

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Fabiana Costa Oliveira Barreto

FLAGRANTE E PRISÃO PROVISÓRIA EM CASOS DE FURTO:

DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À ANTECIPAÇÃO DE PENA



IBCCRIM

SÃO PAULO
2007



4557

IBCCRIM
monografia

© Desta edição – IBCCRIM

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 3215-8350 – Fax: (11) 3262-4729

Capa: Lili Lungarezi – lililungarezi@uol.com.br

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

Barreto, Fabiana Costa Oliveira

Flagrante e prisão provisória em casos de furto : da presunção de inocência à antecipação de pena / Fabiana Costa Oliveira Barreto. - São Paulo : IBCCRIM, 2007.

Bibliografia

1. Furto - Brasil. 2. Flagrante delito - Brasil. 3. Presunção de inocência - Brasil. 4. Prisão provisória - Brasil. 5. Pena (Direito) - Brasil. I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

07-2898.

CDU: 343.711(81)

ISBN 978-85-99216-12-5

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2.º andar

CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 4.300 exs.

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

2007

IBCCRIM – Diretoria para o biênio 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente

Alberto Silva Franco

1.º Vice-Presidente

Sérgio Mazina Martins

2.º Vice-Presidente

Theodomiro Dias Neto

1.º Secretário

Carlos Alberto Pires Mendes

2.º Secretário

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1.º Tesoureiro

Ivan Martins Motta

2.º Tesoureira

Sílvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Mauricio Zanoide de Moraes e Tatiana Viggiani Bicudo

Comissões especiais – Presidentes

Código Penal

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios

André Augusto Mendes Machado

História

Roberto Mauricio Genofre

Justiça e Segurança

Renato Campos Pinto de Vito

Melo Ambiente

Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates

Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias

Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência

Rui Stoco

Política Nacional de Drogas

Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional

Alessandra Teixeira

Seminário Internacional

Carlos Vico Mañas

Coordenadores – chefes dos Departamentos

Biblioteca

Sergio Salomão Shecara

Boletim

Carina Quito

Cursos

Cristiano Ávila Maronna

Comunicações

Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos

Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica

Camila Akemi Perruso

Internet

Heloísa Estelita

Núcleo de Pesquisas

Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação

Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM Junto ao Olapoc

Flávia D'Urso, Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriça

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Juliana Garcia Belioque

Coordenadores Regionais

1.ª Região (Amapá, Maranhão e Pará)

João Guilherme Lages Mendes

2.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima)

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3.ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4.ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas)

Oswaldo Trigueiro Filho

5.ª Região (Bahia e Sergipe)

Wellington César Lima e Silva

6.ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

Marcio Barandier

7.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)

Pierpaolo Bottini

8.ª Região (Minas Gerais)

Felipe Martins Pinto

9.ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia)

Francisco Afonso Jawsniker

10.ª Região (São Paulo)

Ricardo Guinalz

11.ª Região (Paraná)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)

Rafael Braude Canterji

Comissão de Monografias Jurídicas – 2007

monografia@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Presidente: Andrei Koerner

Membros da Comissão de Monografias

Ana Lúcia Pontes Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Cláudio do Prado Amaral

Davi de Paiva Costa Tangerino

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Flávia Schilling

Flávio Américo Frassetto

José Henrique Rodrigues Torres

Maira Rocha Machado

Wânia Pinato Izumino

Tadeu Antonio Dix Silva

11.º Concurso de Monografias Jurídicas – 2007

Presidente: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Membros da Comissão do Concurso de Monografias

Adauto Alonso Suannes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Alvaro Augusto de Sá, Enaida Gonçalves de Macedo Haddad, Flávia D'Urso, Luciano Anderson de Souza, Maria Elizabeth Queijo, Sergio Salomão Shecara, Vitor André Zillo Maximiano

Suplentes

Andrei Koerner, Angélica de Maria Mello de Almeida, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Flávio Augusto Fontes de Lima, Maurides de Melo Ribeiro, Roberto Mauricio Genofre, Tadeu Antonio Dix Silva

Dedico este trabalho ao Alexandre, por
nosso amor e por sua fundamental
importância para a concretização
de todas as fases desta pesquisa.
Ao meu pai, exemplo de humanidade.
À memória de minha mãe, que desde
cedo me fez refletir sobre os efeitos
e propósitos das instituições totais.

“Acreditamos ser possível reduzir os níveis de
violência, salvar muitas vidas humanas, evitar
muita dor inútil, e, finalmente, fazer o sistema
penal desaparecer um dia, substituindo-o por
mecanismos reais e efetivos
de solução de conflitos.”

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

AGRADECIMENTOS ■

O desenvolvimento desta pesquisa apenas foi possível em razão do incansável trabalho da equipe que me acompanhou durante todas as suas etapas. Por isso, meus agradecimentos especiais se dirigem ao estatístico René Raupp, pela cuidadosa orientação na análise dos dados, e aos pesquisadores Bruna Ramachiotti, Carolina de Freitas, Cintya Cristina, Jorge Gomes, Karen Lima, Marina Rossi, Nachara Palmeira, Silvana Rangel e Sílvia Santos, que se dedicaram à coleta dos dados a que agora temos acesso.

Os amigos Flávio Fontes, Mário Sérgio, Nazaré Gouveia e Vera Regina Müller também merecem minhas homenagens mais sinceras. Foram eles que me ajudaram a viabilizar a logística da pesquisa em suas respectivas cidades. Meus queridos, obrigada pela receptividade e carinho com que me receberam e contribuíram para a realização deste trabalho.

Fundamental, também, foi a colaboração de juízes, promotores de justiça, diretores de secretaria, diretores de arquivo, chefes das áreas de informática, servidores dos tribunais de justiça do Distrito Federal, Pernambuco, Pará, São Paulo e Rio Grande do Sul, bem como do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Secretaria da Justiça e da Segurança do Rio Grande do Sul. Ter acesso a dados informatizados e a autos dos processos é uma tarefa difícil no nosso país, ainda pouco habituado à prática de pesquisa sobre o Sistema de Justiça. Por isso, a vocês meu muito obrigada pela contribuição e pela recepção calorosa que deram à equipe de pesquisa.

A professora Ela Wiecko merece também agradecimento especial por sua orientação paciente e fundamental para esse trabalho que foi fruto de minha dissertação de mestrado. Da mesma forma, as colegas Ana Luiza Pinheiro Flauzina e Marina Quezado Grosner, as quais, com sua amizade, apoio e frutíferas atividades que desenvolvemos juntas durante o mestrado, também foram peças-chaves para o meu amadurecimento pessoal e intelectual. Nesse sentido, agradeço ainda aos colegas que integram o grupo de pesquisa "Sociedade, Controle Penal e Sistema de Justiça" da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, por juntos iniciarmos uma trajetória que certamente contribuirá muito para o desenvolvimento da área de pesquisa em criminologia com enfoque nos problemas nacionais.

PREFÁCIO ■

*Flagrando o flagrante na mão furtiva dos pobres:
corpos encarcerados, biografias maculadas por xampus,
condicionadores, desodorantes, capim...*

Eleger um prefaciador é transferir a outro um voto singular de confiança, na expectativa de um “dizer”, público, que desvele a contento significados dos quais uma obra é portadora. Agradeço por esse honroso voto de confiança, iniciando por registrar a consciência da responsabilidade e a percepção com que nele estou investida. É que nenhum texto ou obra possui um sentido ontológico, em si e per si, que possa ser capturado e traduzido em sua essência, como um objeto “dado”, em busca de um sujeito fidedigno, embora este tivesse sido o sonho do positivismo ingênuo. Porque a produção dos significados é sempre uma construção social, que reenvia permanentemente à interação entre sujeito e objeto, emissor e receptor da mensagem, uma obra é sempre lida aos olhos da lupa de um novo sujeito, e passível, portanto, de multiplicar e de reinventar seus significados. Cada um vê o que pode; cada um vê o que quer: os enunciados serão tantos quantos forem os enunciadores. E ainda que correndo os riscos de infidelidade ao autor, esse é precisamente o espaço democrático de um texto, esse é precisamente o fascínio da pragmática, ou, na voz de Claude Lefort (em *A invenção democrática*), aquele espaço aberto para o “trabalho da obra”. Espero não decepcionar a autora, não trair seu voto de confiança perante um texto de tamanha riqueza, e, sim, conseguir alargar, ainda mais, o diálogo com seus privilegiados leitores.

A pesquisa da Promotora de Justiça do Distrito Federal, Fabiana Costa Oliveira Barreto, que tenho, pois, a honra de prefaciá-la, no importante momento em que vem a público, nasce de uma forte motivação humanista, em muito haurida no cotidiano

teórico-prático de sua labuta ministerial, trazendo à cena, uma vez mais, as múltiplas formas de violência que o encarceramento encerra, desta vez, na veste do encarceramento arbitrariamente “antecipado”... e absurdamente sem sentido.

Ela nasce, ademais, como pesquisa de mestrado – de cuja qualificação tive o privilégio de participar –, marco das preocupações que norteiam o Grupo de pesquisa “Sociedade, controle penal e sistema de justiça”, da Universidade de Brasília, coordenado pela Doutora Ela Wiecko Wolkmer de Castilho, também orientadora deste *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*, do qual destaco, desde já, três grandes méritos, a saber: 1) a importância do problema abordado e do recorte temático e empírico proposto; 2) a utilização da Criminologia da Reação Social e Crítica como marco teórico, evidenciando, uma vez mais, a sua reiterada fecundidade; 3) a projeção desse marco teórico fecundo para a compreensão específica do funcionamento empírico do sistema penal brasileiro, vindo somar-se ao conjunto de esforços reunidos no Brasil nessa direção; direção que aponta não apenas para o desenvolvimento da Criminologia Crítica no Brasil, mas para o desenvolvimento de uma Criminologia Crítica brasileira, capaz de produzir conhecimento para a compreensão simultânea de nossa dependência/diferença.

Em razão dos méritos anteriores, estamos perante uma obra inovadora, que recepta um conhecimento criminológico já solidamente construído e amadurecido – em verdade, o ponto de partida inarredável de qualquer debate criminológico sério – e produz conhecimento novo, sendo portadora não apenas de perguntas e problematizações, mas também de respostas pontuais, sobretudo às agências policial, judicial e legislativa, do sistema penal brasileiro, que têm, respectivamente, o poder de flagrar, o poder de manter o flagrante, e o poder de mudar a legislação sobre o flagrante. Todas elas recobertas, assim como todos nós – senso comum –, pela ideologia penal dominante, a ideologia da defesa social.

A obra trata da prisão provisória iniciada por flagrante na criminalização de furto (nos sistemas penais de Recife, Belém, São Paulo, Distrito Federal e Porto Alegre, no período de 2000 a 2004), analisada sob o instrumental da Criminologia da Reação Social e Crítica, e o objetivo geral perseguido é demonstrar que existe, no

universo pesquisado, uma prática reiterada, sistemática, ainda que em graus diversos, nas diferentes capitais, de violação ao princípio da presunção da inocência, relativamente aos três mecanismos que, em tese, deveriam favorecer a sua observância, a saber: o controle judicial das decisões decorrentes do flagrante, a celeridade processual e o respeito ao prazo máximo de prisão provisória.

Apoiada na tese do funcionamento estruturalmente seletivo e estigmatizante do sistema penal e na constelação de conceitos criminológicos críticos em torno dela aglutinados, como estereótipos, estigmas, seletividade, vulnerabilidade, contradição estrutural entre programação e operacionalização do sistema penal e, nuclearmente, ideologia da defesa social, Fabiana Barreto reconstrói o discurso humanista oficial que protege (as promessas jurídicas de presunção da inocência e de limitação do arbítrio na prisão provisória) para, em seguida, contrapor a ele a prática que o viola, a engenharia institucional operacionalizada para violá-lo; porque, desde o lugar da Criminologia Crítica, o sistema penal não apenas viola, mas está estruturalmente preparado para violar todos os princípios que deveriam programar e impor limites à sua violência seletiva e arbitrária: mais do que um sistema de proteção, é um sistema de violação dos direitos humanos. E é precisamente essa contradição que define a própria estrutura desta obra e o percurso de sua argumentação.

Nessa perspectiva, conclui a autora, *in verbis*, que “Foi possível observar que há mecanismos estruturais que levam à violação sistemática do princípio da presunção de inocência. Da forma como o sistema penal está estruturado, a possibilidade de a prisão provisória ocorrer na criminalização do furto com violação aos seus princípios norteadores é muito grande, em especial quando se trata de réus que se enquadram no perfil de vulnerabilidade perante o sistema penal e nas localidades em que o controle judicial do flagrante não é efetivo.

Os autores de furto, em especial os que são flagrados praticando o ato, têm pouco poder de resistência ao sistema penal e encontram-se entre os setores mais vulneráveis à sua operacionalização seletiva, porque se enquadram no estereótipo de criminosos. Trata-se de pessoas pobres, pouco escolarizadas, sem condições de contratar advogado particular. Os negros estão sobre-representados em relação à população das respectivas regiões e os réus

reincidentes permanecem mais tempo presos provisoriamente". E ainda: "Operando dessa forma, o sistema de justiça criminal tem contribuído para reproduzir o estereótipo criminal e acentuar as desigualdades sociais".

Ora, ainda que a conclusão que enuncio em seguida não esteja inscrita no trabalho de Fabiana Barreto, a lógica da seletividade impõe, mais do que a violação, a inversão dos princípios garantidores, funcionando com uma "eficácia invertida" (categoria desenvolvida em nosso *Ilusão de segurança jurídica*), a qual, aplicada ao tema em tela, implica não apenas ineficácia da presunção de inocência, mas a vigência e eficácia, latente e não declarada, de outro princípio, em contradição e inverso a ele: um princípio de presunção de culpa.

No marco dessa lógica estruturalmente seletiva, o que domina latentemente o funcionamento do sistema é a presunção, em grande medida totalitária, de "culpa", e, na seqüência, de "culpabilização", o que significa condenação ideológica, informal, antecipada, em toda a liturgia punitiva da pobreza. O que parece que está a acontecer, contemporaneamente, é que esse mecanismo, velado, torna-se abertamente concretizado, está posto a nu. É a roupagem transmutada em nudez.

O flagrante lavrado pela autora na prisão em flagrante é, dessa forma, mais uma da longa agenda das promessas não cumpridas do sistema penal moderno.

Se o objeto de estudo da obra é a prisão provisória iniciada por flagrante na criminalização de furto e o foco a violação dos seus princípios garantidores, notadamente a violação da presunção de inocência, uma explicação para essa mecânica violadora Fabiana Barreto vai buscar, e com acerto, em nível ideológico.

O acento da análise recai, nesse sentido, na "ideologia da defesa social", aquela ideologia magistral e cuidadosamente reconstruída por Alessandro Baratta no seu clássico *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trata-se daquela ideologia punitiva vigorosa, seletiva e estigmatizante, tornada senso comum, que, partindo de uma visão maniqueísta da sociedade, dividida entre o bem (a ordem e os cidadãos) e o mal (os criminosos e a criminalidade) associa, mecanicamente, criminalidade de rua com periculosidade e violência individual, exigindo, em "defesa

da sociedade”, em nome da qual essa ideologia fala, uma reação penal (oni)presente, operando como a dimensão cultural que reproduz, ideologicamente, o sistema penal.

O que a autora demonstra, nesse sentido, é que a ideologia da defesa social é precisamente o código (*second code*, na linguagem criminológica) que, velada e latentemente, imprime significado ao conceito de “ordem pública”, requisito autorizador da prisão provisória, entreabrindo o espaço, precisamente, para a criminalização seletiva e estigmatizante da pobreza de rua, ainda que torpes ou insignificantes os objetos, os bens materiais de que se apropria, senão vejamos, novamente *in verbis*, a narrativa da autora:

“No caso de prisão provisória, a elasticidade do termo ‘garantia da ordem pública’ previsto como requisito autorizador da prisão provisória abre espaço para decisões estereotipadas, com forte carga emocional. Assim, o argumento da periculosidade, analisado pelo viés da reincidência é motivo suficiente para que a prisão provisória iniciada pelo flagrante seja mantida por decisões que se utilizam da larga margem de discricionariedade que o requisito ‘ordem pública’ deixa para o julgador”.

“Esta realidade revela a influência da ideologia da defesa social sobre a atuação das agências judiciais do sistema penal. No caso de pessoas presas em flagrante por furto, que são mantidas após a avaliação judicial, o comportamento das agências judiciais revela forte influência dessa ideologia. (...) Assim, os órgãos judiciais tendem a manter parte das prisões realizadas pela política, especialmente aquelas que podem ser justificadas a partir de argumentos construídos a partir dessa mesma ideologia.”

A autora chega, por essa via, à fórmula binária que traduz o núcleo de sua argumentação: Pessoas vulneráveis + flagrante = pena antecipada. Fórmula que por sua vez é confirmada e retroalimentada pela desigualdade de tratamento penal entre quem sofre e não sofre o flagrante: “É relevante notar, entretanto, que a maioria absoluta dos réus reincidentes que não foram flagrados permaneceu solta durante todo o processo. De fato, dentre os 102 réus reincidentes que não foram flagrados, apenas dois tiveram prisão preventiva decretada”.

É de se louvar, na sequência, o cuidado teórico e metodológico que a autora manteve no enfrentamento da relação entre teoria

e empiria; ou seja, na aplicação do marco teórico e das teses gerais para a análise das especificidades das diferentes regiões, inquéritos e processos empiricamente analisados, decorrendo daí relevantes conclusões para a compreensão específica dos sistemas penais brasileiros:

“Na presente pesquisa foi possível observar que nas localidades pesquisadas há violação sistemática dos princípios limitativos do uso da prisão provisória. Entretanto, o cenário brasileiro não pode ser considerado uniforme, já que as cidades brasileiras estão em estágios diferentes na construção de um sistema penal menos violento, no que diz respeito à violação dessa garantia”.

“Há, portanto, uma diferenciação entre as localidades pesquisadas. Porto Alegre e Distrito Federal se assemelham no grau de menor violação do princípio da presunção de inocência – e se aproximariam mais de um estado de direito – enquanto São Paulo, Recife e Belém encontram-se em estágio diferenciado – mais identificados com o estado de polícia.”

“Porto Alegre foi a cidade que mais se aproximou do respeito ao princípio da presunção de inocência.”

Por fim, após a problematização, Fabiana Barreto não se furta a indagar: “é possível reduzir a violação à presunção de inocência na criminalização do furto”?

Na perspectiva de respostas intra-sistêmicas, conjunturais e no curto prazo, em que suas respostas se inscrevem, mais circunscritas ao marco da Criminologia da Reação Social do que à Criminologia Crítica, que caminha na busca de respostas conjunturais e estruturais, Fabiana sustenta, coerentemente com sua argumentação ao longo de toda a obra, a necessidade de estrito respeito aos mecanismos do controle judicial das decisões decorrentes do flagrante, da celeridade processual e do prazo máximo de prisão provisória, em cuja tríplice violação decifra, precisamente, a base de violação do princípio da inocência. A seu ver, pois, essas “medidas em conjunto proporcionam significativa redução dos índices de violação à presunção de inocência, contribuindo para funcionamento menos desigual do sistema penal”.

Entretanto, acrescenta, “esses dois mecanismos não solucionam definitivamente o problema do uso indiscriminado da custódia cautelar”.

“Assim, sem uma reforma da disciplina da prisão em flagrante para os casos de furto, a redução dos índices de prisão provisória a patamares aceitáveis parece uma meta ainda distante. Na legislação brasileira já existe mecanismo que, se pudesse ser aplicado à criminalização do furto, garantiria redução significativa das taxas de encarceramento provisório. O parágrafo único do artigo 609, da Lei 9.009, de 26 de setembro de 1995, prevê que ao autor do crime de menor potencial ofensivo não será imposta prisão em flagrante, nem exigido pagamento de fiança, caso ele assuma o compromisso de comparecer a juízo. Como a prisão decorrente do flagrante é o principal fator que motiva a prisão provisória, há grandes chances de que a extensão dessa medida aos réus de furto provocaria mudanças significativas no quadro apresentado neste trabalho.”

Tal possibilidade, como lembra a autora, “já havia sido prevista em duas das três propostas de projeto de lei apresentada na Câmara dos Deputados para regulamentar o inciso I, do artigo 98 da Constituição Federal de 1988. O Projeto de Lei 1.708/1989 determinava que furtos de coisas de pequeno valor deveriam ser assim considerados. Entretanto, o Projeto de Lei 1.480/1989, que veio dar origem à Lei 9.099/1995, permaneceu silente sobre os casos de furto, o que permitiu a realização de debates sobre o tema, resultando na definição do crime de menor potencial ofensivo como aquele com pena máxima de um ano, fórmula que não alcançou o furto, mesmo o privilegiado. Enquanto não for possível atingir esta meta, existem medidas que podem ser adotadas pelos judiciários locais para reduzir os níveis de encarceramento provisório de pessoas que praticam furto. O controle judicial efetivo da prisão em flagrante, a exemplo do que já acontece em Porto Alegre, a celeridade dos atos processuais e a obediência ao prazo limite de 81 dias para a duração máxima da prisão provisória são exemplos de práticas dessa natureza”.

A pergunta que permanece pendente é: por que o furto não foi incluído no mecanismo do Juizado Especial Criminal? Ou por que a pena máxima para a definição dos crimes de menor potencial ofensivo não se estendeu para incluir os crimes de furto? Que métrica é esta que mede e produz a matemática da gravidade? Se for a mesma métrica que mede a periculosidade

– onde se poderia colocar a fita para a medição? – a resposta já foi dada pela Criminologia Crítica, a resposta está insinuada no interior desta obra: a métrica é, em nível micro, a da ideologia punitiva da defesa social e, em nível macro, a da estrutura punitiva capitalista, na qual o furto continua sendo a matriz fundamental da criminalização patrimonial e esta sendo a matriz fundamental da proteção ao capital; um capital que, embora tenha sofrido muitas mutações na era da globalização, continua encontrando no furto uma referência de posição fetal. A miudeza é, dessa forma, transmutada em grandeza perante a “ordem” (burguesa).

O crime de furto encontra-se inscrito, nesta era do capitalismo globalizado, na mesma ambigüidade, entre minimalismo e maximalismo punitivo, que caracteriza o horizonte de projeção das políticas criminais contemporâneas. Oscilando entre a tendência para o abrigo descriminalizador e/ou despenalizador (incidente de excludentes de ilicitude como estado de necessidade – furto famélico; de princípios gestores da criminalidade de bagatela, como o princípio da insignificância; de categorização como crime de menor potencial ofensivo, como projetos de lei brasileiros nesse sentido), culmina tensionado pelo desabrigo eficientista da Tolerância Zero, que se traduz, em realidade, no binômio excludente Tolerância Zero com os pobres e excluídos de rua x Tolerância máxima com o poder de gabinete que os produz.

É evidente que sabemos a favor de quem essa tensão está progressivamente se resolvendo. Sob o desabrigo da intolerância totalitária para a pobreza, são os xampus e condicionadores furtados pela empregada doméstica Maria Aparecida, os desodorantes e cartelas de isqueiro furtados por Ednilson Pereira, o capim furtado pelo pescador Fabiano Monteiro, que desenham o teatro do absurdo; o absurdo do que pode ser e tem sido efetivamente trocado não apenas por prisão, mas, observe-se a gravidade da violação aos direitos humanos aqui perpetrada: prisão por antecipação!

O que importa assinalar, retomando agora essa perspectiva macro e globalizada, é que os resultados desta pesquisa regional sobre os sistemas penais brasileiros referenda o movimento geral que caracteriza os sistemas penais contemporâneos, e particularmente os latino-americanos, denunciados por Zaffaroni em seu recente *O inimigo no direito penal*, como autênticos sistemas

penais cautelares, configuradores de um “Autoritarismo *Cool*”, assim traduzido:

“Vimos que na América Latina as medidas de contenção para os *inimigos* ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada *prisão ou detenção preventiva, provisória*, ou seja, o confinamento cautelar, a que estão submetidos 3/4 dos presos da região. De fato e de direito, esta é a prática de toda a América Latina para quase todos os prisioneiros. Este dado é fundamental para extrair conclusões acerca do alcance da proposta de legitimação de um eventual tratamento penal diferenciado na América Latina, pois esta seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez posto em marcha este processo, todos passam a ser tratados como *inimigos*, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos”.

