

## Considerações sobre a prisão preventiva

FERNANDO TOURINHO FILHO (\*)

É sabido que a pena somente pode ser imposta quando o acusado for declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. É como dispõe o nosso Pacto Fundamental. Logo, é de concluir que toda e qualquer antecipação da pena violenta a *Lex Mater*, a não ser que as circunstâncias tornem tal prisão estritamente necessária.

A nossa Carta Magna dispõe, no art. 5º, inc. LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O texto, que remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, traduz a idéia de que não se pode admitir a privação da liberdade de um homem antes de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. É verdade, como já observara ALEXANDRA VILELA, que o princípio da presunção não pode ser interpretado e concebido na sua essência de acordo com o seu conteúdo verbal, pois estaríamos aqui a entrar numa ficção jurídica porque a aplicação das medidas de coação e cautelares, tipificadas na nossa lei, seria, antes de mais, inconstitucional... (*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Ed., 2000, p. 84). E arrematou: “O conteúdo do princípio da presunção de inocência está no seu âmago ligado à liberdade individual, no sentido de proibir quaisquer medidas cautelares como antecipação de pena com base no rótulo de culpado” (*ob. cit.*, p. 91). Daí por que, professa JULIO MAYER, o maior processualista penal das Américas, esse princípio é o que expressa os limites das medidas de coerção processual contra o réu (*Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, tomo I, p. 277). E, como dizia JOSÉ N. CAFFERATA (*La excarcelación*, Córdoba, Ed. Lerner, 1977, Cap. II, p. 24, “... repugna al Estado de Derecho, previsto en nuestro estatuto fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal”).

Trata-se de uma velha observação de BECCARIA, no sentido de que a prisão preventiva deve ser aplicada “dentro dos limites rigorosos da necessidade do processo” (*apud* TEREZA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Lisboa, AAFDL, 1993, II vol., p. 118).

É verdade – e não se pode olvidar – que, se de um lado está o réu, presumidamente inocente, do outro estão os demais valores constitucionais que representam direitos, liberdades, garantias, enfim, a sociedade interessada na repressão. Assim, em face desse binômio “interesse social” *versus* “presunção de inocência”, chegou-se à conclusão de que “somente exigências processuais de natureza cautelar podem justificar uma limitação, total ou parcial, à liberdade das pessoas, como bem o disse JOSÉ CASTRO DE SOUZA nas *Jornadas de direito processual penal*, Coimbra, Livr. Almedina, 1988, p. 151.

Observa ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO: “na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa a vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz” (*Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 53).

A prisão preventiva é uma dessas medidas cautelares, e, como toda e qualquer medida cautelar, a preventiva se subordina a dois requisitos: O *fumus boni juris* e o *periculum libertatis*, o qual equivale no cível ao *periculum in mora*. Daí o ensinamento de VELEZ MARICONDE: “...toda privação da liberdade determinada antes do ato jurisdicional legítimo para impô-la a título de sanção, só pode ocorrer ante a necessidade atual e concreta de remover o temor de ‘um dano jurídico’, que se traduz no perigo de que o imputado, em liberdade, oculte a verdade dos fatos ou determine a inaplicabilidade da lei penal” (*Estudios de derecho procesal penal*, Córdoba, Universidade de Córdoba, 1956, tomo II, p. 249). E conclui JULIO MAYER: “...por isso, excluindo-se os fins preventivos imediatos, o fundamento real de uma medida de coerção só pode residir no perigo de fuga do imputado ou no perigo de que se obstaculize a averiguação da verdade” (*ob. cit.*, p. 281).

Aí está o equilíbrio razoável entre os dois interesses: o interesse social na repressão e a preservação do princípio da inocência que assumiu, na Carta de 1988, dignidade constitucional.

Por isso mesmo, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na Recomendação n. 82, de 27-6-1980, afirma que “nenhum acusado deve ser sujeito a prisão preventiva, a não ser que as circunstâncias tornem tal prisão estritamente necessária. A prisão preventiva deve, assim, ser considerada como medida excepcional” (cf. JOSÉ CASTRO DE SOUZA, *ob. cit.*, p. 151, nota 7).

