

## A prisão preventiva nos crimes econômicos

### Preventive imprisonment in economic crimes

*Jeffrey Chiquini(1); Luiz Eduardo Gunther(2); Augustus Bonner Cochran III(3)*

1 Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Pós-graduado em Direito com ênfase em Direito Penal e Processual Penal pela ABDConst. Advogado criminalista.

E-mail: jeffreychiquiniadv@gmail.com

2 Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR. Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Graduado em Direito e em História pela UFPR. Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

E-mail: luiz.gunther@uol.com.br | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0458-1362>

3 Adeline A. Loridans Professor of Political Science at Agnes Scott College in Atlanta, Georgia, USA. He is author of *Sexual Harassment and the Law: The Mechelle Vinson Case* (University Press of Kansas, 2004) and *Democracy Heading South: National Politics in the Shadow of Dixie* (University Press of Kansas, 2001). He received his BA from Davidson College, MA from Indiana University, PhD from the University of North Carolina, all in political science, and holds a JD in law from Georgia State University.

E-mail: [gcochran@agnesscott.edu](mailto:gcochran@agnesscott.edu) | ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3302-4992>

**Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 17, n. 2, e4461, maio-agosto, 2021 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: fevereiro 8, 2021; Accepted/Aceito: abril 5, 2023;

Publicado/Published: maio 29, 2023]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2021.v17i2.4461>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

## Resumo

**Objetivos:** Tendo no ordenamento jurídico as hipóteses que autorizam a prisão preventiva e a sua necessidade concreta, o presente artigo tem como objetivo geral, analisar a prisão preventiva nos crimes econômicos à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência brasileira, enquanto prisão cautelar de natureza processual, para garantir a ordem econômica. **Metodologia:** Para a pesquisa utilizou-se o método analítico-descritivo na abordagem dos temas relacionados ao objeto do estudo, bem como a pesquisa em doutrinas, artigos científicos e em decisões judiciais. **Resultados:** A prisão preventiva como garantidora da Ordem Econômica, segundo a nova redação do Código de Processo Penal, é um instrumento importante e necessário a serviço da consecução da eficácia do processo penal nos casos de crimes econômicos. Esses crimes não são violentos, mas seus efeitos sociais são nefastos e atingem uma grande gama de pessoas, porque o bem jurídico que se protege é metaindividual. Além disso, o crime econômico configura uma ruptura da Ordem Constitucional e atinge diretamente o desenvolvimento econômico do país, devendo ser combatido pronta e eficientemente. Para isso, se o imputado oferecer risco à investigação ou ao processo, e em não havendo outras medidas cautelares restritivas de liberdade capazes de refrear a lesividade de sua conduta, deve ser decretada sua prisão preventiva. **Contribuições:** A necessidade concreta da prisão preventiva, enquanto prisão cautelar de natureza processual, para garantir a ordem econômica, deve ser obtida por meio da imputação de condutas a ela ofensivas, porque a ordem econômica deve ser considerada uma fração da ordem jurídica. Logo, atos praticados contra a ordem econômica são atos praticados contra a ordem jurídica, nos exatos termos das categorias contidas e descritas pelas leis que as compõem e, portanto, tais leis devem ser rigorosamente aplicadas, especialmente quando os fatos estão sendo tratados no campo jurídico-penal, no qual não se admite interpretações extensivas, por força da regra fundamental do Estado de Direito de que as leis penais só admitem interpretação taxativa e restritiva.

**Palavras-chave:** Direito Penal Econômico; Ordem econômica; Prisão preventiva.

## Abstract

**Objective:** Having in the legal system the hypotheses that authorize pre-trial detention and its concrete need, this article has the general objective of analyzing pre-trial detention in economic crimes in the light of law, doctrine and Brazilian jurisprudence, as a precautionary detention of a procedural nature, to ensure the economic order. **Methodology:** For the research, the analytical-descriptive method was used to approach themes related to the object of study, as well as research into doctrines, scientific articles and judicial decisions. **Results:** Pretrial detention as a guarantor of the Economic Order, according to the new wording of the Code of Criminal Procedure, is an important and necessary instrument in the service of achieving the effectiveness of criminal proceedings in cases of economic crimes. These crimes are not violent, but their social effects are harmful and affect a wide range of people, because the legal good that is protected is meta-individual. In addition, economic crime constitutes a breach of the Constitutional Order and directly affects the country's economic development and must be fought promptly and efficiently. For this, if the accused poses a risk to the investigation or the process, and if there are no other precautionary measures restricting freedom capable of curbing the harmfulness of his conduct, his preventive detention must be decreed. **Contributions:** The concrete need for preventive detention, as a precautionary detention of a procedural nature, to guarantee the economic order, must be obtained by imputing conducts that are offensive to it, because the economic order must be considered a fraction of the legal order. Therefore, acts committed against the economic order are acts

committed against the legal order, in the exact terms of the categories contained and described by the laws that compose them and, therefore, such laws must be strictly applied, especially when the facts are being treated in the legal field. -criminal, in which extensive interpretations are not allowed, by virtue of the fundamental rule of the rule of law that criminal laws only admit exhaustive and restrictive interpretation.