E ainda: “As limitações que o processado sofre – inclusive sem confinamento cautelar – lhe infligem uma dor juridicamente legitimada, que pode ser considerada *medida de segurança ou pena*, conforme o teórico que a avalie (...) De toda forma, é configurado um sistema penal cautelar diferenciado do sistema penal de condenação, no qual operam como pautas *a seriedade da suspeita* do cometimento de um delito (o direito penal entra apenas como critério para a qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do *inimigo*”.

Aprisionados, pois, e penalizados sem condenação, no “mundo do sistema”, as perguntas sobre o “mundo da vida”, de Maria, Edenilson, Fabiano, entre tantos outros anônimos, *que o “mundo do sistema”* penal deixa sem resposta, entre dezenas que poderiam ser formuladas, *são*: Que “ordem” é essa que se diz proteger com criminalizações antecipadas ou cautelares? O que se pretende antecipar ou acautelar? Para que servem estas prisões e quem as paga? Quanto se paga, em dinheiro e dor?

O que acontece com o “mundo da vida” das biografias penalmente maculadas pela subtração dessas quinquilharias? Dona Maria tem filhos? Como ficam? Quem mantém a sua guarda enquanto ela está na prisão? Eles se alimentam? Eles ficam na

rua? Eles lavam os cabelos? Não bastaria, para Ednilson, devolver o desodorante e receber uma advertência do Supermercado? A subtração de um desodorante não autorizaria uma segunda chance? E autorizaria a mão implacável do sistema penal cautelar? E sobre o capim furtado, será que haveria condição de formular qualquer pergunta a respeito?

E quem (Estado, sistema penal, juízes etc.) responde, durante e depois do acautelamento, pelos estragos produzidos no “mundo da vida” e nas biografias dos encarcerados, sobretudo se declarados inocentes pela mesma máquina encarceradora? E se xampus, desodorantes, isqueiros, capim, etc. convertem prisões sem sentido em pena indireta de morte? E se os acautelados perdem a vida durante o acautelamento? De quem é a responsabilidade?

Da mão furtiva dos pobres sai a matéria-prima desse edifício sem sentido, deste retrato incrédulo das “penas perdidas” (Zaffaroni e Louck Hulsman).

Esta obra traz, dessa forma, mais uma contribuição criminológica consistente, não apenas para a compreensão de nossa identidade punitiva e dos perigosos rumos que estão tomando os sistemas penais das “democracias” latino-americanas, mas para a conscientização da responsabilidade, no mínimo garantista, que pesa, aqui e agora, sobre todos os agentes formais (juristas, legisladores, polícias, promotores, juízes, advogados, defensores etc.) e também informais (mídia, opinião pública etc.) do sistema penal, que têm o poder de produzi-lo e reproduzi-lo, e, portanto, de manter/mudar o rumo de sua história, que é, em definitivo, a história que somos (in)capazes de escrever em cada tempo e lugar. Neste sentido, como disse em outro lugar, “O limite do sistema é o limite da própria sociedade”.

Ilha de Santa Catarina, inverno de 2007.

Vera Regina Pereira de Andrade

Mestre e Doutora em Direito. Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia. Professora nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES ■

TABELA 1 – Distribuição de feitos por tipo de furto.....	51
TABELA 2 – Distribuição de feitos por existência de flagrante	52
TABELA 3 – Distribuição de flagrantes por tempo de prisão	53
TABELA 4 – Distribuição de feitos por existência de prisão provisória.....	54
GRÁFICO 1 – Distribuição de feitos por tempo de prisão (flagrante + preventiva cumprida)	56
TABELA 5 – Distribuição de feitos por tempo de prisão (flagrante + preventiva cumprida)	56
TABELA 6 – Distribuição de feitos por conclusão do processo	58
TABELA 7 – Tempo médio de prisão provisória em casos de absolvição	58
TABELA 8 – Distribuição de feitos concluídos com aplicação de pena por tipo de condenação	59

TABELA 9 – Tempo médio de prisão provisória por tipo de pena	59
TABELA 10 – Tempo médio da pena aplicada por regime de execução da pena.....	61
TABELA 11 – Comparação do tempo médio de execução da pena aplicada na condenação com o da prisão provisória	62
TABELA 12 – Distribuição de feitos por tipo e existência de prisão	64
TABELA 13 – Distribuição de feitos por escolaridade dos réus	83
TABELA 14 – Distribuição de feitos por cor da pele dos réus	84
TABELA 15 – Distribuição da população das regiões metropolitanas de interesse por cor da pele	84
TABELA 16 – Distribuição de feitos por tipo de patrocínio advocatício.....	85
TABELA 17 – Distribuição de feitos por situação empregatícia dos réus	85
TABELA 18 – Distribuição de feitos por renda do réu no Distrito Federal	86
TABELA 19 – Distribuição de feitos por valor do bem.....	87
TABELA 20 – Distribuição de feitos por forma de início de investigação e cor da pele	88

TABELA 21 – Tempo de prisão provisória por reincidência dos réus	97
TABELA 22 – Tempo médio de prisão provisória por escolaridade	100
TABELA 23 – Tempo médio de prisão provisória por presença de advogado particular	100
TABELA 24 – Tempo médio de prisão provisória por cor da pele	101

SUMÁRIO ■

INTRODUÇÃO	27
1. DO DISCURSO QUE PROTEGE À PRÁTICA QUE VIOLA ..	29
1.1 O discurso da proteção: prisão provisória em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e no sistema penal brasileiro	29
1.1.1 Princípio da presunção de inocência	29
1.1.2 Os princípios limitadores da prisão provisória	33
1.1.3 A prisão provisória no sistema penal brasileiro	40
1.2 A prática que viola: prisão provisória na criminalização do furto	49
1.2.1 Insuficiência de controle judicial	52
1.2.2 Prisão como regra	54
1.2.3 Excesso de prazo	55
1.2.4 Desproporcionalidade	59
1.2.5 Antecipação de pena	63
2. VULNERABILIDADE E FLAGRANTE: PRODUÇÃO DE PENAS ANTECIPADAS	69
2.1 Premissa teórica: o paradigma criminológico da reação social	70
2.2 A vulnerabilidade dos réus criminalizados por furto	82
2.3 A armadilha do flagrante	91
2.4 A fórmula “pessoas vulneráveis + flagrante”	99

3. É POSSÍVEL REDUZIR A VIOLAÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CRIMINALIZAÇÃO DO FURTO? ...	105
CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125
APÊNDICE A – Metodologia da pesquisa documental	131
APÊNDICE B – Questionário aplicado no Distrito Federal	135
APÊNDICE C – Questionário aplicado nas demais cidades	137
RELAÇÃO DAS MONOGRAFIAS PUBLICADAS	139

INTRODUÇÃO ■

“Acusada de furtar xampu completa 11 meses na prisão.” A manchete da Folha de São Paulo de abril de 2005 noticiava a história de Maria Aparecida, empregada doméstica, que foi levada à prisão após ser flagrada tentando levar um condicionador e um xampu, no valor de R\$ 24,00, de uma farmácia de São Paulo (PENTEADO, 2005).

A divulgação da situação de Maria Aparecida provocou a ampla publicação pela imprensa brasileira de notícias sobre prisões com motivação similar. Casos como os de Enilson Pereira, preso por furtar dois desodorantes e duas cartelas de isqueiro em supermercado de Brasília (BISA, 2005), e do pescador de manjubas Fabiano Monteiro, que ficou 34 dias preso por furtar capim (MARINI; VILLAMEA, 2005), tornaram-se conhecidos em todo o Brasil.

As histórias de Maria Aparecida, de Fabiano e de Enilson revelam alguns dos inúmeros casos de pessoas que praticam furto no Brasil e que são presas, assim permanecendo por vários meses, enquanto aguardam julgamento.

Paradoxalmente, quando essas pessoas são julgadas, suas sentenças resultam predominantemente na aplicação de penas restritivas de direitos. Ou seja, prendem-se cautelarmente os autores do delito, sem fundamento de cunho instrumental e, em muitos casos, constata-se, ao final do processo, que a pena privativa de liberdade não é aplicada.

Apesar desses casos de extrema gravidade virem à tona e serem motivo de debates públicos, no Brasil não havia pes-

quisa realizada com objetivo de medir a freqüência com que o princípio da presunção de inocência é violado nos casos de furto e revelar os mecanismos que produzem essa realidade. Esse foi o principal motor para a realização do trabalho.

Partindo desse retrato, o objetivo da pesquisa é verificar se o princípio da presunção da inocência está sendo respeitado quando há prisões provisórias na criminalização do furto, bem como se há mecanismos que favorecem ou dificultam a observância do princípio. Para atingir esse objetivo, foi desenvolvida pesquisa documental em processos de furto distribuídos entre os anos de 2000 a 2004 em Belém, Recife, Distrito Federal, São Paulo e Porto Alegre.

As localidades foram escolhidas de forma que houvesse representação de todas as cinco regiões brasileiras. Foram também observados fatores que viabilizassem a logística da pesquisa, como a disponibilização de informações nos bancos de dados dos tribunais ou dos ministérios públicos e a facilidade de localização dos processos judiciais. Considerou-se que o período de 2000 a 2004 representa uma realidade ainda recente e, ao mesmo tempo, suficiente para contemplar processos já concluídos.

O trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, expõem-se os conteúdos dos instrumentos internacionais de direitos humanos e da legislação interna brasileira que disciplinam o uso da prisão provisória. A partir dos parâmetros identificados, verificou-se, com base nos dados colhidos, se (nas localidades e no período pesquisado) a realidade corresponde ao discurso normativo.

Na segunda parte é identificado de que forma o funcionamento do sistema penal produz a violação ao direito dos réus processados por furto de serem tratados como inocentes até o trânsito em julgado de sua sentença. Na terceira, são identificadas práticas que podem contribuir para a redução da violação a esse direito.

Assim, o presente trabalho pretende dar sua contribuição para o melhor conhecimento tanto do funcionamento do sistema de justiça penal brasileiro quanto do uso de prisão provisória na criminalização do furto.

DO DISCURSO QUE PROTEGE À PRÁTICA QUE VIOLA

SUMÁRIO: 1.1 O discurso da proteção: prisão provisória em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e no sistema penal brasileiro: 1.1.1 Princípio da presunção de inocência; 1.1.2 Os princípios limitadores da prisão provisória; 1.1.3 A prisão provisória no sistema penal brasileiro – 1.2 A prática que viola: prisão provisória na criminalização do furto; 1.2.1 Insuficiência de controle judicial; 1.2.2 Prisão como regra; 1.2.3 Excesso de prazo; 1.2.4 Desproporcionalidade; 1.2.5 Antecipação de pena.

1.1 O DISCURSO DA PROTEÇÃO: PRISÃO PROVISÓRIA EM INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

1.1.1 Princípio da presunção de inocência

Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência foi ofuscado durante a Baixa Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

No sistema repressivo medieval, era dever da pessoa acusada pelo Estado provar sua inocência. Considerava-se o acusado culpado pela opinião pública, desde a acusação, restando-lhe dissolver os indícios que sobre si pesavam. Decorrencia dessa lógica era a possibilidade de impor medidas de restrição à liberdade pessoal do acusado durante o processo (GOMES FILHO, 1991, p. 10).

O princípio da presunção da inocência ressurgiu com as revoluções liberais do século XVIII no continente europeu, que tinham como uma das questões centrais os limites do poder de punir em face da liberdade individual e da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária.

Os iluministas postulavam como indispensável para a garantia da liberdade individual do cidadão e para o respeito à dignidade humana que, durante o curso do processo penal e até que existisse uma sentença transitada em julgado, deveria ser reconhecida ao acusado a situação jurídica de não culpabilidade. Em pleno século XVIII, na obra "Dos Delitos e das Penas", considerada por Vera Andrade (2003a, p. 50) o marco fundacional do direito penal e processual penal liberal, Cesare Beccaria (1997, p. 61) propunha:

Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio das quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?

No centro desse movimento político, a presunção de inocência era considerada essencial para evitar o abuso do poder do estado e pautar uma justiça penal mais justa, igualitária e racional:

Há dois séculos, as revoluções cidadãs tentaram romper as atrozes práticas do velho sistema de justiça penal e fundar um novo regime de governo e de justiça sobre pautas mais racionais, igualitárias e justas. Neste contexto, os iluministas elegeram o princípio de presunção da inocência como mecanismo frente à arbitrariedade e à aplicação de penas indevidas. Supunha-se que esta proteção seria capaz de fazer com que o Estado só pudesse impor castigo aos indivíduos quando realizado um juízo prévio, frente aos olhos do público, com as devidas garantias, tendente a assegurar que não se imporia sanção penal ao menos que se houvesse produzido prova suficiente para demonstrar com certeza a culpabilidade do indivíduo acusado penalmente (BOVINO, 1997).¹

A afirmação “todo homem sendo presumido inocente até quando for declarado culpado, se é julgado indispensável detê-lo, qualquer rigor que não seja necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente proibido por lei” foi então consagrada no art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (DECLARAÇÃO, 2006).

A tradução do princípio, segundo a Assembléia Nacional Francesa, seria o reconhecimento das seguintes garantias:

a) a proibição de que fosse imposta medida de restrição à

¹ Tradução livre do seguinte trecho: “Hace ya dos siglos, las revoluciones ciudadanas intentaron quebrar las atroces prácticas del viejo sistema de justicia penal y fundar un nuevo régimen de gobierno y de justicia sobre pautas más racionales, igualitaria y justas. En este contexto, la imaginación ilustrada pergeñó el principio de inocencia como valla frente a la arbitrariedad y a la aplicación de la pena sospecha. Se suponía que esta valla resultaría capaz de lograr que el Estado sólo pudiera imponer castigo a los individuos luego de realizar un juicio previo, frente a los ojos del público, con las debidas garantías, tendiente a asegurar que no se impondría una sanción penal a menos que se hubiera producido prueba suficiente para demostrar con certeza la culpabilidad del individuo acusado penalmente”.

liberdade pessoal do acusado, salvo se absolutamente indispensável ao processo e b) a necessidade de que o ônus da prova deva recair sobre a acusação, como expressa Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 9):

A fórmula então adotada já permite entrever um duplo significado do preceito declarado pela Assembléia Nacional Francesa como “direito natural, inalienável e sagrado do homem”: de um lado, regra processual segundo a qual o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é de antemão presumida (“*étant présumé innocent*”); de outro lado, princípio que impede a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade “*pour s’assurer de sa personne*”.

No final do século XIX e início do século XX, o princípio da presunção da inocência entrou em crise e chegou a ser considerado incompatível com o interesse da sociedade (FERRAJOLI, 2002, p. 505). No período pós-guerra, o princípio ressurgiu como um dos direitos fundamentais de primeira geração e foi inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 11, primeira parte):

Toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

O conteúdo do princípio é hoje reconhecido como exigência de que exista uma jurisdição penal que obedeça aos postulados da ampla defesa e do contraditório; de que a dúvida não é suficiente para desconstruir a presunção da inocência do acusado (*in dubio pro reo*); de que o ônus da prova deve recair sobre a acusação; e de que o suspeito ou acusado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sua condenação e, como consequência, a não

admissão ou restrição de imposição de medidas constritivas da liberdade individual durante o curso do processo, aspecto esse que interessa mais diretamente ao presente trabalho.

1.1.2 Os princípios limitadores da prisão provisória

Diversos tratados internacionais assinados após a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) regulamentaram e deram forma à garantia da presunção da inocência no que diz respeito ao uso de medidas restritivas que antecedem a condenação.

Há autores que sustentam a ilegitimidade da prisão provisória em face do princípio da presunção de inocência. É o que entende Luigi Ferrajoli (2002, p. 446):

[...] a mesma admissão em princípio da prisão *ante iudicium*, qualquer que seja o fim que se lhe queira associar, contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo.

Entretanto, apesar de condenar o excesso no uso desse poder e de fazer projeções para sua extinção, os tratados internacionais de Direitos Humanos admitem a possibilidade da prisão provisória e, para tanto, disciplinam o seu uso sob quatro grupos de exigências: a) requisitos materiais que autorizem a prisão; b) controle judicial da prisão; c) condições materiais do cumprimento da privação de

liberdade;² e d) limitação temporal do cumprimento da medida privativa.

Sob o aspecto material, exige-se que a privação provisória da liberdade não tenha fim material (*fim processual da privação de liberdade*); que seja utilizada apenas em casos excepcionais (*excepcionalidade*); que seja no mínimo proporcional à pena que se espera (*proporcionalidade*); que haja *provas de materialidade do crime e de sua autoria* e que dure apenas enquanto seus pressupostos existirem (*provisoriidade da detenção*) (BOVINO, 1997).

A exigência do *fim processual* da privação de liberdade implica que a prisão provisória apenas pode ser utilizada para a garantia do processo penal, de forma que não pode ter característica substantiva, de imposição antecipada da pena. Ela deve representar um meio para a obtenção de um fim, que apenas será alcançado com a sentença penal.

Os dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) e do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos que remetem ao uso da prisão provisória estabelecem um único propósito legítimo para o encarceramento cautelar, o de que seja uma garantia para o comparecimento do acusado às audiências necessárias ao processo. Em consequência, hoje se afirma que a prisão provisória apenas poderá servir para proteger a realização de fins processuais, que podem ser postos em perigo de duas maneiras: quando o acusado obstrui a investigação da verdade ou quando há perigo de que ele fuja e impeça a aplicação da sanção penal.

Assim, é exigência do princípio do caráter processual da prisão provisória que a detenção anterior à condenação não tenha o caráter de sanção penal e que apenas poderá ser permitida quando o acusado tentar obstruir a obtenção

² Este grupo não será desenvolvido no texto, em face de sua especificidade e pouca vinculação com o objeto da pesquisa.

de provas ou quando houver perigo de que ele impeça a aplicação da lei penal, fatos que caracterizam a necessidade de proteção do andamento do processo penal.

Há instrumentos e órgãos do sistema internacional que prevêm a possibilidade de decretação da prisão provisória para evitar a prática de novos delitos, ou na hipótese de o réu representar perigo para a sociedade. A legitimidade dessa justificação é contestada, e as tendências mais recentes caminham nesse sentido, sob o argumento de que apenas a sentença penal pode estabelecer uma sanção penal e de que a admissão de referido requisito esvaziaria por completo o significado processual da prisão provisória (BOVINO, 1997).

O princípio da *excepcionalidade* determina que a prisão provisória somente deve ser utilizada em casos excepcionais, pois a regra deve ser a liberdade ambulatoria. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 9.º, número três (ONU, 1966), prevê expressamente o princípio:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. *A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral*, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença. (grifo nosso.)

O “Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão” (ONU, 1988), as “Regras Mínimas Para o Tratamento de Prisioneiros” (ONU, 1957) e as “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade” (ONU, 1990) – conhecidas como “Regras de Tóquio” – também prevêm expressamente a excepcionalidade da prisão provisória.

A doutrina do Comitê de Direitos Humanos informa que a prisão anterior à condenação apenas pode ser utilizada quando necessária para neutralizar perigos que de outra forma não possam ser impedidos. Do mesmo modo, a Comissão Europeia de Direitos Humanos estabelece que a prisão provisória somente poderá ser ordenada quando for razoavelmente necessária, e que a Comissão pode se pronunciar sobre a razoabilidade da detenção (BOVINO, 1997).

Assim, recomenda-se que se adotem mecanismos diversos da privação de liberdade para evitar os perigos ao bom andamento do processo. Somente se deve recorrer à prisão provisória quando não houver alternativa para assegurar os fins do processo.

Aproporcionalidade da privação provisória da liberdade é um limite de razoabilidade no uso desse instrumento. Trata-se de impedir que o tratamento dado ao acusado não seja mais gravoso que o previsto na sua possível condenação.

Aprovada pelo VIII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, a Resolução 17 estabelece em seu parágrafo segundo, inciso d, que não se ordenará a prisão preventiva se a privação de liberdade for desproporcional ao possível delito e sentença prevista.

A aplicação do princípio da proporcionalidade exige que o julgador realize uma comparação entre a medida de coerção e a pena eventualmente aplicável ao caso concreto. A comparação não se deve basear na pena cominada em abstrato para o tipo penal, mas na espécie e medida de pena eventualmente aplicável, segundo as circunstâncias particulares do caso concreto.

A exigência de provas de *materialidade do crime e de sua autoria* volta-se a evitar que sejam realizadas prisões provisórias arbitrárias. É necessário que contra o acusado submetido à coação pesem indícios graves de haver cometido ato comprovadamente criminoso.

Finalmente, o princípio da *provisoriedade da detenção* exige que a medida aplicada antes da condenação dure somente enquanto persistirem os motivos que justificaram sua decretação. Se os requisitos cessarem no curso do cumprimento da medida, a prisão se torna ilegítima. O princípio é reconhecido expressamente pelas Regras de Tóquio (ONU, 1990), que determinam dever a prisão provisória durar somente o tempo necessário para o atendimento dos objetivos indicados (regra 6.2).

Quanto ao segundo grupo de exigências, os instrumentos internacionais prevêm o *controle judicial* das prisões provisórias. Nesse aspecto, são ressaltadas a garantia dos acusados de dirigir-se a tribunais independentes e a atribuição de poderes aos juízes de aferirem a legitimidade do uso da prisão cautelar tanto no momento da decretação da prisão, como no decorrer do seu cumprimento.

Como afirma Alberto Bovino (1997), o Direito Internacional confere aos juízes penais papel de fundamental importância para a garantia dos direitos humanos:

Os Tribunais de justiça penal devem ter em conta, em toda decisão sobre a restrição da liberdade de um inocente, que eles constituem a última proteção que existe entre o poder penal do Estado e os direitos fundamentais das pessoas. Ante toda omissão ou ação de um órgão qualquer dos poderes de Estado que afete ou restrinja ilegítimamente a liberdade de uma pessoa inocente, é o poder judicial, exclusivamente, que pode e deve cumprir a tarefa de proteger seus direitos fundamentais e de impedir ou fazer cessar toda detenção ilegítima [...].³

³ Tradução livre do texto: "Los Tribunales de justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja

O Pacto de São José (OEA, 1969) determina que toda pessoa presa tem o direito de ser levada o mais rápido possível para a presença de um juiz (artigo quinto), da mesma forma que exige a decisão motivada sobre a legalidade da prisão:

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa (artigo sexto).

Entende-se, em decorrência, que qualquer prisão apenas pode ser mantida se houver manifestação do Poder Judiciário que garanta sua legitimidade. Da mesma forma, exige-se que, durante o cumprimento da coação, os juízes penais verifiquem se os requisitos que foram inicialmente verificados cessaram seus efeitos, tornando ilegítima a detenção.

O último grupo de exigências refere-se à *limitação temporal do cumprimento da medida privativa*. Trata-se do reconhecimento de que o processo deve ser conduzido em prazo razoável, sem dilações, de forma que o cidadão possa ser ouvido pelas cortes sem retardos injustificados e que as decisões sejam céleres.

Diversos dispositivos dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos reconhecem e disci-

ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el poder judicial, exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda detención ilegítima [...]”.

plnam a garantia de prazo razoável para os processos. As determinações de que toda pessoa detida deve ser informada “sem demora” das razões de sua detenção e notificada da acusação contra si formulada, que deve ser encaminhada “sem demora” a um juiz e que, se houver recurso, o juiz deve decidir “sem demora” sobre a legitimidade da prisão, estão previstas tanto no Pacto de São José (artigo sétimo, OEA, 1969) como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo nono, ONU, 1966).