Em face do exposto, que tem o apoio de toda a doutrina, chega-se à conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma dessas circunstâncias: “*conveniência da instrução criminal*” e “*exequibilidade da efetivação da pena*”, jamais com fundamento de tratamento punitivo. Desse modo, toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, posto que contrária ao princípio da “presunção de inocência”. A prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal. Daí a irrepreensível lição de Manzini: “*La coerción personal procesal consiste en una limitación más o menos intensa*

*de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal penal*" (Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires. EJEA, 1952, trad. Santiago S. Melendo, tomo III, p. 554).

Certo que o art. 312 do CPP alude a quatro circunstâncias permissivas da medida odiosa. Além dessas a que nos referimos, mais duas: "garantia da ordem pública" e "garantia da ordem econômica". Não se pode perder de vista que o nosso diploma processual data de 1942 e foi elaborado durante um regime ditatorial. Àquela época, o nosso ordenamento não conhecia o princípio da presunção de inocência como dogma constitucional, ou, se o conhecia, dele fez tábula rasa. Hoje, sim, é dogma de fé. Como a prisão preventiva tem um caráter eminentemente cautelar, fácil concluir que as duas últimas circunstâncias autorizadoras da medida extrema (garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica) repousam na conveniência da sociedade ou têm um critério meramente utilitário. Enfim: suas finalidades são inegavelmente extraprocessuais. Não tendo, como efetivamente não têm, caráter cautelar, elas representam, sem a menor sombra de dúvida, antecipação da pena. É como se o juiz já estivesse condenando o réu, à semelhança do que havia na Inglaterra e na França antes do século XII: "*exécution sommaire*". Com esta particularidade: àquela época, a execução sumária tinha lugar em duas hipóteses: no caso de flagrante ou quando o culpado se punha em fuga e era perseguido por um grupo de concidadãos incitados pelo clamor público.

Mais uma vez invocamos MANZINI: "...a custódia preventiva não tem por fim a exemplaridade, que é exclusivamente da pena. É absurdo admitir-se que a prisão preventiva seja ordenada para servir de exemplo, já que ela é decretada contra o imputado, ou seja, contra uma pessoa de quem ainda não se sabe se é culpado ou inocente. Pela mesma razão, seria errôneo pensar que essa prisão tivesse por finalidade dar satisfação ao sentimento público de justiça... Na prática, sem embargo, o Juiz se inspira, às vezes, nesse falso critério, como se a Justiça fosse serva da política, ou, pior ainda, da demagogia..." (ob. cit., p. 629).

Malgrado essas observações, e considerando que o art. 312 do estatuto processual cuida de quatro circunstâncias autorizadoras da preventiva: *garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal e asseguramento da aplicação da lei penal*, deve o Juiz, tendo em conta que a Magna Carta adotou o princípio da presunção de inocência, consonar e harmonizar a norma processual ao texto da Lei Maior, fazendo abstração das duas outras circunstâncias (garantia da ordem pública e da ordem econômica), vale dizer, somente decretar a medida extrema quando ela tiver, realmente, indisfarçável caráter cautelar, arredando-se de uma jurisprudência desajustada da realidade. E, mesmo assim, cabe ao Juiz, em cada caso concreto, analisar os autos e perquirir se existem provas atinentes a qualquer uma delas, vale dizer, "obtenção da verdade ou exeqüibilidade da efetivação da pena".

De nada vale seu convencimento pessoal extra-autos. De nada vale a mera suposição, a simples suspeita. Se a Constituição proclama a "presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado", como pode o Juiz

presumir que ele vai fugir, que vai prejudicar a instrução? Como pode o Juiz, sem cometer grosseira enormidade, estabelecer presunção contrária ao réu, se a Lei Maior proclama-lhe a presunção de inocência? É preciso que dos autos ressuma prova pertinente a qualquer uma das circunstâncias referidas. E o Juiz, então, no despacho que decretar a medida extrema, fará alusão aos fatos apurados no processo que o levaram à imposição da providência cautelar. Fatos concretos e não suposições.

É bem verdade, conforme vimos, que o estatuto processual penal, no art. 312, alude a duas outras circunstâncias. Uma delas é a “garantia da ordem pública”.

