

UNIVERSIDADE ANHANGUERA - UNIDERP
REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES

**PRISÃO PREVENTIVA NOS DELITOS CONTRA A ORDEM
ECONÔMICA**

VIVIANE SATICO ITO

RIBEIRÃO PRETO – SP
2011

VIVIANE SATICO ITO

**PRISÃO PREVENTIVA NOS DELITOS CONTRA A ORDEM
ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Ciência Penais.

Universidade Anhanguera-Uniderp

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Orientador: Rosa Maria Neves Abade

**RIBEIRÃO PRETO – SP
2011**

RESUMO

O presente trabalho aborda o instituto da prisão preventiva e sua aplicação aos crimes do direito penal econômico. Além disso, percutientemente trata dos principais crimes desse ramo do direito penal, sua forma de cometimento, os elementos subjetivos e objetivos dos crimes em questão. Determina ainda o conceito de prisão preventiva, seu estágio atual, seus pressupostos e requisitos gerais. Por fim, entrelaça o instituto da prisão preventiva aos tipos penais econômicos, determinando suas peculiaridades. Conclui que, como hoje se encontra, o instituto da prisão preventiva precisa ser reformulado para se adequar concretamente aos tipos penais econômicos a fim de se obter maior objetividade na sua aplicação.

Palavras-chave: Direito Penal. Processo Penal. Prisão Preventiva. Crime. Ordem Econômica.

ABSTRACT

The present work addresses the Institute of detention and its application to economic crimes of criminal law. In addition, insightful deals with major crimes of this branch of criminal law, its form of commitment, the subjective and objective elements of the crimes in question. It also determines the concept of preventive detention, its current stage, its assumptions and requirements. Finally, weaves the institute remand to the types of criminal economic, determining their peculiarities. It concludes that, as it stands today, the institution of custody must be reformulated to suit the particular economic criminal types in order to achieve greater objectivity in its application.

Keywords: Criminal law. Criminal Procedure. Arrest. Crime. Economic Order

Sumário

INTRODUÇÃO.....	6
1. PROBLEMA DE PESQUISA.....	8
2. OBJETIVOS.....	9
3. METODOLOGIA	10
4. REFERENCIAL TEÓRICO.....	11
5. DESENVOLVIMENTO	12
5.1 DIREITO PENAL ECONÔMICO	12
5.2 CARACTERÍSTICAS COMUNS DOS DELITOS DE DIREITO PENAL ECONÔMICO	14
5.2.1 CARACTERES SUBJETIVOS.....	22
5.3 PRISÃO PREVENTIVA.....	23
5.3.1 CONCEITUAÇÃO ATUAL	23
5.4 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS GERAIS DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES PENAIS ECONÔMICOS.....	27
5.4.1PRESSUPOSTOS.....	27
5.4.1.1 PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO	28
5.4.1.2 INDÍCIOS DE AUTORIA	30
5.4.2 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA	32
5.4.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	32
5.4.2.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA	36
5.4.2.3GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	38
5.4.2.4 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL.....	39
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

No mundo atual, com as mudanças percebidas na tecnologia disponível e na alteração das relações sociais, notadamente, com a introdução da internet e redes sociais, há se percebido o aumento nas oportunidades consideráveis para o cometimento de condutas criminosas, principalmente por um meio que garante o anonimato e ainda sem regulamentação jurídica.

Destarte, essas mudanças sociais e tecnológicas acabaram por favorecer o âmbito empresarial, no sentido de acelerar seu desenvolvimento e complexidade. No entanto, assim como houve um aumento nas possibilidades de desenvolvimento das atividades empresárias lícitas, ou seja, regulamentadas pelo Estado, houve também, em mesma proporção o aumento de atividades ilícitas, algumas vezes ocasionadas simplesmente pela transposição de barreiras legais, isto é, a prática de condutas que atingem a esfera da proibição criminal.

Adicione-se a isso o processo de globalização e o aumento do trânsito mundial de informações por meio de novas tecnologias, aprimorando e acelerando a troca de informações mundiais, além disso, inclui-se as novas tecnologias aplicadas às operações bancárias, dispensando, primordialmente, a presença física daquele que se valer de tais serviços, o que enseja uma facilidade maior para o cometimento de crimes à distância e via internet, fenômeno chamado de criminalidade transnacional.

Acrescentam-se, ainda, à facilidade gerada pelas novas tecnologias, as antigas dificuldades relacionadas à instabilidade política, a corrupção e captura de agências reguladoras, a falta de regulamentação de diversos setores, inclusive a falta de legislação acerca do uso dos novos meio de comunicação, principalmente a internet, a privatização de determinados setores essenciais sem a devida regulamentação, entre outros malefícios, que contribuem para facilitar a nova criminalidade.

Muitos países, devido à nova criminalidade gerada pela ascensão da internet e novas tecnologias, têm começado gradativamente uma onda de legislações com o intuito de deter as novas modalidades de condutas criminosas geradas a partir da globalização,

estabelecendo a elas penas privativas de liberdade, a fim de reprimir tais condutas e ainda de preveni-las.

A partir da criminalização destas condutas contra a ordem econômica surge o então chamado direito penal econômico, objeto de estudo deste trabalho.

Por outro lado, ainda no âmbito do presente trabalho, é importante salientar a necessidade de efetivação do instituto processual penal da prisão provisória, em destaque a prisão preventiva.

Todavia, a aplicação da prisão preventiva aos agentes dos crimes penais econômicos apresenta peculiaridades frente à aplicação da mesma medida aos crimes, por assim dizer, comuns. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência apresentam controvérsias a esse respeito, o que justifica a apresentação e importante desse respectivo trabalho.

Neste diapasão, vale ressaltar que, a análise presente se faz, em um primeiro momento, da parte teórica a respeito da prisão preventiva e dos crimes econômicos e em um segundo, da análise prática dos institutos e sua aplicação ao caso concreto.

1. PROBLEMA DE PESQUISA

A necessidade de ser readequado pelo legislador o instituto da prisão preventiva no que concerne aos crimes econômicos, buscando uma maior objetividade na sua aplicação.