No âmbito das diversas comissões e comitês de direitos humanos, vem sendo discutido o que seria um prazo razoável para detenções provisórias. Embora se reconheça que apenas o estudo do caso concreto pode determinar o que é o prazo razoável, a tendência é a busca de pautas mais objetivas para a respectiva definição:

Também se pode afirmar que, apesar da aceitação generalizada da necessidade de estudo das circunstâncias do caso, há uma tendência em que a busca de pautas objetivas para a determinação de prazos quando se trata de detenções preventivas e, em geral, de privações de liberdade pessoal (ALBANESE, 1997).⁴

Realizadas essas considerações sobre a disciplina da prisão provisória pelos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, passa-se adiante à descrição de como o tema vem sendo abordado no Brasil.

⁴ Tradução livre do texto: “También se puede afirmar que, además de la aceptación generalizada de la necesidad del estudio de las circunstancias del caso, hay una tendencia en la búsqueda de pautas objetivas para la determinación de los plazos cuando se trata de detenciones preventivas y, en general, de privaciones a la libertad personal”.

1.1.3 A prisão provisória no sistema penal brasileiro

Influenciado por idéias totalitárias vigentes no início do século XX no mundo ocidental, o Código de Processo Penal Brasileiro, de 3 de outubro de 1941, adotou o pressuposto da prisão provisória como regra.

Vivia-se um período de crise das idéias iluministas nascidas nos séculos anteriores, tendo o princípio da presunção de inocência entrado em declínio, abrindo espaço para o uso indiscriminado da prisão provisória:

Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação sem jogos de palavras ingênuas, como “medida de segurança processual”, “necessária para a defesa social” e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público” (FERRAJOLI, 2002, p. 444).

Seguindo esse movimento, a detenção durante o curso do processo tornou-se a regra do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. Uma vez preso em flagrante, a liberdade provisória do acusado não era admitida em casos de crimes punidos com reclusão e, em qualquer caso, se o réu tivesse condenação anterior ou fosse considerado vadio. A decretação da prisão preventiva era obrigatória nos casos de crimes a que era cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos e, nos demais casos, não havia limites para sua decretação além da exigência de provas da materialidade do crime e de indício de autoria. Os réus condenados em primeira instância e os pronunciados eram obrigados a recolher-se à prisão para ter direito a recorrer.

Alterações nos artigos do Código de Processo Penal que disciplinavam a prisão provisória passaram a ser realizadas a

partir da década de 60. A primeira delas reformou a prisão preventiva e exigiu a presença dos requisitos da garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal ou da necessidade de assegurar a instrução criminal, bem como passou a exigir a necessidade de indícios suficientes de autoria e provas da materialidade do crime para a decretação da prisão preventiva (Lei 5.349, de 3 de novembro de 1967).

A alteração seguinte, inserida pela Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, previu a possibilidade de o réu condenado apelar em liberdade, caso fosse primário ou tivesse bons antecedentes. Curiosamente, a Lei foi providenciada pelo regime ditatorial militar que governava o país para possibilitar a liberdade do delegado paulista Sérgio Fernando Paranhos Fleury,⁵ que havia sido condenado em primeira instância a pena privativa de liberdade (GASPARI, 2002, p. 374).

Outra modificação significativa foi realizada pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. Foi prevista a possibilidade de concessão da liberdade provisória nos casos de prisão em flagrante em que não estivessem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Como se vê, o Código de Processo Penal vigente até meados da década de 60 mantinha o quadro em que a prisão provisória era amplamente legitimada. A alteração mais significativa em sentido contrário ocorreu com a Lei 6.416/1977. É certo que se entendia que o princípio da presunção de inocência já vigorava na legislação brasileira de forma implícita,⁶ mas foi com a publicação

⁵ O delegado foi um destacado agente do aparelho de repressão política da ditadura brasileira, conhecido especialmente por disseminar uso da tortura como método de tratamento dos presos políticos (GASPARI, 2002).

⁶ Ver sobre o tema Luiz Vicente Cernicchiaro (1995, p. 105) e a exposição de motivos do projeto que se converteu na Lei 6.416/1977.

da referida lei que o direito a não ser preso antes da condenação foi positivado.

A consagração desse ideal no sistema jurídico nacional deu-se com a inserção explícita do princípio da presunção de inocência e de garantias específicas sobre prisão provisória na Constituição Federal Brasileira de 1988.⁷

A legitimidade do uso da prisão provisória chegou a ser questionada no ordenamento interno após a adoção constitucional do princípio da presunção de inocência.⁸ Entretanto, prevaleceu o entendimento contrário, em face da presença de outros princípios constitucionais que prevêm a possibilidade do uso da prisão provisória, como o da segurança pública e a expressa remissão à prisão em flagrante.⁹

Atualmente, doutrina majoritária e jurisprudência consideram a prisão provisória medida constitucional e reconhecem a finalidade processual da prisão provisória, a necessidade de indícios fortes de autoria e prova de materialidade para a sua decretação, bem como a adoção pelo ordenamento jurídico pátrio dos princípios da excepcionalidade, da proporcionalidade, da provisoriedade da detenção, do controle judicial e da limitação temporal da medida, com os desenvolvimentos e reservas que demonstramos a seguir.

A doutrina majoritária entende que a prisão anterior à condenação não pode ser utilizada como forma antecipada de aplicação da pena, tendo *caráter exclusivamente instrumental*.¹⁰ Será considerada processual a prisão provisória que

⁷ A respeito, ver incisos LVII, LIV, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVIII, do artigo quinto da Constituição Federal.

⁸ A respeito, ver discussão sobre a legitimidade da prisão provisória no tópico 1.1.1.

⁹ Sobre o tema ver Cernicchiaro (1995, p. 112); Bechara (2005, p. 162); Cunha (1997, p.110); Rocha (1999, p. 44-52).

¹⁰ Maria Ignez Kato (2005, p. 88-95) cita os diversos autores que corroboram essa assertiva. Sobre o tema ver também Maria Lúcia Karam, 1993, p. 84-85.

obedeça a presença dos requisitos de “garantia da ordem pública e da ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e necessidade de “assegurar a aplicação da lei penal” (art. 312 do Código de Processo Penal).

Por garantia da ordem pública e econômica entende-se que a prisão será necessária para garantir a tranquilidade ou a paz social ou determinada economia concreta. Citam-se como exemplos os casos em que o réu com condenação anterior é flagrado cometendo nova infração, quando o réu faz apologia ao crime, quando comete crime violento, quando se reúne em quadrilha ou bando (TOURINHO FILHO, 1999, p. 475; BECHARA, 2005, p. 168).

Dentre os princípios previstos no Código de Processo Penal como autorizadores do uso da prisão provisória, o de garantia da ordem pública e da ordem econômica é o mais contestado. Gomes Filho (1991, p. 67-68) afirma que o apelo à ordem pública supera os limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, pois confere ao juiz tamanha discricionariedade que a única limitação a que ele fica sujeito é a sua própria sensibilidade. Abre-se espaço, então, para as mais diversas formas de privação de liberdade em nome de medidas de defesa social, como prisões exemplares e prevenção especial para evitar novos delitos. A prisão fundamentada nesse requisito constituiria verdadeira antecipação da punição, contrariando totalmente a regra do fim processual da prisão provisória (GOMES FILHO, 1991, p. 68; KATO, 2005, p. 118; MOREIRA, 2003, p. 125; LOPES JÚNIOR, 2000).¹¹

A conveniência da instrução criminal ocorre quando o réu age para destruir provas do processo, ou de outra forma tenta obstruir a produção de provas em juízo. Já a necessidade de assegurar a lei penal fica configurada quando

¹¹ Em sentido contrário ver Bechara (2005, p. 165) e Gonçalves (2004, p. 165).

há elementos que indicam que o réu irá fugir e frustrar a execução de futura sanção penal (GOMES FILHO, 1991, p. 69-71; TOURINHO FILHO, 1997, p. 475-477).

A recente redação dada ao art. 366 do Código de Processo Penal pela Lei 9.271/1996, de 17 de abril de 1996, refere-se à possibilidade de decretação da prisão preventiva nos casos em que o réu, citado por edital, não comparece à audiência. A literatura tem reconhecido que esse fato por si só não pode ser motivo para justificar a decretação da prisão e que a decisão judicial deve demonstrar fatos adicionais que justifiquem a necessidade da custódia, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.¹²

Em face do princípio da finalidade instrumental da prisão provisória, diversos autores defendem que os artigos do Código de Processo Penal que determinam o recolhimento obrigatório à prisão das pessoas pronunciadas e condenadas em primeira instância ferem a presunção de inocência (TOURINHO FILHO, 1999, p. 490; FLACH, 2000, p. 69; GOMES FILHO, 1991, p. 65; BECHARA, 2005, p. 151; KATO, 2005, p. 134; CARVALHO, 1992, p. 71; CUNHA, 1997, p. 14; ROCHA, 1998, p. 513-518; KARAM, 1993, p. 89 e GOMES, 1994). Contrariando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2005) editou a Súmula 9: “a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

A necessidade de *indícios fortes de autoria e prova de materialidade* para a decretação da prisão provisória está positivada no art. 312 do Código de Processo Penal e por isso tem ampla aceitação na doutrina brasileira (TOURINHO FILHO, 1999, p. 469).

A *proporcionalidade*¹³ é também reconhecida (FLACH, 2000, p. 81; GOMES FILHO, 2002, p. 248-251) e consta

¹² Em sentido contrário, Renato Marcão (2003).

¹³ O conceito de proporcionalidade foi desenvolvido no tópico 1.1.2. Não se trata do princípio da proporcionalidade desenvolvido pela

expressamente de Projeto de Lei que altera artigos do Código de Processo Penal.¹⁴

Nos dizeres de Gomes Filho (2002, p. 250), o princípio da proporcionalidade reclama que na adoção de uma medida de restrição da liberdade anterior à condenação definitiva seja observada a justa proporção entre o resultado do processo e a providência de natureza cautelar.

No mesmo sentido, Rogério Cruz (2006, p. 100) afirma que o magistrado, para formar seu juízo sobre a necessidade da prisão cautelar, deve:

(...) avaliar, diante das circunstâncias concretas deduzidas na acusação e já recolhidas na instrução criminal, se a pena que resultará de eventual sentença condenatória justifica o encarceramento preventivo, porquanto é bem possível que a sanção criminal que antevê aplicável ao caso concreto seja bem inferior ao máximo cominado em abstrato para o ilícito penal em apuração.

O princípio da *provisoriidade* da detenção está previsto expressamente na Constituição Federal (a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade competente – inciso LXV) e na legislação processual penal (o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo verificar a falta de motivo para que subsista – primeira parte do art. 316 do Código de Processo Penal).

O *controle judicial* da prisão provisória também é amplamente reconhecido. A necessidade de firmeza dos juízes e do ministério público no controle do uso legítimo da prisão é cada vez mais pautado (GOMES FILHO, 1994, p.

doutrina de controle de constitucionalidade (sobre o tema, ver BARROS, 2003 e FLACH, 2000).

¹⁴ O inciso II, do artigo 282, do Projeto de Lei 4.208/2001, prevê que as medidas cautelares obedecerão (entre outros) ao seguinte critério: “adequação da medida à gravidade do crime [...]”.

102-103). A exigência de decisões motivadas,¹⁵ que não se resumam à mera repetição de fórmulas e jargões, tem sido motivo de relaxamento de diversas prisões preventivas. O recurso ao *habeas corpus* como instrumento para aferir a legitimidade da prisão tem sido reconhecido em todas as instâncias judiciais.

Especial importância vem sendo dada para o controle da prisão decorrente do flagrante.¹⁶ No Brasil, toda prisão em flagrante deve ser informada imediatamente ao juiz, conforme disposição do art. LXII da Constituição Federal. Tradicionalmente, o controle realizado pelo judiciário se resumia à verificação da existência dos aspectos formais do auto de prisão, como a oitiva de testemunhas e a assinatura por autoridade policial. Assim, a presença dos requisitos de necessidade da existência da custódia não era verificada e a prisão era mantida de forma automática. Atualmente, entretanto, diversos autores sustentam que a prisão decorrente do flagrante apenas pode ser mantida quando estiverem presentes os requisitos previstos para a decretação da prisão preventiva, de forma que o juiz deve expedir alvará de soltura ou convalidar a prisão quando observar a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, em decisão devidamente motivada¹⁷ (TOURINHO FILHO, 1999, p. 453-454; GOMES FILHO,

¹⁵ Ver sobre o tema Flach (2000, p. 79); Gonçalves (2004, p. 144); Gomes Filho (2000, p. 232; 1991, p. 79).

¹⁶ Toda prisão em flagrante deve ser informada imediatamente ao Juiz, conforme disposição do artigo LXII da Constituição Federal. O controle aqui citado refere-se à atuação do Judiciário em face da comunicação dessa prisão.

¹⁷ O Projeto de Lei 4.208/2001 prevê a positivação desse entendimento, na nova redação que dá ao artigo 310 do CCP, em que dispõe dever o juiz, ao analisar o flagrante, escolher entre três hipóteses: a) relaxamento da prisão ilegal; b) conversão da prisão em flagrante em preventiva; e c) concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

2000, p. 241; BECHARA, 2005, p. 149; GONÇALVES, 2004, p. 150; RAMOS, 1998, p. 151)¹⁸

Representou um avanço nesse tema a publicação da Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007, que previu expressamente o prazo de 24 horas para comunicação ao juiz sobre a existência da prisão em flagrante, bem como determinou que cópia integral do auto de prisão deve ser encaminhada à defensoria pública, nas hipóteses em que o autuado não indicar o nome de seu advogado.

A *excepcionalidade* da prisão provisória é também reconhecida pela doutrina brasileira. A redação dada ao parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal pela Lei 6.416/1977 foi determinante para permitir a adoção do princípio, que foi corroborado expressamente pela Constituição Federal Brasileira de 1988¹⁹ (CERNICCHIARO, 1995, p. 112; FLACH, 2000, p. 87; GOMES FILHO, 1991, p. 66; CARVALHO, 1992, p. 79; MOREIRA, 2003, p. 129).

Uma das principais conseqüências da excepcionalidade da prisão provisória é a nova leitura que vem sendo dada para o instituto da liberdade provisória e da fiança. Como o art. 310 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de concessão de liberdade para os crimes inafiançáveis, apenas mediante o compromisso de comparecimento aos atos do processo, entende-se que essa regra também deve valer para os crimes afiançáveis. Argumenta-se que se os autores de delitos mais graves podem ser libertos sem a exigência da fiança, muito mais poderão sê-lo aqueles que praticaram delitos menos graves (TOURINHO FILHO, 1999, p. 559 e ss; GONÇALVES, 2004, p. 125). Assim, a fiança teria

¹⁸ Sobre entendimento jurisprudencial no sentido de que a falta de motivação nos casos da prisão decorrente de flagrante não gera nulidade do ato ver Gonçalves (2004, p. 153).

¹⁹ O art. 5.º, inc. LXVI, da Constituição Federal, assim dispõe: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

perdido força no ordenamento jurídico brasileiro, apenas sendo importante para os casos em que a própria autoridade policial pode arbitrá-la.

Uma exceção ao princípio da excepcionalidade, que tem sido acolhida por parte da doutrina e da jurisprudência, é a vedação de concessão de liberdade provisória àqueles que praticam crimes hediondos. No entanto, há autores que defendem a inconstitucionalidade de tal proibição por ferir o princípio da excepcionalidade (TOURINHO FILHO, 1999, p. 506; FLACH, 2000, p. 78; BECHARA, 2005, p. 151-152; CUNHA, 1997, p. 117),²⁰ tese que recentemente encontrou respaldo nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (RHC 16607 – Relator Paulo Medina – DJ 12.12.2005; RHC 41091 – Relator Hélio Quaglia Barbosa – DJ 05.12.2005; RHC 18024 – Relator Gilson Dipp – DJ 28.11.2005).

Finalmente, a *limitação temporal (razoabilidade)* tem reconhecimento positivado em vários artigos da legislação infraconstitucional, como o que prevê que o pedido de liberdade provisória deve ser apreciado em 24 horas e o que determina que o *habeas corpus* deve ser apreciado na sessão de julgamento seguinte, sob pena de trancamento da pauta.

Para dar concreção ao princípio da razoabilidade, tem-se obtido consenso quanto ao prazo que deve durar o processo. Nos casos de rito ordinário em que há réu preso, entende-se que no prazo máximo de 81 dias após a ocorrência do fato, a instrução já deva ter sido concluída, de forma que se houver excesso de prazo os réus presos provisoriamente devem ser libertados. Admite-se, entretanto, que em casos de maior complexidade ou em que o prolongamento do curso processual tenha sido ocasionado por fato provocado pelo réu, a prisão provisória seja admitida por tempo superior

²⁰ Em sentido contrário ver Daniela Gonçalves (2004, p. 129) e João Ramos (1998, p. 152).

(GOMES FILHO, 1991, p. 74; CUNHA, 1997, p. 101-108; FERNANDES, 1999, p. 109-112).

Pode-se resumir, então, que a dogmática jurídica brasileira entende de forma predominante que: a prisão provisória apenas deve ser usada em casos excepcionais, em que haja provas da materialidade do crime e indícios de autoria e em que se verifique a necessidade da garantia da ordem pública ou econômica,²¹ de conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; deve ser concedida liberdade provisória sempre que esses requisitos não estiverem presentes; o tempo e o regime da prisão provisória não podem ser mais graves que a pena que possivelmente será aplicada na sentença; a decisão sobre a prisão deve ser motivada; a prisão deve ser relaxada se não perdurarem os motivos que a ensejaram; e que se a prisão provisória do réu de processos de rito ordinário deve ser relaxada se a instrução do feito não for concluída em 81 dias contados da data da prisão, ressalvados os casos complexos e de demora provocada pelo réu.

Resta identificar se os princípios a serem observados para a aplicação da prisão provisória são efetivamente considerados na prática do sistema judicial brasileiro, o que será objeto de análise no capítulo seguinte.

1.2 A PRÁTICA QUE VIOLA: PRISÃO PROVISÓRIA NA CRIMINALIZAÇÃO DO FURTO

Para verificar se há aplicação das normas que disciplinam o uso da prisão provisória, foi realizada pesquisa documental nas cidades de Belém (BEL), Recife (REC), São

²¹ Com as ressalvas apontadas quanto aos questionamentos sobre a constitucionalidade desses requisitos como legítimos para a decretação da prisão.

Paulo (SÃO), Porto Alegre (POA) e no Distrito Federal (DF) sobre o uso da prisão provisória na criminalização do furto. O trabalho resultou na análise de 2.494 casos de furto, conforme mencionado na metodologia de pesquisa exposta no apêndice A.

O crime de furto está previsto no capítulo I, do título II, da parte especial do Código Penal Brasileiro. O art. 155 desse diploma legal define o “furto simples” como o fato de “subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel” e prevê a pena de um a quatro anos de reclusão para os que praticam o delito. Se o crime é praticado no período “noturno”, há previsão de aumento de um terço da pena (§ 1.º) e se o réu for primário e o bem for de pequeno valor, o furto é considerado “privilegiado”, sendo possível reduzir a pena em até dois terços ou aplicar somente multa (§ 2.º).

O “furto qualificado” está previsto no § 4.º do art. 155, o qual determina que a subtração praticada com destruição ou rompimento de obstáculo, com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza; com emprego de chave falsa e mediante concurso de duas ou mais pessoas terá a pena de dois a oito anos de reclusão. Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, a pena é de três a oito anos (§ 5.º).

Em todos os casos, o crime é considerado tentado se, iniciada a execução, o crime não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, inciso II, do Código Penal), hipótese em que a pena é diminuída de um a dois terços.

Os dados coletados na pesquisa demonstram que nas cidades de Belém e Recife, a quantidade de furtos simples supera a de qualificados, enquanto em São Paulo, Porto Alegre e Distrito Federal essa relação se inverte. Em todas as localidades há pouca criminalização de furto noturno e de furto privilegiado.

Apenas o Distrito Federal apresentou criminalização de furto de veículo automotor transportado para outro estado ou para o exterior, como demonstra a tabela 1:

Tabela 1 – Distribuição de feitos por tipo de furto
(Em %)

Tipo de Furto	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Furto simples	22,68	48,08	18,42	10,04	13,35
Furto simples tentado	26,62	15,10	12,50	20,68	23,68
Furto qualificado	25,23	29,68	40,13	32,32	33,42
Furto qualificado tentado	21,30	4,71	24,01	31,93	26,51
Furto noturno ^a	2,55	2,26	2,09	1,62	1,57
Furto privilegiado ^a	1,62	0,35	1,97	3,41	1,83
Furto de veículo transportado ^a	-	-	0,82%	-	-
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS

Elaboração própria

Obs.: a) consta a soma dos crimes tentados e consumados

Ao longo deste capítulo, pretendemos verificar se os requisitos previstos no direito brasileiro e nos instrumentos internacionais de direitos humanos que disciplinam o uso da prisão provisória são cumpridos nos casos de furto nas localidades pesquisadas. Para tanto, os dados serão confrontados com os seguintes princípios que regem a prisão provisória: a) controle judicial; b) excepcionalidade; c) limitação temporal do cumprimento da medida (razoabilidade); d) exigência de provas da materialidade e autoria do crime; e) proporcionalidade; f) finalidade instrumental; e g) provisoriedade.

1.2.1 Insuficiência de controle judicial

No Brasil, são previstos diversos mecanismos de controle judicial da prisão provisória, como o *habeas corpus*, exigência de decisões judiciais motivadas e a imediata comunicação da prisão decorrente do flagrante ao juiz competente, como foi abordado no tópico 1.1.3. Na presente pesquisa, o mecanismo que merece mais atenção é o do controle da prisão decorrente de flagrante, já que mais de dois terços dos casos de furto analisados foram iniciados por auto de prisão em flagrante, como se demonstra na tabela 2:

Tabela 2 – Distribuição de feitos por existência de flagrante

(Em %)

Existência do flagrante	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Houve flagrante	75,20	90,80	68,90	89,20	69,74
Não houve flagrante	24,80	9,20	31,10	10,80	30,26
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDF, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração própria

No Brasil, a pessoa que é flagrada praticando crime é autuada e levada para a prisão, exceto nos casos de crimes de menor potencial ofensivo ou de crimes punidos com detenção ou prisão simples, quando há pagamento de fiança arbitrada pela autoridade policial (critérios que não alcançam o furto).

A prisão deve ser comunicada em vinte e quatro horas para a autoridade judicial competente, oportunidade em que será analisado se o flagrante observou as formalidades legais e se estão presentes os requisitos exigidos para a

existência da prisão cautelar.²² Na tabela 3, é possível observar o percentual de prisões que tiveram duração de zero ou um dia e quantas são mantidas após o controle judicial do flagrante:

Tabela 3 – Distribuição de flagrantes por tempo de prisão

(Em %)

Tempo de Prisão	REC	BEL	DF	SÃO	POA
0 ou 1 dia	2,20	0,40	19,70	2,00	54,25
Mais de 1 dia	97,80	99,60	80,30	98,30	45,75
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração própria

Os dados apresentados mostram que nas cidades de Recife, Belém e São Paulo, os autos de prisão em flagrante resultaram em prisão provisória após a comunicação à autoridade judicial na quase totalidade dos casos (Recife, 97,8%; São Paulo, 98,3% e Belém, 99,6%), no Distrito Federal em 80,3% e Porto Alegre em 45,75%.

Essa realidade indica que no momento em que o juiz é comunicado da existência do flagrante a regra é manter a prisão, o que nos leva a concluir que o controle do flagrante realizado pelo Poder Judiciário na maioria das localidades pesquisadas, diferentemente do que dispõem as regras brasileiras, é meramente formal. Ou seja, não há decisão motivada de autoridade judicial determinando a prisão, de forma que a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial tem sido suficiente para justificar a custódia.

²² Ver o tópico 1.1.3.