Diga-se, *en passant*, a lei é de 1942. É do tempo em que quando alguém era preso em flagrante, continuava preso, salvo se afiançável fosse a infração. Qual o significado de “ordem pública”? Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, entende-se como tal a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (*Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 1101). Ordem pública, dizem, é a paz, a tranqüilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; ou se ele já vinha cometendo outras, sem que a Polícia lograsse prendê-lo em flagrante; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, se a sociedade estiver amedrontada, haverá, segundo o entendimento mais divulgado, perturbação da ordem pública. Mas, isto é que importante: outras situações podem traduzi-la, tamanha a vaguidade da expressão. E aí a medida extrema fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de idéias preconcebidas a respeito de pessoas, de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, que o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões. O eminente Des. Amilton Bueno de Carvalho, um dos pontos altos do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (*rectius*: da nossa Magistratura), analisando-a, observou com extrema propriedade: “Ordem pública é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, facilmente enquadrável em qualquer situação” (voto vencedor no Recurso em Sentido Estrito n. 70006880447, 5ª Câmara do TJ do Rio Grande do Sul, julgado em 29-10-2003).

“Ordem pública” é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória. E tanto é verdade que, se alguém for preso em flagrante por crime inafiançável (ressalvados os hediondos), se não for necessário o seu encarceramento prematuro, faz jus à liberdade provisória, nos termos do parágrafo único do art. 310 do CPP. E, por outro lado, se o crime, apenado com reclusão, for afiançável, estando presente uma das circunstâncias autorizadoras da preventiva, torna-se inafiançável, na dicção do art. 324, IV, do CPP.

"Comoção social", "perigosidade do réu", "crime perverso", "insensibilidade moral", "os espalhafatos da mídia", "reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão", "credibilidade da Justiça", "idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime", tudo, absolutamente tudo, se ajusta àquela expressão genérica "ordem pública". E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? E os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a "perturbação da ordem pública", sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros "sismógrafos", mensuram e valoram a conduta criminoso proclamando a necessidade de "garantir a ordem pública", sem nenhum, absolutamente nenhum elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade daqueles operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade.

Mas o STF, cumeiro do nosso Poder Judiciário, em decisão magnífica, observou: "O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou réu" (HC 80719/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 28-9-2001).

O STJ seguiu-lhe a mesma esteira: "O decreto cautelar é medida excepcional não obrigatória, cabendo à autoridade judiciária competente decidir da conveniência ou não de sua imposição, em despacho devidamente fundamentado, apontando as provas da existência do crime e do envolvimento da pessoa do indiciado ou acusado, além de demonstrar, com base em elementos de fato, a necessidade da custódia. O clamor público que justifique a adoção de medidas necessárias para garantia da ordem pública há de ser espontâneo e imediato, constituindo-se em manifestação pronta de revolta da coletividade à atitude tida como socialmente afrontadora. Convocações feitas para manifestos em carreatas e passeatas, com hora e local previamente marcados, através de chamamentos publicados pela imprensa local não legitimam a imposição da preventiva, com base no mencionado clamor público. Inexistindo justificações plausíveis para a manutenção da custódia cautelar, não subsiste a premissa da

necessidade da prisão para garantia da aplicação da lei penal e/ou da ordem pública" (RHC 4724/PR, DJU 26-2-1996, p. 4031).

Note-se que o STF não admite a prisão preventiva respaldada apenas no "clamor público" (cf. *Informativo STF* n. 138). E se o "clamor público", retrato fiel do acentuado impacto que a conduta provoca na sociedade, e que representa, convenhamos, o que há de mais eloquente e significativo para traduzir a "ordem pública" não justifica a medida extrema, conforme decisões do Excelso Pretório, guardião da Magna Carta, segue-se que a circunstância "garantia da ordem pública" não pode ser invocada para um encarceramento prematuro.

Nessas hipóteses, o indiciado ou réu precisa de proteção, deve o Magistrado impedir que a Lei Maior da sua terra seja afrontada para satisfação e delírio daqueles que desejam a imediata e pronta punição, mesmo porque, desgraçadamente, haveria, repetimos, uma antecipação da pena. Ressalte-se mais uma vez: a finalidade da prisão preventiva é tão-somente impedir que o réu em liberdade perturbe a prova que o Juiz vai recolher para a reconstrução do fato a ser julgado e prevenir quanto ao perigo de fuga, burlando, assim, eventual condenação.