2. OBJETIVOS

Refletir acerca do direito penal econômico, suas características e agentes, bem como analisar a prisão preventiva de modo geral e aplicada à questão. Conforme a doutrina e a jurisprudência, a aplicação do instituto da prisão preventiva aos agentes dos crimes econômicos tem particularidades controvertidas, cuja necessidade de estudo é importante, sobremaneira pelos reflexos na sociedade. Por fim, buscaremos demonstrar com toda esta associação temática o objeto maior do direito penal e processual penal, qual seja, a realidade concreta da vida humana.

3. METODOLOGIA

Será utilizado o método histórico de investigação e análise da evolução da discussão acerca dos crimes econômicos e do instituto da prisão preventiva. Os procedimentos envolvidos são o fichamento de obras, artigos e publicações sobre o assunto (pesquisa quantitativa), desconsiderando-se as que não trouxeram informação atual ou relevante sobre o tema e seu enfoque jurídico (pesquisa qualitativa). A análise do fichamento surge como a segunda etapa, com a busca e comparação das publicações da internet, com posterior redação da monografia final, tendo-se como apoio a orientação dos professores da Rede LFG.

4. REFERENCIAL TEÓRICO

Para elaboração deste trabalho serão utilizados os ensinamentos trazidos por Manoel Pedro Pimentel, Guilherme Nucci, Von Liszt, Nelson Hungria, dentre outros.

Para Manoel Pedro Pimentel, o direito penal econômico pode ser definido como “o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes” (PIMENTEL, 1973, P.10).

O mesmo autor define os delitos contra a ordem econômica como “condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado” (PIMENTEL, 1973, p.25).

Sobre a prisão preventiva, Guilherme de Souza Nucci sustenta que “o réu que aguardou preso o decorrer da instrução deve continuar detido após a prolação da sentença condenatória, mormente se foi aplicado o regime fechado ou semiaberto. Se antes do julgamento do mérito, que o considerou culpado, estava cautelarmente recolhido, com mais lógica assim deve permanecer após a condenação. Excepcionam-se desse raciocínio os casos em que os motivos que levaram à prisão cautelar, durante a instrução, findaram” (NUCCI, 2006, p.574).

5. DESENVOLVIMENTO

5.1 DIREITO PENAL ECONÔMICO

Em um primeiro momento é relevante bosquejarmos a respeito do direito econômico propriamente dito, antes de adentrarmos mais profundamente no direito penal econômico.

O direito econômico surge com o advento do Estado intervencionista, após a Revolução Industrial e, principalmente, a questão social e os problemas dela advindos. Nesse ínterim, o então Estado-polícia, se transformou gradativamente em um Estado intervencionista.

No entanto, é incorreto afirmar que apenas o Estado intervencionista regula a economia. Variadas são as formas de regular a economia, não sendo feita essa regulação apenas pro meio do direito econômico. Vale representar o fato descrito com as próprias legislações civis, comerciais, tributárias, entre outras, que de uma maneira não direta interferem no mercado e, portanto, em um segundo momento, na economia.

Sem adentrar mais no assunto relativo à história do direito econômico, vale destacar que, hoje, a maior parte dos Estados intervém na economia, mesmo que em diferentes intensidades, por meio da atividade legislativa. No Brasil, a própria Constituição Federal traz dispositivos próprios a serem aplicados à ordem econômica e financeira, presentes nos arts. 170 a 192.¹

Portanto, podemos conceituar direito econômico como o instrumento que permite ao Estado orientar, direcionar, estimular ou proibir comportamentos dos agentes econômicos, em outras palavras, seria o conjunto de normas jurídicas formuladas pelo Estado para regular, direta ou indiretamente a atividade econômica. Nas palavras de FÁBIO KONDER COMPARATO (apud, PIMENTEL, 1973, p.08):

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 12 de jul. 2011

o novo Direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação penal sobre as estruturas do sistema econômico, seja ele centralizado ou descentralizado.

Em seu artigo 170, a Constituição Federal sintetiza os princípios da ordem econômica nacional, tais como a soberania nacional, a livre concorrência, a propriedade privada, entre outros, abrangendo não apenas os setores privados, caracterizadas pelas relações de mercado, mas também as relações administrativas, mercantis, tributárias, financeiras, trabalhistas, entre outras. *Ipsis litteris*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.²

Desse modo, os diversos princípios ali estampados, como bens jurídicos do Estado Brasileiro, podem ser tutelados por meio do direito penal econômico, visando à sua efetiva proteção contra ameaças e lesões.

Neste sentido, temos o direito penal econômico como definido por Manoel Pedro Pimentel (1973, p.10), sendo definido como “o conjunto de normas que tem por objeto

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 12 de jul. 2011

sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”.

Destarte, é importante frisar que as normas de direito penal econômico tutelam bens jurídicos relacionados com os previstos na Constituição Federal em seu art. 170, ou seja, prevêm a tutela da higidez de mercado e a garantia à propriedade privada, aos direitos do consumidor, à livre concorrência, etc.

Neste diapasão vale apenas lembrar que ainda há controvérsias acerca da autonomia do ramo de direito penal econômico, mas, para os fins deste trabalho não nos alongaremos neste estudo específico.

De acordo com Manoel Pedro Pimentel (1973, p.25) os crimes contra a ordem econômica podem ser conceituados como “condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”.

5.2 CARACTERÍSTICAS COMUNS DOS DELITOS DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

Às condutas volitivas em desconformidade com o sistema jurídico, tendentes a lesionar bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, o qual estabelece uma pena privativa de liberdade ou mesmo de multa à ação ou omissão descrita, dá-se o nome de crime. Uma das finalidades do Estado é punir os agentes que praticam sem vícios da vontade as condutas descritas como ilícitas e contrárias à boa convivência em sociedade. Podemos dizer que esse conceito esboçado acima diz respeito ao aspecto substancial de crime, isto é, a lesão ou ameaça de lesão que determinada conduta apresenta a um bem jurídico tutelado pelo Estado, conforme disserta Von Liszt (2002, p. 139):

chamamos bens jurídicos os interesses que o Direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou

da coletividade. É a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero.

Tendo em vista o princípio da subsidiariedade do direito penal, ou seja, o direito penal como a última *ratio*, o ideal de intervenção mínima do Estado, sendo o objeto do direito penal apenas condutas extremamente graves e que lesem os bens jurídicos mais importantes do Estado de direito. Neste ínterim, ao legislador cabe selecionar, visando sempre o ordenamento jurídico brasileiro, e, em especial a Constituição Federal de 1988, quais condutas (ações ou omissões) são passíveis de serem penalizadas com a perda de liberdade do indivíduo, ou ainda, quais bens são juridicamente relevantes para que sua lesão ou mesmo ameaça cause ao indivíduo a perda da garantia do direito de ir e vir. Para qualquer outro ilícito menos grave, a aplicação de normas não penais será o suficiente para prevenir e reparar a conduta em questão.

