

Potencialidades de Contenção do Escarceramento Cautelar a partir da Lei 12.403/11: análise sobre a realidade de presos provisórios no Estado do Rio de Janeiro

Potential Containment of Pretrial Detention on law 12.403/11:
analysis of the reality of pretrial detainees in the State of Rio de Janeiro

Roberta Duboc Pedrinha¹

Taiguara Libano Soares e Souza²

Resumo:

O presente trabalho analisa a banalização do instituto da prisão cautelar. A partir de estudo empírico realizado na Carceragem de Neves, busca demonstrar a realidade dos presos provisórios no Rio de Janeiro bem como aponta casos emblemáticos de prisões desarrazoadas. Pretende ainda abordar o advento da Lei N. 12.403/11 que dispõe novo conteúdo sobre as cautelares penais, abrindo possibilidades de limitação da utilização das modalidades de prisão cautelar.

Palavras-chave: Estado Penal - Prisão cautelar – Lei N. 12.403/11

Abstract

This paper examines the trivialization of the pretrial detention. From an empirical study on the incarceration of Neves, seeks to demonstrate the reality of provisional arrested in Rio de Janeiro as well as points emblematic cases of unreasonable arrests. It also aims to address the enactment of Law No. 12.403/11 which provides new content on the precautionary measures, opening the possibility of limiting the use of precautionary prison.

Key words: Penal State – Pretrial detention – Law N. 12.403/11

¹ Doutoranda em Sociologia Criminal pelo IESP-RJ, Doutoranda em Direito Penal, Mestra em Ciências Criminais pela UCAM, Coordenadora da Pós-graduação em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da UCAM.

² Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional PUC-Rio, Mestre em Direito PUC-Rio, Professor de Direito Penal da IBMEC-RJ.

Introdução

O presente artigo decorre de pesquisa elaborada junto ao Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH), organização não governamental destinada à assessoria jurídica gratuita para vítimas de violência institucional. O projeto em questão visava oferecer assistência jurídica voltada, *a priori*, a casos de crimes patrimoniais praticados sem violência objetivando a redução da população de presos provisórios, em especial na Carceragem de Neves, no município de São Gonçalo, Rio de Janeiro.

A partir da compreensão dos presos provisórios como sujeitos de direitos, o projeto pretendia ainda ajuizar ações de responsabilidade civil contra o Estado, em vias de demandar indenização para vítimas de prisões ilegais, prisões com excesso de prazo e debilidades no sistema prisional. Entretanto, o presente trabalho centrar-se-á nos aspectos decorrentes do processo de banalização do uso da prisão cautelar que dá ensejo a um dos mais graves problemas do sistema prisional brasileiro, qual seja, a realidade de superlotação.

Desta forma, o presente trabalho será distribuído em quatro capítulos. Inicialmente será analisada a banalização do instituto da prisão cautelar. Em um segundo momento será trazida à baila a realidade dos presos provisórios no Rio de Janeiro, demonstrando as violações aos direitos fundamentais dos custodiados. No terceiro capítulo, será apresentado estudo empírico realizado na Carceragem de Neves, o que qual demonstra o perfil sócio-econômico dos presos, bem como aponta casos emblemáticos de prisões desarrazoadas. Por fim, será abordado o contexto da Lei N. 12.403/11 que dispõe novo conteúdo sobre as cautelares penais, abrindo possibilidades de limitação da utilização das modalidades de prisão cautelar. Por fim, à guisa de conclusão, serão expostas as impressões parciais do trabalho, bem como expectativas no que tange à redução de danos da realidade prisional brasileira, em especial do Rio de Janeiro.

I. Da banalização do instituto da prisão cautelar

Na atualidade, a política de criminalização da pobreza, que se estende mundialmente, conduz à um encarceramento massivo de proporções inéditas desde o surgimento das instituições prisionais modernas no fim do século XVIII.

Debruçando-se sobre as reformas nas políticas sociais implementadas nos EUA no último quartel do século XX, o Loic Wacquant aponta para o declínio do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social) e a ascensão do *Warfare State* (Estado Penal), preconizando o incremento do aparato repressivo do Estado³.

Wacquant afirma que o Estado, que se mostra incapaz de superar a crescente crise social, empenha seus esforços em uma gestão penal da miséria, na criminalização das conseqüências da pobreza.

É a partir deste cenário que se explica o exemplo dos Estados Unidos da América, possuidor da maior população carcerária do mundo: em 1980, existiam 500 mil presos; em 2000, o número de presos chegou a aproximadamente 2,5 milhões, total praticamente quintuplicando.

O próprio Wacquant destaca que este fenômeno se apresenta de maneira ainda mais impactante nos países periféricos:

(...) a penalidade neoliberal é ainda mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século⁴.