Quando se decreta a prisão preventiva como "garantia da ordem pública", o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É, *data maxima venia*, um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão "ordem pública" diz tudo e não diz nada. Na lapidar observação do Des. Amilton Bueno de Carvalho, "é facilmente enquadrável em qualquer situação"... Os exemplos de decisões dos Tribunais, refletindo, *data venia*, posição desajustada da realidade, que o digam... Que o digam, também, as costumeiras observações de considerável número de membros do Ministério Público. E logo do Ministério Público, que deve aparecer "como pilar fundamental do sistema judicial, de forma objetiva e isenta de quaisquer pressões, por parte de grupos econômicos, da imprensa, da opinião pública, de políticos, de superiores hierárquicos, de doutrina e de jurisprudência desajustada da realidade, como o primeiro grande defensor do inocente, promovendo não só a legalidade democrática, mas também o respeito pela dignidade da pessoa humana". Não pode o Ministério Público afastar-se, um palmo sequer da Lei Fundamental. Aí reside a essência das suas atribuições. Se ali se presume inocente aquele não definitivamente condenado, não pode o Ministério Público postular-lhe o encarceramento provisório fora das exclusivas hipóteses de real necessidade para o processo, vale dizer, para preservar a instrução criminal ou assegurar a aplicação da pena.

A prisão preventiva é providência cautelar e, por isso mesmo, conforme advertência de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, tem por finalidade prevenir um perigo, isto é, evitar um dano jurídico que se apresenta como provável com base nas circunstâncias do fato (*ob. cit.*, p. 185). A decretação da prisão preventiva, como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, é inesgotável fonte de excesso e de iniquidade. Às vezes, até será tolerável, na hipótese em que o indiciado ou acusado continua com a sua atividade criminosa, se bem que, nesse

caso, a medida coercitiva perde, às escâncaras, seu caráter cautelar e se transmuda numa espécie de medida de segurança sem respaldo constitucional.

Se o criminoso demonstrou profunda insensibilidade moral, por que prendê-lo preventivamente? Se toda prisão provisória há de apresentar, necessariamente, caráter cautelar, se a cautela está em prevenir possíveis danos que a liberdade do imputado possa causar ao processo condenatório, indaga-se: que reflexo poderá recair sobre o processo o fato de o réu haver cometido crime grave, gravíssimo, de grande repercussão? Não se pode falar em prisão preventiva sem estar com as vistas voltadas para o princípio da presunção de inocência. Do contrário, para que serviria esse princípio? Se é dogma constitucional, todos devem respeitá-lo. Se houver desejo de encher as nossas cadeias, o problema não é difícil, é fácil: basta rasgar a Magna Carta ou mandá-la às favas... Na hipótese de "preservação da ordem pública", a prisão preventiva não tem nenhum caráter cautelar. Ela não acautela "o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa". Que espécie de dano à liberdade do réu pode causar ao processo se o crime foi cometido com requintes de perversidade? O que ela tutela não é o processo condenatório, diz ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS: é a própria ordem pública (*Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 197).

A "ordem pública" nada tem que ver com o processo. Há cem léguas de distância entre ela e a garantia de um processo justo. Justificava-se a prisão preventiva, como garantia da ordem pública numa época totalitária, ao tempo em que a presunção de inocência não havia sido guindada à posição de cláusula pétreia da nossa Lei Fundamental. Sem embargo, já se decretou prisão preventiva para não afetar a credibilidade da Justiça (RT, 768/573), para assegurar a integridade da vítima (JSTJ, 2/263), para cessar constrangimento contra a vítima (RT, 774/683), a repulsa gerada no meio social (JSTJ, 73/84), pela periculosidade evidenciada no crime (RT, 648/347) etc. Trata-se, a nosso juízo, de decisões que afrontam a Lei Maior. Simples pretextos para exibição de força e poder.