Apenas os juízes de Porto Alegre agem de forma diversa. Nessa cidade, o número de prisões decorrentes do flagrante que são mantidas após a comunicação formal é significativamente inferior ao das demais unidades da federação, o que demonstra que a prática de fazer o controle sobre necessidade da prisão provisória no momento da comunicação do flagrante é generalizada.²³

Em face do exposto, podemos concluir que embora existam mecanismos para o controle judicial da prisão provisória na criminalização do furto, na maioria das localidades o principal instrumento de controle sobre a necessidade da custódia cautelar – o controle da prisão decorrente do flagrante – não é sistemático, e que as prisões decorrentes do flagrante resultam da ação policial e não de decisão judicial motivada.

1.2.2 Prisão como regra

Quanto ao princípio da excepcionalidade, a tabela 4 demonstra em percentuais a ocorrência de prisão preventiva e de prisão em flagrante com mais de um dia de duração nas localidades pesquisadas.

Tabela 4 – Distribuição de feitos por existência de prisão provisória

(Em %)

Tipo de Prisão	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Flagrante com mais de 1 dia (A)	73,00	90,40	49,20	89,30	31,90
Preventiva cumprida (B)	1,40	1,70	1,50	-	-

²³ De fato, durante manuseio dos processos da cidade, observou-se que após todo auto de prisão em flagrante havia decisão judicial determinando a prisão ou liberação do autuado.

Tipo de Prisão	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Total de prisão provisória (A + B)	74,40	92,10	50,70	89,30	31,90
Não houve prisão provisória	25,60	7,90	49,30	10,70	68,10
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDF, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração própria

Como se observa, em quatro localidades a prisão provisória ocorreu em mais de 50% dos casos, sendo que em duas delas esse percentual se aproxima de 90% (Belém, 92,1%; e São Paulo, 89,3%). A única cidade que apresentou prisão provisória em menos de 50% dos casos foi Porto Alegre (31,9%).

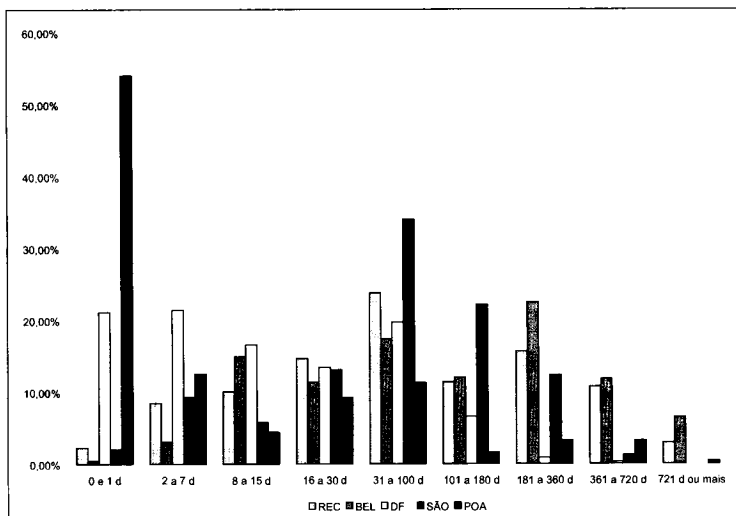
Em face dessa realidade, podemos concluir que a prisão provisória em casos de furto é regra na maioria das localidades pesquisadas e que o princípio da excepcionalidade não está sendo observado. Mesmo em Porto Alegre, que apresenta índice bastante inferior ao das demais cidades, o percentual de aplicação da prisão provisória ainda é bastante elevado, considerando-se que a medida deve ser utilizada apenas em casos excepcionais.

1.2.3 Excesso de prazo

A limitação temporal do cumprimento da prisão provisória (razoabilidade) pode ser analisada por meio do gráfico 1 e da tabela 5, que demonstram a duração das prisões decorrentes do flagrante e das preventivas cumpridas.

Gráfico 1 – Distribuição de feitos por tempo de prisão
(flagrante + preventiva cumprida)

(Em %)



Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Sussep/RS

Elaboração própria

Tabela 5 – Distribuição de feitos por tempo de prisão
(flagrante + preventiva cumprida)

Tempo de prisão	REC	BEL	DF	SÃO	POA
0 e 1 dia	2,28%	0,45%	21,14%	2,02%	54,03%
2 a 7 dias	8,47%	3,12%	21,43%	9,32%	12,50%
8 a 15 dias	10,10%	14,92%	16,57%	5,79%	4,44%
16 a 30 dias	14,66%	11,36%	13,43%	13,10%	9,27%
31 a 100 dias	23,78%	17,37%	19,71%	34,01%	11,29%
101 a 180 dias	11,40%	12,03%	6,57%	22,17%	1,61%
181 a 360 dias	15,64%	22,49%	0,86%	12,34%	3,23%
361 a 720 dias	10,75%	11,80%	0,29%	1,26%	3,23%
721 dias ou mais	2,93%	6,46%	-	-	0,40%
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Sussep/RS

Elaboração própria

Observa-se que em Recife, Belém e São Paulo mais de 35% das prisões provisórias duram mais de 100 dias, extrapolando o prazo previsto na legislação brasileira como o máximo de tempo que a prisão provisória deve durar.²⁴ No Distrito Federal e em Porto Alegre o excesso de prazo também ocorre, mas com menor frequência (7,72% e 8,47%, respectivamente). As prisões com excesso de prazo superam aquelas que tiveram menos de 30 dias de duração nas cidades de Recife, Belém e São Paulo.

Como se vê, a violação do princípio da razoabilidade é generalizada na maioria das cidades. Na criminalização do furto, não há como legitimar os excessos sob o argumento da complexidade do caso. O furto é um crime de simples apuração, em especial nos casos em que houve flagrante, quando a instrução do feito é facilitada pela apreensão do bem e pela concentração da prova em depoimentos de testemunhas.

Já a exigência de provas da materialidade e autoria do crime é um dos requisitos obedecidos nos casos de furto. Como visto na tabela 2,²⁵ a maioria das prisões decorre do flagrante, que traz indícios fortes de autoria e provas da materialidade do delito.

Entretanto, observa-se que há um alto índice de pessoas absolvidas por furto, em especial na cidade de Porto Alegre, e que o tempo médio de prisão provisória nos casos de absolvição é bastante elevado, como se observa nas tabelas 6 e 7.

²⁴ Conforme exposto no tópico 1.1.3, o prazo para máximo de duração da prisão provisória em processos de crimes com rito comum é de 81 dias, contados da data da prisão ao término da instrução criminal. Foram adicionados 19 dias, para contemplar os prazos das alegações finais e da sentença.

²⁵ Ver tópico 1.2.1.

Tabela 6 – Distribuição de feitos por conclusão do processo*(Em %)*

Conclusão do Processo	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Condenação*	86,02	81,77	65,36	84,86	49,46
Absolvição	5,92	6,60	11,07	11,41	45,68
Outros	8,06	11,63	23,57	3,73	4,86
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS*Elaboração própria***Obs.:** a) Estão incluídos os processos em que houve condenação por sentença penal e os casos de suspensão condicional do processo**Tabela 7** – Tempo médio de prisão provisória em casos de absolvição*(Em dias)*

Tempo médio de prisão	REC	BEL	DF	SÃO	POA
	285,26	341,46	21,87	73,59	32,49

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS*Elaboração própria*

Da tabela 6, verifica-se que em Recife e Belém cerca de 6% dos réus são absolvidos; no Distrito Federal e em São Paulo, em torno de 11% e em Porto Alegre este número atinge mais de 45% dos casos. A tabela 7 demonstra que nas cidades de Recife e Belém réus absolvidos ficaram em média presos provisoriamente por quase um ano; em São Paulo, aproximadamente dois meses; em Porto Alegre pouco mais de um mês e no Distrito Federal, quase 22 dias.

Esses números mostram que há recorrentes casos de pessoas absolvidas que ficam presas provisoriamente, sendo muito significativo o tempo médio de prisão, realidade que evidencia a gravidade do uso da prisão anterior ao julgamento do acusado.

1.2.4 Desproporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, que exige correlação entre a pena aplicada e a prisão provisória, pode ser analisado a partir das tabelas 8 e 9.

Tabela 8 – Distribuição de feitos concluídos com aplicação de pena por Tipo de Condenação

(Em %)

Tipo de condenação	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Semi-aberto ou fechado	22,75	14,08	19,06	29,22	22,95
Regime aberto	1,85	17,23	12,19	0,95	27,87
Alternativa ^a	75,40	68,70	68,75	69,83	49,18
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração própria

Obs: a) soma dos feitos em que houve condenação à pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado e regime semi-aberto;

b) soma dos feitos em que houve aplicação de pena restritiva de direitos, suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo.

Tabela 9 – Tempo médio de prisão provisória por tipo de pena

(Em dias)

Tipo de Pena	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Suspensão cond. processo	43,93	118,26	9,15	25,04	17,60
Restritiva de direito	128,75	285,17	39,84	71,59	33,26
Regime aberto	129,69	388,24	55,91	-	56,73
Regime semi-aberto	485,43	488,57	58,89 ^a	118,02	33,30
Regime fechado	259,33	364,27	-	174,09	-

Fonte: TJPE, TJPA, TDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração própria

Obs: a) Os números referem-se aos casos de regime semi-aberto e fechado, já que no Distrito Federal foi identificado apenas se a pena aplicada foi privativa de liberdade, não constando a informação sobre o regime de execução.

Na tabela 08, verifica-se que dos processos concluídos em que houve aplicação de pena, mais de dois terços resultaram em alternativa à prisão²⁶ em São Paulo, Recife, Belém e Distrito Federal. Apenas em Porto Alegre este número é inferior a 50%. É relevante observar que em todas as cidades o número de réus condenados ao regime semi-aberto ou fechado é inferior a 30%.

A tabela 09 demonstra que o tempo médio de prisão provisória para réus cujo processo teve como conclusão alguma medida alternativa à prisão é bastante significativo. Por exemplo, em todas as cidades, o tempo médio de prisão provisória dos réus condenados a cumprir penas restritivas de direito foi superior a um mês, sendo que em Recife esse número superou quatro meses e em Belém quase chegou a 10 meses.

A desproporção entre a pena aplicada e a prisão provisória já se evidencia em face do alto índice de pessoas presas provisoriamente em casos que terminam com medida diversa da prisão.

Quanto ao regime aberto, no Distrito Federal, Recife e em São Paulo não há casa de albergado e o regime aberto é convertido em prisão domiciliar, de forma que a situação desses réus se iguala à dos que foram condenados à pena restritiva de direitos ou à suspensão condicional da pena. Em Belém e Porto Alegre, o regime aberto é cumprido em casa de albergado, que tem características bastante distintas do estabelecimento prisional em que se cumpre a prisão provisória. Conforme prevê o Código Penal, no regime aberto o condenado trabalha, estuda ou exerce outras atividades fora do estabelecimento e sem vigilância e se recolhe à casa albergue no período noturno e nos feriados, diferentemente dos estabelecimentos em que os presos provisórios são re-

²⁶ Para a presente pesquisa, a expressão "medida alternativa à prisão" será utilizada para englobar os casos de suspensão condicional do processo, de suspensão condicional da pena e de penas restritivas de direitos.

colhidos, que se assemelham mais aos destinados a presos condenados ao regime fechado.²⁷

Em verdade, a detenção provisória apresenta condições de cumprimento mais graves até que o regime fechado. A precariedade da decisão e a suposta finalidade instrumental da medida geram uma série de conseqüências práticas para o detento: é muito comum que permaneçam em delegacias de polícia; não há reconhecimento de qualquer benefício, como possibilidade de estudo e trabalho fora do ambiente penitenciário (ambos possíveis para o regime aberto e semi-aberto, como também para alguns casos de fechado), nem há permissão para o preso passar, por exemplo, feriado com a família, como ocorre nas condenações definitivas. Essa realidade já demonstra desproporcionalidade entre a prisão provisória e a pena definitiva.

Mas, se considerarmos simplesmente o tempo de prisão, a situação permanece grave. A média do tempo da pena dos réus condenados aos regimes semi-aberto e fechado varia de um ano e dois meses a três anos e nove meses de prisão, como se observa da tabela 10.

Tabela 10 – Tempo médio da pena aplicada por regime de execução da pena

(Em dias)

Regime de execução	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Regime semi-aberto	856,60	830,00	863,82	419,88	434,67
Regime fechado	1235,08	854,50	892,50	713,69	840,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJSP, TJRS

Elaboração Própria

²⁷ Segundo o Ministério da Justiça, a cadeia pública, um dos estabelecimentos prisionais que se destinam ao alojamento de presos provisórios, é sempre de segurança máxima, equivalente aos estabelecimentos destinados aos condenados a regime fechado (www.mj.gov.br/depen).

Conforme as regras da lei de execuções penais brasileiras, o preso tem direito à progressão de regime quando do cumprimento de um sexto da pena. Assim, aqueles que cumprem pena em regime semi-aberto teriam direito ao regime aberto após cumprir um sexto da pena e os que são condenados ao regime fechado, após um terço.

A tabela 11 demonstra, entretanto, que na maioria das cidades o tempo médio de prisão provisória aproxima-se ou supera o dobro do tempo médio de execução, no regime semi-aberto, da pena aplicada na condenação.²⁸ É o que ocorre, por exemplo, em São Paulo, onde o tempo médio de condenação ao regime semi-aberto é de 69,98 dias, enquanto o de prisão provisória dos condenados nesse regime é de 118,02.

Tabela 11 – Comparação do tempo médio de execução de pena aplicada na condenação com o da prisão provisória

(Em dias)

Tempo médio de execução	REC		BEL		DF		SÃO		POA	
	Cond.ª	Prov.º	Cond.	Prov.	Cond.	Prov.	Cond.	Prov.	Cond.	Prov.
Semi-aberto	142,76	485,43	138,33	488,57	143,97	58,89 ^c	69,98	118,02	72,44	33,3
Fechado	411,69	259,33	284,83	364,27	297,5	58,89 ^c	237,89	174,09	280	-

Fonte: TJPE, TJPA, TJSP, TJRS

Elaboração Própria

Obs: a) Tempo médio da pena aplicada na condenação, reduzida de um sexto, nos casos de aplicação do regime semi-aberto e de um terço, nos de regime fechado.

b) Tempo médio de prisão provisória dos casos em que houve aplicação do regime semi-aberto e fechado.

c) No Distrito Federal, os dados sobre regime semi-aberto e fechado foram classificados como pena privativa de liberdade, de forma que o tempo médio de prisão desses regimes foi analisado conjuntamente.

²⁸ Observe-se, ainda, que o tempo medido na pesquisa não considerou a possibilidade de o réu ter continuado preso após a sentença de condenação, durante o processamento de eventual recurso.

A situação se agrava nas cidades de Recife e Belém, em que há alto percentual de pessoas presas provisoriamente por mais de um ano (13,68% e 18,26%, respectivamente), como se demonstrou na tabela 5,²⁹ e em que se registram casos de réus que passaram mais de três anos e meio nessa situação.

Conforme se observa, em todas as localidades pesquisadas ocorre de forma generalizada a desproporção entre a pena aplicada e a prisão provisória. Primeiro, porque na maioria dos casos não há condenação final à privação de liberdade; segundo porque o regime aplicado muitas vezes é menos severo do que a prisão provisória; por último porque há casos em que a pena privativa de liberdade seria executada em tempo inferior ao que o réu permaneceu recluso provisoriamente.

1.2.5 Antecipação de pena

A partir dos dados expostos na tabela 9³⁰ pode-se também analisar se há observância ao princípio da finalidade instrumental da prisão provisória. Verifica-se que a média de tempo da prisão cresce gradualmente para os casos de suspensão condicional do processo, pena restritiva de direitos, regime aberto, semi-aberto e fechado. Este fato indica que no momento de decidir sobre o pedido de liberdade provisória, o juiz faz projeção sobre o regime a ser aplicado no caso concreto, de forma que o réu com chances de ser condenado aos regimes mais graves³¹ dificilmente é liberado antes da sentença condenatória. Esse fato evidencia que a prisão provisória na criminalização do furto antecipa a sanção penal.

²⁹ Ver tópico 1.2.3.

³⁰ Ver tópico 1.2.4.

³¹ A projeção do regime a ser cumprido pelo réu é realizada considerando-se especialmente a existência de reincidência, em face do que dispõe o artigo 33 do Código Penal.

Os dados apresentados na tabela 12 reforçam essa conclusão:

Tabela 12 – Distribuição de feitos por tipo e existência de prisão

(Em %)

Tipo de Prisão	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Flagrante	75,2	90,8	68,9	91,1	81,6
Preventiva cumprida	1,4	1,7	1,5	-	-
Preventiva não cumprida	0,2	-	2,0	-	-
Não houve prisão	23,2	7,5	27,6	8,9	18,4
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração própria

Os dados contidos na tabela 12 demonstram que a grande maioria das prisões provisórias resulta do flagrante e que é insignificante o número de prisões preventivas decretadas. De fato, em duas cidades não foram encontradas ocorrências de prisão preventiva (Porto Alegre e São Paulo) e em nenhuma delas o número de preventivas decretadas superou o percentual de 2%.

É relevante ainda destacar que na maioria dos casos, a preventiva foi motivada pelo dispositivo previsto no art. 366 do Código de Processo Penal. Do total de 36 prisões preventivas decretadas em todas as localidades pesquisadas (cumpridas ou não cumpridas), 23 foram motivadas pela aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal e uma porque o réu não compareceu a audiências.³²

³² Não foi possível obter informação sobre a motivação dos outros doze casos. Sobre o artigo 366 do Código de Processo Penal, ver tópico 1.1.3.

Esse fato revela que quando a investigação é iniciada por portaria que instaura o inquérito policial³³ a prisão provisória não acontece, de forma que se pode concluir que é a existência do flagrante que motiva a prisão e não a presença dos requisitos de garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Os casos em que não houve flagrante não diferem significativamente daqueles em que houve, seja quanto ao valor e tipo dos bens furtados, seja pelo perfil dos réus, que possuem características semelhantes, especialmente no que diz respeito à reincidência. Se não há diferença substancial entre esses dois grupos, a explicação para a grande concentração da prisão provisória entre os réus que foram autuados em flagrante é o caráter automático dessa prisão e não a observância estrita dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Pode-se concluir, assim, que a prisão provisória na criminalização dos furtos estudados tem caráter de antecipação da pena e não de garantia da instrumentalidade processual.

Se o motivo da prisão do réu não está relacionado à garantia do processo, não há como, durante o cumprimento da medida restritiva, verificar se os requisitos configuradores dessa situação continuam presentes. Assim, se a prisão não é motivada pela necessidade, fica prejudicada a análise do princípio da provisoriedade.

Verifica-se, portanto, que há violação sistemática dos princípios que regem a prisão provisória em todas as unidades da federação pesquisadas, o que ocorre em menor grau em Porto Alegre e no Distrito Federal. Porto Alegre é um caso especial porque nessa cidade a prisão provisória

³³ O começo formal de uma investigação criminal pela polícia ocorre quando há instauração de inquérito policial, que pode ser iniciado por portaria ou pelo auto de prisão em flagrante.

ocorre com frequência bem menor que nas demais (31,90% dos casos), como resultado de controle judicial mais efetivo da prisão em flagrante. Dessa forma, embora nessa cidade ocorra violação de princípios como a proporcionalidade e razoabilidade nos casos em que a prisão existe, o número de pessoas por ela atingidas é bastante inferior ao das demais cidades. O Distrito Federal também se destaca em razão da duração da prisão ser bem inferior à das demais cidades pesquisadas, o que gera grau de violação menor dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É importante observar que o panorama do uso da prisão provisória identificado nesta pesquisa coincide com o brasileiro. Segundo informa o Ministério da Justiça (2005), em dezembro de 2004 havia 86.766 presos provisórios no sistema prisional brasileiro, que representavam 33,03% do total de internos.³⁴

Em dezembro de 2005, no estado do Pará, o índice de presos provisórios era de 58,84% do total da população carcerária; em Pernambuco, de 64,14%; no Distrito Federal, de 17,59%; em São Paulo, de 28,03% e no Rio Grande do Sul, de 15,06%³⁵ (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2006).

³⁴ Neste cômputo constam apenas os dados do sistema prisional (262.710 presos), de forma que não estão incluídos dados da segurança pública (73.648 presos). Como há maior probabilidade de os presos do sistema de segurança pública serem provisórios, é possível que o número de presos provisórios brasileiros seja maior que o índice apresentado.

³⁵ Em Pernambuco, Rio Grande do Sul e no Pará, não há presos no sistema de segurança pública, conforme a publicação, de forma que os percentuais apresentados se aproximam bastante da realidade. No caso do Distrito Federal, a população há 114 presos do sistema de segurança pública, numa população prisional total de 6861, de forma que o percentual apresentado também se aproxima da realidade, com pequeno viés para baixo. Já em São Paulo, o número de presos na segurança pública (22.967) é expressivo em face do total da população prisional (132.130), como há maior probabilidade de os presos do sistema de segurança pública serem provisórios,

Como se vê, Porto Alegre e Distrito Federal apresentam os menores índices de presos provisórios dentre as localidades pesquisadas.

Coincide também com o panorama da América Latina. Conforme Elias Carranza; Mario Houed et al (1983) – que em 1981 realizaram estudo comparativo sobre prisões provisórias em 31 estados latino-americanos –, nessa região, especialmente nos países cujo sistema jurídico penal é romano-germânico, as taxas de encarceramento provisório são de 47,40% a 94,25%.³⁶ A pesquisa foi renovada em 1995 e resultou em números mais elevados ou similares, razão por que Carranza (1995) considera que nesses estados, o que prevalece é a presunção de culpabilidade (e não de inocência).

é possível que o número de presos provisórios de São Paulo seja maior que o índice apresentado

³⁶ O Brasil não informou dados globais para a pesquisa, de forma que não foi objeto de análise na publicação. Segundo os autores, em países que adotam o sistema anglo-saxão, as taxas de presos provisórios variam de 2,18% a 37,44%.

VULNERABILIDADE E FLAGRANTE: PRODUÇÃO DE PENAS ANTECIPADAS

SUMÁRIO: 2.1 Premissa teórica: o paradigma criminológico da reação social – 2.2 A vulnerabilidade dos réus criminalizados por furto – 2.3 A armadilha do flagrante – 2.4 A fórmula “pessoas vulneráveis + flagrante”.

Na primeira parte desta dissertação, demonstrou-se que na criminalização do furto a violação dos princípios que regem o uso da prisão provisória ocorre de forma sistemática. Neste capítulo, será identificado como o funcionamento do sistema penal produz a violação ao direito de réus criminalizados por furto de serem tratados como inocentes até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória.

A opção teórica será pelo paradigma da reação social, com enfoque nos estudos impulsionados pela Criminologia Crítica, especialmente nas tendências mais recentes, que se têm orientado a identificar, além das questões de classe, a influência de outras assimetrias sociais nos processos de criminalização. Abordagem preliminar desse paradigma é exposta no primeiro tópico deste capítulo e aprofundada concomitantemente ao desenvolvimento das análises subseqüentes.

No segundo tópico, identifica-se que as características dos autores de furto correspondem ao das pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo, como se demonstrará a partir dos dados coletados na pesquisa documental.

Demonstra-se, no terceiro e quarto tópicos, que o automatismo da prisão decorrente do flagrante gera uma tendência a que a prisão provisória ocorra, o que, somado ao perfil de vulnerabilidade dos réus, resulta numa característica estrutural que induz à violação cotidiana do princípio da presunção de inocência na criminalização do furto.

2.1 PREMISSA TEÓRICA: O PARADIGMA CRIMINOLÓGICO DA REAÇÃO SOCIAL

Para compreender o paradigma adotado, faz-se necessária uma breve exposição do paradigma etiológico da Criminologia.

No final do século XIX, em contexto marcado pelo intervencionismo do Estado e pelo predomínio de concepção positivista da ciência, surgiram a antropologia criminal de Cesare Lombroso e a sociologia jurídica de Ferri, duas matrizes fundamentais para a formação do paradigma etiológico de Criminologia (ANDRADE, 2003a, p. 34).

