

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

MARCIUS ALEXANDROS ANTUNES DE ALMEIDA

CRÍTICAS E ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA

Porto Alegre

2010

MARCIUS ALEXANDROS ANTUNES DE ALMEIDA

CRÍTICAS E ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA

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

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior.

Porto Alegre

2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A447c Almeida, Marcius Alexandros Antunes de
Críticas e alternativas à prisão preventiva. / Marcius
Alexandros Antunes de Almeida. – Porto Alegre, 2010.
147 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) –
Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior.

1. Direito Processual Penal. 2. Criminologia.
3. Processo Penal. 4. Prisão Preventiva - Alternativas.
I. Lopes Júnior, Aury Celso Lima. II. Título.

CDD 341.4326

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – DA PRISÃO PREVENTIVA.....	10
1 INTRODUÇÃO.....	10
2 BREVE HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	13
3 PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS.....	18
3.1 JURISDICIONALIDADE.....	19
3.2 PROVISIONALIDADE.....	20
3.3 PROVISORIEDADE.....	21
3.4 EXCEPCIONALIDADE.....	22
3.5 PROPORCIONALIDADE.....	23
4 OBJETO E REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	27
5 FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL.....	32
5.1 HIPÓTESES DE CARÁTER EFETIVAMENTE CAUTELAR.....	33
5.1.1 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.....	33
5.1.2 ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	36
5.2 SITUAÇÕES EXTERIORES AO PROCESSO.....	38
5.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA ORDEM ECONÔMICA.....	39
5.2.2 AUSÊNCIA DE CARÁTER CAUTELAR E IRREFUTABILIDADE.....	42
CAPÍTULO II – ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO COMPARADO.....	46
1 ALTERNATIVAS PREVISTAS NO PROCESSO PENAL DA PORTUGAL.....	47
2 ALTERNATIVAS PREVISTAS NO PROCESSO PENAL DA ESPANHA.....	57
3 ALTERNATIVAS PREVISTAS NO PROCESSO PENAL DA ITÁLIA.....	63
4 ALTERNATIVAS PREVISTAS NO PROCESSO PENAL DA FRANÇA.....	76
CAPÍTULO III – ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL.....	84
1 PROJETO DE LEI 4.208/2001.....	84
2 TRATAMENTO DA MATÉRIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	99

3	MECANISMOS ELETRÔNICOS DE CONTROLE.....	115
3.1	ANÁLISE DA VIABILIDADE ORÇAMENTÁRIA.....	118
3.2	ESTATÍSTICAS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM PORTUGAL.....	122
4	REFLEXÕES SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DAS ALTERNATIVAS NO BRASIL.....	129
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	140
	REFERÊNCIAS.....	144

RESUMO

A prisão preventiva representa um aspecto do processo penal cuja necessidade nunca chegou a justificar-se de maneira plenamente convincente, uma vez que viola direitos e garantias da pessoa humana de forma prematura e sem um juízo seguro acerca de eventual responsabilidade penal. Não obstante, tem sido utilizada, de forma restrita em alguns países e abusiva ou excessiva em outros, antecipando os efeitos de eventual condenação e transformando o processo penal em um mecanismo que conjuga, de forma simultânea, a averiguação do fato delituoso imputado com a punição do suposto autor do delito no cárcere. Apesar da prisão preventiva trazer maior efetividade ao cumprimento dos fins do processo, também é através dela que se cometem as mais evidentes violações da liberdade pessoal e de outros direitos fundamentais reconhecidos nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Em razão disso, alguns países já vem adotando medidas menos gravosas para tutelar o processo penal, como forma de evitar a utilização da prisão em face de cidadãos que sequer tiveram afirmada a responsabilidade penal, que ocorre, nos termos da Constituição Brasileira, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sem embargo disso, a prisão preventiva segue sendo utilizada nas mais diversas legislações, mesmo sendo uma medida desnecessária e excessiva, em alguns casos, ou ineficaz para o fim visado, em outros, inclusive, em face de inocentes reconhecidos pela tão almejada, mas tardia, sentença penal absolutória, uma vez que não somente os culpados são submetidos ao processo e à pena, ainda que processual. No Brasil, que é pródigo na utilização da prisão preventiva, fato proporcionado, em parte, pela presença de fundamentos que representam cláusulas abertas que não comportam demonstração e refutação, tramitam, ainda que de forma tardia, projetos de reforma parcial e geral do Código de Processo Penal, trazendo novas alternativas para tutela do processo. Não obstante, as expectativas de efetiva implantação dessas novas medidas não se mostram animadoras, pois, além de contarmos com uma certa resistência na destinação de recursos financeiros para diminuir a aflição dos processados, o que se depreende das condições carcerárias brasileiras, depende, também, de uma mudança na cultura judiciária nacional, que, como demonstra a experiência, não ocorre com a mera alteração da lei.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisão Preventiva. Alternativas.