Já sustentamos que, na hipótese de o indiciado ou réu estar ameaçado pelos familiares da vítima, ou pela própria vítima, haveria possibilidade de perturbação da ordem pública e, assim, a preventiva seria de rigor. Penitenciemo-nos do raciocínio açodado. Nessa hipótese, cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou réu, e não trancafiá-lo no xadrez. Do contrário, já o afirmamos em *habeas corpus*, ainda que condenado o réu, e mesmo após o cumprimento da pena, poderia surgir a notícia de que a família da vítima estava preparada para ato de vingança... E, nesse caso, deveria o Juiz recolher o criminoso à cadeia? O absurdo é evidente. COSTA MANSO, há mais de sessenta anos, fazia esta afirmação: "Se o criminoso é que é ameaçado de represálias por parte da vítima, da família desta ou de elementos populares, não se justifica a prisão. O que a autoridade, neste caso, deve fazer, é garanti-lo contra qualquer violência, e não tirar-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo..." (cf. *O processo na segunda instância*, São Paulo, 1932, p. 617). No mesmo sentido, as lições de

WEBER MARTINS BATISTA (*Liberdade provisória*, Forense, 1981, p. 78) e ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS (*ob. cit.*, p. 198).

Pode também ser decretada se conveniente para a instrução criminal, ou seja, para preservar aquela fase procedimental em que o Juiz procura, com a colheita das provas, reconstruir o fato ocorrido para poder melhor discernir e julgar. Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando ou niquelando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a não encontrar as pessoas que devam prestar esclarecimentos em juízo *etc.*, seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução. Não confundir *conveniência* com *comodidade*. Não pode o Juiz, porque o réu reside um pouco distante, mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando dever apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição de precatória ou quejandos.

Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal. Aí, sim, o poder coercitivo do Estado se justifica para impedir que o réu prejudique a atividade jurisdicional.

Também será indispensável e salutar a segregação provisória do indigitado autor do crime como *segurança de aplicação da lei penal*, tal como previsto no item 1 do § 112 do Código de Processo Penal alemão: “se pelas circunstâncias do caso particular, existe o perigo de que o imputado não se submeterá ao procedimento criminal (perigo de fuga - *Fluchtgefahr*)”. Evidente que, se o indiciado ou réu está se desfazendo dos seus bens de raiz, injustificadamente, se “lhe é indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal”, a medida cautelar se impõe, a fim de que se evite o *periculum libertatis*, assegurando-se, pois, a efetivação da pena.

Mas, é bom repetir, é preciso que uma das circunstâncias a que se refere o art. 312 do CPP aflore nas provas colhidas, uma vez que o Juiz, ao decretar a medida extrema, deverá fundamentar a sua decisão e, portanto, fazer referência a fatos devidamente apurados. Há notícia de que o réu está perturbando a instrução? Mera presunção não, mesmo porque acima, e muito acima da presunção do Juiz e da lei, está a presunção de inocência inculpada no Pacto Fundamental. Se a Magna Carta presume a inocência daquele ainda não condenado, não pode o Juiz presumir que ele vai perturbar a instrução criminal, vai escapar à ação da Justiça. Nenhuma presunção supera aquela. Nesse caso, impende haja prova mais ou menos sensata no sentido de que o réu está prejudicando a instrução ou querendo, na expectativa de uma condenação, dela safar-se. Mera suspeita, não. Presunção, também não. É preciso um mínimo de prova idônea no sentido de que ele está se desfazendo de seus bens, de que deu

demonstração de que vai mudar-se para lugar ignorado, de que está prejudicando a instrução *etc.*

Mais ainda: se a Constituição presume ser o réu inocente antes da condenação definitiva, parece-nos um não-senso o Juiz prendê-lo por presumir que ele vá prejudicar a instrução... que ele vá fugir. Seria uma monstruosidade jurídica. O Magistrado não pode supor, não pode presumir. **Deve apresentar um fato concreto a justificar a medida extrema.** Por isso mesmo, o art. 316 do CPP exige que o decreto da preventiva seja fundamentado. E fundamentar uma decisão não é repetir as próprias palavras do texto legal.

É comum, num decreto de preventiva, o Magistrado registrar: a) que o delito praticado causa repulsa à sociedade; b) tratando-se de crime hediondo, presume-se o alto grau de periculosidade do réu; c) em liberdade oferece o indiciado ou réu sério risco à sociedade e é de fácil presunção que, em caso de condenação, permanecerá longe do distrito da culpa.