Para os referidos autores, cujas idéias deram gênese à Criminologia Positivista, o direito penal não poderia ser estudado sob o enfoque racionalista e jusnaturalista, era necessário identificar as causas da criminalidade, por meio do método experimental ou empírico-dedutivo. Mediante a observação de indivíduos situados no universo dos cárceres e manicômios, características como altura, textura do cabelo, renda social, eram medidas para identificar as regras gerais por meio das quais o determinismo se manifestaria.

O crime era tido como fato natural e social, comportamento de uma minoria anormal e perigosa, que estava determinada a praticar delitos, em razão de uma patologia que tinha causas antropológicas, físicas e sociais (DEL OLMO, 2004, p. 92).

Para defender-se da minoria desviante – os delinqüentes natos – a sociedade deveria tratá-la e ressocializá-la, modificar o comportamento do criminoso, agindo contra suas causas.

A Criminologia Positivista teve grande recepção nos sistemas penais ocidentais dos finais dos séculos XIX e início do século XX, quando a disseminação dos pressupostos da Criminologia convergia com o movimento que procurava estabelecer normas universais para resolver o problema da prevenção do delito e do tratamento do delinqüente. Como ensina Rosa Del Olmo (2004, p. 72-73):

A necessidade de internacionalizar “normas universais” para resolver o problema delituoso seria o elemento decisivo para consolidar e difundir a criminologia. Foram sugeridas reformas com o apoio da “ciência”, e assim a criminologia serviria de instrumento para justificar um melhor controle social do delito em nível universal. Era, portanto, disciplina útil e necessária. [...] A penologia, o direito penal e a criminologia entrariam em estreita relação para controlar melhor, mas a criminologia seria considerada a “base científica” sobre a qual se apoiariam a política criminal e a elaboração das leis.

Nesse período, medidas que implicavam a redução das liberdades individuais e a ampliação dos poderes de intervenção do Estado, como detenções provisórias, discricionariedade dos juízes, sentença com tempo indeterminado, eram paulatinamente inseridas ou ampliadas nos diversos sistemas jurídico-penais, para permitir a correção dos delinqüentes.

A América Latina não ficou alheia ao movimento. Ao contrário, a Criminologia Positivista teve grande repercussão nessas terras. Como afirma Del Olmo (2004, p. 173), “ênfatizando diferenças físicas e mentais entre os delinqüentes e não-delinqüentes, a antropologia criminal teve imediatamente total acolhida. Correspondia ao racismo difundido na América Latina no final do século para justificar as limitações desses países [...]”.

Os principais pressupostos da Criminologia que opera no paradigma etiológico – a concepção da criminalidade como fenômeno natural, causalmente determinado; de que a criminalidade é comportamento de uma minoria anormal; e de que a Criminologia tem por objetivo identificar as causas da criminalidade a partir do método experimental – continuaram ganhando força ao longo do século XX e até os dias de hoje são fortes, como nos ensina Vera Andrade (2003a, p. 34):

[...] o conceito corrente de criminalidade no senso comum, tributário de uma pretensa racionalização “científica” pela Criminologia Positivista (desenvolvida com base no paradigma etiológico) [...] parece hegemônico, no senso comum (e particularmente no senso comum jurídico dos operadores do sistema penal) porque confere sustentação ideológica ao modelo positivista de “combate à criminalidade” através do sistema, que chega ao século XXI, por motivos evidentemente políticos e não científicos, mais fortalecido do que nunca.

Entretanto, a Criminologia que opera sob o paradigma etiológico perdeu sua sustentação teórica e empírica com o surgimento de teorias desenvolvidas a partir da década de 1930, que prepararam terreno para que na década de 60 do século XX, ocorresse a construção de novo paradigma na Criminologia, o paradigma da “reação social”, do “controle” ou da “definição” (ANDRADE, 2003a, p. 40).

Dentre as pesquisas que abriram caminho para o surgimento do novo paradigma, destacam-se os estudos sobre a “cifra oculta”. Na década de 40, a observação de sistemas de justiça penal de diversos países demonstrou que em todos eles o número de infrações que chegavam ao conhecimento da polícia e que eram levados a julgamento era muito inferior ao número de condutas efetivamente praticadas. À existência de desvios que nunca seriam conhecidos pelas instâncias oficiais deu-se o nome de cifra oculta, como ensina Lola Aniyar de Castro (1983, p. 68):

[...] há diferença de volume entre criminalidade aparente, criminalidade legal e criminalidade real e que esta última não é conhecida na sua real extensão. Entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. Esta diferença é o que se denomina cifra obscura, cifra negra ou delinquência oculta [...]

Paralelamente, o estudo sobre os crimes de colarinho branco¹ causou grande impacto nos estudos da Criminologia. A obra de Sutherland sobre o tema e os estudos que se seguiram demonstraram que os desvios praticados por pessoas de alto *status* sócio-econômico não eram perseguidos pelo sistema de justiça criminal. Eram raros ou inexistentes os casos de pessoas que exerciam atividades econômicas ou empresariais que tivessem recebido sanções penais.

Os estudos sobre a cifra oculta e a criminalidade de colarinho branco foram fundamentais para revelar que a prática de delitos era mais comum do que se afirmava e para desqualificar os estudos que se baseavam nas estatísticas oficiais (ANDRADE, 2003a, p. 264).

As pesquisas demonstraram, portanto, que o crime não era praticado por uma restrita minoria, mas por largos estratos da sociedade e que longe de funcionar na totalidade dos casos em que teria competência para agir, o sistema penal opera em um ritmo extremamente reduzido. Assim, qualquer estudo sobre a criminalidade baseado em estatísticas oficiais estaria longe de alcançar a totalidade

¹ Na concepção inicialmente traçada por Sutherland, crimes de colarinho branco são aqueles praticados por pessoas pertencentes aos mais altos estratos sociais, quando em exercício de atividades econômicas empresariais. Posteriormente, o conceito foi ampliado para abarcar atividades não necessariamente vinculadas ao ramo econômico, como a criminalidade política e ambiental, quando também passaram a ser adotados os termos cifra dourada e delinquência dourada (CASTRO, 1983, p. 76-78).

do fenômeno (BARATTA, 2002, p. 103; HULSMAN; CELIS, 1997, p. 65).

Tais investigações foram influência marcante para que, em finais da década de 50 e início da década de 60, surgisse, nos Estados Unidos, o *labelling approach*. Em contexto histórico marcado por lutas estudantis, luta dos negros e das mulheres pela igualdade de direitos:

[...] autores como H. Garfinkel, E. Goffmann, K. Ericson, A. Cicourel, H. Becker, E. Schurt, T. Scheff, Lemert, Kitsuse entre outros, pertencentes à chamada 'Nova Escola de Chicago' começam a questionar o paradigma funcional até o momento dominante dentro da Sociologia norte-americana. [...] É neste contexto que surgem as teorias interacionistas buscando interpretar, entre outras, a "conduta desviante". Instaura-se assim definitivamente o termo "desvio social" para englobar todas aquelas condutas que não podiam englobar-se dentro de definições legais ou psiquiátricas [...] (ANDRADE, 2003a, p. 186).

Os representantes da Nova Escola de Chicago foram responsáveis pelos primeiros estudos que demonstravam que a criminalidade não é um dado natural, mas uma construção que depende da reação social. É de Howard Becker (1971, p. 19) a frase "a questão fundamental do desvio: que é criado pela sociedade",² que pode resumir a contribuição marcante da escola, de que "o desvio e a criminalidade

² Tradução livre da frase em espanhol "el hecho fundamental de la desviación: que es creada por la sociedad". Em continuação, o autor afirma: "No estoy utilizando esta frase en el sentido en que habitualmente se la entiende, es decir, que las causas de la desviación se encuentran en la situación social del desviado o en 'factores sociales' que impulsan su acción. Lo que quiero decir, en cambio, es que los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas cuya infracción constituye la desviación, y al aplicar dichas reglas a ciertas personas en particular y calificarlas de marginales" (BECKER, 1971, p. 19).

não são entidades ontológicas preconstituídas, identificáveis pela ação das distintas instâncias do sistema penal, mas sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não-oficiais de definição e seleção" (ANDRADE, 2003a, p. 201).

A recepção do *labelling* na Alemanha pautou de forma definitiva a formação do paradigma da reação social. Fritz Sack (apud BARATTA, 2001, p. 104-113), destacado expoente do *labelling approach* alemão, partindo da distinção já então conhecida entre regra e meta-regra,³ deslocou o significado corrente desse termo, para um plano objetivo sociológico. Para o autor, mais que os princípios metodológicos reconhecidos, há significados ligados à cultura (*second codes, basic rules*) que regulam a aplicação das normas pelas instâncias oficiais. A atuação do sistema penal não se resume a dar concreção a normas e princípios objetivamente postos. A estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental sobre o seu funcionamento.

Identificou-se a existência de um processo de criminalização em que as agências formais de controle social atuam para atribuir o caráter criminal a condutas e atos praticados. A criminalização primária é exercida pelas agências legislativas, responsáveis pela produção de normas legais; a secundária é exercida pelas agências policial e judicial, responsáveis por aplicar a lei, ou seja, a polícia, o Ministério Público e o judiciário; e a criminalização terciária se dá com a entrada do indivíduo no sistema penitenciário.

A partir dos estudos do *labelling*, começou a ser identificada a regularidade nas características de pessoas e condutas que chegam ao sistema de justiça penal e nas que permanecem na cifra oculta. Foram identificados mecanismos de seleção que fazem com que o sistema de justiça penal, a

³ As primeiras são regras gerais e as segundas regras de interpretação (BARATTA, 2001, 104)

cada etapa do processo de criminalização, recrute alguns e deixe outros de fora. É o chamado “efeito-de-funil”, em que há uma larga base que representa o conjunto de desvios e uma pequena ponta que representa a parcela da população que recebe a etiqueta de criminoso.

Os mecanismos de controle passaram a ser desvendados: as instâncias de controle informais e formais⁴ obedecem a critérios seletivos que induzem a que haja uma regularidade entre os que são imunizados e os que recebem a etiqueta de criminosos. A Criminologia passou a debruçar-se sobre o funcionamento do poder legislativo, da polícia, do ministério público e dos tribunais, para descobrir que fatores determinam sua atuação e quais são as condições de criminalização.

Na criminalização primária, os estudos demonstraram que regularmente os desvios praticados pelos estratos mais favorecidos da sociedade tendem a ser tratados com mais parcimônia que os praticados pelos estratos inferiores. Historicamente, há mais condutas típicas das classes menos abastadas tipificadas como crimes que condutas praticadas pela elite, ou seja, ela se orienta predominantemente para “atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados” (BARATTA, 2001, p. 176).

O mesmo ocorre na criminalização secundária. Eleger os crimes a serem investigados, escolher as pessoas que serão abordadas nas ruas, avaliar provas, dar conteúdo a normas, fazer o exercício de subsunção entre o fato e a previsão legal, são, todos, atos que revelam a discricionariedade e a atuação seletiva de policiais, promotores e juízes.

⁴ A diferença entre controle formal (realizado pelas agências do Estado) e informal não implica o desconhecimento de que um interfira no outro. Em verdade “o sistema jurídico, como tal, funciona de modo que entre os processos de definição formal e os processos de definição e de reação informal não existe, verdadeiramente solução de continuidade” (BARATTA, 2002, p. 98).

Principal responsável pela identificação dos sujeitos que irão ingressar no controle formal, a polícia tem papel determinante no processo de seleção, não só porque é a primeira instância da criminalização secundária, mas porque é a agência que atua com maior discricionariedade. Para escolher dentro das largas margens que lhe são dispostas, a polícia, para tomar sua decisão, geralmente recorre a critérios como gravidade do delito (quanto mais grave, menor a discricionariedade); atitude do denunciante (se a vítima não tem interesse no prosseguimento do caso, menores são as chances da investigação seguir); interiorização e adesão às normas legais (a polícia nem sempre adere às normas, o que ocorre com frequência quando estão em jogo regras que revelam política interventiva do Estado ou concepções moralistas e ideológicas, mas dificilmente se passa nos casos que estão no núcleo central do direito penal clássico); e poder relativo do infrator (quanto maior for o *status* social do suspeito, menor será a probabilidade de ser formalmente investigado pela polícia) (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 454-462).

Se a polícia é considerada a agência que exerce papel predominante na seletividade, isso não significa que judiciário e ministério público deixem de contribuir para que o sistema de justiça criminal atue de forma seletiva.

Nos países que adotam o sistema da obrigatoriedade da ação penal, poderia parecer que a atuação do ministério público é estritamente regulada, com poucas margens de escolha. Entretanto, a discricionariedade está presente no momento de valorar as provas para propor a ação penal, bem como os *second codes* aparecem quando o ministério público toma decisões como recorrer, pedir a condenação ou se pronunciar sobre a liberdade do réu. Neste caso, mais uma vez os mecanismos de seleção se voltam contra as pessoas oriundas dos estratos menos privilegiados da sociedade. Exerce influência mais determinante na atuação do ministério público a confissão do réu – o que tem gran-

de relevância criminológica, considerando que a tendência a confessar é maior entre os grupos mais vulneráveis – e os antecedentes penais. Também interfere na decisão de promotores a gravidade da infração e o *status* da vítima, bem como sua relação com o réu (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 471-500).

O judiciário também exerce papel de destaque na seletividade, já que é responsável por dar às normas conteúdo mais definitivo e por atribuir de forma irreversível o caráter de criminoso para aquele que passou pelo controle formal.

Decisões favoráveis ou desfavoráveis serão guiadas por tipificações culturais que os juízes têm em suas mentes (*second codes*), de forma que pessoas que praticaram condutas em circunstâncias semelhantes podem ser diferentemente sentenciadas. Pesquisas demonstram que a discricionariedade do juiz funciona sistematicamente em desfavor dos réus de mais baixo poder econômico-social. São eles que preenchem as listas de condenação e que sofrem as penas mais drásticas. Inversamente, as elites e classes médias dificilmente são condenadas e, quando isso ocorre, a pena de prisão é raramente aplicada (BARATTA, 2002, 176-178).

Para chegar à verdade processual sobre um fato, o juiz dispõe de uma série de indícios que permitem interpretações alternativas e até opostas. Neste campo, Opp (apud DIAS; ANDRADE, 1984, p. 539-540) demonstrou que a relevância probatória dos indícios será baseada em regras de experiência, em certas teorias ou estereótipos cuja validade, em termos de rigor lógico-científico está longe de se poder considerar assente.

Ao se observar toda a estrutura e os diferentes participantes do desenvolvimento da jurisdição, verifica-se que o êxito no resultado do processo estará diretamente relacionado, como afirma Goffman (apud DIAS e ANDRADE, 1984, p. 542), à “competência de ação” da parte: sua “expressividade, isto é, a sua capacidade para produzir impressões”.

A possibilidade de constituir advogado, por exemplo, é um componente decisivo nessa categoria. Desse fato resultam diversas *assimetrias* que estão relacionadas às estruturas social e cultural em que as partes estão inseridas: a possibilidade de ser digno de crédito e de inspirar confiança está diretamente relacionada ao *status* social do réu.

Daí passaram a ser identificados os mecanismos de seleção – que dão sentido ao exercício da discricionariedade real das agências de controle formal e permitem explicar a regularidade da presença desproporcional de membros dos estratos mais desfavorecidos nas estatísticas oficiais –, dentre os quais se destaca o poder relativo dos sujeitos potenciais do processo formal de controle⁵ e os estereótipos⁶ (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 387).

O reconhecimento de que o crime é definido e não um dado ontológico, e de que o controle social exerce um papel decisivo na constituição desse conceito, provocou um deslocamento nos estudos da Criminologia. A partir de então, foi possível transferir o foco dos estudos da figura do criminoso para os mecanismos de controle social. Já não se investigam as causas que determinam a ação do autor

⁵ A participação da pessoa em grupos de pressão que podem influenciar no conteúdo de leis ou no processo formal de controle, bem como a resistência que ela pode oferecer ao próprio processo, ambas características relacionadas ao seu *status* sócio-econômico, são exemplos de como o poder relativo pode interferir no processo de criminalização (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 387-388).

⁶ Estereótipos são sistemas de representações que orientam as pessoas na interação cotidiana. Sinais exteriores como cor da pele, origem étnica, corte de cabelo, estilo de vestuário, aparecem nos processos de reação como manifestações mais expressivas de desconformidade. Como informa Zaffaroni (2003, p. 48), “o estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe [...]”.

do delito, mas quais são as condições de criminalização, de que forma o controle social e, em especial, o sistema penal, opera para definir quem é o desviante e por que ele é definido como tal. Foi a definitiva passagem da Criminologia Etiológica para a Criminologia da Reação Social (ANDRADE, 2003a, p. 43).

As conclusões da Criminologia que opera com base no paradigma da reação social refutaram definitivamente os estudos que definiam as causas da criminalidade a partir das estatísticas oficiais. A base científica da Criminologia Positiva centrava-se na análise dos sujeitos situados nos manicômios e prisões para identificar as causas da criminalidade. Concluía-se que as características daquela população – antropológicas, biológicas, sociais – influenciavam o cometimento de crime. O que os estudos com base no paradigma da reação social demonstram é que essas características interferem, na verdade, nos processos de criminalização e que não se pode concluir, a partir das características daqueles que chegaram ao final do funil, que fazer parte desse universo aumente as chances de ser um desviante (ANDRADE, 2003a, 262).

A maturação do paradigma da reação social se deu com o surgimento da Criminologia Crítica,⁷ desenvolvida a partir do início da década de 70. Essa escola recupera “a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais

⁷ “Sob a denominação de criminologia crítica designa-se, em sentido lato, um estágio avançado da evolução da criminologia radical norte-americana e da nova criminologia européia, englobando um conjunto de obras que, desenvolvendo um pouco depois as indicações metodológicas dos teóricos do paradigma da reação social e do conflito e os resultados a que haviam chegado os criminólogos radicais e novos, chegam, por dentro desta trajetória, à superação deles. E nesta revisão crítica aderem a uma interpretação materialista – e algumas marxista, certamente não ortodoxa – dos processos de criminalização nos países do capitalismo avançado [...]” (ANDRADE, 2003c, 46-47).

que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou das classes dominantes [...]” (ANDRADE, 2003c, p. 48), para concluir que, enquanto instrumento de poder, o sistema de justiça penal também funciona para manutenção do *status quo*, ao proteger parcela da população de seus efeitos estigmatizantes e se voltar contra os que fazem parte dos estratos menos favorecidos da sociedade.

Assim, na perspectiva da Criminologia Crítica, a criminalidade é um bem negativo atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: de bens e de pessoas. Opondo-se à tradicional afirmação de que o direito penal protege igualmente os interesses de todos os cidadãos e à idéia de que os violadores das normas terão iguais chances de se tornar sujeitos do controle penal, as proposições da Criminologia Crítica são:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 2001, p. 162).

Na América Latina, houve produção consideravelmente extensa de obras que adotam o paradigma da reação social, o que contribuiu para desmascarar explicações meramente operacionais (como falta de aparato policial, número de juízes insuficiente) para os níveis intoleráveis de violên-

cia exercidos pelas agências do sistema penal da região (ZAFARONI, 2001, p. 35).

A literatura de Criminologia Crítica latino-americana também revela de que forma o sistema penal e a assimilação do discurso centrado na etiologia e tomado de empréstimo de países centrais influenciam na reprodução das realidades sociais dessa região, de acentuadas exclusão e violência. Constituem, portanto, pilar fundamental para a compreensão do fenômeno ora estudado.

2.2 A VULNERABILIDADE DOS RÉUS CRIMINALIZADOS POR FURTO

Conforme demonstrado no tópico anterior, o sistema penal atua em forma de funil. A cada fase de criminalização, acionam-se mecanismos de seleção que propiciam que determinadas pessoas sejam excluídas do processo de criminalização enquanto outras têm maiores chances de chegar ao seu último nível, que é o encarceramento. Assim, selecionando, o sistema penal criminaliza.

A seletividade do sistema penal se volta primordialmente para aqueles que têm pouco poder de defesa em face do sistema punitivo e que se tornam mais *vulneráveis* à criminalização:

[...] porque suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais, sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas, de fácil detecção e porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza) (ZAFFARONI et al, 2003, p. 47).

Os réus dos processos de furto pesquisados enquadram-se nesse perfil de maior estado de vulnerabilidade em face do poder punitivo, como se demonstrará.

Em todas as unidades federativas pesquisadas o perfil predominante das pessoas criminalizadas é homem (mais de 80% do total), jovem (mais de 60% dos réus tinham até 29 anos na data do fato) e com até ensino fundamental completo.

Como se pode observar na tabela 13, em todas as localidades, a maioria dos réus possui escolaridade de até no máximo o ensino fundamental completo.

Tabela 13 – Distribuição de feitos por escolaridade dos réus

(Em %)

Escolaridade	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Até fundamental completo	81,3	68,2	-x-	83,0	82,1
Ensino médio ou superior	18,7	31,8	-x-	17,0	17,9
Total	100,00%	100,00%	-x-	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS

Elaboração própria

Obs.: -x-: dado não disponível

Foi possível observar também que em todas as localidades pesquisadas há diferença na distribuição da raça do réu em relação à distribuição da população das respectivas regiões. Em todas elas, o número de pessoas negras⁸ criminalizadas é maior que o de brancas, proporcionalmente à população da região, como se observa nas tabelas 14 e 15:

⁸ Negro, para efeito da presente pesquisa, representa a soma de pretos e pardos, conforme classificação oficial do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Tabela 14 – Distribuição de feitos por cor da pele dos réus

(Em %)

Cor da pele	Branca	Preta	Parda	Amarela + Índia	Total
Belém	16,58	5,28	78,14	-	100,00
Recife	19,24	34,72	46,04	-	100,00
São Paulo	57,57	10,87	31,34	0,21	100,00
Porto Alegre	64,02	22,10	13,60	0,28	100,00
DF	-x-	-x-	-x-	-x-	-x-

Fonte: TJPE, TJPA, TJDF, TJSP, TJRS

Elaboração própria

Obs.: -x-: dado não disponível

Tabela 15 – Distribuição da população das regiões metropolitanas de interesse por cor da pele

(Em %)

Cor da Pele	Branca	Preta	Parda	Amarela + Índia	Total
Belém	26,4	5,3	67,7	0,6	100,00
Recife	37,6	6,4	55,1	1,0	100,00
São Paulo	64,6	6,2	27,4	1,8	100,00
Porto Alegre	84,4	7,7	7,6	0,3	100,00
DF	45,2	5,6	48,3	0,8	100,00

Fonte: PNAD/2003 - IBGE

Também são minoria os réus que contrataram advogado particular: em Belém e Porto Alegre, menos de 20%; em São Paulo, 41,9%. Apenas no Distrito Federal (52,7%) e em Recife (50,4%) o número de réus que contrataram advogado particular ultrapassa um pouco o dos que foram patrocinados pela defesa pública, como se observa na tabela 16:

Tabela 16 – Distribuição de feitos por tipo de patrocínio advocatício*(Em %)*

Advogado Particular	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Não	49,6	80,7	47,3	58,1	89,8
Sim	50,4	19,3	52,7	41,9	10,2
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDF, TJSP, TJRS*Elaboração Própria*

É possível observar, ainda, que em todas as localidades, há alto índice de réus desempregados. Com efeito, em todas elas o percentual de desempregados foi superior a vinte por cento. No Distrito Federal e em Porto Alegre esse número chega a 47,37% e 56,32%, respectivamente, como demonstra a tabela 17:

Tabela 17 – Distribuição de feitos por situação empregatícia dos réus*(Em %)*

Situação empregatícia	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Empregado	76,16	64,76	52,63	76,51	43,68
Desempregado	23,84	35,24	47,37	23,49	56,32
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDF, TJSP, TJRS*Elaboração Própria*

Dos réus empregados do Distrito Federal,⁹ mais da metade tinha renda pessoal de até R\$ 300,00, como demonstra a tabela 18:

⁹ Nas demais localidades, não havia dados disponíveis sobre renda.