Nas palavras de Francisco de Assis Toledo (1999, p.17):

do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas do direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais. Não se deve, entretanto – e esta é uma nova consequência do já referido caráter limitado do direito penal – supor que essa especial proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesão possíveis. Mesmo em relação aos bens jurídicos penalmente protegidos, restringe o direito penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial.

Desse modo, desde que escolhido o bem jurídico penal a ser tutelado, remetendo essa proteção a uma norma penal, em última análise a um tipo penal descritivo de uma conduta proibida a qual se estabelece uma pena. Partindo desse princípio é possível analisar juridicamente os tipos penais referentes aos crimes penais gerais e, ainda, aos tipos específicos objeto do presente trabalho.

A respeito do conceito de crime disserta Nelson Hungria (1949, p. 187) que crime “é o fato (humano) típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica”.

A maior parte da doutrina pátria é adepta da teoria do crime tripartite, isto é, para que um determinado fato jurídico seja considerado crime ele precisa se enquadrar em três diferentes requisitos: 1. Tipicidade, 2. Antijuridicidade (ilicitude) e 3. Culpabilidade.

O primeiro elemento em questão é a tipicidade. A tipicidade no direito penal está relacionada, em um primeiro momento, ao princípio da legalidade, ou seja, para ser típico, o fato tem que estar descrito anteriormente por uma norma penal incriminadora. Neste sentido, tem-se o entendimento de tipicidade formal, isto é, o fato que se enquadra perfeitamente no tipo penal descrito pela norma. Esse conceito está em contraposição à tipicidade material que diz respeito a uma conduta antijurídica que não se enquadra perfeitamente no tipo penal, mas lesiona ou tende a lesionar bem jurídico relevante. Além disso, é necessária uma conduta (comissiva ou omissiva) relacionada, por um nexo causal a um resultado, isto quer dizer que, para ser crime a conduta do agente tem que estar concatenada com o resultado obtido, ou seja, tem que dar causa ao resultado.

Em segundo lugar, o crime precisa ser ilícito, isto é, ser contrário ao direito. *Lato sensu* considerado, a antijuridicidade do crime não quer dizer necessariamente que é proveniente apenas do descumprimento da norma penal incriminadora, mas do ordenamento jurídico como um todo, de seus princípios e regras gerais. Além disso, o Código Penal prevê em seu artigo 23 hipóteses de exclusão da ilicitude do fato. Veremos:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 Não há crime quando o agente pratica o fato:

- I. Em estado de necessidade;
- II. Em legítima defesa
- III. Em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito³

Por fim, segue-se a culpabilidade, que se trata de censurabilidade normativa do fato previsto. Para ser culpável, há a necessidade de determinados requisitos como: a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. No primeiro caso, o sistema adotado pelo Código Penal brasileiro é o critério biopsíquico, isto

³ BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-lei n. 2.848/1940*. Brasília, DF: Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 13 de jul. 2011.

quer dizer que, em um primeiro momento o critério definidor é a idade do indivíduo (acima de 18 (dezoito) anos passa a ser imputável criminalmente), já em um segundo momento pode ser declarada a inimputabilidade do agente de acordo com as causa mencionada no artigo 26 do Código Penal.

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.⁴

Segue-se à imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, neste sentido exclui-se a culpabilidade do indivíduo que agiu mediante erro, conforme os arts. 20 e 21:

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Erro determinado por terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

⁴ BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-lei n. 2.848/1940*. Brasília, DF: Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 13 de jul. 2011.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.⁵

Além disso, o Código Penal brasileiro prevê duas hipóteses de exclusão da culpabilidade: a obediência hierárquica e a coação irresistível, ambas previstas no art. 22 do Código Penal Brasileiro.

Coação irresistível e obediência hierárquica:

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.⁶

No entanto, após bosquejar a teoria do crime posta no Código Penal, cabe lembrar que sob a ótica do presente trabalho cabe a análise dos elementos do crime no âmbito dos delitos contra a ordem econômica.

Sobre o crime, disserta Nelson Hungria (1949, p.188) que:

o crime é, antes de tudo, um fato, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o resultado (*effectus sceleris*), isto é, a conseqüente lesão ou periclitção de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado.

As condutas previstas geralmente em relação aos crimes contra a ordem econômica são condutas comissivas, muitas vezes, relacionadas com as ações lícitas, principalmente atividades empresariais. Neste sentido, há uma dificuldade inerente em se conseguir separar condutas voltadas para fins ilícitos, mas que apresentam de *per si* uma conduta lícita e adequada. Podemos, neste caso, citar o exemplo de constituição de uma empresa (atividade lícita) apenas de fachada para a lavagem de direito (fim ilícito).

⁵ BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-lei n. 2.848/1940*. Brasília, DF: Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 13 de jul. 2011.

⁶ BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-lei n. 2.848/1940*. Brasília, DF: Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 13 de jul. 2011.

Além do mais, a conduta dos agentes nos crimes contra a ordem econômica são condutas mais complexas, com atos diversos, podendo haver, com o mesmo propósito, atos ilícitos e lícitos. Desse modo, a análise enseja maior aprofundamento do que nos crimes comuns em que, via de regra, não há uma complexidade de ações, sendo estas mais simples e integradas por poucos atos, na maior parte das vezes igualmente ilícitos. Um exemplo característico seria o homicídio, para consumá-lo há a necessidade de o agente atuar em um primeiro momento causando lesões na vítima (conduta também ilícita).

No que diz respeito ao resultado, nos crimes penais econômicos há uma controvérsia acerca da necessidade de efetivação dos resultados para o aperfeiçoamento em caso de crimes de perigo. Nesse sentido dissertam José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade (2000, p.111):

E é fundamentalmente devido ao facto de a criminalidade econômica ser refractária a uma valoração objectiva do desvalor do resultado – este traduz-se muitas vezes unicamente numa violação da confiança no sistema económico, como bem salienta Delmas-Marty – que o legislador sente a necessidade de considerar que o mero pôr em perigo determinados bens jurídicos é um elemento do tipo (crimes de perigo concreto) ou mesmo entender que a produção do perigo nem sequer é elemento do tipo (crimes de perigo abstracto). É evidente que principalmente os crimes de perigo abstracto facilitam enormemente a superação das dificuldades de prova que a criminalidade económica acarreta, o que levou o legislador de muitos países (Alemanha Federal, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Grécia, Japão, Polónia, Suíça) a utilizarem esta forma de tipo legal de crime.

