

## PRISÃO PREVENTIVA

Fernando da Costa Tourinho Filho

Prisão preventiva é espécie do gênero "prisão cautelar de natureza processual". É aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, nos crimes dolosos, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Já sabemos que toda e qualquer prisão que anteceda à decisão definitiva do Juiz é medida drástica, ou, como dizia Bento de Faria, é uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo, e, portanto, deve ser reservada para casos excepcionais. Embora seja necessária, não é menor a necessidade de ser ela restringida, limitando-se a casos indispensáveis, pelo mal irreparável que causa àqueles declarados inocentes no final da instrução. Por isso mesmo, entre nós, a prisão preventiva somente poderá ser decretada dentro naquele mínimo indispensável, por ser de incontestável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e condições, evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara. Certo que o nosso CPP da década de 40, ainda sob a influência fascista que inspirou a Carta de 1937, merece pequena reforma para restringir a medida extrema apenas e tão-somente a duas situações: impedir que o acusado perturbe a instrução criminal ou queira tornar ineficaz a sanção a ser-lhe imposta. Outra qualquer circunstância que venha a autorizá-la é genuinamente inconstitucional por implicar uma antecipação da pena, arrostando o princípio da presunção de inocência, dogma constitucional. Perfeito o Código Procesal do Peru, de julho de 2004, ao admitir a preventiva quando houver "peligro de fuga" ou "peligro de obstaculización" (art. 268, alínea "c").

Diz Binder com impecável acerto: "Certas fórmulas que utilizam alguns Códigos de Processo Penal para justificar a prisão preventiva como "evitar a prática de novos crimes" ou fundamentando-se na "periculosidade do réu", estes, além de serem critérios puramente subjetivos, porque toda apreciação sobre o futuro é, em última instância, indemonstrável, implicam o uso da prisão preventiva como medida de segurança predelitual..." (*Introducción*, cit. p. 200). Mais ainda: deve o legislador, ao mesmo tempo, não permitir que o Juiz a decrete de ofício. O acusador que peça e ele que aprecie o pedido... Do contrário fica um descompasso entre a nova redação do art. 212 do CPP, com a sua nova redação, deixando o Juiz numa posição de superpartes e esses poderes anômalos conferidos ao Juiz.

Por outro lado deve a lei fixar um prazo dentro no qual o acusado fique preso preventivamente. Ainda Binder: "Assim como existe o princípio da humanização dos cárceres no que respeita às penas, também existe um princípio de minimização da violência a que está submetido o preso sob prisão preventiva" (*Introducción*, cit. p. 202).

Os pressupostos da prisão preventiva estão contidos no art. 312 do CPP. São eles a *prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria*. Assim, em caso algum poder-se-á decretá-la se ausente qualquer um deles.

Com acerto preleciona Espínola Filho: "... a medida se autoriza quando há prova da existência material da infração e quando os indícios apontem, seriamente, o inculpado como seu autor" (cf. *Comentários*, v. 3, p. 370).

"Sem a coexistência dos dois elementos contidos no inciso legal: a) prova do crime; b) existência de indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva incide em constrangimento ilegal, sanável por meio de *habeas corpus*" (cf. *RF*, v. 152).

Aliás, no particular, remansosa é a jurisprudência e não menos pacífica tem sido a doutrina. Veja-se, a propósito, o acórdão citado por Walter Acosta na página 81 do seu *Processo penal*: "A primeira condição, aliás, condição fundamental, para que se possa decretar a prisão preventiva de alguém, é a prova da existência material do crime..."

Sem esta, a prisão preventiva constituirá injustificável violência, que os nossos estatutos legais decididamente repelem.

A lei exige prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita. É preciso haja prova da materialidade delitiva.

Ao lado da prova da existência do crime, exige a lei "indícios suficientes da autoria" como condição indispensável, também, para a decretação da medida excepcional. Não se trata, quando a lei fala em "indícios suficientes de autoria", de *prova levior*, nem de certeza, mas daquela probabilidade tal que convença o Magistrado. Explica Frederico Marques que a expressão *indício suficiente* tem o sentido de probabilidade suficiente e não a de simples possibilidade de autoria (cf. *Estudos de direito processual penal em homenagem a Néelson Hungria*, p. 129).