Tabela 18 – Distribuição de feitos por renda do réu no Distrito Federal

Renda do Réu (em R\$)	Frequência	Percentual
Até 100,00	12	4,55%
De 101,00 a 200,00	59	22,35%
De 201,00 a 300,00	73	27,65%
De 301,00 a 600,00	85	32,20%
De 601,00 a 900,00	18	6,82%
De 901,00 a 1.200,00	4	1,52%
Acima de 1.200,00	13	4,92%
Total	264	100,00 %

Fonte: TJDFT

Elaboração Própria

Como se observa, encontramos no universo pesquisado uma maioria de pessoas com características que se enquadram no perfil de maior vulnerabilidade ao sistema penal. Trata-se, na maioria, de réus com escolaridade primária e baixa renda (não contratam advogado, há grande número de desempregados), com os negros sobre-representados e há predomínio de réus jovens e do sexo masculino – características que correspondem ao estereótipo criminal.

As características do delito praticado também reforçam a coincidência desse público com o perfil de vulnerabilidade, pois, como será demonstrado, trata-se de condutas “toscas e de fácil detecção”. Como afirma Raúl Eugenio Zaffaroni et al (2003, p. 48), “quando uma pessoa comete um delito, ela utiliza os recursos que o adestramento ao qual foi submetida lhe proporciona. Quando esses recursos são elementares ou primitivos, o delito só pode ser, no mínimo, grosseiro (obra tosca)”.

Com efeito, em todas as unidades da federação, mais de dois terços dos casos foram descobertos em razão do

flagrante.¹⁰ O furto passível de ser objeto de flagrante normalmente é resultado de uma ação não planejada, que facilmente pode ser descoberta. O caráter grosseiro dos delitos também pode ser observado pelo baixo valor dos bens furtados. Como demonstram a tabela 19, 50% dos bens furtados foram avaliados em até R\$ 350,00, sendo que apenas 25% deles ultrapassou a marca de R\$ 1.400,00, em Recife, Belém, Distrito Federal e Porto Alegre, ou de R\$ 2.000,00 em São Paulo.

Tabela 19 – Distribuição de feitos por valor do bem

(Em reais - R\$)

Valor do Bem	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Menor valor	1,00	5,00	1,00	1,00	3,00
1.º quartil ^a	102,50	180,00	120,00	143,00	160,00
Mediana^b	350,00	300,00	329,50	300,00	350,00
3.º quartil ^c	1.000,00	700,00	1.340,00	2.000,00	780,00
Maior Valor	550.000,00	30.000,00	60.000,00	87.721,00	65.000,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS

Elaboração Própria

Obs.: a) 25% dos bens tinham valor inferior ao destacado e 75% superior

b) 50% dos bens tinham valor inferior ao destacado e 50% superior

c) 75% dos bens tinham valor inferior ao destacado e 25% superior

Conforme se pode constatar, o perfil predominante das pessoas contempladas na presente pesquisa corresponde àquele identificado pela literatura como sendo de elevado estado de vulnerabilidade em face do funcionamento seletivo do sistema penal. Trata-se de pessoas com baixo poder de defesa em face da ação punitiva (baixa renda, escolaridade primária, sem condições de contratar advogado particular); que se enquadram no estereótipo criminal (predominância

¹⁰ A respeito ver tabela 2, no tópico 1.2.1.

desproporcional de réus negros em relação à respectiva população, alto número de desempregados, réus pobres); que cometeram delito tosco, de fácil detecção (alto índice de flagrante, bens de pequeno valor).

A observação dos dados da pesquisa também demonstra que, dentre os mecanismos que facilitam a operação seletiva do sistema penal em face de autores de crimes de furto, o flagrante assume destaque em algumas localidades.

Como se afirmou acima (tabelas 14 e 15), pessoas negras são mais criminalizadas que brancas. Os dados apresentados na pesquisa revelam que o flagrante contribui para essa operação seletiva, pois se observa a maior tendência de criminalização de negros quando há flagrante. Em São Paulo e Recife, a proporção de negros que teve seu procedimento iniciado em razão do auto de prisão em flagrante é maior se comparada ao número de brancos na mesma situação, enquanto em Porto Alegre e Belém há relativa igualdade,¹¹ como demonstra a tabela 20.

Tabela 20 – Distribuição de feitos por forma de início da investigação e cor da pele

(Em %)

Cor da pele	REC		BEL		SÃO		POA	
	Flag. ^a	Port. ^b	Flag.	Port.	Flag.	Port.	Flag.	Port.
Negra	84,62	70,00	83,10	86,54	43,75	30,19	35,22	37,38
Branca	15,38	30,00	16,90	13,46	56,25	69,81	64,78	62,62
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJSP, TJRS

Elaboração Própria

Obs.: a) flagrante;

b) portaria (não houve flagrante)

¹¹ Não havia dados disponíveis sobre raça no Distrito Federal.

A maior influência do preconceito de cor na seletividade operada na instrumentalização da prisão em flagrante pode ser explicada pela relação direta que ocorre entre o controle social informal e o controle formal na sua operacionalização. A prática do furto é bastante comum e ocorre cotidianamente, especialmente em estabelecimentos comerciais, por isso é muitas vezes tolerada e dá margens a acordos. Entre a descoberta do furto e a comunicação do fato à polícia existe espaço para diversas soluções informais. A maior presença de negros presos em flagrante pode indicar que os furtos por eles praticados são menos tolerados e dão margem a menos soluções informais.

Da mesma forma, os casos em que os flagrantes ocorrem a partir da ação direta da polícia explicam a maior presença de negros na população autuada. A literatura demonstra que quando há atuação pró-ativa da polícia, existe a maior tendência para que essa agência se guie por estereótipos, em que o preconceito racial será um componente de relevância.

Estudos realizados nas polícias revelam que os estereótipos influenciam sua ação, sobretudo quando ela atua de forma pró-ativa, ou seja, sem ser provocada. Na hipótese de pró-atividade, “há que ter sobretudo em consideração a presença diferencial da polícia em relação a grupos de indivíduos que, pela cor da pele, estilo de vestuário, corte de cabelo ou barba, locais freqüentados, etc., se apartam dos padrões estereotipados da respeitabilidade[...]” (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 447-448).

A escolha de pessoas a serem abordadas nas ruas, por exemplo, será mais provável quanto mais elas se aproximem da imagem estereotipada de transgressor. Uma pessoa negra e mal vestida terá mais chances de ser abordada por um policial que um branco de classe média: “comparados com os outros, os jovens negros e aqueles cuja aparência corresponde ao estereótipo do delinquente eram mais freqüentemente abordados e interrogados, muitas vezes mesmo sem quaisquer indícios [...]” (PILIAVIN; BRIAR apud DIAS; ANDRADE, 1984, p. 451).

Estudos anteriores confirmam essa tendência em cidades brasileiras. Pesquisa realizada por Sérgio Adorno (1996) – em que foram analisados processos julgados na primeira instância da justiça no município de São Paulo no ano de 1990 referentes a crimes violentos (roubo, tráfico de drogas, latrocínio, tráfico qualificado e estupro) – demonstrou haver maior incidência de prisão em flagrante para réus negros comparativamente a réus brancos. Segundo o autor, essa realidade pode traduzir maior vigilância policial sobre a população negra que sobre a população branca, em especial porque no senso comum cidadãos negros são percebidos como potenciais perturbadores da ordem social. No mesmo sentido, Renato Lima (2004, p. 60) destaca o fator racial como componente de peso para as decisões da polícia.

Observa-se, ainda, que o flagrante é o procedimento que irá detectar, na maioria das vezes, os crimes mais rudimentares, sem planejamento ou complexidade. A comparação entre a presente pesquisa e outra, sobre crimes financeiros (CASTILHO, 2001), auxilia na ilustração desse fenômeno.

A pesquisa realizada por Ela Castilho (2001, p.256-259) demonstrou que a investigação de crimes contra o sistema financeiro nacional é morosa e desparelhada. O tempo médio gasto com a apuração desses delitos é de dois anos e cinco meses e há pequeno número de peritos com conhecimento profundo do mercado financeiro, o que dificulta a obtenção de provas suficientes para identificar a autoria e obter sucesso na investigação. A consequência é o alto índice de arquivamento dos inquéritos e de rejeição de denúncia em casos de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Na criminalização do furto, diferentemente, a grande maioria das investigações se resume ao auto de prisão em flagrante,¹² que reúne provas da conduta em poucas horas. Assim, enquanto a conduta de subtração de bens expõe seu autor a grande visibi-

¹² A respeito, ver tabela 2, no tópico 1.2.1.

lidade e aumenta as chances de ser flagrado, nos crimes contra o sistema financeiro há dificuldade inclusive de se encontrar peritos capazes de compreender a complexidade dos fatos e identificar autoria e materialidade da conduta.

Um paralelo com este estudo pode ser feito quanto aos crimes de furto com flagrante e sem flagrante: quanto mais planejado e organizado for o crime, menores as chances de ocorrer o flagrante e maiores as dificuldades para a investigação policial. Quanto mais grosseiro o delito, maior possibilidade de ocorrer o flagrante.

Assim, do universo de furtos pesquisados, aqueles cuja investigação foi iniciada por meio do auto de prisão em flagrante contemplam com maior força as pessoas correspondentes ao estereótipo criminal e as que praticam crimes grosseiros, o que demonstra que o flagrante é um importante mecanismo seletivo do sistema penal.

Como se observa, o perfil predominante das pessoas compreendidas na presente pesquisa corresponde ao identificado pela literatura como sendo de elevado estado de vulnerabilidade em face do funcionamento seletivo do sistema penal. Trata-se de pessoas com baixo poder de defesa em face do poder punitivo (baixa renda, escolaridade primária, sem condições de contratar advogado particular); que se enquadram no estereótipo criminal (predominância desproporcional em relação à respectiva população de réus negros, desempregados, pobres, alto índice de reincidência); que cometeram delito toco, de fácil detecção (alto índice de flagrante, bens de pequeno valor).

2.3 A ARMADILHA DO FLAGRANTE

Nos casos pesquisados, o flagrante mostrou-se o principal motivo para a existência da prisão provisória, como foi destacado no tópico 1.2.1. Agora, o que se passa a de-

monstrar é que ele também exerce grande influência para que haja violação ao princípio da presunção de inocência na criminalização do furto.

Uma vez ocorrido o flagrante, o réu é levado ao cárcere e sua prisão comunicada imediatamente ao juiz. Como a legislação não permite o arbitramento de fiança na delegacia de polícia nos casos de furto, o autuado permanece preso até que seja expedido alvará de soltura pelo juiz competente. Assim, independentemente da necessidade da prisão, as pessoas permanecem presas por dias ou meses, à espera de uma decisão judicial que avalie a necessidade de sua custódia.

Foi demonstrado no tópico 1.2.2 que ocorreu prisão provisória em mais da metade dos casos pesquisados (exceto em Porto Alegre em que o percentual foi de 31,90%). Entretanto, o percentual de réus que permaneceram presos até a sentença é significativamente inferior. Em Belém correspondeu a 21,55%; em Recife, a 16,45%; em São Paulo, a 16,23%; no Distrito Federal, a 6,7%; e em Porto Alegre, a 4,53%.

O fato de os réus permanecerem presos até o final do processo significa que existiu alguma manifestação expressa do juiz sobre a necessidade da manutenção da prisão. Durante a instrução, há grandes chances de que tenha existido pedido de liberdade provisória, sejam no momento do interrogatório ou nas demais audiências. Enfim, se algum réu ficou preso até a sentença é muito grande a possibilidade que assim tenha sido por decisão motivada do juiz.

Se a pessoa foi liberada antes do final do processo, poderia ter sido posta imediatamente em liberdade. Conforme explicado no tópico 1.2.1, nas cidades em que o controle judicial da prisão decorrente do flagrante não é efetivo – fato que ocorre em todas localidades pesquisadas, exceto Porto Alegre – o flagrante gera de forma automática a prisão. Conseqüentemente, a pessoa que deveria ser liberada

no momento do controle judicial do flagrante (até um dia) apenas será solta quando o juiz, provocado ou não, decidir analisar a necessidade da prisão (o que pode ocorrer, por exemplo, quando há contato pessoal com o réu no interrogatório ou em outras audiências).

Assim, nas localidades em que o controle judicial do flagrante não é efetivo, o que explica a existência de prisões com duração de mais de dois dias é a inércia judicial, a falta de uma análise efetiva sobre a necessidade da prisão, a ausência de um pedido formal de liberdade provisória.

Pessoas que deveriam ser imediatamente liberadas permanecem encarceradas até que haja um pedido de advogado ou uma audiência que deixe clara a obviedade do direito à liberdade provisória. Assim, casos em que a apreciação rápida do judiciário geraria a imediata soltura do réu são postergados porque se confundem com as outras diversas demandas que se acumulam nos escaninhos e prateleiras das varas judiciais, e findam por deixar custodiados aqueles que já poderiam ter recebido o alvará de soltura.

A rotina das agências judiciais de Recife, Belém, São Paulo e Distrito Federal não contempla a necessidade de tutelar imediatamente o direito individual do réu preso em flagrante por furto. A obediência a procedimentos e formalismos cega os operadores do sistema para a realidade cotidiana de violação ao princípio da presunção de inocência.

Esta realidade revela a influência negativa da ideologia da defesa social sobre a atuação das agências judiciais do sistema penal. Surgida contemporaneamente à revolução francesa e reforçada pela Criminologia Positivista, a ideologia da defesa social é constituída pelos seguintes princípios: a) princípio da legitimidade, segundo o qual o estado está legitimado para reprimir a criminalidade, por meio das instâncias formais de controle; b) princípio do bem e do mal, que considera o delito uma disfunção e o delinquente um elemento negativo para a sociedade; c)

princípio da culpabilidade, para o qual o delito é o resultado de uma atitude interna reprovável, pois se contrapõe a normas aceitas consensualmente pela sociedade, mesmo antes de serem sancionadas; d) princípio da finalidade ou da prevenção, que acredita que a pena tem a função de retribuir e de prevenir a prática de delitos; e) princípio da igualdade, segundo o qual o delito é o comportamento de uma minoria desviante e o sistema penal se aplica de igual maneira a todos; f) princípio do interesse social e do delito natural, que afirma que os delitos definidos pelos códigos representam ofensa a interesses comuns a toda a sociedade e que apenas pequena parte decorre de arranjos políticos circunstanciais (BARATTA, 2002, p. 41-42).

Embora as premissas da ideologia da defesa social tenham sido refutadas pelas teorias sociológicas surgidas a partir de 1930 e que desembocaram na construção do paradigma da reação social, até os dias atuais ela faz parte da filosofia dominante das ciências jurídicas e do senso comum e constitui elemento que justifica e racionaliza a atuação do sistema penal (BARATTA, 2002, p. 42).

Na criminalização do furto, o funcionamento ideologizado das agências penais acaba se escondendo por trás de procedimentos rotineiros tidos como normais no dia-a-dia do sistema judicial, e que, na realidade, são exemplos típicos das disfunções burocráticas estudadas por Max Weber.¹³ O burocratismo acaba servindo para manter encarceradas pessoas que deveriam ser imediatamente libertadas por uma decisão judicial.

O burocratismo das agências do sistema de justiça penal é tema recorrente na literatura (ZAFFARONI, 2003, p. 142; DIAS; ANDRADE, 1984, p. 374, HULSMAN; CELIS 1997,

¹³ São exemplos de disfunções burocráticas o excesso de formalismo e de papelório, o exagerado apego a regulamentos, a superconformidade a rotinas e procedimentos e a despersonalização do relacionamento (MERTON apud CHIAVENATO, 1993, p. 29-32).

p. 58-59). Louk Hulsman (1997, p. 58) alerta para o fato de que nas agências policiais e judiciais há uma tendência para que a organização se volte primordialmente para objetivos internos, como atenuar suas dificuldades, crescer, assegurar sua própria sobrevivência, o que faz do sistema penal um “mecanismo sem alma”.

Se a realidade dos réus que permanecem presos por inércia dos órgãos judiciais coloca em destaque uma das facetas do abuso da prisão provisória na criminalização do furto, a análise dos casos em que decisões judiciais mantiveram formalmente a prisão decorrente do flagrante também revela um mecanismo estrutural que leva à violação sistemática do princípio da presunção da inocência.

A observação dos casos em que a prisão foi mantida mesmo após análise sobre sua necessidade demonstra que a existência do flagrante aumenta a probabilidade de que, ao apreciar o caso, o juiz reconheça a presença dos requisitos que justificam a manutenção da prisão e rejeite o pedido de liberdade provisória. Ou seja, quando o réu está preso em razão do flagrante, existe uma tendência maior a que ele seja mantido custodiado, mesmo após a avaliação judicial sobre a necessidade de sua manutenção.

A comparação dos réus que não foram flagrados com os que foram revela essa tendência. Em Porto Alegre e São Paulo, não houve registro de prisão provisória nos processos em que não houve flagrante e no Distrito Federal, Belém e Recife, a prisão ocorreu em menos de 2% desses casos. Já nos processos em que houve flagrante, mesmo após ter ocorrido a avaliação sobre a necessidade da prisão provisória, é significativo o percentual de casos de manutenção da custódia cautelar.¹⁴

Em Porto Alegre, 45,75% dos réus presos em decorrência do flagrante permaneceram custodiados após o controle

¹⁴ Ver tabela 12, no tópico 1.2.5.

judicial.¹⁵ É possível medir o número de prisões mantidas por decisão judicial pelo número de prisões em flagrante com duração de mais de um dia, já que nessa cidade os juízes analisam se há presença dos requisitos que justificam a custódia cautelar no momento em que são comunicados da sua existência (24 horas após o flagrante).¹⁶

Nas cidades em que o controle judicial da prisão em flagrante não é efetivo,¹⁷ pode-se medir as prisões mantidas pelo número de pessoas que permaneceram presas durante todo o curso do processo (que varia de 4,53% a 21,55%, conforme exposto no início deste tópico) e pelas prisões de mais longa duração. Na cidade de São Paulo, 35,77% dos réus ficaram presos por mais de três meses, índice que em Recife atingiu 40,72%; em Belém, 52,78%; e no Distrito Federal, 7,72%.¹⁸

Observa-se, portanto, que os índices de prisões mantidas por decisão judicial nos casos em que houve flagrante estão bem distantes da variação de 0 a 1,7% encontrada nos casos em que não há prisão em flagrante.¹⁹

A maior tendência ao uso da prisão provisória nos casos em que houve flagrante decorre da própria operacionalização e de mecanismos ínsitos ao funcionamento do sistema de justiça penal. Nos casos em que o réu não está preso, é necessário que o juiz tome a iniciativa ou o ministério público, por iniciativa própria ou por representação do delegado de polícia, requeira ao juiz a decretação da prisão preventiva do réu. Nesses casos, é necessário trazer aos autos argumentos e provas fortes de que um dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal esteja presente.

¹⁵ Ver tabela 3, no tópico 1.2.1.

¹⁶ Sobre este tema ver tópico 1.1.3.

¹⁷ Sobre este tema ver tópico 1.2.1.

¹⁸ Ver tabela 5, no tópico 1.2.3.

¹⁹ Ver tabela 12, no tópico 1.2.5.

Quando há flagrante, não é necessária a iniciativa do juiz ou pedido do ministério público ou da polícia, a prisão já está efetuada e cabe ao juiz verificar se deve ser mantida. Neste caso, a análise se inverte e recai mais sobre a pessoa do réu – se é reincidente, se tem domicílio certo – do que sobre circunstâncias que provem a necessidade da prisão.

Nessa hipótese, o fator de relevância para apontar o norte da decisão será a reincidência. Com efeito, os testes estatísticos demonstraram que fatores vinculados à conduta (como tipo penal, valor do bem e tipo de bem furtado) não influenciaram no tempo de prisão. Entretanto, verificou-se que o tempo médio de prisão dos réus reincidentes é bastante superior ao dos réus primários:

Tabela 21 – Tempo médio de prisão provisória por reincidência dos réus

(Em dias)

Reincidência	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Reincidente	260,1	359,7	61,4	144,8	63,8
Não Reincidente	140,5	154,6	23,9	64,4	7,7

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS

Elaboração própria

Embora a doutrina reforce que a reincidência não seja motivo suficiente para demonstrar a necessidade da prisão provisória,²⁰ e que a suposição de que o réu com antecedentes penais que volta a delinquir representa ameaça à ordem pública não é condizente com o princípio da presunção de inocência, verifica-se que esse é um dos principais fatores que influenciam na manutenção da prisão provisória.

²⁰ A respeito, ver tópico 1.1.3.

Como afirma Nepomuceno (2004, p. 189), a idéia de que a reincidência expressa a periculosidade do réu continua como argumento central para fundamentar decisões judiciais:

[...] Tanto os antecedentes quanto a reincidência farão parte da biografia do autor, o que expressa a sua maior periculosidade, acepção oriunda da Escola Positiva Criminal. Então do “Direito Penal do fato” passamos ao “Direito Penal do autor”. Não se está mais preocupado com a conduta e o resultado, mas sim com o autor e sua periculosidade, que deve ser reprimida através da pena. Ambas acepções convivem hoje em nossa dogmática penal, produzindo efeitos deletérios, legitimando, o último, os sancionamentos gravosos para defender a sociedade.

No caso da prisão provisória, a elasticidade do termo “garantia da ordem pública” previsto como requisito autorizador da prisão provisória abre espaço para decisões estereotipadas, com forte carga emocional (WARAT, 1982, p. 35). Assim, o argumento da periculosidade, analisado pelo viés da reincidência é motivo suficiente para que a prisão provisória iniciada pelo flagrante seja mantida por decisões que se utilizam a larga margem de discricionariedade que o requisito “ordem pública” deixa para o julgador.

É relevante notar, entretanto, que a maioria absoluta dos réus reincidentes que não foram flagrados permaneceu solta durante todo o processo. De fato, do total de casos pesquisados, dentre os 102 réus reincidentes que não foram flagrados, apenas dois tiveram prisão preventiva decretada.

Esse fato reforça a conclusão de que a motivação das decisões que decretam a prisão preventiva nos casos de furto obedece a lógica diferente daquela utilizada para avaliar se a prisão decorrente do flagrante deve ser mantida. Com efeito, como foi exposto no tópico 1.2.5, o principal motivo para decretar a preventiva foi o art. 366 do CPP. A reincidência

não influenciou na decisão, já que dentre as 39 prisões preventivas decretadas, apenas seis réus eram reincidentes.

Esta realidade revela a influência da ideologia da defesa social sobre a atuação das agências judiciais do sistema penal. No caso de pessoas presas em flagrante por furto, que são mantidas após a avaliação judicial, o comportamento das agências judiciais revela forte influência dessa ideologia. O adágio popular “a polícia prende, mas a justiça solta”, parte do pressuposto de que a regra é de que prisões efetuadas são legítimas e como tal deveriam ser mantidas pelo poder judiciário. Assim, os órgãos judiciais tendem a confirmar parte das prisões realizadas pela polícia, especialmente aquelas que podem ser justificadas a partir de argumentos construídos a partir dessa mesma ideologia.

2.4 A FÓRMULA “PESSOAS VULNERÁVEIS + FLAGRANTE”

A combinação do fato de que o flagrante gera a prisão automática em casos de furto e de que o público predominante que é flagrado furtando enquadra-se na categoria dos mais vulneráveis ao poder punitivo tem como consequência uma fórmula que permite a violação cotidiana do princípio da presunção de inocência.

O funcionamento ideologizado e burocratizado das agências do sistema penal e a tendência para a manutenção de prisões decorrentes do flagrante, somados ao perfil das pessoas que praticaram furto, resulta em prisões provisórias em massa, cujo caráter se acentua quanto mais o perfil do réu se aproxima do público mais vulnerável ao sistema penal.

A tabela 22 demonstra que em todas as cidades pesquisadas,²¹ o tempo de prisão provisória dos réus que tinham

²¹ No Distrito Federal, não há dados disponíveis.

até o ensino fundamental foi maior que o de réus que cursaram ensino médio ou superior. Nas cidades de Recife e Belém, esse fator influenciou de forma significativa o tempo de prisão.

