

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA COELHO DE LAVIGNE

ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA: em busca de redução de danos

Porto Alegre

2009

JULIANA COELHO DE LAVIGNE

ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA: em busca de redução de danos

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Aury Lopes Junior

Porto Alegre

2009

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L411a Lavigne, Juliana Coelho de
Alternativas à prisão preventiva : em busca de redução
de danos / Juliana Coelho de Lavigne. – Porto Alegre, 2008.
135 f.

Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de
Direito, PUCRS.
Orientação: Dr. Aury Lopes Junior.

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Prisão Preventiva. 4.
Medidas Cautelares. 5. Presunções (Direito Processual Penal.
6. Dignidade Humana. I. Lopes Junior, Aury.

CDD 341.5

Ficha Catalográfica elaborada por
Vanessa Pinent
CRB 10/1297

RESUMO

A dissertação “alternativas à prisão preventiva: em busca de redução de danos” trata da necessidade de um resgate das categorias próprias do processo penal, abandonando a doutrina civilista em matéria cautelar, uma vez que seu requisito é o *fumus comissi delicti* e seu fundamento o *periculum libertatis* e não o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Desenvolverá a compatibilização entre a presunção de inocência, presunção de não-culpabilidade e a prisão preventiva, trazendo a principiologia como solução, abordando o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio reitor do ordenamento jurídico, da legalidade, jurisdicionalidade, instrumentalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade. Trará a realidade carcerária e a necessidade de a Constituição efetivamente constituir, bem como a forma como o assunto é tratado nos diplomas internacionais e na legislação brasileira, para então analisar o projeto que está em tramitação no Congresso Nacional sobre o assunto, Projeto de Lei 4.208-C de 2001.

Prisão preventiva. *Fumus comissi delicti*. *Periculum libertatis*. Presunção de inocência. Medidas cautelares diversas da prisão.

SUMÁRIO

| | | |
|---------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2 | (DES)VELANDO A TEORIA GERAL DA CAUTELA NO PROCESSO PENAL..... | 13 |
| 2.1 | Considerações iniciais..... | 12 |
| 2.2 | Requisito e fundamento da prisão preventiva a partir das categorias próprias do processo penal..... | 18 |
| 2.2.1 | <i>Fumus comissi delicti</i> | 22 |
| 2.2.2 | <i>Periculum libertatis</i> | 26 |
| 2.3 | Dimensões do <i>periculum libertatis</i> | 28 |
| 2.3.1 | Garantia da ordem pública..... | 35 |
| 2.3.2 | Garantia da ordem econômica..... | 41 |
| 2.3.3 | Garantia da instrução criminal..... | 45 |
| 2.3.4 | Garantia da aplicação da lei penal..... | 47 |
| 2.3.5 | Prisão em virtude de sentença de pronúncia e de decisão condenatória recorrível..... | 49 |
| 3 | PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA x PRISÃO PREVENTIVA..... | 56 |
| 3.1 | Presunção de Inocência + presunção de não-culpabilidade = Dever de Tratamento..... | 56 |
| 3.2 | Como compatibilizar a presunção de inocência e a prisão preventiva..... | 64 |
| 3.2.1 | Considerações iniciais..... | 64 |
| 3.2.2 | A principiologia como solução..... | 67 |
| 3.2.2.1 | A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental..... | 69 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.2.2.2 | Legalidade, jurisdicionalidade, instrumentalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade..... | 75 |
| | a) Legalidade e Jurisdicionalidade..... | 75 |
| | b) Instrumentalidade..... | 79 |
| | c) Provisionalidade..... | 82 |
| | d) Provisoriedade..... | 83 |
| | e) Excepcionalidade..... | 84 |
| | f) Proporcionalidade..... | 86 |
| 4 | ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA..... | 91 |
| 4.1 | Considerações iniciais..... | 91 |
| 4.2 | As Declarações Internacionais de Direitos e a realidade brasileira..... | 98 |
| 4.3 | Medidas cautelares diversas da prisão..... | 111 |
| 4.4 | Projeto de Lei 4.208-C de 2001..... | 115 |
| 4.4.1 | Monitoramento eletrônico..... | 126 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 131 |
| | REFERÊNCIAS..... | 133 |

1 INTRODUÇÃO

Ao depararmos com a necessidade de escolher um tema para dissertar, as primeiras idéias foram no sentido de aprofundar o estudo sobre os danos do cárcere, a irreversibilidade do tempo, para, após, apontar a necessidade de os atores processuais, engajados com o processo penal constitucional democrático, efetuarem o filtro constitucional na aplicação da prisão preventiva.

Com o passar do tempo, após a maturação de certos conteúdos, houve um deslocamento das idéias, passando-se a entender que, antes de falar sobre o filtro constitucional do qual devem pautar-se os atores, era, primeiro, relevante situar conceitos próprios da prisão cautelar no processo penal, pois significativa a confusão com o processo civil.

Nesse meio tempo, vieram à tona as reformas processuais penais, com a promulgação de lei alterando, inclusive, alguns dos temas que se pretendia abordar, e, mais precisamente, as medidas cautelares substitutivas e alternativas à prisão preventiva.

Continuava, entretanto, a intranqüilidade do espírito, pois permanecia difícil a aceitação cega da aplicação da prisão preventiva, uma vez que presumindo inocente o cidadão, como o prender antes da sentença penal condenatória, sem que essa medida seja atentatória à dignidade da pessoa humana?

Foi a partir dessas reflexões, aliadas a inúmeras outras que se apresentaram, num verdadeiro caleidoscópio de idéias, que optamos por escrever sobre o tema que se apresenta: alternativas à prisão preventiva: em busca de redução de danos.