No mesmo sentido, a lição de Borges da Rosa: "Devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto. No entanto eles devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do Juiz" (*Processo*, cit., v. 2, p. 281). Razão assiste a Beling quando, ao tratar da matéria, preleciona que "la prisión significa una intervención más grave en la esfera jurídica del inculpado... Por eso no basta para la orden de detención que la condena sea más probable que la absolución: *el grado de sospecha debe alcanzar casi la seguridad*" (cf. *Derecho*, cit., p. 379, nota 4).

É certo que os indícios constituem *prova levior*, isto é, prova mais fraca, menos robusta. Entretanto, falando o legislador em "indícios suficientes", quis referir-se, inegavelmente, àqueles capazes de tranquilizar, na feliz expressão do processualista gaúcho, a consciência do Juiz.

Autoridade competente para decretá-la é o Juiz, tal como vem expresso no art. 311 do CPP. Em se tratando de processo da competência originária dos Tribunais, a competência é do Relator, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.038/90, porque ele é o Juiz da instrução, como se vê pela leitura do *caput* desse artigo. E, para que o Juiz ou o Relator possa decretá-la, à dicção do nosso CPP de 1940, elaborado sob a égide da Constituição fascista de 1937, não haverá necessidade de provocação; poderá fazê-lo *de ofício*, isto é, sem solicitação de quem quer que seja. Trata-se, pois, de um caso singular de jurisdição sem ação, uma vez que o Juiz, assim agindo, estará instaurando um processo cautelar, sem ser provocado. O normal contudo é a medida extrema ser decretada em face de uma representação da Autoridade Policial ou requerimento do MP ou do querelante.

.Por outro lado, a medida extrema poderá ser decretada pelo Tribunal, desde que haja pedido nesse sentido. Assim, se o órgão do MP, ou o querelante, requerer a decretação da medida ao Juiz, sendo indeferida, caberá recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, V), e, nesse caso, mantido o despacho denegatório, indo os autos à superior instância, esta poderá dar-lhe provimento, determinando a providência extrema.

Poderá o assistente da Acusação requerê-la? A lei não lhe confere tal iniciativa. E por razão óbvia. Já vimos que o assistente não é, em rigor, auxiliar da Acusação. Ele procura defender, apenas, seu direito à satisfação do dano resultante da infração. Ora, não é pleiteando o encarceramento do seu ofensor que irá resguardar esse direito.

### **Circunstâncias que autorizam a preventiva segundo o CPP vigente.**

As circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva estão contidas no art. 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; e d) assecuração de eventual pena a ser imposta.

A expressão *garantia da ordem econômica*, constante do art. 312, foi acrescentada pelo art. 86 da Lei 8.884/94. A prisão preventiva subordina-se a pressupostos, que são dois, e condições, que são quatro, e uma destas, ao menos uma, deve coexistir com aqueles dois. É sempre assim, sem exceção. Os pressupostos são a "prova da existência do crime" e os "indícios suficientes de autoria". Exige a lei prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita; a prova da materialidade delitiva é indispensável. Além da prova da existência do crime, a lei quer mais: "indícios suficientes de autoria". E na velha lição de Borges da Rosa, esses indícios "devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disso. No entanto eles devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do Juiz" (*Processo penal brasileiro*, Porto Alegre, Of. Gráfica da Livraria do Globo, 1942, v. 2, p. 281).

Esses dois pressupostos devem estar aliados a uma destas circunstâncias: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) garantia da ordem econômica; d) assecuração de eventual pena a ser imposta.

Aqui convém uma observação: a nossa Lei Fundamental dispõe no art. 5º, 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, que por sua vez deita raízes no século das luzes, 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. Esse princípio, professa Julio Maier, é o que expressa os limites das medidas de coerção processual contra o réu (*Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, t. I, p. 277). E, como dizia José Cafferata Nores (*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". É verdade que não se pode olvidar que, se de um lado está o réu, presumidamente inocente, do outro está a sociedade interessada na repressão. Assim, em face desse 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).