ABSTRACT

The preventive detention represents an aspect of the penal process whose necessity has never come to justify itself in a totally convincing manner. Nevertheless, it has been used in a restrict way in some countries and abusive or excessive in others, advancing the effects of an eventual conviction and making the penal process become a mechanism which conjugates, in a simultaneous way, the checking of the offensive fact imposed, with the punishment of the supposed convict of the offense in prison. In spite of bringing great effectiveness to achieve the ends of the process, it is through the preventive custody that the most evident violations of personal freedom and other fundamental rights recognized in the most diverse legal plannings are committed. Therefore, some countries have been adopting less serious measures to care the penal process, as a way to avoid the use of the custody against defaulters that have not even had their penal responsibility stated, which occurs according to the Brazilian Constitution, only afterwards the conviction sentence transits in judgment. However, the preventive custody keeps being used in the most diverse plannings, even though it is an unnecessary and excessive measure, in some cases, or ineffective to its proposal, in others, including against innocents who are recognized by the so wanted, but late, absolutory penal sentence, for the fact that not only the blamed ones are exposed to the process and to the punishment, even being procedural. Brazil, uses excessively the preventive custody, a fact which is, in part, offered by the legal prevision of fundaments which represent open clauses that do not fit demonstration neither refutation, transits, even in a late manner, a project of partial reformulation of the penal process code as well as a project of a new penal process code, both bringing new alternatives care the penal process. However, the expectations of effective implantations of such measures, especially the ones which demand new expenses, do not seem to be enthusiastic, because, besides facing a certain resistance in the destination of final supply to reduce the pain of convicted and processed defaulters in Brazil, what is possible to extract from the current imprisonment conditions, also depends on a change in the national judicial culture, but as we can see in practice, it will not happen with a simple law alteration.

Key words: Penal Process. Preventive Custody. Alternatives.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende desvelar a insuficiência da legislação processual penal brasileira em proporcionar ao juiz alternativas para tutela da prova e do processo, uma vez adstrito o juiz ao binômio prisão preventiva-liberdade provisória, bem como colocar em pauta a discussão sobre a efetiva necessidade e imprescindibilidade da prisão preventiva como tutela do processo penal.

Não obstante doutrina e jurisprudência pátrias, de forma majoritária, serem remansosas quanto à necessidade da prisão preventiva, a adoção de alternativas tem sido uma tendência dominante nos últimos tempos, ensejando a realização de reformas em diversos ordenamentos jurídicos¹, havendo, inclusive, quem sustente a possibilidade de um processo penal sem prisão preventiva.²

A prisão preventiva incide diretamente sobre a liberdade, direito fundamental ínsito a própria condição de ser humano, colocando em oposição o poder/dever do Estado em garantir a ordem jurídica e o direito fundamental da liberdade individual do imputado.

Um dos grandes problemas do processo penal é ignorar, inicialmente, se está diante de um culpado ou de um inocente. Por isto, o procedimento deve estar organizado tanto visando a outorgar ao Estado poderes sobre o indivíduo como a proteger este. Nessa ponderação, deve-se conceder ao indivíduo um certo predomínio advindo do pensamento liberal-individualista de proteção da inocência.³

Não obstante a prisão preventiva traga maior efetividade ao cumprimento dos fins do processo, também é através dela que se cometem as mais evidentes violações da liberdade pessoal e de outros direitos fundamentais reconhecidos, justificando a sua admissão somente em casos de absoluta necessidade, ou seja, quando não se possa fazer uso de outros meios que, obtendo os mesmos resultados, não acarretem uma carga tão grave à pessoa que está sujeita.⁴

¹ VILAR, Silva Barona. *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, p. 16.

² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 559.

³ BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*, p. 234.

⁴ VILAR, Silva Barona. *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, p. 171.