Assim, com o estudo proposto, pretendemos num primeiro momento tecer considerações acerca da necessidade de um resgate das categorias próprias do processo penal, abandonando-se a doutrina civilista em matéria de prisão cautelar, uma vez que seu requisito é o *fumus commissi delicti* e seu fundamento o *periculum libertatis*, e não como se encontra arraigado na doutrina, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Colocado isso, é momento de dissecar o *fumus comissi delicti*, entendido como comprovação da existência do fato e indícios de autoria, e as dimensões do *periculum libertatis*, encontradas no artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Além dessas, não se poderia deixar fora do estudo a prisão preventiva antes prevista em decorrência da sentença de pronúncia e decisão penal condenatória recorrível.

Feito esse estudo, ponto crucial se apresenta com o choque entre a presunção de inocência e a previsão no ordenamento da prisão preventiva, em que, para acharmos um meio de ponderação e compatibilização, a principiologia se apresentou como solução.

Dessa forma, abordando, primeiro, como princípio reitor do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, e, segundo, os princípios compatibilizadores da legalidade, jurisdicionalidade, instrumentalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade, entendemos como é possível aceitar a convivência de ambos na realidade jurídica.

Já no terceiro momento, a partir da realidade carcerária e a necessidade de que a Constituição deve efetivamente constituir, traremos a disciplina sobre a prisão preventiva existente nos diplomas internacionais.

Após, trazendo a realidade brasileira, apontaremos a necessidade de que se criem medidas alternativas à prisão preventiva, bem como faremos uma análise do Projeto de Lei 4.208-C de 2001, que trata da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, e, ao final, breves considerações acerca do monitoramento eletrônico.

Em conclusão, apontaremos o que de relevante se apresenta em cada um dos capítulos estudados, já sinalizando, de antemão, que somente por meio de um comprometimento sério de respeito à Constituição é que se poderá almejar um processo penal acusatório, democrático e, portanto, constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da discordância em relação à doutrina tradicional, há, então, chegado o momento de desvelar a diversidade entre o processo civil e processo penal, compreendendo que este possui categorias próprias, pois, enquanto o processo civil trata do *ter*, no processo penal o que está em jogo é a *liberdade*. Compreendida essa diversidade, não pode mais ser aceito que se transfira ao processo penal conceitos do processo civil, razão pela qual, em se tratando de prisão cautelar, somente são aceitos o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Aquele, representado por um juízo de probabilidade, requerendo a demonstração de aparente tipicidade, ilicitude e culpabilidade, e esse, entendido como situações de perigo ou ameaça em face da liberdade do imputado, capazes de perturbar a prova ou dificultar a execução da sentença, representando perigo ao processo.

Quanto à garantia da ordem pública e ordem econômica, são de discutível constitucionalidade, para não dizer de absoluta inconstitucionalidade, uma vez que não satisfazem o requisito de instrumentalidade, inerente às medidas cautelares, devem ser de todo evitadas. Já as demais dimensões do fundamento da prisão preventiva, sendo de natureza cautelar, podem, respeitando a principiologia, ser aplicadas, em não havendo medida menos gravosa que tenha o condão de obter o mesmo fim.

Reformadas pela legislação novel, a prisão por pronúncia e a prisão por sentença condenatória recorrível passam a ser eminentemente cautelares, assimilando as orientações internacionais, doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim, desvelada a prisão preventiva como instituto efetivamente cautelar, ao estudarmos a presunção de inocência, verificamos que representam um verdadeiro dever de tratamento, tanto em face da carga probatória, quanto da necessidade de redução dos danos derivados da condição de sujeito passivo em matéria penal, implicando a utilização excepcional das prisões cautelares, bem como impedindo que recaiam conseqüências jurídicas ao acusado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

E, respeitando a dignidade da pessoa humana, para que se possa compatibilizar a prisão preventiva com a presunção de inocência, necessária a previsão legal da medida, que seja tomada por autoridade judiciária competente, por meio de decisão fundamentada, respeitando a exigência instrumental inerente à prisão cautelar, bem como deve ser revista em virtude de modificação da situação fática. Ainda, deve durar o tempo que seja necessário, respeitando a provisoriedade da medida e, sempre, deve obediência à proporcionalidade, sendo adequada, necessária e razoável.

Por fim, tendo em conta os efeitos criminógenos do cárcere, não se pode sujeitar o acusado e a sua liberdade pessoal a um esforço maior do que aquele que se pode exigir de quem se presume inocente. Portanto, deve haver sensíveis diferenças entre o tratamento dispensado ao sujeito passivo da situação jurídica processual penal e o preso já condenado por sentença transitada em julgado, uma vez que se tratam de situações distintas, exigindo tratamento fático diferente.

Assim, necessária a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas não privativas da liberdade, de menor nocividade para o sujeito e que oferecem suficientes garantias ao procedimento criminal.

E, seguindo esse curso, o Projeto de Lei 4.208-C de 2001, dentre outras modificações na legislação processual penal, pretende introduzir um rol de medidas cautelares diversas da prisão, seguindo a orientação moderna de que a prisão, seja provisória ou definitiva, somente para casos extremos é reservada.

Entretanto mantém-se ainda o legislador agarrado em formas que não mais se sustentam, como o decreto de medidas cautelares de ofício, impondo-se, em que pese o imenso avanço da legislação, a crítica pelo desrespeito ao sistema acusatório, cujo esforço de cada um dos atores jurídicos ainda fará com que seja respeitado. Além do mais, embora a importância do tema, olvidou o legislador em prever o monitoramento eletrônico, cuja finalidade poderia ser tanto de medida cautelar autônoma quanto meio de controle das previstas.