Sabe-se que é através das medidas cautelares que se obtém a antecipação dos efeitos de uma decisão definitiva. Assim, a medida cautelar visa a assegurar os meios para que os efeitos da decisão definitiva não se tornem ilusórios. A prisão preventiva é uma dessas medidas cautelares e, como toda e qualquer medida cautelar, subordina-se a dois requisitos: o *fumus boni juris* e o *periculum libertatis*, o qual equivale, no cível, ao *periculum in mora*. Daí o ensinamento de Vélez 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, Ed. Universidad de Córdoba, 1956, t. II, p. 249).

E arremata Julio Maier: "... 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" (*Derecho*, cit., p. 281). Aí está o equilíbrio razoável entre os dois interesses: o interesse na repressão e a preservação do princípio da inocência.

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, *Jornadas*, cit., p. 151, nota 7).

Em face do exposto, que tem o apoio da melhor 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 destas circunstâncias: "conveniência da instrução criminal" e "asseguramento da aplicação da lei penal". Desse modo toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, visto que contrária ao princípio da "presunção de inocência", dogma de fé. 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*, trad. Santiago S. Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1952, t. III, p. 554).

Certo que o art. 312 do CPP alude a quatro circunstâncias. 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 caráter eminentemente cautelar, fácil concluir que as duas últimas circunstâncias autorizadoras da medida extrema repousam na conveniência da sociedade ou têm um critério meramente utilitário. Em suma: seus fins são inegavelmente extraprocessuais. Não tendo, como de fato 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*.

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, o pior ainda, da demagogia..." (*Tratado*, cit., p. 629).

Malgrado essas observações, e considerando que o art. 312 do CPP cuida de quatro circunstâncias autorizadoras da preventiva: *preservação da ordem pública, preservação da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e asseguramento da aplicação da lei penal*, deve o Juiz, tendo em conta que a Magna Carta acolheu, expressamente, o princípio da

presunção de inocência, adaptar a norma processual penal ao texto da Lei Maior, vale dizer, somente decretar a medida extrema quando ela tiver, realmente, indisfarçável caráter cautelar, quando necessária aos fins do processo, e, em cada caso concreto, analisar os autos e perquirir se existem provas atinentes a qualquer uma delas. De nada vale seu convencimento pessoal extra-autos. De nada vale a mera presunção. 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, que vai cometer novas infrações? Como pode o Juiz estabelecer presunção contrária ao réu se a Lei Maior proclama-lhe a presunção de inocência?

Se o Juiz decreta a prisão por presumir que o réu vai fugir, que o réu vai prejudicar a instrução, essa presunção entra em flagrante desvantagem em relação à presunção de inocência prevista no Pacto Fundamental. A primeira não pode superar a segunda. O desnível entre ambas é colossal. Mais: a presunção do Juiz anula a presunção de inocência, que tem sede constitucional.

Por outro lado, baldaria a lei o Magistrado que dissesse: "decreto a prisão por conveniência da instrução criminal" ou "para assegurar a aplicação da lei", ou "para garantia da ordem pública". Magnificamente diz Tornaghi: fórmulas como estas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão (*Manual*, cit., v. 2, p. 619). 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.

A lei fala em *garantia da ordem pública*. Que se entende por *ordem pública*? Segundo De Plácido e Silva, ela representa 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, enfim, é a paz, a tranqüilidade no meio social. Várias situações podem traduzi-la, tamanha a vaguidade da expressão. O eminente Des. Amilton Bueno de Carvalho, 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 RSE 70006880447, 5.ª Câmara do TJRS, j. em 29-10-2003). "Ordem pública" é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que ela é uma coação cautelar, e sem cautelaridade não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória.

"Perigosidade do réu", "crime perverso", "insensibilidade moral", "os espalhafatos da mídia", "reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão", tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica "ordem pública". E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.