A prisão preventiva retira a liberdade e a dignidade do processado, causando um abalo psíquico e moral não somente a este, como também a toda sua família, repercutindo, ainda, nos aspectos patrimoniais e profissionais do acusado, os quais nunca retornarão ao estado anterior, sem embargo da sentença absolutória. Afeta, em princípio, “a casi todos los derechos humanos o fundamentales”.⁵

Não bastasse isso, o que deveria ser exceção, “a prisão preventiva – típica medida de urgência – foi generalizada, como um efeito sedante da opinião pública⁶”, bem lembrando TORNAGHI⁷ a prudência necessária ao deferimento da prisão cautelar. Refere que de tanto mandar prender, há juízes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão, acabando por privar o suspeito de seu *status libertatis* como um ato de rotina. Ressalta o perigo da precipitação, do açodamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e acarreta erros, além do perigo do exagero, “que conduz o juiz a ver fantasmas, a temer danos imaginários, a transformar suspeitas vagas em indícios veementes, a supor que é zelo o que na verdade é exacerbação do escrúpulo”.⁸

Nesse aspecto, a preocupação de parte da doutrina em buscar medidas menos gravosas capazes de substituir a prisão preventiva se justifica, pois, a manutenção da prisão preventiva, considerada em seus efeitos práticos como uma autêntica pena antecipada, supõe uma vulneração dos mais elementares princípios que devem reger um Estado de Direito.⁹

Se o próprio direito penal tem buscado alternativas à prisão quando possível e recomendável, diante de suas condições criminógenas¹⁰, não resta dúvida da premente necessidade de se buscar alternativas à prisão de um cidadão que sequer restou condenado, e que, embora sob o crivo de um processo penal ou de uma investigação policial, não perde o *status* conferido pelo princípio da presunção de inocência.

⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, p. 73.

⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*, p. 32.

⁷ TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*, p. 10.

⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁹ VILAR, op.cit., p. 168.

¹⁰ Vid. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pôde constatar em nossa pesquisa, não se logrou êxito em encontrar nas legislações dos países pesquisados, algum que tenha se absterido de utilizar a drástica medida cautelar da prisão preventiva.

Mesmo nos países, *v.g.*, Portugal, que tem demonstrado uma utilização eficaz do monitoramento eletrônico como alternativa ao cárcere na prisão preventiva, manteve-a, como um “soldado de reserva”, para os casos em que não seja possível a utilização da monitoração do arguido ou para o caso de descumprimento das condições do monitoramento.

Assim, segue a prisão preventiva sendo utilizada nas mais diversas legislações, mesmo sendo uma medida desnecessária e excessiva, em alguns casos, ou ineficaz para o fim visado, em outros, inclusive, em face de inocentes reconhecidos pela tão almejada, mas tardia, sentença penal absolutória, uma vez que não somente os culpados são submetidos ao processo e à pena, ainda que processual.

Não obstante, a prisão em alguns países, antes ou mesmo depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória, oferece ao encarcerado condições mais dignas do que as oferecidas a muitas pessoas em liberdade no Brasil, proporcionando a realização de atividades esportivas, acesso à educação, lazer, saúde, dentre outros aspectos que propiciem o retorno para a boa convivência em liberdade.

No Brasil, ao contrário, a prisão tem sido uma forma bastante eficaz de violar a dignidade do imputado de forma ampla e irreversível, além de adaptá-lo coercitivamente a um sistema social paralelo comandado por facções criminosas que, após garantirem a segurança do iniciado no cárcere, irão recrutá-lo em suas fileiras para a execução dos mais variados crimes.

Nessa senda, apesar de inegável a importância do direito comparado, não se pode deixar de considerar as distintas realidades existentes nos países pesquisados, haja vista que, enquanto alguns preparam seus reclusos, dando-lhes as melhores condições para viver livre em sociedade, outros, além de destituí-los das mínimas condições de sobrevivência,

empurram-lhes para a “proteção e assistência” das facções criminosas existentes em seus próprios presídios.

Por mais otimistas que possamos ser, não podemos fechar os olhos para os problemas sociais que nos cercam, mostrando-se difícil crer que serão despendidos, voluntariamente, investimentos efetivos tendentes a reduzir a superlotação dos cárceres brasileiros e mesmo a preservação da dignidade dos processados enquanto cumprem “pena processual”.

Nesse aspecto, as novas alternativas que representem custos, mesmo que menores que os da prisão preventiva, como o monitoramento eletrônico, acarretam novos custos que serão postergados para inclusão orçamentária, uma vez que não tem sido prioridade na política estatal brasileira preservar direitos e garantias de apenados e processados presos.

Cumpra ressaltar que se até mesmo em relação aos cidadãos pobres votantes não são concretizadas políticas públicas efetivas visando a propiciar-lhes melhor qualidade de vida (assistência à saúde, educação, saneamento básico em favelas, e etc.), quando mais no tocante aos desprovidos da condição de votante (presos), cujo resultado político de mobilização e investimentos no setor carcerário estão fadadas ao insucesso, além de ir de encontro à opinião pública (da), que clama, através da mídia, por penas mais severas e longas, sem, ao menos, preocupar-se onde serão colocados os novos presos, com ou sem condenação, em face do déficit de vagas em penitenciárias.