O que se pode observar é que, na realidade, não há necessidade de resultado efetivo para a caracterização do tipo penal econômico, uma vez que, a simples instabilidade da situação, ou seja, a mera ameaça ao bem jurídico tutelado é suficiente para o enquadramento da conduta no tipo. Isso se dá, principalmente, pelos tipos penais de perigo abstrato, em que não é necessário nem ao menos a prova factual do perigo, considerando-se a mera possibilidade. Em outro modo de se enxergar, há quem considere o próprio perigo como resultado, por haver a conseqüente mutabilidade do mundo exterior, já que gera a possibilidade de perecimento do bem jurídico tutelado.

Neste caso, portanto, é possível que o legislador defina tipos de perigo concreto ou abstrato para melhor tutelar a ordem econômica, uma vez que, há a dificuldade, na maior

parte das vezes, de se apurar todo o resultado causado por uma conduta dos agentes intervindo na ordem econômica do país.

A respeito dos crimes de perigo, leciona Fausto Martin de Sanctis (2003, p.59):

Para caracterização da maioria dos tipos previstos na lei, não é exigido um resultado naturalístico, contentando-se o legislador ora com a mera previsão do resultado ou da conduta, sendo esta configuradora daquele. Sob esse ângulo já se observa a necessidade do estabelecimento de um rol de tipos cuja relevância criminal já se denota com a simples prática da conduta, e isso não foi sem razão. Isso ocorre porque o resultado tem se convertido, diante dos bens jurídicos que modernamente se pretende proteger, em conceito cada vez mais normativo e abstrato, obrigando, quer ao legislador, quer ao juiz, na esteira de Cuesta Aguado e Cristina Mendez Rodriguez, a valoração da conduta como idônea o bastante para criar um perigo de lesão ao bem jurídico.

No que diz respeito ao nexo de causalidade nos crimes penais econômicos não há grandes peculiaridades em comparação aos demais crimes do Código Penal. No entanto, no que diz respeito à tipicidade, os crimes econômicos apresentam peculiaridades.

Para assegurar o cumprimento das normas, e tendo em vista a facilidade de ocultação do delito por parte dos agentes e ainda as mais diversas modalidades de condutas capazes de obter o resultado ilícito, os tipos penais do direito penal econômico são tipos penais abertos, geralmente de elementos normativos. Essa forma de legislar tipos penais, vale lembrar, não vai contra o princípio da legalidade das normas incriminadoras do direito penal, tendo em conta a legalidade estrita prevista como princípio do direito penal. Nesse diapasão as normas penais abertas devem apenas atentar para que não incluam em seu rol interpretativo condutas que configurem infrações administrativas ou mesmo sejam provenientes de culpa do agente causador, lembrando sempre que os tipos penais em questão são dolosos. Neste sentido, cabe ao aplicador da lei verificar e delimitar o âmbito de aplicação da norma penal aberta, tendo em conta a vontade do agente, a conduta prescrita na norma e o resultado obtido, para que não haja responsabilidade objetiva para o agente do delito.

De acordo com Nelson Hungria (1949, p.198) a verificação de existência de um fato típico implica numa presunção de ilegalidade (antijuricidade) que necessita, para ser

afastada, da incidência das normas relativas à exclusão da antijuridicidade. Ainda no entendimento deste doutrinador, a exclusão da ilicitude do fato só pode ser determinada por uma lei, sendo vedado, portanto, a existência de causas supra-legais de exclusão da antijuridicidade. Conforme já descrito, o art. 23 do Código Penal estabelece como causas de exclusão da antijuridicidade o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

No que diz respeito aos delitos contra a ordem econômica não há que se estabelecerem peculiaridades quanto à aplicação do artigo 23 do Código Penal.

Já a questão da culpabilidade apresenta controvérsias quanto à exigibilidade de conduta diversa. A respeito da culpabilidade e do elemento da exigibilidade de conduta diversa disserta Francisco de Assis Toledo (1999, p.284) que “a inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal”. Adiciona que “quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito”.

A falta de exigibilidade de conduta diversa é variadas vezes invocada para crimes de sonegação fiscal, por exemplo. Além disso, é importante destacar que muitas vezes o agente do crime econômico atua tanto lícitamente quanto ilícitamente. Naquele caso, a inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, a ausência de possibilidade de agir de outro modo não pode ser estendida ao fato ilícito praticado. Desse modo, é importante a análise acurada do aplicador do direito, no quesito da culpabilidade em relação aos crimes penais econômicos.

5.2.1 CARACTERES SUBJETIVOS

Nesse subitem do presente trabalho, o foco principal será o agente do delito econômico sob o ponto de vista de seus caracteres peculiares. Desse modo, cabe esclarecer que a maior parte dos agentes que cometem delitos contra a ordem econômica possui conhecimentos técnicos em relação ao funcionamento do sistema financeiro e econômico, até mesmo jurídico, sendo em sua generalidade dotados de escolaridade acima da média nacional.

Destarte, os delitos contra a ordem econômica são geralmente cometidos em quadrilha ou por associações criminosas⁷, com repartição de tarefas entre os membros, constando entre seu quadro diversos tipos de profissionais das mais diversas áreas. Muitas vezes também, a atuação do grupo se dá em diversos países, suscitando questões de aplicação da lei no espaço.

Além do mais, as condutas praticadas pelos agentes dos crimes penais econômicos são meticulosamente planejadas, prevendo o resultado concreto e ainda, impedindo a descoberta do delito ou ao menos a dificultando, garantindo a impunidade. Desse modo, a previsão de medidas cautelares para garantir a ordem pública e econômica, e ainda para acautelar o processo penal e a conseqüente aplicação da lei penal e, ainda, a instrução criminal em um primeiro momento se faz necessária. Destarte, a presente pesquisa se dará no sentido de tentar conciliar a prisão preventiva e os crimes econômicos, passando à análise do primeiro no capítulo a seguir.