Nessas hipóteses, o indiciado ou réu precisa da proteção de algum Juiz que impeça que a Lei Maior da sua terra seja invertida para satisfação e delírio daqueles que desejam a imediata e pronta punição, mesmo porque, desgraçadamente, haveria uma antecipação da pena. O grande Ruy dizia que a realidade das Constituições não está na inteligência que as concebe, nem no pergaminho que as ostenta, e sim na Magistratura que as defende. E, conforme já anotamos, o STF não admite a prisão preventiva respaldada apenas no "clamor público" (cf. *Informativo STF*, n. 138). 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 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 das decisões dos Tribunais que o digam... 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, de 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. 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 conexas. Que espécie de dano a 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). E como a "ordem pública" nada tem que ver com o processo. Havendo cem léguas de distância entre ela e o processo, logo, não pode servir de fundamento para a medida extrema.

Justificava-se a prisão preventiva, nessa hipótese, numa época totalitária, ao tempo em que a presunção de inocência não havia sido guindada à posição de cláusula pétrea 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.

Decisões dessa natureza são eminentemente bastardas maltratando 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.

As palavras do Marquês de Beccaria, que incendiaram o segundo quartel do século das luzes, precisamente em 1764, parecem ter sido proferidas hoje: "O acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime" (*Dos delitos e das penas*, São Paulo, Edipro, 2003, p. 58).

O STF, cimeiro 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 80.719/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 28-9-2001).

Já sustentamos que na hipótese de o indiciado ou réu estar ameaçado pelos familiares da vítima, ou pela própria vítima, haveria a possibilidade de perturbação da ordem pública, e, assim, a preventiva se-ria 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*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 78) e de Romeu Pires de Campos Barros (*Processo penal cautelar*, cit., p. 198).

Pode também ser decretada se for conveniente para a instrução criminal, ou seja, a 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 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, perturbando a obtenção da verdade.

Também será indispensável e salutar a segregação provisória do indigitado autor do crime como *segurança de aplicação da lei penal* (*Fluchtverdacht* — suspeita de fuga, prevista no § 112 do ordenamento processual penal alemão). 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 aplicação da lei penal.

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 sua decisão e, portanto, deverá 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 insculpida no Pacto Fundamental. Se a Magna Carta presume a inocência daquele ainda não condenado, não pode o Juiz presumir que ele vá perturbar a ordem pública, que vá 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 sensata 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.

A Lei Antitruste, Lei 8.884/94, no seu art. 86, em plena vigência da CF/88, 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*.

À primeira vista, tal circunstância é um tanto quanto esdrúxula. Não porque ofenda à ordem jurídica, mas por sua manifesta extravagância. Na verdade, se a prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de 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 decretar a prisão preventiva para a *garantia da ordem econômica*. Em rigor, toda prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Como a prisão decretada como *garantia da ordem econômica* não apresenta caráter cautelar, é medida esdrúxula, estúpida, grosseira. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas. Se a medida visa a preservá-la, evitando a ganância, a *auri sacra fames*, o certo seria adotar uma espécie de medida de segurança à maneira daquelas que havia, entre nós, até antes da reforma da Parte Geral do nosso Código Penal. Que se estabeleçam sanções contra a empresa. Para nós, trata-se de medida sem nexo e inútil. 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. Se a farmácia vende um produto por preço extorsivo, que se instaure processo-crime contra o proprietário e, ao mesmo tempo, que se aplique, provisoriamente, esta ou aquela medida de segurança de natureza patrimonial em relação ao estabelecimento. Os resultados seriam bem melhores... Essa a medida certa. Para o ganancioso, para o industrial ou comerciante que só tem em vista o lucro, para esses *Shylock* da vida, meter-lhes a mão no bolso é pior que a prisão.

Já que o mundo inteiro está em crise econômica, devemos adotar, como bem o disse Alberto A. Campos, "sanciones económicas, que son más temidas por los hombres al hacerse más materiales en un mundo más consumidor..." (*Derecho penal*, 2. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 342). A multa para os que têm apego excessivo ao dinheiro é pior que o cárcere...

Contudo, 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, deverá fazer referência a fatos devidamente apurados.