Tabela 22 – Tempo médio de prisão provisória por escolaridade

(Em dias)

Escolaridade	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Ensino fundamental	140,9	248,6	-x-	93,9	37,1
Ensino médio ou superior	43,0	122,8	-x-	89,1	6,5

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração Própria

Obs.: -x-: dado não disponível

Também os réus que constituíram advogado particular saíram mais cedo da prisão se comparados aos que foram patrocinados pela defesa pública. Em todas as cidades, o tempo de prisão dos réus que tinham advogado particular foi inferior ao dos que não tinham. Em Recife, Belém e Distrito Federal, houve significativa influência desse fator no tempo de prisão, conforme dados da tabela 23:

Tabela 23 – Tempo médio de prisão provisória por presença de advogado particular

(Em dias)

Advogado particular	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Não	208,0	222,3	37,6	90,7	36,9
Sim	92,8	176,8	24,2	78,9	55,2

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração Própria

Embora Porto Alegre apresente dados com tendência inversa às demais cidades, a contratação de advogado se revela determinante quando são considerados apenas os réus que não eram reincidentes. Nesse caso, a média de dias de prisão para os réus que constituíram advogado particular foi de 1,7 dias, enquanto para os demais, a média foi de 9,57 dias.

Também foi verificada em todas as localidades maior tendência a que pessoas brancas fiquem menos tempo presas que pessoas pardas e pretas. Porto Alegre foi a única cidade em que os brancos apresentaram tempo de prisão maior que pretos, embora inferior ao de pardos.²² Em Recife, a cor foi determinante influência para o tempo de prisão.

Tabela 24 – Tempo Médio de Prisão Provisória por Cor da Pele

(Em dias)

Cor da pele	REC	BEL	DF	SÃO	POA
Parda	154,20	215,80	-x-	96,00	58,70
Branca	82,50	187,30	-x-	84,80	35,87
Preta	99,80	296,00	-x-	100,20	13,24

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração própria

Obs.: -x-: dado não disponível

Finalmente, como já referido no tópico 2.3,²³ o tempo médio de prisão dos réus reincidentes foi bastante superior

²² Em todas as localidades o dado sobre cor foi obtido a partir de informação que consta em ficha preenchida na polícia, sendo que a metodologia de preenchimento desse dado – se autodeclaração ou não – varia de acordo com cada unidade de preenchimento. Assim, essas informações devem levar em consideração a possibilidade de inconsistência no preenchimento das fichas.

²³ Ver tabela 21.

ao dos réus primários, de forma que em todas as localidades este fator influenciou de forma significativa o tempo de prisão.

Sexo e idade não influenciaram no tempo de prisão, tendo comportamento diferenciado em cada cidade e não apresentando significância estatística em nenhuma delas. Da mesma forma, dados referentes a valor do bem e tipo de bem não revelaram correlação com o tempo de prisão. Apenas o tipo penal apresentou influência em algumas cidades, em razão especialmente do furto simples, que gera direito à suspensão condicional do processo e, com isso, alarga a possibilidade de encurtar o tempo de prisão.

Observa-se, portanto, que a fórmula “pessoas vulneráveis + flagrante” tem sido determinante para provocar a violação sistemática do princípio da presunção de inocência nas localidades pesquisadas. O automatismo com que o flagrante gera a prisão faz com que pessoas que têm pouco poder de resistência ao sistema punitivo permaneçam presas à espera da apreciação de seu caso, bem como influencia o juiz a decidir pela manutenção da prisão, numa pauta regida pela ideologia da defesa social.

O sistema alimenta assim o estereótipo e se retroalimenta, gerando um efeito de *feedback*. Os mais vulneráveis são preferencialmente recrutados pela agência policial e durante o curso do processo terão mais chances de permanecerem encarcerados. Ao serem processados novamente, serão muito mais severamente punidos, justamente por ostentarem uma condenação anterior. Em consequência, cria-se um ciclo vicioso: a seleção assegura a atribuição do *status* criminal de acordo com estereótipos, que, desse modo, se perpetuam (ANDRADE, 2003a, p. 277).

Esse retrato contribui para a reprodução e reforço da desigualdade social. As violações ao princípio da presunção de inocência foram mais acentuadas entre os

grupos sociais mais desfavorecidos. A criminalização e especialmente o encarceramento, bens negativos, recaem sobre as classes sociais mais pobres e sobre as etnias sobre as quais pesa preconceito racial, enquanto os estratos sociais mais favorecidos da sociedade são imunizados a esse processo.

É POSSÍVEL REDUZIR A VIOLAÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CRIMINALIZAÇÃO DO FURTO?

Conforme se demonstrou no tópico 2.1, a seletividade e a existência de violação de direitos são características constantes do funcionamento dos sistemas penais. Os estudos sobre a operacionalização das agências judiciais demonstram que elas atuam de modo diverso da forma como o discurso jurídico-penal diz que operam. Se para chegar a essa conclusão quanto aos sistemas de outras regiões é necessário um olhar mais atento, na América Latina basta uma observação superficial. A maior parte dos órgãos que integram os sistemas penais dessa região “operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares” (ZAFFARONI, 2001, p. 13).

Essas características não se coadunam com o discurso produzido pela dogmática jurídica, paradigma que domina a ciência penal e que se propõe a construir teorias e conceitos que auxiliem na interpretação das normas jurídicas e na tradução de seu conteúdo, com a finalidade de garantir maior igualdade nas decisões judiciais (ANDRADE, 2003b, p. 18). Para tanto, propõe-se a racionalizar o exercício do poder penal e de garantir igualdade e respeito aos direitos individuais (ANDRADE, 2003a, p. 303).

Entretanto, a dogmática não tem sido capaz de exercer o controle externo do sistema penal. Ao contrário, ela participa da lógica interna de sua operacionalização, ficando prisioneira dos limites e possibilidades que o poder exercido lhe impõe. Sua funcionalidade tem sido invertida: em vez de racionalizar as decisões em direção à igualdade e à segurança jurídica, a dogmática tem servido como justificação da seletividade decisória e da violação dos direitos humanos operada pelo sistema penal (ANDRADE, 2003a, p. 303).

Como ensina Zaffaroni (2001, p. 16-19), o sistema penal é uma manifestação do poder social. A tentativa de racionalização desse poder se dá com o discurso jurídico-penal, de forma que se entre a operacionalização e o discurso houvesse coincidência poder-se-ia se falar em legitimidade. Ocorre que na América Latina o discurso jurídico penal não tem coerência interna ou concreta, já que o exercício do poder se afasta e se contrapõe à planificação do discurso. Para o autor, “a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a conseqüente legitimidade do sistema penal tornam-se utópicas e atemporais: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum” (2001, p. 19).

Por sua abstração normativa e descontextualização, a dogmática diz que o direito penal é o que deveria ser. Essa realidade gera um reducionismo que desconsidera todo o percurso que se interpõe entre a norma e sua aplicação e idealiza os operadores da agência, considerando-os imparciais e neutros, bem como não reconhece as interseções entre o controle social e a operacionalização do sistema penal (ANDRADE, 2003a, p. 307).

É certo que o limite do sistema penal é a própria sociedade, de forma que não se pode imputar ao discurso dogmático as limitações no alcance dos objetivos propostos. Entretanto, o erro do dogmatismo é justamente ter assumido essa função não só de racionalizar como de se propor a garantir igualdade e o respeito aos direitos individuais. O pouco poder que a agência judicial exerce, em face dos

limites que o legislativo e, em especial, a atuação seletiva da polícia e a atuação do sistema carcerário lhe impõem, revela a sua pouca influência. Mesmo nesse pouco poder que exerce, e apesar de ter menor discricionariedade que as demais agências, ainda assim o judiciário atua de forma seletiva. A dogmática penal não alcança os *second codes* dos juízes, que predominam sobre os pressupostos da dogmática na orientação das suas decisões. Assim, há um verdadeiro déficit de garantia na operacionalização do sistema penal e um excesso de produção de seletividade e arbítrio (AN-DRADE, 2003a, p. 298-303).

Na realidade, a análise mais acurada do processo histórico de aplicação de penas revela que, desde a Revolução Francesa (quando foram cunhados diversos dos princípios garantistas hoje adotados por instrumentos internacionais de direitos humanos positivados na Constituição Federal Brasileira), as reformas penais demonstraram haver um constante predomínio da violência arbitrária sobre os limites racionalizantes do poder de punir, em que pese o discurso contrário.

Naquele período, o novo sistema político que surgia contrapunha-se ao exercício arbitrário do poder de punir exercido pelo monarca. No novo estado pautado pelo humanismo, não poderiam existir julgamentos secretos, tortura, penas infamantes, suplícios ou sanções desigualmente distribuídas. Crimes e penas deveriam estar previstos nas leis, aplicáveis a todos de igual maneira, o ônus da prova deveria recair sobre a acusação, ninguém poderia ser tratado como culpado antes da condenação e penas cruéis não deveriam ser admitidas. Todos esses princípios eram exigidos pela burguesia que ascendia ao poder.

Entretanto, a construção de uma nova forma de punir, longe de obedecer à lógica iluminista foi pautada por interesses que se cristalizavam no novo modelo de Estado que surgia no século XVIII: “[...] uma vez consolidado o poder político pela burguesia, a dinâmica do processo revolucionário é interrompida, prevalecendo, a partir de então, o discurso conservador com a

intenção precípua de preservar a propriedade e os privilégios agregados” (FLAUZINA et al, 2004, p. 31).

Inversamente aos esperados limites ao poder de punir, ocorreu o contrário: leis criaram novos tipos penais, a detenção era freqüentemente aplicada contra delitos leves, a máquina repressiva estatal era utilizada para controlar revoltas populares. A violência dos crimes diminuía, mas as intervenções se multiplicavam: agressões físicas e delitos de sangue eram substituídos por delitos que se voltavam contra o patrimônio, ao mesmo tempo em que a legislação enrijecia. Na França, a legislação sobre vadiagem foi renovada e agravada várias vezes; na Inglaterra, em um século, o número de delitos previstos mais que dobrou (FOUCAULT, 2002, p. 65).

O esperado respeito pela humanidade dos condenados perdia espaço para um afinamento das práticas punitivas, como informa Michel Foucault (2002, p. 66):

O que se vai definindo não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados – os suplícios ainda são freqüentes, mesmo para os crimes leves – quanto uma tendência para uma justiça mais desembaraçada e mais inteligente para uma vigilância penal mais atenta ao corpo social. De acordo com um processo circular quando se eleva o limiar da passagem para os crimes violentos, também aumenta a intolerância aos delitos econômicos, os controles ficam mais rígidos, as intervenções penais se antecipam mais e tornam-se mais numerosas.

Ao mesmo tempo em que o arcabouço jurídico era criado, que o parlamento era formado pelos representantes do povo para construção do pacto social, que eram previstas garantias contra o abuso de poder, ampliava-se a disciplina:

[...] Historicamente, o processo pelo qual a burguesia se tornou no decorrer do século XVIII a classe politicamente dominante, abrigou-se atrás da instalação de um quadro jurídico explícito,

codificado, formalmente igualitário, e através da organização de um regime de tipo parlamentar e representativo. Mas o desenvolvimento e a generalização dos dispositivos disciplinares constituíram a outra vertente obscura desse processo. A forma jurídica geral que garantia um sistema de direitos em princípio igualitários era sustentada por esses mecanismos miúdos, cotidianos e físicos, por todos esses sistemas de micropoder essencialmente inigualitários e assimétricos que constituem as disciplinas. E se, de uma maneira formal, o regime representativo permite que direta ou indiretamente, com ou sem revezamento, a vontade de todos forme a instância fundamental da soberania as disciplinas dão, na base, garantia da submissão das forças e dos corpos. As disciplinas reais e corporais constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas. O contrato poderia muito bem ser imaginado como fundamento ideal do direito e do poder político; o panoptismo constituía o processo técnico, universalmente difundido, da coerção. Não parou de elaborar em profundidade as estruturas jurídicas da sociedade, para fazer funcionar os mecanismos efetivos do poder ao encontro dos quadros formais de que este dispunha. As “Luzes” que descobriram as liberdades inventaram também as disciplinas (FOUCAULT, 2002, p. 183).

Se foi a luta contra a brutalidade e contra a descontinuidade da aplicação da pena que pautou a reforma, a luta pela regularidade da punição prevaleceu sobre a luta contra a brutalidade – e essa foi a razão do seu sucesso. É justamente por adotar a prisão e construir uma nova sistemática de punição que a reforma foi aceita e perdurou, pois o seu objetivo foi atingido: especificar uma delinquência e contribuir para estabelecer uma ilegalidade visível, enquanto deixa na sombra as que se quer ou se deve tolerar (FOUCAULT, 2002, p. 180).

Nessa contraposição, o sistema garantista tornou-se refém da sociedade disciplinar:

[...] se o juridismo universal da sociedade moderna parece fixar limites ao exercício dos poderes, seu panoptismo

difundido em toda parte faz funcionar, ao arrepio do direito, uma maquinaria ao mesmo tempo imensa e minúscula que sustenta, reforça, multiplica a assimetria dos poderes e torna vãos os limites que lhe foram traçados (FOUCAULT, 2002, p. 184).

Desde então, o sistema penal, enquanto exercício de poder, encontra poucos limites para a sua atuação, como nos ensina Zaffaroni (2001, p. 150-151):

Nunca houve um sistema penal histórico que atuasse de acordo com os postulados racionalistas de Kant ou de Feuerbach, de Carmignani ou de Carrara; todos, em uma linha de tradição humanista, projetaram argumentos úteis na prática imediata para conter e limitar o exercício arbitrário de poder dos sistemas penais. No entanto, jamais poderão ser modelados sistemas penais de acordo com estas idéias, como não pôde ocorrer naquela época" [...] Os discursos penais liberais até hoje não puderam ser desenvolvidos [...] em virtude da dinâmica competitiva da luta hegemônica gerada pela revolução industrial. O controle policial verticalizado-militarizado colocou-se a serviço dessas lutas e o direito penal "liberal" foi achatado pelas versões organicistas da nova classe hegemônica.

As idas e vindas da legislação e os confrontos entre fases mais conservadoras e mais liberais se contrapõem a uma realidade de estabilidade na prática do direito penal. A literatura demonstra que historicamente o direito penal não é capaz de pôr em prática todos os seus pressupostos garantistas. Na tensão entre a intervenção e a maximização da garantia individual, existe um grande déficit garantista (ANDRADE, 2003a, p. 298; ZAFFARONI, 2001, p. 21-28; BARATTA, 2002).

Para fazer frente a essa realidade, Zaffaroni (2001, p. 161-174) propõe a construção de um modelo para o discurso jurídico-penal que não seja legitimante do

exercício do sistema punitivo. O primeiro passo para a transformação do discurso técnico-jurídico é que o âmbito desse saber deve ser compatível com dados concretos. A construção do discurso racional, entretanto, não irá implicar um exercício de poder penal legitimado. É preciso, antes, reconhecê-lo e determinar de que forma é possível administrar possíveis poderes limitadores. A atuação dos juristas estará legitimada na medida em que amplie a racionalidade do seu poder, para controlar o sistema penal dentro dos limites possíveis.

Assim, as linhas do discurso jurídico devem servir de pauta para o exercício de poder decisório dos juristas, assumindo a função de direito humanitário. As agências judiciais devem assumir sua função política, a serviço da pessoa humana, para atingir a redução da violência da operação do sistema penal, num modelo decisório de *contradição* com o sistema penal. O direito penal seria, portanto, um direito humanitário, em que a programação e a operacionalidade deveriam estar orientadas e nutridas constantemente com dados concretos. As garantias que a agência judicial deve oferecer (garantias penais) significam o máximo de realização que pode alcançar em seu exercício de poder, no que se refere aos tais princípios limitadores de irracionalidade e de violência.

Ainda segundo o mesmo autor (2001, p. 235), é absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio de legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando se sabe que, estruturalmente, estão preparados para violá-los a todos. O que se pode pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade dessas violações, operando internamente em nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios. Cada caso que o poder das demais agências

submete à agência judicial deve ser decidido conforme a regra de “mínima violação/máxima realização” dos princípios garantidores da pena.

A contraposição entre “estado de direito” e “estado de polícia” é a fórmula síntese da perspectiva proposta por Zaffaroni. Estado de direito seria aquele que submete todos os habitantes à lei, enquanto o estado de polícia submete todos os habitantes ao poder dos que mandam. Não existem Estados reais absolutamente regidos por suas leis, mas existem aqueles que conseguem conter mais ou menos o poder de polícia. Deve-se considerar assim uma dinâmica dialética da passagem do estado de polícia ao estado de direito. O papel que o judiciário exerce nessa relação é fundamental, já que sem ele o poder punitivo ficaria liberado nas mãos das agências políticas e executivas (ZAFFARONI et al, p. 40-41).

Na presente pesquisa foi possível observar que nas localidades pesquisadas há violação sistemática dos princípios limitativos do uso da prisão provisória. Entretanto, o cenário brasileiro não pode ser considerado uniforme, já que as cidades pesquisadas estão em estágios diferentes na construção de um sistema penal menos violento, no que diz respeito ao tema estudado.

Porto Alegre foi a cidade que mais se aproximou do respeito ao princípio da presunção de inocência. O percentual de réus presos provisoriamente é significativamente inferior ao verificado nas demais localidades. O número de réus presos até o final do processo é o mais baixo e o tempo médio das prisões provisórias ali efetuadas é um dos menores. O número de prisões com excesso de prazo (8,47%) apenas não é inferior ao do Distrito Federal e a violação ao princípio da proporcionalidade também atingiu níveis menos elevados que nas demais localidades. Verifica-se, ainda, que a influência de características pessoais dos réus no tempo da prisão é um dos menores dentre as cidades pesquisadas. Mesmo em Porto Alegre, entretanto, há mecanismos que

levam à violação cotidiana do princípio da presunção da inocência: o tratamento dado a réus reincidentes indica uma inclinação para a manutenção da prisão provisória daqueles que foram presos em flagrante, e é neste público que se concentram casos de excesso de tempo de prisão. Deve ser também ressaltada a significativa sobre-representação de réus negros na população criminalizada.

O Distrito Federal também apresentou um quadro mais favorável. O tempo médio de prisão provisória é um dos mais baixos dentre as localidades pesquisadas o índice de pessoas presas cautelarmente foi o segundo menor, significativamente inferior ao das demais localidades. O número de réus presos até o final do processo é também o menor e a violação ao princípio da proporcionalidade não atinge índices tão elevados como nas demais cidades. Entretanto, assim como em Porto Alegre, nessa unidade federativa também foi possível observar características estruturais de violação do princípio da presunção de inocência: há grande número de réus que ficam presos por falta de controle judicial da prisão decorrente do flagrante e também se verifica a tendência à manutenção da prisão provisória de réus reincidentes. Quanto à desigualdade no tratamento dos réus, não havia dados sobre escolaridade e raça, de forma que não foi possível identificar a influência dessas características no tempo e na existência da prisão.

O quadro de São Paulo distancia-se dessas duas cidades. O número de réus presos provisoriamente é o segundo maior, o tempo médio de prisão é o terceiro maior, com números bastante distantes dos de Porto Alegre e do Distrito Federal. Há excesso de prazo em 35,77% dos casos e a violação ao princípio da proporcionalidade é constante. Há grande número de réus que ficam presos por falta de controle judicial da prisão decorrente do flagrante e também se verifica a tendência à manutenção da prisão provisória de réus reincidentes. É de se observar, entretanto, que a influência de características pessoais dos réus no tempo de prisão foi pouco acentuada se comparada a das demais

localidades pesquisadas, embora também tenha se observado maior criminalização da população negra, a exemplo das demais localidades.

Recife demonstrou um quadro grave de violação do princípio da presunção de inocência. O percentual de réus presos provisoriamente é o terceiro maior, o tempo médio de prisão é o segundo maior, o excesso de prazo ocorre em 40,72% dos casos, com índices preocupantes de réus com mais de um ano de prisão (13,68%), o que leva à violação do princípio da proporcionalidade na maioria dos tipos de conclusão do processo. Há constantemente casos de réus que ficam presos por falta de controle judicial da prisão decorrente do flagrante e também se verifica a tendência à manutenção da prisão provisória de réus reincidentes. Na cidade, a influência das características pessoais dos réus apresentou os índices mais elevados, revelando forte influência da raça, da escolaridade e da presença de advogado no tempo de prisão dos réus.

Belém foi o local em que a violação alcançou níveis mais elevados. É nesta cidade que se encontra a maior frequência de réus presos provisoriamente e de réus que permanecem encarcerados até o final do processo. A cidade registra, ainda, o maior tempo médio de prisão, o que é ressaltado pelo índice preocupante de 18,26% de réus presos provisoriamente por mais de um ano (houve casos de prisões provisórias com duração de mais de quatro anos). Assim, a violação ao princípio da proporcionalidade atingiu altíssimos índices para todos os tipos de pena aplicada. Como em Recife, houve forte influência de características pessoais dos réus no tempo médio de prisão, o que reforça a conclusão de que as violações recaem com mais vigor contra as pessoas mais vulneráveis ao sistema penal.

Há, portanto, uma diferenciação entre as localidades pesquisadas. Porto Alegre e Distrito Federal se assemelham no grau de menor violação do princípio da presunção de inocência – e se aproximariam mais de um estado de

direito –, enquanto São Paulo, Recife e Belém encontram-se em estágio diferenciado – mais identificados com o estado de polícia.

Como a lei penal brasileira é única, pelo comportamento diferenciado dos dados de Porto Alegre e do Distrito Federal, é possível perceber a importância de o poder judiciário assumir a função de garantidor de direitos, exercendo limitação ao arbítrio da ação punitiva até onde o seu poder permite.

Com efeito, a observação do comportamento das agências judiciais dessas cidades revela que sua forma de atuação influencia diretamente a redução ou a ampliação da violação ao princípio da presunção de inocência.

O controle judicial das prisões decorrentes do flagrante revelou ser uma das medidas mais eficientes para evitar o abuso da prisão provisória na criminalização do furto. A adoção dessa prática impede a ocorrência de prisões por inércia, que prejudicam especialmente as pessoas menos escolarizadas e que não têm condições de contratar advogado. Na cidade de Porto Alegre, por exemplo, os juízes avaliam a necessidade da prisão provisória no momento em que são comunicados da sua existência, em decisões motivadas. A consequência é que mais de 50% dos réus flagrados são postos em liberdade no dia da prisão ou no dia seguinte.

A celeridade processual e o respeito ao prazo máximo de prisão provisória também é mecanismo que favorece a observância do princípio da presunção da inocência. Quanto menor o tempo que decorre entre a prisão e o interrogatório, por exemplo, menor será o tempo de prisão nas cidades em que não há controle efetivo da prisão decorrente do flagrante. Quando o processo é concluído com celeridade, o princípio da proporcionalidade atinge níveis menores de violação.

Tal fato pode ser observado no Distrito Federal, onde a celeridade dos atos processuais provocou redução significativa dos índices de violação ao princípio da presunção de

inocência. Mais de 70% dos réus são liberados em menos de um mês e o percentual de prisões com excesso de prazo é o mais baixo dentre todas as localidades.

Essas duas medidas em conjunto proporcionam significativa redução nos índices de violação à presunção de inocência e contribuem para funcionamento menos desigual do sistema penal.

Como se trata de mecanismos já assimilados pela rotina das varas judiciais de Porto Alegre e do Distrito Federal, a adoção dessas medidas parece estar causando um impacto importante no quadro geral das prisões provisórias dessas regiões.¹

Entretanto, esses dois mecanismos não solucionam definitivamente o problema do uso indiscriminado da custódia cautelar na criminalização do furto, em razão das consequências que a prisão automática decorrente do flagrante gera. Com efeito, mesmo nas cidades em que esses mecanismos são adotados é alto o índice de manutenção da prisão provisória por decisões que são influenciadas pela existência do flagrante. Nesses casos, os juízes utilizam-se da fórmula vaga prevista pelo art. 312 do Código de Processo Penal e, sob o argumento da necessidade da prisão por garantia da ordem pública, mantêm reclusos os réus que mais se aproximam do estereótipo criminal.