⁷ As organizações criminosas, não obstante ainda não definidas em lei no direito brasileiro, foram conceituadas pelo art. 2º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004, como o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

5.3 PRISÃO PREVENTIVA

5.3.1 CONCEITUAÇÃO ATUAL

A prisão preventiva pode ser definida como a medida cautelar pela qual o investigado ou acusado é detido provisoriamente, com o intuito de garantir a persecução criminal, a instrução do processo, a ordem pública e a ordem econômica. Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró (2009, p.192): “A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência”.

Vale destacar o caráter instrumental da preventiva, como medida cautelar a fim de assegurar a execução da condenação do acusado, ou mesmo apenas assegurar a possibilidade de um processo penal. Neste sentido, a prisão cautelar tem como objetivo garantir a efetividade do processo penal e do direito penal em si, ao assegurar a eficácia da sentença penal condenatória e o andamento normal do processo.

Acrescenta-se ainda a proteção dada à ordem pública, ou seja, a tentativa de que a medida cautelar evite também o novo cometimento do mesmo tipo de delito, causando distúrbios na vida social normal.

Em primeiro lugar, cabe a análise à Constituição Federal Brasileira. Em seu art. 5º, LXI ela dispõe que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Dessa redação cominada com o art. 311⁸ do CPP pode-se perceber que a legitimidade para a decretação da prisão preventiva é do juiz. Não cabe à autoridade

⁸ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do

policial decretar a preventiva, precisando, neste caso, de representar diante o juízo para que este autorize ou não a prisão. Conforme previsto na Constituição Federal, toda decisão judicial precisa ser motivada, o que não é diferente com a decretação da preventiva.

Além disso, o próprio art. 311 traz à tona a discussão acerca do momento certo para se decretar a preventiva. De acordo com este artigo, a prisão preventiva pode ser decretada tanto na investigação policial, quanto no processo penal.

O instituto da prisão preventiva está disposto nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)). (BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei n. 3.689/1941*. Brasília, DF: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 13 de jul. 2011).

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, ns. I, II ou III do Código Penal.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. ([Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967](#))⁹

Conforme se depreende dos artigos transcritos acima, pode-se perceber que as mudanças realizadas pela nova lei em relação à prisão preventiva foram pequenas e singelas, não acarretando transformação radical do instituto em questão.

A novel redação do art. 311 do CPP alterou questões de legitimidade e oportunidade para decretação da preventiva. Abriu-se a possibilidade de requerimento por parte do assistente de acusação e restringiu a decretação da preventiva de ofício pelo juiz apenas durante o processo penal.

O art. 312 do CPP, por sua vez, não alterou os requisitos necessários para a decretação da preventiva, sendo estes analisados mais aprofundadamente no próximo tópico. No entanto, foi introduzido um parágrafo único prevendo a possibilidade de utilização da preventiva em caso de descumprimento de qualquer outra medida cautelar prevista pela nova lei.

Já o novo dispositivo do art. 313 do CPP realizou diversas reformas pontuais. Em primeiro lugar, eliminou a diferença entre reclusão e detenção, estabelecendo como critério o elemento subjetivo do fato, ou seja, o dolo, sendo passível de sofrer prisão preventiva os agentes que cometeram crimes dolosos. Acrescenta-se ainda a restrição de decretação da preventiva para penas abstratas máximas inferiores ou iguais a quatro anos. Foi mantida a hipótese de decretação da preventiva por reincidência em crime doloso.

⁹ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei n. 3.689/1941*. Brasília, DF: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 13 de jul. 2011).

O art.314, por sua vez, alterou apenas a referência ao artigo do Código Penal que prevê as excludentes de ilicitude.

O art. 315, nas palavras de Nucci (2011, p. 71):

A alteração redacional aperfeiçoou a norma, substituindo o termo *despacho*, usado apenas para manifestações judiciais de mero expediente, por *decisão*, deliberação judicial, que aprecia uma controvérsia. (...) Além disso, incluiu-se o verbo *substituir*, em razão da possibilidade de aplicar a prisão preventiva em lugar de outras medidas cautelares, quando as obrigações fixadas pelo juiz não forem cumpridas devidamente.

Finda a introdução à prisão preventiva passemos à análise dos requisitos e pressupostos desta.

5.4 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS GERAIS DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES PENAIS ECÔNOMICOS

5.4.1 PRESSUPOSTOS

De acordo com o novo art. 311, está legitimado para declarar a prisão preventiva do réu, o juiz, de ofício ou sob requerimento do Ministério Público, querelante, ou assistente, ou mesmo mediante representação da autoridade policial.

Essa redação do art. 311 dada pela Lei 12.403/2011 modificou a redação apenas para incluir o assistente da acusação como possível requerente da prisão preventiva do acusado. Em sua nova redação:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.¹⁰

¹⁰ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei n. 3.689/1941* . Brasília, DF: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 13 de jul. 2011.

Além disso, a nova redação estabelece que a decretação da prisão preventiva pode ter dois momentos distintos : durante a investigação policial ou durante o processo penal¹¹.

Na fase de investigação (anteriormente inquérito policial), entretanto, é menos comum sua adoção, utilizando-se o instituto da prisão temporária de que cuida a Lei nº 7.960/89, criada para possibilitar o andamento das investigações do inquérito, apresentando requisitos mais rígidos em comparação com a prisão preventiva.

No que diz respeito aos pressupostos da prisão preventiva, a antiga redação do art. 312 delineava apenas dois, mantidos pela nova redação, quais sejam a prova de existência do delito e os indícios de autoria. No entanto, acrescentou uma nova hipótese de cabimento da prisão preventiva em seu parágrafo único, adicionando a possibilidade de se converter em prisão preventiva qualquer medida cautelar anteriormente imposta e descumprida.

Analisado o primeiro pressuposto, passamos ao segundo.

5.4.1.1 PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO

Portanto, em primeiro lugar, há que se provar a existência material do crime. No entanto, não se pode exigir a prova exaustiva, sendo adequado e suficiente, tal como acontece quanto à autoria, a prova indiciária, uma vez que, de acordo com a legislação processual, os indícios são prova, de modo que a existência de uma infração penal pode ser considerada provada através deles.