3 O fim da Guerra Fria e a Queda do Muro de Berlim demarcam a ascensão da nova ordem mundial, cenário que torna obsoleta a necessidade de programas governamentais orientados na filosofia do Estado-Providência. WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres – A Nova Gestão Penal da Miséria nos Estados Unidos*. 3ª edição revista e ampliada (2007). Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

4 WACQUANT, 2003, p. 7.

As consequências do Estado Penal são observados na brutal hipertrofia da população prisional. No ano de 2010 o Brasil tinha 496.251 pessoas presas, assumindo o posto de quarta população carcerária do mundo, somente superada pelos Estados Unidos, China e Rússia. Deste total 44% são presos provisórios, ou seja, que estão aguardando julgamento.⁵ Este vertiginoso aumento da população carcerária gerou um déficit de cerca de 200 mil vagas no sistema penitenciário nacional, que em dezembro de 2007 oferecia um total de 275.194 vagas, ocasionando uma profunda crise de legitimidade neste sistema.

A superpopulação carcerária provoca uma realidade de barbárie em que são rotineiras as práticas de tortura, condições degradantes, insalubridade, doenças, superlotação, ruptura de laços afetivos e familiares, aniquilamento da subjetividade da pessoa do preso, deformidade da personalidade e ociosidade.

Inúmeros são os casos emblemáticos de recentes violações aos direitos fundamentais dos presos acontecidos no país: Chacina do Carandiru (1992); fechamento da Polinter no Rio de Janeiro, originando inclusive uma representação à OEA (a carceragem tinha capacidade para 150 presos e comportava 430) (2004); rebeliões em São Paulo (2006); tortura coletiva no presídio Evaristo de Moraes no Rio de Janeiro (2008); a situação dos presídios em Espírito Santo, onde foram verificados casos de superlotação, encarceramento em *containers* completamente inapropriados para este fim e denúncias de tortura, situação que levou o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária pedir intervenção federal (2009); a situação da carceragem de Neves, em São Gonçalo, onde existem cerca de 800 presos em espaço destinado a no máximo 200, conforme denúncia feita à OEA (2009).

Este trágico quadro afronta diretamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), dispositivos legais que têm como princípio a consagração da dignidade da pessoa humana por meio da tutela de um vasto rol de direitos, dentre os quais podemos enumerar o acesso à justiça, à saúde, à educação e ao trabalho.

O cenário agrava-se quando temos conhecimento de que praticamente metade do

5 Informações do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), disponíveis em <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRN.N.htm>

contingente de presos ainda aguarda julgamento: 211.563 mil pessoas estão presas provisoriamente. Este fenômeno se deve à banalização do instituto da prisão cautelar, hoje concedido via de regra pelos juízes, sobretudo de 1ª instância. Alguns destes presos provisórios acabam sendo inclusive absolvidos pelo Poder Judiciário ao cabo do processo, fazendo com que este período de privação de liberdade se transforme em pena sem condenação, uma forma de castigo antecipado de suspeitos.

O ordenamento jurídico brasileiro é regido pelo princípio da presunção de inocência, pois um sistema judiciário justo deve garantir a proteção dos direitos das vítimas, mas também os direitos dos acusados, a regra tutelada pela Constituição Federal em seu art. 5 LXVI, estabelece que deve-se aguardar o julgamento em liberdade, sobretudo para aquelas pessoas que são acusadas de cometer delitos de pequeno potencial ofensivo. Contudo o que se observa é o uso abusivo e arbitrário da prisão preventiva contribuindo para a superlotação crônica.

Diz-se que toda prisão de natureza processual ou provisória, entendendo-se como sendo aquela que não decorre de condenação transitada em julgado, portanto, sem natureza jurídica de pena, tem a natureza cautelar, devendo atender aos requisitos e às formalidades da tutela cautelar.

Afirma com propriedade Maria Lúcia Karam, que destina-se “a prisão de natureza processual a tutelar os meios e os fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada a final e possibilitar a normalidade da instrução probatória, estando sempre submetida à demonstração da presença do *fumus boni iuris*, a se entender como a viabilidade do direito alegado ou a possibilidade de um futuro provimento jurisdicional favorável do autor, e do *periculum in mora*, a ser entendido aqui como o risco de diminuição ou anulação da eficácia do provimento jurisdicional, em face do retardamento devido à natural lentidão do processo”⁶.

As leis processuais penais vigentes em nosso país admitem como espécies de prisão cautelar: a prisão em flagrante; a prisão resultante de pronúncia; a prisão resultante de sentença

⁶ *Prisão e liberdades processuais*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 2, p. 84. No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. V. 3, p. 424-425.

condenatória (que não faculta recurso em liberdade); a prisão temporária, e a prisão preventiva *stricto sensu*⁷.

Segundo preleciona Pacelli a “prisão é violência e violência produz danos. Logo, deve-se aplicá-la quando os danos a serem protegidos sejam mais graves do que os gerados pela prisão”⁸.

Nesta esteira, caminha a preocupação de Ferrajoli no que se refere à ausência de limites claros ao poder punitivo. Afirma o autor que o modelo do Direito Penal Mínimo afeiçoa-se à democracia, já o Direito Penal Máximo condiz com o Estado autoritário.