Como este comportamento foi uniforme em todas as localidades pesquisadas, não parece haver medidas de curto prazo que possam inverter essa tendência. O predomínio da ideologia da defesa social e a concepção, enraizada no senso comum, da correlação entre reincidência e periculosidade funcionam como freios para uma posição mais avançada

¹ Conforme exposto no tópico 1.2.5, dentre as localidades pesquisadas, os maiores percentuais de presos provisórios em relação ao total de internos do sistema prisional estão nos estados de Pará, Pernambuco e São Paulo e, os menores, no Rio Grande do Sul e Distrito Federal.

das agências judiciais no sentido de conceder liberdade provisória a réus reincidentes.

Assim, sem uma reforma da disciplina da prisão em flagrante para os casos de furto, a redução dos índices de prisão provisória a patamares aceitáveis parece uma meta ainda distante.

Na legislação brasileira já existe mecanismo que, caso aplicado à criminalização do furto, garantiria redução significativa das taxas de encarceramento provisório. O parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, prevê que ao autor de crime de menor potencial ofensivo não será imposta prisão em flagrante, nem exigido pagamento de fiança, caso ele assuma o compromisso de comparecer a juízo. Como a prisão decorrente do flagrante é o principal fator que motiva a prisão provisória, há grandes chances de que a extensão dessa medida aos réus de furto provocaria mudanças significativas no quadro apresentado nesse trabalho.

Essa possibilidade já havia sido prevista em duas das três propostas de projeto de lei apresentadas na Câmara dos Deputados para regulamentar o inciso I do art. 98 da Constituição Federal de 1988. O Projeto de Lei 3.698/1989 incluía o furto simples no rol de crimes de menor potencial ofensivo e o de número 1.708, de 1989, determinava que furtos de coisas de pequeno valor deveriam ser assim considerados. Entretanto, o Projeto de Lei 1.480/1989, que veio a dar origem à Lei 9.099/1995, permaneceu silente sobre os casos de furto, o que não permitiu a realização de debates sobre o tema, resultando na definição do crime de menor potencial ofensivo como aquele com pena máxima de um ano,² fórmula que não alcançou o furto, mesmo o privilegiado.

² A definição foi alterada pela Lei 10.259, de 12 de setembro de 2001, que considera crime de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima não ultrapassa dois anos.

Enquanto não for possível implementar alterações legislativas, existem medidas que podem ser adotadas pelos judiciários locais para reduzir os níveis de encarceramento provisório de pessoas que praticam furto. O controle judicial efetivo da prisão em flagrante, a exemplo do que já acontece em Porto Alegre, a celeridade nos atos processuais e a obediência do limite máximo para a duração da prisão provisória são exemplos de práticas dessa natureza.

CONCLUSÃO ■

No presente trabalho, demonstrou-se que a violação dos diversos aspectos que decorrem do princípio da presunção da inocência em prisões provisórias aplicadas na criminalização furto ocorreu de forma sistemática em Recife, Belém, São Paulo, e, em alguns aspectos, no Distrito Federal e em Porto Alegre, no período de 2000 a 2004.

O controle judicial da prisão provisória é realizado de forma efetiva apenas em Porto Alegre. A excepcionalidade da prisão cautelar não é obedecida, já que em Recife, São Paulo, Belém e Distrito Federal ela ocorre em mais de dois terços dos casos de furto e, em Porto Alegre, em 31,90% dos casos. A razoabilidade também não é observada, já que em mais de 35% por cento dos casos as prisões duram mais que os 81 dias previstos pela legislação brasileira, exceto no Distrito Federal e Porto Alegre, em que o percentual é inferior a 10%.

Em todas as localidades, a prisão não tem finalidade instrumental, ou seja, os motivos que influenciam sua existência não são a garantia da ordem pública e da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a necessidade de assegurar a instrução criminal. Assim, a prisão provisória consiste em verdadeira antecipação da aplicação da sanção penal.

Outro fato que se revela muito grave, em todas as localidades, é que a proporcionalidade entre a futura sanção e a medida cautelar não é observada, já que mais de 70% dos casos de furto em que houve prisão provisória resultam em uma medida alternativa à pena de prisão ou no cumprimento da pena em regime aberto, embora os réus já tenham permanecido detidos durante o curso do processo.

Foi possível observar que há mecanismos estruturais que levam à violação sistemática do princípio da presunção de inocência. Da forma como o sistema penal está estruturado, a possibilidade de a prisão provisória ocorrer na criminalização do furto com violação aos seus princípios norteadores é muito grande, em especial quando se trata de réus que se enquadram no perfil de vulnerabilidade perante o sistema penal e nas localidades em que o controle judicial do flagrante não é efetivo.

Os autores de furto, em especial os que são flagrados praticando o ato, têm pouco poder de resistência ao sistema penal e encontram-se entre os setores mais vulneráveis à sua operacionalização seletiva, porque se enquadram no estereótipo de criminosos. Trata-se de pessoas pobres, pouco escolarizadas, sem condições de contratar advogado particular. Os negros estão sobre-representados em relação à população das respectivas regiões e os réus reincidentes permanecem mais tempo presos provisoriamente.

Por se tratar desse público, a prática generalizada de permitir a existência automática da prisão provisória sempre que há auto de prisão em flagrante, induz ao seu uso de forma ilegítima, por dois motivos principais. O primeiro deles é que muitas pessoas permanecem presas por inércia, ou seja, por simples falta de apreciação judicial sobre a necessidade da manutenção da prisão. Assim, muitas pessoas que furtaram bens de baixo va-

lor permanecem presas de semanas (Distrito Federal) a meses (São Paulo, Recife, Belém), especialmente se têm escolaridade baixa e não contrataram advogado particular. O segundo é que, quando ocorre o flagrante, os juízes têm maior tendência a manter a prisão com base em estereótipos. A dogmática penal é mais utilizada como justificação da atuação seletiva que como mecanismo de proteção à liberdade ambulatoria do réu. Consequentemente, pessoas reincidentes que foram flagradas furtando têm maiores chances de permanecerem presas durante todo o curso do processo, do que pessoas com as mesmas características que não o foram.

Operando dessa forma, o sistema de justiça criminal tem contribuído para reproduzir o estereótipo criminal e acentuar as desigualdades sociais. A pessoa que é flagrada furtando pertence a uma classe social mais baixa e a outros grupos e etnias mais vulneráveis, que correspondem ao estereótipo criminal disseminado na sociedade brasileira. Ao ser flagrada furtando, é imediatamente levada ao cárcere, mesmo que haja grande chance de que sua condenação seja diferente da pena privativa de liberdade. Se por esse novo desvio for processada, terá maior probabilidade de permanecer presa provisoriamente durante toda a instrução e de ser condenada a uma pena privativa de liberdade.

Quando se verifica a lógica estrutural do sistema penal para quem pratica furto, observa-se o quanto o sistema reforça a criminalização desses indivíduos e acaba retroalimentando o estereótipo criminal. As pessoas que no imaginário popular são as que praticam delitos acabam sendo aquelas mais presentes no sistema carcerário

Observa-se que há mecanismos que exercem influência significativa na redução dos índices de violação do princípio da presunção de inocência na criminalização do furto. O mais eficiente é o controle judicial efetivo da prisão

decorrente do flagrante logo após sua comunicação ao juiz competente. Em Porto Alegre, a adoção sistemática dessa prática resultou no melhor cenário entre todas as cidades pesquisadas.

Celeridade e observância dos prazos processuais também contribuem para reduzir a violação dos princípios que regem a prisão provisória. Enquanto no Distrito Federal e em Porto Alegre aproximadamente 70% dos réus de furto são libertados em até 30 dias e são poucos os casos em que o prazo de 81 dias é excedido (menos de 10%), em São Paulo, Recife e Belém menos de 35% dos réus são soltos em 30 dias e um percentual relevante (mais de 30%) permanece preso além do prazo legal. Há, inclusive, casos de prisões provisórias que extrapolam um ano em Belém (18,26%) e Recife (13,68%). A razoabilidade e a proporcionalidade estariam mais bem guardadas se a celeridade processual e a prática do relaxamento da prisão no caso de excesso de prazo fossem melhor observadas.

Estes dois mecanismos – o controle judicial do flagrante e o respeito ao limite máximo do tempo de prisão provisória – não solucionam definitivamente o problema do uso indiscriminado da custódia cautelar na criminalização do furto, mas reduzem a patamares menos graves a violação ao princípio da presunção de inocência. Porém, a manutenção da prisão provisória, por decisão influenciada pela ideologia da defesa social e impulsionada pela existência da prisão em flagrante, ainda é um problema que persiste mesmo quando esses mecanismos são adotados. Quanto a esse ponto, uma possível reforma na legislação processual que impedisse a existência da prisão nos casos de furto decorrente do flagrante (a exemplo do que ocorre nos casos de crimes de menor potencial ofensivo) teria grande repercussão na reversão do quadro existente.

A redução dos índices de violação do princípio da presunção de inocência pelo sistema penal na criminalização do furto é uma meta que pode ser atingida se houver um esforço das agências judiciais nesse sentido. Enquanto esse fato não se opera, a presunção de inocência continuará fazendo parte do discurso enquanto a realidade cada vez mais apresentará a antecipação da pena como regra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Crime, Justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal no júri. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, p. 313-323, mar.-maio 1994.

_____. Sérgio. Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 18, 1996. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/196.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2005.

ALBANESE, Susana. *El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales*. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1997. Disponível em: <<http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332n.htm>>. Acesso em 9 ago. 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a. 336 p.

_____. *Dogmática Jurídica: Escorço de sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. 118 p.

_____. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003c. 187 p.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. 149 p.

BECHARA, Fabio Ramazzini. *Prisão Cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005. 200 p.

BECKER, Howard. *Los extraños – sociología de la desviación*. Traducion directa del inglés por Juan Tubert. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971. 162 p.

BISA, Leonardo. Sem perdão por roubar xampu. *Correio Braziliense*. Brasília, 6 ago. 2005.

BOVINO, Alberto. El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997. Disponível em: <<http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/333k.htm>>. Acesso em 8 ago 2005.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 jan. 2006.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 jan. 2006.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2006.

_____. *Projeto de Lei 1.708/1989*. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposições>>. Acesso em: 8 nov. 2005.

_____. *Projeto de Lei 1.480/1989*. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposições>>. Acesso em: 8 nov. 2005.

_____. *Projeto de Lei 3698/1989*. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposições>>. Acesso em: 8 nov. 2005.

_____. *Projeto de Lei 4.208/2001*. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposições>>. Acesso em: 7 ago. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 9*. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/sumulas>>. Acesso em 15 ago. 2005.

CARRANZA, Elías; HOUED, Mario; MORA, Luis Paulino; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*. San José, Costa Rica: ILANUD, 1983. 304p.

- _____. Estado actual de la prisión preventiva en América latina y comparación con los países de Europa. *Ciencias penales [online]*. Costa Rica, n. 16, maio 1999. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.org/revista%2016/carran16.htm>> Acesso em: 10 ago. 2005.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 70-87.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei 7.492, de 16.06.1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 352 p.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Tradução por Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 208 p.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995. 286 p.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. Tradução por Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. 278p.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração: abordagens descritivas e explicativas*. 4. ed. São Paulo: Makron Books do Brasil, 1993. v. 2.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado Cruz. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá ed., 1997. 250 p.
- DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão (França, 1789). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em 2 mar. 2006.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. 326 p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 573 p.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999. p. 106-112.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. 766 p.
- FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 197 p.

- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira; GROSNER, Marina Quezado. A Liberdade nas Escolas Penais. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 23, p. 28-41, jan.-dez. 2004.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir* – nascimento da prisão. 25. ed. Tradução por Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002. 262 p.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. 507 p.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção da inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. 97 p.
- _____. *Processo e garantias: a motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2000. 272 p.
- _____. Prisão Preventiva e garantias constitucionais: a proporcionalidade como princípio constitucional da prisão cautelar. In: STROZAKE, Joselino José. *Questões Agrárias – Julgados Comentados e Pareceres*. São Paulo: Método, 2002. p. 239-253.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 1994.
- GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. *Prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2004. 183 p.
- HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. 180 p.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio*, 2003. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2005.
- KARAM, Maria Lucia. Prisão e liberdades processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminas, Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 2, p. 83-93, abr.-jun 1993.
- KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005. 188 p.
- LIMA, Renato Sérgio de. Atributos raciais no funcionamento do sistema de justiça criminal paulista. *São Paulo Perspec*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 60-65, jan.-mar. 2004.

- LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre o Requisito e Fundamentos das Prisões Cautelares. *Boletim do ITEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n. 5, p. 14-17, ago 2000.
- MARCÃO, Renato Flávio. A produção antecipada da prova no art. 366 do Código de Processo Penal. *Jus Navegandi*. Teresina, a 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4118>>. Acesso em: 6 jan. 2006.
- MARINI, Eduardo, VILLAMÉA, Luiza. Pouco crime e muito castigo. *Isto É*. São Paulo, 14 set. 2005.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Sistema Penitenciário no Brasil: dados consolidados (2006). Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen/sistema/consolidado%202006.pdf>. Acesso em 2 fev. 2006.
- MOREIRA, Nelson Camatta. *Prisão cautelar: uma (re)leitura à luz do estado democrático de direito*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Notadez, v. 2, fascículo 9, p.120-131, 2003.
- NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 256 p.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. *Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão (1988)*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/pmorte/lex152.htm>>. Acesso em: 7 fev. 2006.
- _____. Assembléia Geral. *Declaração universal dos direitos humanos (1948)*. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em 2 fev. 2006.
- _____. Assembléia Geral. *Pacto internacional de direitos civis e políticos (1966)*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm>>. Acesso em 1 fev. 2006.
- _____. Assembléia Geral. *Regras mínimas das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade (1990)*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrastoquio.html>>. Acesso em: 5 fev. 2006.
- _____. Conselho Econômico e Social. *Regras mínimas para o tratamento de prisioneiros (1957)*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 1. fev. 2006.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos (1969)*. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-americana.html>>. Acesso em: 5 fev. 2006.

PENTEADO, Gilmar. Acusada de furtar xampu completa 11 meses na prisão. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 12 abr. 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 600 p.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A Constituição e a prisão penal cautelar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, v. 749, p. 502-519, mar. 1998.

ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia Baz. *Fiança Criminal e liberdade provisória*. São Paulo: RT, 1999. 288 p.

ROMERO, Cecília Sanchez. La prison preventiva en un estado de derecho. *Ciências Penales [online]*. Costa Rica, a. 9, n. 14, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2014/sanch14.htm>> Acesso em: 21 set. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Citação por edital e suspensão do processo e da prescrição. Anais do seminário inovações no processo penal. *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, a. 1, n. 1. Rio de Janeiro: Júris Poiesis. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista1/artigo20.htm>> Acesso em: 6 jan. 2005.

_____. *Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. III, 621 p.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: síntese, 1982. 135 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281 p.

_____; BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 660 p.

APÊNDICE A – METODOLOGIA DA PESQUISA DOCUMENTAL

O objetivo da presente pesquisa foi verificar se o princípio da presunção da inocência é respeitado quando há prisões provisórias em casos de furto, bem como se há mecanismos que favorecem ou dificultam a observância do princípio. Para atingir esse objetivo, foi desenvolvida pesquisa documental em processos de furto distribuídos entre os anos de 2000 a 2004 nas cidades de Belém, Recife, São Paulo e Porto Alegre, bem como no Distrito Federal.

Essas localidades foram eleitas em razão de três fatores fundamentais. O primeiro deles foi a necessidade de se contemplar pelo menos uma cidade de cada região brasileira. O número de habitantes e a facilidade de se obter dados informatizados, bem como de ter acesso aos autos dos processos determinaram a seleção das localidades contempladas pela pesquisa.

O período de 2000 a 2004 foi escolhido por possibilitar a combinação de duas realidades: contemplar fatos ocorridos em data relativamente recente, mas com a possibilidade de que na amostra houvesse um número significativo de processos com sentença judicial transitada em julgado.

Para identificar o universo da pesquisa documental, foram solicitadas relações de todos os processos em que constava a incidência penal de furto (simples, qualificado, noturno, privilegiado, todos que constam do capítulo I, do título II, da parte especial do Código Penal Brasileiro) e que foram distribuídos aos juízos das comarcas de Belém, Porto Alegre,

São Paulo (capital), Recife e do Distrito Federal (Brasília, Taguatinga, Ceilândia, Sobradinho, Paranoá, Samambaia, Planaltina, Santa Maria, Gama e Brazlândia) entre janeiro de 2000 e dezembro de 2004. Em nenhuma das cidades os sistemas informatizados possibilitavam a exclusão automática de inquéritos policiais. Por isso, constaram das relações todos os feitos que atendiam aos requisitos de tipo penal, comarca e data de distribuição.

Em Recife, Belém e Porto Alegre, a relação dos feitos foi disponibilizada pelos respectivos tribunais de justiça. A partir da análise do andamento processual, foram identificados os processos que já estavam concluídos, por meio de informação que constava das planilhas encaminhadas pelos tribunais, complementada por consulta realizada às páginas da internet dessas comarcas. Foram considerados concluídos aqueles processos com sentença penal, suspensão condicional do processo ou transação penal. Os processos não concluídos ou com a prescrição suspensa foram excluídos da relação. Os inquéritos policiais que puderam ser identificados como tal também foram excluídos. Após a depuração da base de dados, constituíram o universo da pesquisa 507 feitos em Recife, 598 em Belém e 5.452 em Porto Alegre.¹

Quanto a São Paulo, foi disponibilizada pelo ministério público estadual a relação dos processos de furto que tramitaram da décima primeira à décima quinta vara criminal dessa capital no período mencionado. Nessa relação, foram identificados os processos que já estavam concluídos, por meio do mesmo procedimento adotado para Recife, Belém e Porto Alegre. Satisfizeram ao critério 2.742 processos.

¹ Observou-se que alto número de processos concluídos em Porto Alegre deve-se especialmente ao fato de que naquela cidade as ocorrências policiais são encaminhadas e arquivadas no Poder Judiciário, diferentemente das demais, em que apenas os inquéritos policiais são encaminhados para a Justiça.

No Distrito Federal, foi disponibilizada pelo Ministério Público do Distrito Federal a relação dos feitos de furto que tramitaram em todas as varas no período mencionado, na qual constavam 12.552 processos e inquéritos, mas não foi possível identificar quais desses feitos estavam concluídos.

Em Recife e Belém, procedeu-se à análise de todos os feitos identificados. Em Porto Alegre, São Paulo e Distrito Federal, optou-se pela amostragem aleatória sistemática (com margem de segurança de 5% na proporção estimada e nível de significância de também 5%), o que resultou na amostra de 480 processos em Porto Alegre; de 457, em São Paulo; e de 571, no Distrito Federal (com correção para população finita e estimativa de proporção múltiplas). Para o Distrito Federal, assumiu-se como variável fundamentadora da decisão a proporção entre processos concluídos e não concluídos, suficiente para suportar exclusão posterior de feitos que não correspondiam ao critério da pesquisa das demais cidades (não concluídos e com prescrição suspensa), sem prejudicar a margem de erro.

A partir de análise de autos de processos e de consulta às páginas da internet dos tribunais de justiça das localidades pesquisadas, foi preenchida, no Distrito Federal, a ficha que consta do apêndice B e, nas cidades de Recife, Belém, Porto Alegre e São Paulo, a que consta do apêndice C.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, pequena parcela dos processos que constavam da população ou da amostra não foi localizada e outra não se referia a casos de furto. Para cada réu do processo era preenchida uma ficha individual. Assim, em São Paulo foram preenchidas 498 fichas, no Distrito Federal, 608; em Recife, 432; em Belém, 576; e, em Porto Alegre, 380.

Nos processos em que houve prisão, mas não houve alvará de soltura durante o curso do feito, o tempo de prisão foi calculado com base na diferença entre a sentença criminal de primeira instância e a data da prisão. A data da

sentença foi identificada na página da internet dos respectivos tribunais de justiça. Em Porto Alegre, essa informação foi fornecida pela Secretaria da Justiça e da Segurança do Rio Grande do Sul.

As informações coletadas foram armazenadas em banco de dados informatizado criado especificamente para a pesquisa.

Para as comparações de homogeneidade (ou independência) das distribuições estudadas, utilizou-se o teste do qui-quadrado de Pearson (com a correção de Yates para o caso de tabelas 2 x 2). Para o teste de igualdade de médias utilizou-se o teste t de Student e, conforme o caso, o teste de Anova – análise de variância.

A definição da população e o cálculo da amostra, as comparações e os testes estatísticos foram realizados com assessoria de um profissional de estatística, que integrou a equipe de pesquisa.

APÊNDICE B – QUESTIONÁRIO APLICADO NO DISTRITO FEDERAL

UF:	Circunscrição:	Vara:	Processo () IP ()	N.º
☐ 155 <i>caput</i> () 155 § 4.º, inc. _____ ☐ 155 <i>caput</i> c/c 14 () 155 § 4.º, inc. _____ c/c 14 ☐ Outro: _____				Data furto: ____/____/____
Dt Nasc. ____/____/____	Renda Fam. R\$ _____ () Desemp.	Sexo () M () F	Advogado Particular () S () N	
☐ Acessórios de Veículo () Água/Energia ☐ Veículo ☐ Bens furtados em residências ou de pessoas ☐ Mercadorias furtadas de estabelecimento comercial ☐ Outros: _____				Valor do Bem: R\$ _____
☐ Não houve ☐ Flagrante ☐ Preventiva cumprida ☐ Preventiva não cumprida		Data Prisão ____/____/____	Alvará Soltura? () S () N	Data Alvará ____/____/____
☐ Não concluído () Transação Penal () Sursis () Arquivamento IP () 366 ☐ Sent. Prisão () Sent. Reg. Aberto () Sent. Pena Alternativa () Absolvição				
Reincidente () S () N	Tipo anterior:			

APÊNDICE C – QUESTIONÁRIO APLICADO NAS DEMAIS CIDADES

UF:	Circunscrição:	Vara:	Processo n.º:		
Tipo Penal:	☐ 155 <i>caput</i> ☐ 155 § 4.º, inc. _____ ☐ 155 <i>caput</i> c/c 14 ☐ 155 § 4.º, inc. _____ c/c 14 ☐ Outro: _____			Data furto: ____/____/____	
Dt Nasc. ____/____/____	Renda Pessoal R\$ _____ ☐ Desemp.	Sexo ☐ M ☐ F	Raça ☐ Neg ☐ Br ☐ Par Outro: _____	Escolaridade ☐ 1 inc ☐ 1g ☐ 2 inc ☐ 2g Outro: _____	Adv. Part. ☐ S ☐ N
Bem furtado	☐ Acessórios de Veículo ☐ Água/Energia ☐ Veículo ☐ Arma ☐ Bens furtados em residências ou de pessoas ☐ Mercadorias furtadas de estabelecimento comercial ☐ Outros: _____			Valor do Bem: R\$ _____	
Prisão cautelar	☐ Não houve ☐ Flagrante ☐ Preventiva cumprida ☐ Preventiva não cumprida	Data Prisão ____/____/____	Alvará Soltura? ☐ S ☐ N	Data Alvará ____/____/____	
Conclusão processo	☐ Sent. Pena Alternativa ☐ Sent sursis ☐ Sent. Reg. Aberto ☐ Sent. Semiaberto ☐ Sent. Fechado ☐ Absolvição ☐ Prescrição ☐ Não concluído ☐ Transação Penal ☐ Arquivamento IP ☐ 366 ☐ Sursis processual			Transito Julgado ☐ S ☐ N	
Reincidente ☐ S ☐ N	Tipo anterior:				