¹¹ A redação anterior, no entanto, previa que os momentos possíveis para a decretação da preventiva seriam durante o inquérito policial e/ou na fase de instrução do processo penal. A nova norma abrange um espaço de tempo maior para a decretação da preventiva, não se limitando ao inquérito, mas abrangendo toda a investigação criminal e ainda não se limitando à fase instrutória do processo, mas em qualquer momento do processo criminal.

Esse entendimento corrobora a possibilidade de decretação de prisão preventiva e, mesmo assim, a sustentação da defesa do réu de ser no sentido de inexistência do fato delituoso. Desse modo, não se pode afirmar peremptoriamente que houve crime desde a preventiva (decisão provisória e cautelar), sem o crivo do contraditório.

No que diz respeito a esse pressuposto nos crimes penais econômicos, pode-se perceber que sua aferição concreta é mais complexa do que nos crimes comuns. Na maior parte das vezes, nestes últimos, a realização da perícia é suficiente para aquilatar a materialidade do fato, no entanto, no caso de crimes contra a ordem econômica há uma dificuldade maior de se aferir os resultados da prática ilícita.

Muitas vezes, portanto, a aferição da existência ou não de crime depende da aferição por parte de autoridade administrativa, em procedimento administrativo que muitas vezes não garante a ampla defesa e o contraditório do investigado.

Desse modo, nos delitos descritos na Lei nº 8.137/90, por exemplo, entende o Supremo Tribunal Federal que são crimes materiais, havendo a necessidade de decisão definitiva da Administração Pública quanto à constituição do crédito tributário e seu devido lançamento na dívida ativa¹².

¹² “HABEAS CORPUS” - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90, ART. 1º) - CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL AINDA EM CURSO QUANDO OFERECIDA A DENÚNCIA - AJUIZAMENTO PREMATURO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL - RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA TÍPICA SOMENTE POSSÍVEL APÓS A DEFINITIVA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INVIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL, ENQUANTO A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO SE REVESTIR DE DEFINITIVIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A "PERSECUTIO CRIMINIS", SE INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL OU AJUIZADA AÇÃO PENAL ANTES DE ENCERRADO, EM CARÁTER DEFINITIVO, O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL - OCORRÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, PORQUE DESTITUÍDA DE TIPICIDADE PENAL A CONDUTA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTÓRIOS -

Portanto, a decretação da prisão preventiva fica dependente da decisão dos procedimentos administrativos, muitas vezes demorados, não cabendo a prisão enquanto estiver o procedimento em andamento, por mais que haja necessidade de prisão do acusado por apresentar um dos requisitos previstos no art. 312.

De mesmo modo ocorre nos crimes previstos pela Lei n. 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), em que a materialidade do fato se comprova em definitivo com o pronunciamento da CVM (comissão de valores mobiliários) ou do BACEN (Banco Central), passando pelo trâmite procedimental administrativo, neste caso, podendo haver intervenção do acusado, obstando, dessa forma, a decretação da preventiva. No caso da Lei n. 9.613/98, há a necessidade da expedição de normas pelo COAF (Conselho de controle de atividades financeiras).

5.4.1.2 INDÍCIOS DE AUTORIA

INVALIDAÇÃO, DESDE A ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO, DO PROCEDIMENTO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DE PERSECUÇÃO PENAL - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, DEFERIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, "hic et nunc", da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. - Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário ("an debeatur") e determinado o respectivo valor ("quantum debeatur"), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal. - A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes. - Se o Ministério Público, no entanto, independentemente da "representação fiscal para fins penais" a que se refere o art. 83 da Lei nº 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária. - A questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. Precedentes. (HC 90957/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.10.2007, p. 87).

Em segundo lugar, é preciso haver indícios suficientes da autoria do fato criminoso.

O artigo 239 do Código de Processo Penal dispõe que:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.¹³

Portanto, do modo como dispõe o artigo acima citado é suficiente para o aperfeiçoamento do pressuposto relativo à autoria do fato delituoso apenas um indício relacionado direta ou indiretamente ao fato criminoso, presumindo que o agente é seu autor. Consoante ensina Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 563):

o indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, com regra, muito antes do julgamento do mérito.

Conforme exposto anteriormente, os crimes contra a ordem econômica apresentam particularidades no tocante à autoria, uma vez que por se tratar de condutas mais complexas há necessidade de conjugar diversos agentes ou mesmo organizações criminosas.

Desse modo, podemos perceber que a determinação do pressuposto de autoria para a decretação da prisão preventiva é de difícil confirmação. Além de se tratar de condutas complexas, enseja a participação de diversos agentes, muitas vezes, fazendo a medida cautelar da prisão preventiva se tornar ineficaz, acrescentando-se também a dificuldade de apuração do dolo e conseqüente determinação do tipo penal e por fim do pressuposto de autoria.

¹³ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei n. 3.689/1941*. Brasília, DF: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 13 de jul. 2011.

Findo o tema, é necessária a análise dos requisitos da prisão preventiva e sua aplicação aos crimes contra a ordem econômica.

5.4.2 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme o já citado art. 312 do Código de Processo Penal, os requisitos da prisão preventiva são: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal. Esses requisitos representam o objetivo, isto é, a finalidade do instituto aqui tratado.

Vale lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro afirma no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;) o princípio da presunção de inocência, sendo, portanto, a medida cautelar de prisão excepcional, devendo demonstrar claramente o cumprimento de seus requisitos e pressupostos.

5.4.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A expressão ordem pública não apresenta um significado específico presente na legislação penal brasileira. Cabe, portanto, aos operadores do direito estabelecer seu conceito e determinar, enfim, o âmbito de aplicação da respectiva norma e do instituto da prisão preventiva.

Em geral, o sentido da expressão “ordem pública” abarcaria a idéia de cometimento do mesmo delito ou de outro delito por parte do acusado. O projeto de lei n. 4.208/2001, a fim de exprimir de modo menos vago o significado da expressão “ordem pública” propôs uma nova redação ao artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.¹⁴

Consoante o doutrinador Tourinho Filho (2006, p.512) o conceito previsto no art. 312 do CPP a respeito da prisão preventiva com o fito de garantir a ordem pública apresenta inconvenientes acerca da vagueza do termo “ordem pública”. Para o doutrinador, tal conceito acaba por não dizer nada e como consequência interfere no caráter cautelar da medida provisória de prisão. A garantia da ordem pública não se demonstra uma medida cautelar, no sentido de não garantir a persecução criminal nem mesmo o inquérito policial. Desse modo, a previsão de garantia à ordem pública acaba sendo, segundo o autor, uma ofensa à Constituição.