Consoante Ferrajoli:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos⁹.

Desta forma, a utilização indiscriminada das modalidades de prisão cautelar constitui não apenas um dispositivo encarcerador, mas sobretudo uma ameaça à própria noção de democracia e de Estado Democrático de Direito.

II. Breve Análise da Realidade da População de Presos Provisórios no Rio de Janeiro

No Rio de Janeiro, nas últimas décadas, como na maioria das unidades federativas do Estado Brasileiro, a concentração da população de presos provisórios se dava majoritariamente em delegacias ou carceragens pertencentes à Polícia Interestadual (POLINTER) do Departamento Geral de Polícia Especializada (DGPE), pertencente à Polícia Civil, vinculada à Secretaria de Estado de Segurança Pública. Na Região Metropolitana do Rio de Janeiro concentram-se as

7 OLIVEIRA, *Eugênio Pacelli*. Curso de *processo penal*. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2011.

8 OLIVEIRA, 2011.

9 FERRAJOLI, 2006, p. 102.

unidades de Nova Iguaçu, Vilar dos Teles, Neves, Caxias, Grajaú, São Gonçalo, Pavuna, Queimados, São João de Meriti e Mesquita.

Nestes locais a regra sempre foi a superlotação, a ausência de condições mínimas de higiene e insalubridade¹⁰. É possível encontrar muitos custodiados que cometeram delitos de pequeno potencial ofensivo e que permanecem detidos por meses, às vezes anos aguardando julgamento. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro a regra é responder o processo em liberdade, contudo o que se observa é uma tendência reconhecidamente encarceradora, redundando na banalização da prisão cautelar.

Os presos provisórios estão ainda mais expostos à tortura, maus tratos e tratamento degradante¹¹. A superlotação e as condições totalmente anti-higiênicas a que estão expostos os coloca em contato com doenças infecto contagiosas. Em geral estes presos não têm contato com suas famílias até chegarem ao Sistema Prisional, desta forma sofrem também pelo distanciamento de seus entes.

Há recomendação expressa de que a custódia realizada em instalações da Polícia Civil não pode extrapolar o prazo de 24h, conforme se pode observar nas disposições do Plano de Ações Integradas para Prevenção e o Combate à Tortura no Brasil da Secretaria de Direitos Humanos¹². Todavia, no estado do Rio de Janeiro tal prática é recorrente, apesar do forte movimento encampado por entidades da sociedade civil¹³ e autoridades públicas pelo fechamento dessas unidades.

Insta frisar, que a inadequação se deve ao fato de que a investigação que embasa qualquer inquérito policial é feita pela Polícia Civil, o que compromete a observância do princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988.

Nas carceragens, a realidade corriqueira é de superlotação e descumprimento de direitos fundamentais do preso, como visita íntima, assistência médica adequada, atividades laborativas e

10 Ver Relatório do Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU sobre Visita a Unidades Prisionais no Brasil em 2011.

11 Idem.

12 Recomendação Nº 7 do Plano de Ações Integradas para Prevenção e o Combate à Tortura no Brasil da Secretaria de Direitos Humanos: “Evitar que as pessoas legitimamente presas em flagrante delito sejam mantidas em delegacias de polícia além de 24 horas necessárias para obtenção de um mandado judicial de prisão provisória, evitando também que qualquer prisão seja cumprida em delegacia, mesmo que seja ela uma prisão provisória”.

13 <http://noticias.r7.com/cidades/noticias/manifestacao-pede-fechamento-das-carceragens-da-policia-civil-no-rio-20100327.html>

educacionais, fato que não se coaduna com as garantias dispostas na Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984). Ademais, comumente a estrutura física das unidades é incompatível com as condições necessárias para a custódia de presos. Em linhas gerais, constata-se que o preso custodiado em carceragens convive em condições mais aviltantes do que os internos situados em unidades prisionais.

Nesta esteira, convém ressaltar que a Lei de Execuções Penais prevê em seu art. 42 a extensão de todos os direitos do preso ao preso provisório, ao dispor na Seção II, acerca dos Direitos do preso, que “*aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção*”. De tal maneira, não é pertinente que o Estado confira tratamento mais gravoso ao indivíduo custodiado ainda sem condenação criminal. Tal prática configura uma subversão ao princípio da presunção de inocência consubstanciado no art. 5º, LVII da Carta Magna de 1988.

Esta grande massa encarcerada ainda sem definição acerca do processo que responde como réu, vê também sua cidadania violada, com a vedação inconstitucional de seus direitos políticos. Este cenário não é de surpreender se refletirmos sobre o papel a que vem se destinando a prisão, um verdadeiro depósito humano, um programa habitacional para os excluídos. Portanto, na voracidade do Estado penal, os gestores da política criminal penitenciária debruçam toda sua solicitude a conceder aos presos provisórios o mesmo tratamento dos presos já condenados, ou seja, compreende-os como subcidadãos. Diante dos subcidadãos não valem as garantias constitucionais estendidas em tese a todos os cidadãos – sujeitos de direito. Sobre estas vidas descartáveis, vigora a suspensão dos direitos humanos.