Decisões assim descumram e transcuram o bom direito, posto não haver sido fundamentado o decreto de prisão preventiva. A vingar a tese de que crime hediondo indica alta periculosidade, sempre que se praticar um crime hediondo a preventiva será de rigor, o que não é verdade, sob pena de se admitir, *contra legem*, uma prisão preventiva obrigatória, instituto obsoleto, expungido do nosso ordenamento desde 1967...

A propósito, assim se manifestou o eminente Min. Celso de Mello:

"A acusação penal por crime hediondo não justifica a privação arbitrária da liberdade do réu. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada de suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada (STF, Bol. IBCCRIM, julho de 2001, p. 540).

A presunção de que o indiciado ou réu, em liberdade, oferece sério risco à sociedade e pode escapar de eventual pena é presunção do Magistrado, a qual, como vimos, não pode superar a presunção de inocência ditada pela Lei Fundamental. O fato de haver o crime causado repulsa à sociedade não é razão para que seja o réu punido antes de ser julgado; na verdade, a preventiva, nesse caso, atua como antecipação da pena.

Esses v. acórdãos do STJ, colhidos à ventura, mostram o acerto do que vimos de afirmar:

“A decisão não demonstra de forma concreta a configuração dos pressupostos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP), limitando-se a fazer referência à gravidade do delito, circunstância insuficiente, por si só, para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

Não passa de mera conjectura a alegação formulada no *decisum* de que a liberdade do paciente perturbaria a ordem pública, não havendo fatos concretos que indiquem a necessidade da prisão cautelar, mormente tratando-se de réu primário, de bons antecedentes. Ordem concedida para revogar a custódia cautelar do paciente” (HC 30732/PR, DJ 15-12-2003, p. 341).

“O risco à garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal deve estar amparado em elementos concretos e objetivos, não atendendo às exigências legal e constitucional a vedação da liberdade provisória embasada na gravidade do delito, na inquietação social, na credibilidade da Justiça e na sensação de impunidade. Impõe-se o restabelecimento da decisão concessiva da liberdade” (HC 25562/SP, DJ 15-12-2003, p. 406, Rel. Paulo Medina).

“A prisão preventiva, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, concedida com cautela à luz do princípio constitucional da inocência presumida, deve fundar-se em razões objetivas, demonstrativas da existência de motivos concretos suscetíveis de autorizar a imposição. Meras referências aos arts. 312 e 313 do CPP, sem fundamentação indicativa da necessidade da prisão, não justificam a decretação da custódia cautelar” (HC 24559/RJ, DJ 28-10-2003, p. 364).

“Não se pode confundir ordem pública com o ‘estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime’. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar de modo formal palavras

abstratas do art. 312 do CPP. Ordem concedida" (HC 3.232-2/RS, DJ, 04-9-1995, p. 27863).

"A crueldade de um crime não constitui, por si só, motivo para decretar-se a prisão preventiva de quem é primário e tem bons antecedentes... Quem está em julgamento é a pessoa humana e não o delito. A motivação do ato deve ter em conta fatos concretos atribuíveis ao réu que autorizem a constrição, sendo insuficiente repetir os termos legais. Há necessidade de se demonstrar de forma concreta, por exemplo, que a ordem pública ou a instrução criminal ficarão comprometidas permanecendo o réu livre" (HC 4.696/PR, DJU de 28-8-1995, p. 26664).

"Decreto de prisão preventiva arbitrário, sem substância jurídica, expõe ao desgaste as autoridades do Poder Judiciário. O Juiz não pode supor; cumpre-lhe demonstrar, de forma convincente, o perigo iminente que a liberdade do acusado representa à ordem pública. Ordem concedida" (HC 3225-1/MT, DJU 7-2-1994, p. 1191).

"A prisão preventiva, instituto de exceção, aplica-se parcimoniosamente. Urge, ademais, a demonstração da necessidade. Não basta a comoção social; não é suficiente o modo de execução; insuficientes as condições e circunstâncias pessoais. Imprescindível um fato a gerar a necessidade" (HC 4.301-6/MG, DJU de 11-12-1995, p. 43250).

