de homicídio doloso. Também já se mencionou que os próprios juizes muitas vezes têm dúvida quanto à pertinência da tipificação ou mesmo à legalidade da prisão efetuada pela polícia sob o rótulo de tráfico de drogas, o que não impede que decretam automaticamente a prisão provisória, atribuindo presunção de veracidade aos Autos de Flagrante e deixando qualquer eventual esclarecimento dos fatos para etapas posteriores do processo. Foi ressaltado ainda que, não só pela classificação genérica do crime como “hediondo”, mas também pela frequente ausência de testemunhas além dos próprios policiais responsáveis pela prisão, há grande chance de o rótulo inicial ser mantido e de o réu continuar encarcerado após a sentença.

²⁷ Raízes da impunidade. *Revista de História*, nº 37, outubro de 2008. [Disponível em <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/raizes-da-impunidade>]

²⁸ Sobre a visão da população carioca a respeito das drogas e do tráfico, ver a recente pesquisa do CEsEC, também apoiada pela Open Society Foundations e coordenada por Julita Lemgruber, *Attitudes toward decriminalizing and regulating drugs*. Rio de Janeiro, CEsEC, agosto de 2013. [Disponível em breve no site institucional do Centro: www.ucamcesec.com.br]

Não à toa, o tráfico é o tipo de delito que mais tem contribuído para o aumento da população carcerária no Brasil e em outros países da América Latina:²⁹ aqui, o número de presos por tráfico triplicou em apenas cinco anos (2005-2010) e hoje representa quase ¼ do total de presos provisórios e condenados existentes no país.³⁰ Além da inclusão desse delito, em 1990, no rol dos crimes hediondos, regidos por legislação à parte (Lei 8.072), a Lei 11.343, promulgada em 2006, aumentou de 3 para 5 anos a pena mínima para tráfico de drogas, saturando ainda mais as cadeias com acusados desse tipo de crime.

É explícita na fala de alguns juízes e promotores entrevistados, como se viu mais acima, a associação genérica entre acusação de tráfico e necessidade de manter o réu preso durante o processo em nome da “garantia da ordem pública” e da “paz social”, como se toda e qualquer pessoa acusada de traficar drogas representasse inquestionavelmente um grande perigo para a sociedade. Pesquisas mostram, no entanto, que o perfil da grande maioria das pessoas presas por tráfico no Brasil corresponde muito pouco à imagem aterradora do traficante que predomina no imaginário social: um ser perigoso, violento, fortemente armado e vinculado a poderosíssimas facções criminosas. Analisando mais de mil sentenças judiciais consultadas no Rio de Janeiro e em Brasília, de outubro de 2006 a maio de 2008, o trabalho de Luciana Boiteaux revelou, por exemplo, que, entre os presos acusados de tráfico de drogas nessas duas cidades, 84% eram réus primários, 65% não tinham nenhum vínculo com organizações criminosas, 60% eram o único réu do processo e só 14% portavam arma no momento da prisão.³¹

Ao ignorar essas evidências e ao permear as decisões do Judiciário, a identificação genérica do tráfico e dos seus autores com o “mal” que assola a sociedade constitui-se hoje numa das barreiras mais fortes à democratização do acesso à justiça no Brasil.

²⁹ Cf. *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Washington Office on Latin America, 2010.

³⁰ São cerca de 125 mil presos por tráfico num total de aproximadamente 515 mil. Cf. Direito Direto, *O Brasil atrás das grades*. [Disponível em http://www.direitodireto.com/wp-content/uploads/2012/11/Brasil_atras_das_grades.png]

³¹ Cf. BOITEUX, Luciana. *Tráfico de Drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. [Disponível em <http://www.bancodeinjusticias.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o1.pdf>]

Conclusão

NO PLANO NORMATIVO, o Estado democrático de direito estrutura-se a partir de leis que devem estar obrigatoriamente alinhadas aos princípios constitucionais. A observância desse arcabouço legislativo é de extrema relevância, também, na área criminal, em que as leis penais e as garantias constitucionais representam os limites à intervenção do Estado no momento de processar e julgar uma pessoa acusada de algum delito.