Neste sentido, conforme entendimento de Gustavo Henrique Badaró (2009, p. 193):

A expressão “ordem pública” é vaga, de conteúdo indeterminado. A ausência de um referencial semântico seguro para a “garantia da ordem pública” coloca em risco a liberdade individual. A jurisprudência tem se valido das mais diversas situações reconduzíveis à garantia da ordem pública: “comoção social”, “periculosidade do réu”, “insensibilidade moral do acusado”, “credibilidade da justiça”, “clamor público”, “repercussão na mídia”, preservação da integridade física do indiciado”... Tudo cabe na prisão para a garantia da ordem pública.

No entanto, é possível estabelecer critérios interpretativos capazes de garantir que a previsão acerca da garantia da ordem pública se mostre uma medida cautelar de prisão e não um conceito sujeito ao abuso do intérprete.

¹⁴ BRASIL. *Projeto de lei 4.208/2001* (2001). Brasília, DF: Câmara, 2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em 14 de jul 2011.

Em um sentido geral, pode-se dizer que a ordem pública se confunde com a sociedade. Portanto, feriria a ordem pública todo e qualquer evento ou fato que fere a sociedade e seus ideais. A violação à lei se mostra como um dos principais fatores de desequilíbrio na esfera social. Desse modo, o cometimento de um fato criminoso seria sim um atentado à ordem pública.

Entretanto, o mero indiciamento pelo crime, ou ainda mais grave, a formulação de denúncia constando o indivíduo como acusado do processo criminal não são fatores capazes de legitimar a prisão para a garantia da ordem pública.

Há quem afirme, no entanto, que não é o crime em questão que legitima a prisão para a garantia da ordem pública, mas a probabilidade de cometimento de novo crime por parte do acusado. Necessário, portanto, seria um exercício de “futuurologia” para a determinação das prováveis condutas do réu. Nesse sentido, pode-se perceber claramente que a medida de prisão para a garantia da ordem pública acaba sendo vaga demais e não representando o caráter instrumental da medida cautelar da prisão preventiva, mas, na verdade, representa uma antecipação da pena. Melhor seria que houvesse critérios objetivos para a determinação da prisão preventiva do réu em caso de garantia da ordem pública, principalmente no sentido de cometimento de novo crime. Para Gustavo Henrique Badaró (2009, p. 194):

Quando se prende para “garantir a ordem pública” não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal.

Porém, o entendimento jurisprudencial brasileiro opta pela interpretação do termo “garantia da ordem pública” como a possibilidade de repetição do crime por parte do acusado. Neste sentido se coloca Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p.220).

Para os crimes do direito penal econômico a controvérsia se dá principalmente em relação à prisão preventiva para garantia da ordem pública por clamor público. O conceito de clamor público como motivo ensejador da prisão preventiva do acusado se dá no sentido de uma exigência da sociedade para a prisão do acusado mesmo sem ter terminado o processo, revelado tal clamor, geralmente, pela pesquisa de opinião pública.

Por não se demonstrar como motivo adequado para garantir a cautelaridade e instrumentalidade da prisão preventiva, a prisão por clamor público é afastada do Supremo Tribunal Federal.¹⁵

Além disso, deve-se acrescentar que a gravidade do crime em si não enseja necessidade de aplicação da medida cautelar de prisão, nem mesmo o sentimento de impunidade pela demora na apuração criminal ou no fim do processo penal.

No mesmo sentido se dá a idéia de aplicação da prisão preventiva para o prestígio do Poder Judiciário, não podendo esse conceito coincidir com a prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

¹⁵ EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INIDONEIDADE DO DECRETO PRISIONAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RESGUARDO DA EVENTUAL APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE REPARÁVEL PELA VIA PROCESSUALMENTE CONTIDA DO HABEAS CORPUS. 1. A convivência das figuras da prisão cautelar e da presunção da não-culpabilidade pressupõe que o decreto de prisão esteja embasado em fatos que denotem a necessidade do cerceio à liberdade de locomoção. 2. Às instâncias colegiadas não é facultada a complementação do decreto de prisão, eventualmente impugnado. No caso, o fundamento da conveniência da instrução criminal foi acrescentado, pelo Tribunal de Justiça, ao decreto de prisão preventiva. Ilegalidade caracterizada. 3. A simples afirmação de que os pacientes carecem de domicílio certo e conhecido não tem a força de lastrear a segregação provisória para assegurar eventual aplicação da lei penal. 4. É ilegal a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, baseada tão-somente na gravidade do fato, na hediondez do delito ou no clamor público. Precedentes. 5. A alteração da base empírica, existente no momento da decretação da prisão, implica a mudança dos fundamentos da custódia. 6. Ordem concedida, mediante o compromisso de comparecimento dos pacientes aos atos processuais. (HC 91616/RS, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, DJ 07.12.2007, p. 59).

Destarte, haverá aplicação da medida cautelar nos casos de crimes contra a ordem econômica quando houver fundados receios de que o agente continue praticando o crime ou mesmo usufruindo do resultado obtido pelo fato criminoso. Isto quer dizer que a decretação da medida se dará quando o agente fizer do crime seu meio de vida. É o caso, geralmente, das organizações criminosas que se dedicam à criminalidade econômica. Descoberta uma de suas atividades ilícitas pela polícia, os agentes continuam a exercitar as outras, fundando novas empresas ou agindo através de “laranjas”.

Desse modo, pode-se evidenciar que o caráter da medida de prisão preventiva será cautelar nos casos de prisão preventiva de acusado de crimes contra a ordem econômica quando houver indícios suficientes para determinar que o agente continue praticando o delito ou mesmo outros delitos para usufruir do resultado de seu crime.

5.4.2.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Do mesmo modo da expressão ordem pública, a expressão ordem econômica é vaga e não apresenta um sentido único, cabendo ao aplicador do direito determiná-lo caso a caso.

A Constituição Federal, em seu título sobre a ordem econômica e social apresenta diversos princípios orientadores da matéria econômica em seu art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.¹⁶

Neste caso, portanto, a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica se dará quando esses princípios não forem devidamente cumpridos, principalmente, ainda, se a conduta for prescrita como crime.