"Inexistindo circunstância concreta que efetivamente venha a colocar em risco a ordem pública, regular andamento do processo ou possível aplicação da lei penal, desnecessária a constrição cautelar" (HC 10.840/SE, DJU 05-6-2000, p. 184).

A Lei Antitruste, Lei n. 8.884, de 11-6-1994, no seu art. 86, *em plena vigência da Carta Política de 1988 que recepcionou o princípio da presunção de inocência*, alterou a redação do art. 312 do CPP, para incluir, como circunstância autorizadora da prisão preventiva, "a garantia da ordem econômica".

Pode parecer um tanto quanto esdrúxulo tal acréscimo. Na verdade, se a prisão preventiva, em face do princípio da presunção de inocência, pode ser decretada como instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantir o cumprimento da decisão (assegurar a

aplicação da lei penal), parece um não-senso decretá-la para a garantia da ordem econômica. *Quer nessa hipótese, quer naquela pertinente à manutenção da ordem pública, onde o caráter instrumental?*

Para nós, trata-se de medida sem nexos e inútil. *Sua finalidade, ao que tudo indica, repousa na satisfação que se pretende dar, com forte dose de demagogia, à grande maioria da população carente, sempre ávida de querer fazer cair quem quer que esteja em nível superior.* Se a providência tem como objetivo perseguir a ganância, o lucro fácil, a safadeza de industriais e comerciantes desonestos, que se estabeleçam sanções em relação à pessoa jurídica: fechamento por determinado prazo, aumento desse prazo nas recidivas, impossibilidade de, durante certo tempo, fazer empréstimos em quaisquer estabelecimentos de crédito etc. Essa a medida certa. Para o ganancioso, para o industrial ou comerciante que só tem em vista o lucro, para esses *Shylocks* da vida, meter-lhe a mão no bolso é pior que a prisão.

A garantia da ordem econômica, à luz do princípio da inocência, não pode justificar a decretação de preventiva, medida eminentemente cautelar, que se decreta para os fins do processo. Cabe ao Magistrado, mais uma vez, atentar para a circunstância de que a prisão preventiva não objetiva infligir pena, mas, como já se disse, destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Por isso mesmo, em face do descompasso entre as diretrizes do Pacto Fundamental e o obsoleto Código de Processo Penal, cumpre ao Magistrado adaptar o texto infraconstitucional aos princípios fundamentais da Magna Carta, e, se assim o fizer, a prisão preventiva encontrará suporte legal apenas e tão-somente em duas circunstâncias: “preservação da instrução criminal” e “exequibilidade da efetivação da pena”. E assim deve ser, sob pena de voltarmos à época da “presunção de culpa”.

Em todo caso, como houve a previsão legal, podemos ver, em algumas hipóteses previstas no art. 4.º da Lei n. 8.137/90, a possibilidade de se decretar a prisão preventiva como “garantia da ordem econômica”. São de difícil ocorrência. Assim, p. ex., a prisão do comerciante que “açambarca, sonega, destrói ou inutiliza bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência” (art. 4.º, IV, da Lei n. 8.137/90), “eleva, sem justa causa, o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado” (art. 4.º, VII, do mesmo diploma). Há, também, algumas condutas previstas no art. 21 da Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94) que podem ensejar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, dès que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos. *Verbis*: “**Art. 20.** Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

E a respeito dessa prisão preventiva como garantia da ordem econômica, o TRF da 1ª Região observou: “A prisão preventiva não deve, em princípio, ser decretada unicamente em virtude da magnitude da lesão financeira (Lei n. 7.492/86 – art. 30), dissociada do sentido usual de cautelaridade das prisões provisórias, sob pena de transformar-se numa antecipação dos efeitos da condenação, em maltrato ao princípio constitucional da presunção de inocência...” (TRF, 1ª Região, HC 2003.01.00.034513/MT, DJU 30-01-2004, p. 11).

De tudo quanto foi dito, conclui-se que a prisão preventiva é medida excepcionalíssima e que se justifica, em face da Constituição, apenas e tão-somente para preservar a instrução criminal ou a exequibilidade da efetivação da pena. O que ultrapassar esse limite, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, representa o *nec plus ultra* do arbítrio.

---

(\*) FERNANDO TOURINHO FILHO é Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara.

---