Sem embargo a viabilidade do monitoramento eletrônico sob o aspecto da redução de danos, optando por apenas vigiar os processados, ao invés de vigiar e punir através da prisão preventiva, enquanto o Brasil não for submetido e condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, impondo, em prazo determinado, a humanização do cumprimento das penas no Brasil, preservando a dignidade dos encarcerados, qualquer expectativa em relação à bondade do legislador e do executivo para destinação de recursos para a área prisional tende a restar frustrada.

Se por um lado não podemos afirmar que a supressão da prisão preventiva traria um acréscimo significativo à impunidade, levando em conta que se o cidadão tivesse a garantia de não poderia ser preso sem condenação definitiva, não empreenderia fuga durante a tramitação do processo, uma vez que poderia, com tranquilidade, trabalhar os meios adequados à sua defesa, por outro, a supressão da medida representaria uma efetiva

diminuição da punição de pessoas, que, após serem submetidas ao cárcere durante o processo, tiveram a inocência tardiamente reconhecida pela decisão final absolutória.

Diante da inércia do executivo e do legislador, alguns magistrados, sensíveis à questão do caos carcerário brasileiro, tem se absterido, inclusive, de decretar prisões cautelares e mesmo expedir mandados de prisão para delitos menos graves, demonstrando repúdio ao tratamento dado aos reclusos.

O pior é que tais atitudes de parte consciente do judiciário são alvos de constantes críticas realizadas por grande parcela da mídia que clama, diariamente, por penas imediatas, mais longas, mais severas, esquecendo que sequer temos presídios suficientes para comportar os cidadãos condenados com sentença transitada em julgado. Ou seja, o discurso é simples, nova lei, mais do mesmo, solução imediata para velhos problemas.

Assim, diante da ausência de alternativas ou de expectativas de implementação delas, no intuito de preservar direitos humanos de cidadãos presumidos inocentes, mostra-se premente a adoção de medidas que efetivamente restrinjam a utilização da prisão preventiva no Brasil, uma vez que o discurso pautado sob a ótica de medida excepcional não alcança um padrão mínimo de razoabilidade em um país que conta, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, com um percentual de 42,97% de presos provisórios.

Vislumbra-se, destarte, como tentativa de frear o uso desmedido da prisão preventiva no Brasil, a adoção das seguintes medidas: 1) reparação por prisão injusta, tal como prevista no artigo 314 do Código de Processo Penal Italiano, acrescentando, ainda, a possibilidade de ação regressiva do Estado contra agentes públicos que concorreram para a aplicação do encarceramento preventivo que resultar em absolvição em decisão definitiva e também quando restar comprovada a inexistência do fato e que o acusado não praticou o fato imputado ou que o fato imputado não constitua crime; 2) estabelecimento de prazo certo para que os estados da federação, com aporte financeiro da União, implementem o uso do monitoramento eletrônico em substituição à prisão preventiva; 3) fiscalização pelo Conselho Nacional de Justiça dos casos de decretação de prisão preventiva, de forma similar às interceptações telefônicas, com relatórios remetidos pelos magistrados, informando o número de prisões decretadas, anexando, ainda, cópias das decisões que embasaram as prisões, com fundamentos consistentes indicando os motivos pelos quais o juiz considerou insuficiente ou inadequada a aplicação de outras medidas cautelares

personais, bem como cópias das decisões que reexaminaram periodicamente a persistência dos motivos que ensejaram a prisão; 4) estrita observância dos prazos máximos de duração da prisão preventiva, sem possibilidade de prorrogação; 5) agilização da tramitação do projeto de novo Código de Processo Penal; 6) realização de cursos de capacitação para magistrados, promotores de justiça, advogados e serventuários da justiça, esclarecendo e incentivando a adoção das alternativas à prisão preventiva; 7) Por derradeiro, a absoluta vedação da utilização de qualquer restrição à liberdade pessoal fundamentada em cláusulas abertas, tais como ordem pública e econômica, devendo ser precisos, objetivos e suscetíveis de prova e confrontação judicial, os critérios para restrição da liberdade individual, rechaçando-se fundamentações baseadas em conjecturas, predições e meras transcrições dos textos legais, proporcionando a verificabilidade e a possibilidade de refutação, de modo a limitar o predomínio e arbítrio das razões do julgador.

Ao (re)pensar um processo penal democrático, devemos vislumbrar medidas processuais penais colocando-nos na situação de réus, imputados, indiciados, pugnando por um processo penal que desejamos para nós mesmos, não para o outro, para o estranho da comunidade ou para o inimigo do direito penal, pois, somente assim, pautaremos um processo penal que efetivamente garanta o estrito respeito à dignidade da pessoa humana.