Em sentido contrário disserta Tourinho Filho (2006, p. 514):

como a prisão decretada como garantia da ordem econômica não apresenta caráter cautelar, é medida esdrúxula. Sua esdrúxula repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir 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, antes da reforma da Parte Geral do nosso Código Penal. Que se estabeleçam sanções contra a empresa.

Para Tourinho Filho (2006, p. 516) ainda a própria prisão preventiva para a garantia da ordem econômica além de não ter caráter cautelar não tem utilidade nenhuma. Sobre o art. 30 da Lei nº 7.492/86 disserta que:

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, teoricamente, 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.

No entanto, ao contrário do entendimento de Tourinho, o STF tem decidido no sentido de acolher a prisão preventiva por garantia da ordem econômica como medida cautelar.¹⁷

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em : 18 de jul. 2011

5.4.2.3 GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL

A aplicação da medida acautelatória para fins de garantia da aplicação da lei penal se dá em razão do perigo de fuga do agente, uma vez que este fuja não haverá, caso acha sentença condenatória como executar a pena prevista.

Há necessidade, no entanto, de efetiva e concreta demonstração de que a fuga é quase certa, que ele possui todos os meios para fazê-lo e irá fazê-lo. Por exemplo, a aquisição de passaporte após a denúncia do acusado e sua citação, ou mesmo em âmbito de inquérito policial com seu indiciamento é um sinal de que o acusado vai tentar sair do país para não cumprir com a futura condenação.

Nos crimes contra a ordem econômica como em todos os outros há a possibilidade de fuga do agente, sendo razoável a aplicação da medida cautelar. No entanto, os agentes de crimes desse tipo, geralmente, têm domicílio certo e desde que entreguem seus passaportes o risco de fuga é mínimo.

Isso não ocorre, porém, se o acusado for estrangeiro. A intenção da vinda para dentro do país é o cometimento do crime, desde que este seja realizado eles voltam para o país de origem ou mesmo para outro qualquer a fim de não cumprirem a pena por seus crimes. Portanto, nesses casos há cabimento da prisão preventiva.

¹⁷ Habeas Corpus. 2. Quadrilha. Adulteração de combustível. 3. Alegação de ausência de fundamentação do decreto da prisão preventiva. 4. Ordem devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e econômica, vez que diante da continuidade das práticas do paciente, que faz parte de quadrilha organizada de adulteração de combustíveis, ocasionaria danos ao mercado, aos consumidores e ao meio ambiente 5. Precedentes. 6. Ordem denegada (HC 86645/SP, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 28.04.2006, p. 46).

5.4.2.4 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL

Pelo requisito da conveniência da instrução penal espera-se garantir que os elementos de prova não sejam destruídos ou modificados, ou mesmo inviabilizados por condutas do acusado pelo cometimento do delito.

Isso não significa, no entanto, que o acusado é obrigado a, em uma atitude ativa, conservar provas para a acusação ou ter o dever de apresentá-las. A Constituição Federal assegura ao acusado por fato criminoso o direito à ampla defesa, valendo a máxima de que ninguém é obrigado a fazer provas contra si mesmo.

Mas, a ampla defesa não permite ao investigado ou acusado ameaçar testemunhas, a vítima, o co-réu, o órgão acusador, o juiz. Também não autoriza provocar incidentes processuais infundados, agindo com má-fé processual, buscando, ativamente, evitar que a polícia ou o Ministério Público acesse as provas do fato.

É suficiente para a decretação da medida acautelatória probabilidade baseada em critérios objetivos para se determinar a possibilidade de o acusado cometer condutas a fim de prejudicar a instrução criminal. Não é necessário, obviamente, que ocorra um fato neste sentido, uma vez que a função da prisão preventiva é justamente garantir que isto não ocorra.

No âmbito dos delitos de direito penal econômico a prova, em sua maior parte, é pericial e documental. Desse modo, uma vez recolhidos pela polícia encarregada da investigação não haverá como o acusado se desfazer de tais papéis.

No entanto, em sede de prova testemunhal há a possibilidade de suborno ou mesmo ameaça a testemunhas de tal modo que a prisão preventiva se faz necessária para assegurar a efetividade do processo penal e do inquérito policial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, pode-se perceber que a teoria do crime geral prescrita no Código Penal deve apresentar especificidades para melhor se adequar aos crimes contra a ordem econômica.

Deve-se lembrar que no que diz respeito à tipicidade e à conduta, os crimes contra a ordem econômica são, em sua maioria, dolosos, levando-se em consideração a atuação do agente por meio de atos lícitos e ilícitos.

Além do mais, o legislador se vale para reger tal matéria o tipo penal aberto e o tipo penal de perigo, no que diz respeito ao resultado.

No que diz respeito ao direito penal econômico há peculiaridades na aplicação do instituto da prisão preventiva. O pressuposto da materialidade do fato precisa, em muitos casos, da confirmação da existência do crime por meio de autoridades administrativas. Quanto aos indícios de autoria apresenta uma complexidade em relação ao número de agentes e à existência, diversas vezes, de organizações criminosas.

No que diz respeito aos requisitos da preventiva, tanto o requisito da garantia da ordem pública quanto da ordem econômica apresentam controvérsias, sendo considerados cautelares quando o agente puder reiterar a prática. Os outros dois requisitos, aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal apresentam incidência no caso de risco de fuga do acusado e de suborno de testemunhas.

Pelo exposto pode-se concluir que a legislação brasileira apresenta requisitos flexíveis demais, vagos demais para a decretação da preventiva, tendo em vista a garantia da ordem econômica e pública. Portanto, Há necessidade de reformas pontuais na

legislação a fim de estabelecer critérios objetivos para a aplicação de ambos os requisitos ao caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. 2. ed. t. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. In Temas de direito penal econômico**. Organizador Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DE SANCTIS, Fausto. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millennium, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1949.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. traduzido por José Higino Duarte Pereira, Campinas: Russell Editores, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PODVAL, Roberto. Organizador. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO CAMPOS, Ricardo. **A prisão provisória no direito comparado**. Boletim dos Procuradores da República. Campinas: Millennium Editora, n. 74, mai.2007. ISSN 1519-3802.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millenium, 2003.

SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva, 1981.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2ª ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1917.

TIGRE MAIA, Rodolfo. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TOSTES MALTA. **Da prisão preventiva**. São Paulo: Saraiva, 1935.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e o professor-orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e ideias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Ribeirão Preto, 21 de setembro de 2011.

Viviane Satiko Ito