A custódia em carceragens é um grave problema de política criminal penitenciária em todo o Brasil. As penitenciárias fornecem aos presos um leque de direitos maior (ainda que longe do ideal) do que se observa nas carceragens: saúde, educação, possibilidade de trabalho e melhores condições de higiene/estada. Porém, mesmo com tais avanços o sistema prisional ainda possui uma série de problemas, de modo que a efetivação dos direitos fundamentais dos presos ainda precisa dar passos largos.

Outra grande problemática refere-se às visitas: o preso quando vai para o sistema sofre uma grande restrição no direito constitucional à assistência familiar (Art. 5º, LXIII da CF). As

visitas, em nome da segurança dos estabelecimentos, passam por severas restrições. Os familiares e amigos dos presos devem ter uma carteira de identificação que demora no mínimo 45 dias para ficar pronta e exige uma série de documentos que muitas pessoas não possuem.

No caso dos presos provisórios tal prática se torna ainda mais deprimente, uma vez que a detenção dos mesmos deveria, em tese, ser temporalmente curta. Logo, há o risco de que durante todo o seu período prisional o detento não tenha acesso ao direito fundamental à assistência familiar.

Nesse sentido, ainda que diante dos avanços destacados o caminho para a efetivação dos direitos humanos e das garantias processuais ainda é longo.

Além disso, denúncias acerca de corrupção nestas unidades são recorrentes. Cabe mencionar que no momento de finalização deste relatório, foi noticiada a descoberta de um esquema de corrupção na carceragem de Nova Friburgo recentemente desativada.¹⁴

Após a permanência nas carceragens os presos provisórios do Rio de Janeiro são transferidos para o Presídio Ary Franco. Tal unidade prisional concentra os homens adultos detidos estado, constituindo-se como a “porta de entrada” do sistema prisional. Tem capacidade para 958 presos, mas tem superado o número de 1800 custodiados, sendo alvo de profundas preocupações por parte órgãos como o Conselho Nacional de Justiça e o Subcomitê da ONU para a Prevenção à Tortura.

Em oportuna deliberação, o Governo do Estado do Rio de Janeiro assumiu publicamente o compromisso de desativação das carceragens e transferência de toda a custódia de presos provisórios para unidades prisionais da SEAP¹⁵, com prazo definido para primeiro semestre de 2011, e posteriormente prorrogado para 2012. Para tanto, é indispensável a construção de cadeias públicas, como prevê o art. 102 da LEP, adequadas à custódia de presos provisórios, a fim de que a extinção das carceragens não redunde no agravamento do quadro de superlotação do sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro.

14 <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2011/11/08/policia-realiza-operacao-para-desarticular-esquema-de-corrupcao-na-polinter-de-nova-friburgo-925753267.asp#ixzz1d7B5bSxi>

15 Ver em: <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/02/12/cabral-promete-acabar-com-carceragens-na-policia-civil-915852503.asp>

O processo de desativação das carceragens está em curso. Nesta esteira, é de suma importância que tal transição observe as cautelas necessárias a fim de que não sejam praticadas afrontas a direitos fundamentais.

III. Da pesquisa empírica na Carceragem de Neves

A Carceragem de Neves no Município de São Gonçalo, Rio de Janeiro, ilustra de forma dramática como as carceragens das delegacias não foram planejadas para longos períodos de detenção. Elas acabam apresentando os piores níveis de precariedades de condições no tocante à efetivação do direito dos presos. Isto porque a estrutura organizacional da Polícia Civil não prevê servidores especializados - como médicos, advogados, assistentes sociais e psicólogos – e nem recursos financeiros próprios para manutenção dos espaços prisionais, o que a impossibilita de prover as assistências garantidas e exigidas pela lei. Importante destacar que estas carceragens não são consideradas parte integrante do sistema prisional por não estarem previstas na Lei de Execução Penal como local para custódia de presos.

Entre os anos de 2009 e 2010 foi realizada pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Defensores de Direitos Humanos, na carceragem citada. A pesquisa foi acompanhada do oferecimento de assistência jurídica gratuita a presos provisórios acusados de crimes patrimoniais sem violência. Ao foram atendidos 84 presos na carceragem de Neves. A referida organização de direitos humanos ingressou com 33 pedidos de liberdade, dentre os presos atendidos. Ao todo foram obtidas 15 liberdades provisórias e 8 liberdades a partir de habeas corpus deferidos.

A pesquisa consistia na tentativa de traçar o perfil sócio-econômico dos presos atendidos. Evidentemente, tal amostragem não pode afirmar um claro diagnóstico do perfil do preso provisório. Entretanto, a partir dos números obtidos é possível apontar para alguns indicativos importantes.