É de observar que a Lei 7.492/86, sobre o sistema financeiro, no seu art. 30, dispõe que, "Sem prejuízo do disposto no art. 312 do CPP... a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da *magnitude da lesão causada*". Criou-se, pois, mais uma circunstância autorizadora da medida odiosa. Circunstância também esdrúxula. E mais esdrúxula que a da "garantia da ordem econômica". Se a preventiva, como toda prisão processual, é instrumento para a realização do processo ou para a garantia do seu resultado, e, por isso mesmo, é providência cautelar, qual seria o *periculum libertatis* não se decretando a medida extrema, nesses crimes, quando houvesse "magnitude da lesão causada"? Obviamente nenhum.

Se a finalidade da preventiva fosse restituir ao lesado o que lhe foi subtraído, a medida seria excelente, mas, a toda evidência, não é nem pode ser. Para tanto a legislação apresenta uma gama de providências acauteladoras: bloqueio das contas bancárias, arresto ou indisponibilidade dos bens, dentre outras. A medida, aqui, objetiva, apenas, retoricamente, satisfazer o delírio e o desvairamento do povo (ou do *povão*, como se costuma dizer) quando vê uma pessoa de certo prestígio social ser presa. Seu contentamento nesses casos torna-se indescritível, a cegueira popular atinge as raias de um regozijo imensurável. E há Juizes (minoría, mas há) que se comprazem em tomar essas medidas esdrúxulas com o desejo insospitável de sair do obscurantismo.

Se num crime contra o sistema financeiro, em face da "magnitude da lesão causada", a preventiva pode ser decretada, indaga-se: e no caso de homicídio? Haveria grandeza maior que a vida? Pelo princípio da proporcionalidade, ter-se-ia de convocar nova constituinte, para ser criada a prisão perpétua ou a pena capital...

Conveniência da instrução criminal e necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, eis as verdadeiras e legítimas circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva. As demais, não. Atendem, apenas, a propósitos demagógicos. Na hipótese de garantia da ordem pública, há uma solução eficaz e justa, dê-se que se observem estas regras: a) conclusão do inquérito em 10 dias; b) denúncia em 3 dias; c) notificação do réu para "respostar" em 5; d) decisão recebendo a peça acusatória em 24 horas; e) instrução em 20 dias, com a audiência das testemunhas da Acusação, da Defesa, interrogatório, debates e julgamento. Fiel observância do art. 801 do CPP. Prazo de 24 horas ao Cartório para a prática dos atos de movimentação.

Por óbvio, a proposta não deve ser aceita, pois é muito mais cômodo ter o réu na cadeia e os prazos ficarem ao sabor... das pautas.

A prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo Juiz. Dí-lo o art. 311 do CPP. Contudo o eminente des. Amilton Bueno de Carvalho, julgando, com a acuidade de sempre, o HC 70018920934-RS, concedeu a ordem para restituir a liberdade do réu, preso preventivamente, *de ofício*, pelo MM. Juiz, ao argumento irresponsável de que a regra do jogo processual democrático é assim estabelecida: um acusa, outro defende e outro julga. Ou seja, se está frente a processo penal de partes: cada uma com suas funções bem definidas.- nesta ótica, compete ao MP, e tão somente a ele, além de promover a ação penal, atuar no interesse acusatório no seu todo, tanto na deflagração da ação quanto das cautelares que sustentam o processo penal.- no momento em que o julgador invade a competência do acusador, é estabelecida uma relação incestuosa entre aquele que julga e aquele que persegue, abalando a imparcialidade – vista como equidistância".

Chegará um dia em que teremos como art. 1º do CPP disposição análoga àquela do art. 1º do *Código Procesal Penal* da Colômbia: "Art. 1º. *Dignidad humana*. Todos los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano". E as palavras de Binder serão lembradas: "El juez, en última instancia, es quien debe subsumir los hechos en una determinada solución jurídica: *pero los hechos, como tales, le son dados...* (grifo nosso)" (*Introducción*, cit, 153).

Incontrastável necessidade, eis o fundamento da prisão preventiva.