Cabe aos profissionais envolvidos no julgamento do réu – juízes, promotores e defensores – verificar se as leis estão sendo cumpridas, tanto para resguardar os direitos da vítima quanto para garantir ao acusado um julgamento pautado pela legalidade, pois seria contraditório punir um indivíduo por desrespeitar a lei e julgá-lo de maneira arbitrária, violando a legislação vigente. Ademais, o princípio da presunção de inocência, enquanto garantia constitucional, obriga a que se trate o réu como possível inocente até que se tenha o trânsito em julgado da decisão, reservando a prisão para casos excepcionais.

A pesquisa apresentada neste trabalho mostrou, contudo, que ainda é muito grande a distância entre a teoria e a realidade, tendendo as decisões judiciais a pautar-se por uma lógica seletiva que deita raízes numa longa tradição de tratamento desigual perante a lei e que com frequência prevalece sobre a democracia legalmente desenhada pela Constituição de 1988. Soma-se a isso a crescente preocupação com a *eficiência* da Justiça, ou seja, com a tramitação e a conclusão mais rápidas dos processos, mesmo ao preço de atropelar direitos e garantias constitucionais dos acusados, como exemplifica o uso generalizado da prisão preventiva para assegurar maior celeridade das ações judiciais.

O objetivo desta segunda incursão da ARP/CESeC, com apoio da Open Society Foundations, no tema dos presos provisórios foi verificar se a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, ampliando sobremaneira as alternativas ao encarceramento durante o processo, contribuiu para alterar esse quadro e estimular o recurso a medidas cautelares que não implicam privação de liberdade do réu. Comparando os seis meses anteriores e os seis posteriores ao início da vigência da lei, observou-se que, pelo menos num horizonte imediato e no agregado dos casos, incluindo todos os tipos de crimes, os impactos foram bastante reduzidos, com uma queda de apenas

11,2 pontos percentuais (de 83,5 para 72,3%) na proporção de casos em que a primeira decisão do juiz após o Auto de Flagrante foi decretar a prisão provisória. Por outro lado, quando se desagregam as medidas impostas segundo os vários tipos de crimes, notam-se avanços no tratamento dado aos delitos de menor potencial ofensivo, como os crimes não-violentos contra o patrimônio (furto simples, receptação, estelionato) e os de falsificação de sinal de fiscalização alfandegária e violação de direito autoral, para os quais o recurso à prisão preventiva diminuiu sensivelmente com a entrada em vigor da nova lei. Entre as medidas que mais cresceram como alternativas à prisão está a fiança arbitrada por delegados em sede policial.

Apesar desses avanços, cerca de metade dos acusados de furto, receptação e estelionato seguiu recebendo como primeira medida cautelar a prisão provisória, mesmo após a entrada em vigor da Lei 12.403. E praticamente nenhum impacto teve essa lei sobre as acusações de roubo, homicídio, tráfico de drogas e porte ilegal de arma, às quais se continuou aplicando a prisão preventiva em mais de 90% dos casos, não obstante a legislação admitir a possibilidade de fiança e de outros tipos de medida cautelar para alguns desses crimes mais graves.

A pesquisa qualitativa, ouvindo diversos operadores do direito e examinando várias decisões judiciais, permitiu entender melhor os mecanismos por trás dos resultados quantitativos obtidos. Vale destacar aqui três aspectos mais relevantes. Primeiro, a exigência de documentos comprobatórios de residência, emprego e primariedade dos réus, que, além de ferirem os princípios básicos da presunção de inocência e do ônus da prova, servem de instrumento para a aplicação seletiva da lei, funcionando como atestados de “respeitabilidade” social e moral capazes de isentar da prisão os acusados de melhor condição socioeconômica e manter na cadeia os mais pobres e desvalidos.

Em segundo lugar, a identificação do tráfico de drogas ao “mal” genérico e seus autores a uma grande ameaça social, que torna automática a decretação de prisão preventiva nos casos assim tipificados, não importa quão falhas sejam as evidências, nem quão difícil seja traçar a fronteira entre traficante e usuário a partir da legislação de drogas vigente no Brasil. Trata-se de um rolo compressor tão forte que os próprios defensores públicos, mesmo discordando desse procedimento, preferem nem entrar com pedidos de liberdade para acusados de tráfico, pois sabem que não serão atendidos; evitam, com isso, “gastar” sua credibilidade junto aos promotores e juízes, reservando-a para os casos em que têm alguma chance de obter sucesso. A mesma lógica de custo-benefício é adotada, aliás, pelos defensores públicos em relação aos acusados sem documentos comprobatórios de endereço e emprego.