Com relação à faixa etária, foi constatado que 56% dos presos atendidos têm entre 18 e 30 anos. O que demonstra que mais da metade dos presos provisórios é composta por jovens (conforme os padrões da ONU: até 28 anos).

No que tange à renda média mensal, 20% dos presos declaram não possuir renda, 18% tem renda até 1 salário mínimo e 46% possuem entre 1 e 2 salários mínimos. Isso significa que 84% dos presos provisórios atendidos pelo projeto tem renda mensal de no máximo 2 salários mínimos.

No que se refere à etnia, 27% se auto-declaram brancos, 23% negros e 50% pardos. Tais dados demonstram que 73% da clientela do sistema penal é composta por negros e pardos, o que reforça a tese do racismo presente na seletividade das agências de controle, critério racial este certamente fruto de um passado recente de escravidão (o fim da escravidão se deu somente em 1888): o Rio de Janeiro foi a segunda cidade com maior número de negros fora da África do mundo, só perdendo para a Salvador, estado da Bahia também localizada no Brasil.

No aspecto escolaridade, chama a atenção o fato de que 68% possuem instrução apenas até o ensino fundamental incompleto, e 12% dos atendidos possuem no máximo o ensino médio incompleto.

Outro aspecto relevante observado é o número de presos reincidentes, ao todo são 55%. Isso aponta para falhas no sistema penal, notadamente deixar transver o seu caráter criminógeno, de modo que para eles a nova lei de cautelares não seria benéfica, cabendo uma discussão mais aprofundada sobre o instituto da reincidência e sua histórica desvalorização no âmbito do direito penal.

Vale destacar ainda a procedência geográfica do preso. Cerca de 42% dos presos atendidos não residem e não possuem familiares residentes em Niterói, São Gonçalo ou cidades adjacentes. 7% desses presos são oriundos do Estado de Minas Gerais, e os demais de outras cidades ou da capital do Rio de Janeiro, o que torna o acesso do preso à família mais dificultado.

Além do perfil sócio-econômico dos presos atendidos, o projeto pôde ainda perceber casos emblemáticos de aplicação da prisão cautelar em casos evidentemente banais e desnecessários, configurando um recurso ao instituto da prisão cautelar como regra, ao invés de limitá-la à *ultima ratio*¹⁶.

Dentre os casos paradigmáticos observados, vale destacar os seguintes:

16 Vale mencionar os presos atendidos autorizaram a divulgação de seus nomes no presente artigo.

- **Laudilon Ferreira da Silva:** é acusado de não ter pagado a conta de um lanche em um supermercado. A nota apresentada é de R\$ 11 (onze reais). Laudilon, após ser preso foi espancado e torturado por policiais de 10h às 03:30h. Seu corpo apresentava marcas de agressões nas costas. O preso não possui nenhum familiar no Rio de Janeiro, é oriundo de Brasília.

Foi feito pedido de liberdade provisória que foi indeferido sob o argumento de que “o réu possui extensa folha criminal e demonstrou que em liberdade, representa um risco à aplicação da lei penal, eis que forneceu o endereço errado na tentativa de impossibilitar que fosse encontrado. Assim, pelos motivos acima citados e pelos fundamentos constantes da cota ministerial, e visando a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, indefiro o pedido de liberdade provisória”. Posteriormente o pedido de liberdade foi reiterado e da mesma forma foi indeferido. No dia 12/04/2011 ocorreu Audiência de Instrução e Julgamento em que foi homologada a Suspensão Condicional do Processo. O que quer dizer que ele não cumprirá pena privativa de liberdade e apenas terá que comparecer mensalmente no Fórum.

Comentário: É de fácil percepção uma primeira incoerência: o acusado ficou preso cautelarmente, ao final do processo foi homologada a suspensão condicional do processo e o mesmo foi posto em liberdade. Conclusão, o tempo que ficou preso preventivamente foi uma pena antecipada. Ademais, levando-se em consideração que o bem furtado era de ínfimo valor caracterizando esse como furto de bagatela devia ter sido o acusado absolvido. E assim, estaria a decisão de 1ª instância de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que reconhecem que o princípio da insignificância exclui a tipicidade material da conduta. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao furto de bagatela e tem sido no sentido de que “o princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância - que pode ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material”.(HC 84.412/MG)

- **Jhonny Quintana Carmona:** acusado de tentativa de furto de um telefone celular. O preso é nacional do Peru e não possui nenhum familiar no Brasil. O pedido de liberdade provisória foi negado. No dia 15/03/2011 ocorreu Audiência de Instrução e Julgamento e foi homologada a Suspensão Condicional do Processo.

Comentário: Como no caso anterior, o acusado ficou preso cautelarmente e depois foi posto em liberdade havendo, portanto, pena antecipada. Da mesma forma, poderia ter sido aplicado o princípio da insignificância, por tratar-se de furto de bagatela (bem de ínfimo valor), o que não ocorreu. Em ambos os casos não se aplicou a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

- **Jorge da Silva:** é acusado de ter quebrado o muro da casa de seu vizinho. Responde pelo crime de dano, estando preso há mais de seis meses. O custodiado apresenta visíveis sinais de retardo mental parcial. No entanto, o parecer médico elaborado por um perito, para substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança, deu negativo. O acusado sofre discriminação de presos e agentes penitenciários. Teve sua prisão preventiva revogada no dia 17/03/2011. Ainda não ocorreu a Audiência de Instrução e Julgamento.

- **Thiago B. Teixeira:** preso saindo de um supermercado, acusado de tentativa de furto de 10 latas de redbull. O valor total do suposto furto não chega a R\$ 60 (sessenta reais). Certamente é um valor insignificante para justificar uma pena privativa de liberdade. Recentes estudos da Universidade de Iowa apontam que os custos estatais com o processo criminal giram em torno de R\$ 3.900 (três mil e novecentos reais). O acusado reside no município de São João de Meriti, que possui carceragem própria e situa-se muito distante da Carceragem de Neves. O pedido de Liberdade Provisória foi negado. No dia 06/04/2011 ocorreu Audiência de Instrução e Julgamento e foi dada a sentença: “substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mais precisamente prestação de serviços à comunidade ou entidade pública, a ser definida pela VEP pelo prazo da condenação”.

Comentário: Semelhante aos casos anteriormente comentados o acusado ficou preso e ao final do processo foi posto em liberdade, ou seja, sofreu uma antecipação de pena. E

como também nos casos anteriores não foi aplicado o princípio da insignificância em discordância com o que vem decidindo os Tribunais Superiores. Vale esclarecer que o presente caso enquadra-se na hipótese de furto de bagatela e para não ficar dúvida segue decisão do Superior Tribunal de Justiça: Habeas Corpus. Tentativa De Furto Qualificado. Ausência De Tipicidade Material. Princípio Da Insignificância. Incidência. Extinção Da Punibilidade.1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Não se revela a tipicidade material quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.2. No caso, **não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que tentou subtrair um botijão de gás, avaliado em R\$100,00 (cem reais), justificando-se nesse caso, a aplicação do princípio da insignificância.**3. Ordem concedida. (HABEAS CORPUS Nº 165.523 - SP (2010/0046189-6) RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES)

- **Gerson de S. Sobral:** acusado de furtar 5 guarda-chuvas de uma loja. O acusado está preso há mais de quatro meses. O valor total do furto é de cerca de R\$ 20 (vinte reais). É um caso clássico de crime de bagatela, pelo ínfimo dano causado, fato este que não justifica a intervenção do Direito Penal para regulação do conflito entre as partes. Neste caso, conseguimos publicar uma nota em um jornal local. Foi concedida Liberdade Provisória no dia 19/01/2011 na Audiência de Instrução e Julgamento. Em 30/05/2011 foi prolatada sentença em audiência que julgou improcedente a pretensão punitiva e absolveu o réu.

Comentários: O presente caso é um dos mais incoerentes, visto que ao final do processo o acusado foi absolvido depois de ter ficado aproximadamente 4 meses preso cautelarmente. Ele sofreu uma pena antecipada. Como dito anteriormente a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica reconhecendo o princípio da insignificância. E no que tange a manutenção durante tanto tempo da medida cautelar foi em desacordo a proporcionalidade e homogeneidade, nesse sentido segue decisão do Superior Tribunal de Justiça; Habeas Corpus. Furto Simples Tentado. Prisão Em Flagrante. Liberdade Provisória. Indeferimento Pelas Instâncias Ordinárias. Princípio Da

Homogeneidade. Ofensa. Excesso De Prazo. Reconhecimento. Constrangimento Ilegal Evidente. 1. **A prisão cautelar só se legitima quando, além de presentes os requisitos e as hipóteses autorizadoras descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, não exceder o mal que pode ser causado pela imposição da reprimenda a ser aplicada em caso de eventual condenação.** Precedentes. 2. Sendo caso de tentativa de furto simples, cuja pena máxima em abstrato não poderá ultrapassar 2 anos e 8 meses de reclusão, **a contrariedade ao princípio da homogeneidade é evidente, na medida em que se pode antever, com segurança, que o início do cumprimento da reprimenda se dará em modo menos rigoroso que atual em que o paciente se encontra recolhido (fechado).** 3. Constitui evidente constrangimento ilegal, por excesso de prazo, o fato de o acusado permanecer preso há um ano e quatro sem que haja notícia de quando será prolatada sentença, mormente quando tal lapso muito possivelmente é superior ao que poderá ser imposto como pena ao cabo da ação penal. 5. Ordem concedida, determinando-se a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso. (HC 117535/DF)

- **Claumir A. Poubel:** acusado de ter furtado 5 peças de queijo em supermercado. No total, o valor do produto é de cerca de R\$ 55 (cinquenta e cinco reais), menos de 10% do salário mínimo pago no Estado do Rio de Janeiro. Claumir foi preso por apresentar “atitude suspeita”, algo por demais subjetivo. É evidente tratar-se de uma prisão desproporcional e desnecessária. Após ter o pedido de liberdade provisória negado na primeira instância impetramos um pedido habeas corpus, o qual teve a sua liminar negada e após mais de três teve o seu mérito deferido.