O terceiro mecanismo que merece destaque e que interconecta os outros dois é a permanência da “garantia da ordem pública” como justificativa para a decretação de prisão provisória.

Incidental ou propositalmente vago, esse termo fornece um guarda-chuva sob o qual se abrigam decisões arbitrárias, subjetivas, socialmente enviesadas e legalmente questionáveis. Abriga-se também aí a noção de que, na dúvida, o benefício não deve pender para o réu, mas para o que se imagina ser necessário à defesa da sociedade. A própria Lei 12.403, ao manter o termo “garantia da ordem pública” sem precisar minimamente sua definição, contribui, assim, para reduzir o impacto dos avanços que introduziu, deixando aberta a brecha para o uso abusivo e “justiceiro” da prisão provisória. Outro fator que atua na mesma direção é a forte afinidade, por vezes quase simbiótica, entre promotores e juízes, perceptível nas entrevistas, observações de audiências e leitura de decisões judiciais feitas durante a pesquisa. Geralmente irmanados na defesa da “ordem” e na manutenção da prisão preventiva, os agentes do Judiciário e do Ministério Público contrariam dessa forma o princípio de independência entre os dois órgãos, capaz de possibilitar ao primeiro um julgamento isento e ao segundo o efetivo desempenho do papel de “fiscal da lei”.

Cabe mencionar ainda a existência de certo descrédito em relação à Lei das Cautelares por parte de alguns operadores ouvidos. Uma das críticas refere-se à dificuldade de fiscalização, com a infraestrutura atualmente disponível no sistema judiciário, da maioria das medidas previstas, o que tornaria inviável aplicá-las, sob risco de fuga dos réus e de prescrição dos processos. Curiosamente, porém, verificou-se na pesquisa quantitativa um pequeno aumento do recurso a tais medidas supostamente “inviáveis” após a entrada em vigor da nova lei, constatando-se também uma proporção muito pequena de réus revéis nos casos de medidas cautelares diversas da prisão em que se pôde acompanhar o processo até o desfecho. Outra crítica alega que o real objetivo da Lei 12.403 foi reduzir a superlotação carcerária, objetivo esse que alguns operadores de direito acreditam estar totalmente na contramão dos anseios da sociedade, a qual supostamente reclamaria do Estado mais dureza com o crime e, por conseguinte, mais prisão para os criminosos.



Em suma, a entrada em vigor da Lei 12.403/2011 longe esteve de causar a soltura imediata de “dezenas de milhares” de presos provisórios, como foi alardeado pela imprensa na ocasião. Mas pode ter delineado alguns avanços, mesmo pequenos, contra a cultura conservadora e elitista que ainda predomina largamente no sistema de justiça criminal fluminense e que vê na prisão provisória a mais eficaz das medidas para garantir não só o bom andamento do processo, como a “ordem pública” e a “paz social”. Se há de fato uma tendência ao arejamento e se ela continuou ampliando, depois de dezembro de 2011, o recurso a medidas cautelares não privativas da liberdade é algo que só novas pesquisas permitirão verificar.

“A grande virtude do trabalho de pesquisa apresentado pela ARP e pelo CESeC é conseguir colocar uma lente de aumento no quadro referente às prisões cautelares, com acurada análise em termos quantitativos e qualitativos sobre prisionalização, de forma científica, para que todos possam ter clareza do que está acontecendo no mundo das prisões, da lei e do sistema de justiça e, assim, apropriar-se de melhores elementos para mudar o rumo desta história.

A grande marca do poder punitivo no Brasil se revela pelo excessivo encarceramento provisório. O projeto realizado pelas entidades mencionadas indica que no Rio de Janeiro os presos provisórios são da ordem de 40% da população carcerária. Quase metade!....

...Debruçar-se sobre estas perguntas está a exigir o pleno conhecimento do que o CESeC e a ARP produziram com esta pesquisa, que nos brindam com o apoio da Open Society.

Os resultados certamente permitirão pensar possíveis caminhos para a superação do quadro dantesco, que desagua em cada cela, em cada canto das penitenciárias e cadeias deste Brasil, em cada ser humano que nela está encarcerado.”

Kenarik Boujikian

*Magistrada do Tribunal de Justiça de São Paulo,
presidenta e co-fundadora da Associação Juízes para a Democracia*