Tais casos selecionados, sem dúvida, são apenas uma pequena amostragem da aplicação da prisão cautelar em circunstâncias desnecessárias, ao arrepio de princípios penais elementares como o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Insignificância.

Este diagnóstico contribui para a formulação do juízo crítico sobre a necessidade de limites legais claros à imposição da prisão cautelar na ordem jurídica brasileira, como forma de reduzir

os danos provocados pela realidade de superlotação e profunda violação aos direitos fundamentais dos apenados encontrada no sistema penitenciário brasileiro.

IV. O Advento da Nova Lei de Cautelares Penais (lei 12.403/2011): potencialidades de limite ao encarceramento provisório

A nova lei nº 12.403 entrou em vigor em 4 julho 2011 trazendo mudanças no tema “prisão e liberdade” no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que tange à: prisão processual, fiança, liberdade provisória e novas medidas cautelares.

A aprovação da nova lei de cautelares penais foi fruto de uma grande pressão da sociedade civil sobre os parlamentares federais. Tal dispositivo legal constitui um passo importante uma vez que constitucionaliza o processo penal (no que tange às prisões) efetivando o paradigma de que a prisão deve ser a ultima ratio. Além disso, positivou o princípio da homogeneidade: as intervenções cautelares não podem ser mais drásticas do que a condenação final. Nos crimes contra o patrimônio sem violência (furto, por exemplo) essa questão era bastante paradoxal antes do advento da nova lei, uma vez que os acusados ficavam presos provisoriamente e depois eram soltos na sentença ou recebiam uma pena que seria cumprida no regime aberto.

A repercussão da Lei N. 12.403/11 gerou grandes controvérsias na comunidade jurídica. Juristas com entendimentos mais conservadores começaram a afirmar que a lei geraria impunidade.

Acerca do referido dispositivo legal, Nicolitt preleciona que “As medidas cautelares diversas da prisão cautelar no âmbito da Lei 12.403/11, diversamente do que sucede no PL 156/2009, não tiveram nenhum regramento relativamente ao instituto da detração”¹⁷.

¹⁷ NICOLITT, André Luiz. *Lei n. 12.403/2011: o novo processo penal cautelar: a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

O fato é que se a doutrina e os aplicadores forem insensíveis ao tema teremos profunda violação ao princípio da igualdade, pois os acusados submetidos à medida cautelar, sempre estariam submetidos a um *plus* sancionador que não seria abatido na pena.

André Nicolitt ainda observa que Lei N. 12.403/11 apresenta dispositivos inconstitucionais.

“De nossa parte, sustentamos a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos:

- **Art. 282 § 2 e art. 311 do CPP** – medidas cautelares de ofício pelo juiz – violação do sistema acusatório.
- **Art. 282, I parte final e 319, VI, 312 do CPP**- violação da presunção de inocência. (para evitar a prática de infrações penais e garantia da ordem pública, ou da ordem econômica). Transforma a aplicação das medidas em antecipação da pena, uma vez que, o controle social, a prevenção geral e específica, são funções da pena segundo as teorias relativas da pena.”¹⁸

A referida lei também poderia ensejar outras problemáticas quais sejam: 1) aumento nas tipificações mais rígidas na polícia (ao invés de se tipificar como furto se enquadraria em roubo, este último com penas bem maiores); 2) não cumprimento da lei em concreto; 3) uso exagerado das medidas cautelares, ampliando a vigilância nas populações criminalizadas.

O fato é que sempre vivenciamos o processo penal emergencial. As leis repressivas não mudaram a criminalidade. O que temos que ter é uma expressão social da sociedade. Essa lei vem com o foco principal de minimização do cárcere. A prisão minimiza erros e isso se torna sensível.

O objetivo dessa nova lei é de evitar que prisões indevidas continuem a ocorrer. A motivação de esvaziar os superlotados presídios, penitenciárias e cadeias brasileiras, as quais estão cheias de réus que aguardam sentenças, podendo beneficiar de medidas cautelares mais adequadas nas situações deles. Além disso, a nova lei estabelece que a obrigatoriedade de que os presos provisórios fiquem separados dos presos em definitivo. Neste sentido, a nova lei também amplia as possibilidades de garantia do princípio da individualização da pena e das medidas cautelares.

18 NICOLITT, André Luiz. *Lei n. 12.403/2011: o novo processo penal cautelar: a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Alterações mais do que necessárias uma vez que segundo o Ministério da justiça, em 2010 o Brasil tinha 496.251 presos (para 298.275 vagas) sendo que a maior parte deles são presos provisórios (sem sentença). Fato este que coloca em xeque a efetivação do princípio da presunção de inocência/não-culpabilidade.

Nesse sentido, há um grande desafio no âmbito da demanda pela efetividade deste novo diploma legal. Um dos importantes elementos a ser fiscalizado seja a obrigatoriedade de separação dos presos provisórios dos definitivos. Até o momento a separação se dá por facções criminosas, independente do delito ou do andamento processual. Esta separação por facções é assumida pela polícia civil em seus documentos sobre as carceragens. (ver documento em anexo) Os seguintes critérios de divisão são utilizados: a) comando vermelho; b) amigos dos amigos; c) terceiro comando e d) seguro. Nesse sentido, a territorialização das facções na cidade é reproduzida nas carceragens: muitas vezes criminosos sem facção são forçados a escolher uma diante do local onde moram, o que certamente contraria os princípios que deveriam reger a execução penal.

Apesar de investimentos para aumentar a capacidade do sistema penitenciário, o crescimento dos números de presos superou todas as tentativas de resolver a superlotação. Assim, as experiências e os estudos demonstram que o aumento das vagas não é suficiente para resolver a questão da superlotação, uma vez que as causas da superlotação também se encontram nas políticas repressivas estatais, as quais não são alteradas somente com uma lei. O respeito as garantias legais sempre foi um desafio para a justiça brasileira. Com a nova lei isso não será diferente.

O fato de ser uma lei nova deixa muitas coisas incertas no terreno prisional. Não é possível saber quais serão as interpretações dos tribunais e dos órgãos policiais. Pode haver uma significativa redução no número de presos (os quais nem deveriam estar custodiados) ou um aumento na rigidez das tipificações no sentido de manter determinados indivíduos presos.

Para que esta lei produza resultados efetivos no âmbito da despenalização e diminuição de pessoas presas é preciso ser feita uma disputa jurídica sobre suas possíveis interpretação, mas fundamentalmente uma batalha política no sentido de convencer os governantes da necessidade de estruturar o aparelho judiciário para o cumprimento dos novos preceitos legais.

Considerações Finais

À guisa de conclusão, podemos perceber que a banalização do instituto da prisão cautelar configura uma séria questão de política criminal que agrava sobremaneira as dificuldades encontradas no sistema penitenciário brasileiro.

Além da superlotação, o uso desregrado das medidas cautelares penais encarceradoras conduzem o acusado a uma realidade prisional muitas vezes mais aviltante do que a vivenciada pelo preso condenado.

A custódia de presos provisórios, em regra feita nas carceragens da Polícia Civil, com violações aos mais elementares direitos fundamentais do preso, constitui uma antecipação da pena ao acusado, bem como uma subversão ao princípio da presunção de inocência.

A desativação das carceragens da Polinter no Estado do Rio de Janeiro simboliza um passo importante, no sentido de observar os ditames da Lei de Execuções Penais no que se refere à adequada custódia de presos no Brasil, impedindo a aberração jurídica da custódia feita pela própria instituição que realiza a persecução criminal.

Não obstante, a desativação das carceragens não pode ocultar os profundos problemas que residem nas unidades prisionais existentes, em muitos casos oferecendo um cotidiano de barbárie ao detento e contribuindo sobremaneira ao incremento dos índices de reincidência.

No que se refere à realidade observada na Carceragem de Neves, no município de São Gonçalo, pode-se observar um retrato da banalização do recurso à prisão cautelar para casos de ínfima lesão a bem jurídico. Os casos emblemáticos apontados revelam que a magistratura muitas das vezes despreza princípios penais consagrados na jurisprudência dos tribunais superiores, como o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Insignificância. Desta forma, aplica-se a prisão cautelar como regra, e a liberdade provisória como exceção, ao arripio do desenho previsto pela Carta Magna de 1988.

Por fim, constatou-se que o advento da Lei 12.403/11, a despeito das inúmeras controvérsias jurídicas, constitui uma interessante potencialidade de contenção da aplicação da aplicação desarrazoada das medidas cautelares penais encarceradoras.

Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. 2ª edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: REVAN, 1997.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- _____. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.
- _____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.
- JAKOBS, Günter & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.
- KARAN, Maria Lucia. *Prisão e liberdades processuais*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 2.
- KATO, Maria Ignez Baldez. *A (des)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2011.
- NICOLITT, André Luiz. *Lei n. 12.403/2011: o novo processo penal cautelar: a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- _____. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU. Relatório de Visitas a Unidades Prisionais no Brasil em 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres – A Nova Gestão Penal da Miséria nos Estados Unidos*. 3ª edição revista e ampliada (2007). Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

_____. “Rumo à militarização da marginalização urbana”, in *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, ano 1, n° 15 e 16. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico nº14. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia-Revana, 2007.