**Keywords:** Economic Criminal Law; Economic order; Preventive detention.

## 1 Introdução

Desde que se iniciaram, pelo homem, trocas de caráter comercial, muitas transformações foram observadas, seja no objetivo da atividade, no objeto negociado, na intervenção estatal e outras. Hoje, o exercício da atividade econômica tem por propósito central a consecução do lucro; a Constituição Federal garante que essa prática seja livre, como um dos direitos inerentes à própria personalidade humana.

Essa liberdade, entretanto, encontra alguns limites, que dizem respeito aos direitos trabalhistas, direito tributário, normas ambientais, tratados internacionais e, sobretudo, liberdades individuais e direitos fundamentais da pessoa enquanto indivíduo, enquanto coletividade e enquanto sociedade. Partir dessa análise, neste estudo que se inicia, é primordial para que se estabeleça, mais à frente, o que contempla a tão comentada 'função social da empresa' e o papel desta na manutenção da Ordem Econômica, bem como, quais os bens jurídicos que são mais caros para o Direito Penal Econômico, e que podem justificar a aplicação de medidas extremas, como é o caso da prisão preventiva.

Sabe-se que o art. 312 do Código de Processo Penal, traz o rol das hipóteses de cabimento da prisão preventiva. A incorporação da garantia da Ordem Econômica nesse rol, através da Lei 8.884/1994, suscitou alguns pontos de discussão nos meios acadêmicos e jurídicos, em razão das polêmicas próprias que cercam a legislação casuística e emergencial que marcou a última década do século XX, especialmente no campo dos chamados 'crimes econômicos', área de notado avanço da intervenção penal no período<sup>1</sup>.

A ampliação das possibilidades de emprego dessa medida, que deve ser excepcional, é um dos problemas levantados, pois há o risco de se descaracterizar a prisão preventiva como uma ressalva, tornando-a medida comezinha. Outra questão que se evidencia é que com a decretação da prisão preventiva para garantia da Ordem Econômica, ao se utilizar de elemento contido nos próprios tipos penais para justificá-la, tem-se a impressão, em um exame apressado, de que é inevitável a antecipação da discussão de mérito e um consequente pré-julgamento.

Ainda, há que se considerar a dificuldade em se delimitar com precisão o significado da expressão 'garantia da Ordem Econômica', o que incorre na proliferação de decretos de prisão cautelar fundados, em termos vagos e preceitos genéricos. Assim, o tema demanda uma cuidadosa e profunda análise, diante da vinculação indeclinável com o mérito do processo e da ausência e dificuldade de uma conceituação definitiva<sup>2</sup>.

Ocorre que, nas últimas décadas, seguindo uma tendência global, o Brasil

1 SICA, L. Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. *In: Sica Advocacia. Textos*. São Paulo, Disponível em <http://www.stqadvogados.com.br/download/Prisao-preventiva-para-garantia-da-ordem-economica.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

2 Ibid.

passou a contemplar em sua legislação novos tipos penais, objetivando a proteção de bens jurídicos de natureza supraindividual, ou seja, aqueles que superam questões do indivíduo ou de uma coletividade determinada, os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão. Como consequência desse movimento, os crimes econômicos passaram a figurar como categoria delitiva autônoma, que pode ser separada em duas subcategorias: crimes econômicos em sentido amplo ou *lato sensu* e crimes econômicos em sentido estrito ou *stricto sensu*<sup>3</sup>.

São delitos econômicos *lato sensu* todos aqueles que atentam contra bens jurídicos de natureza supra-individual não ligados à manutenção e desenvolvimento do modo de produção econômica adotado pelo país que o tipifica, como os crimes praticados contra a Administração Pública em geral, os crimes ambientais, os crimes contra a organização do trabalho, dentre outros, que afetam indiretamente o modo de produção capitalista.

Os delitos econômicos *stricto sensu*, por sua vez, são aqueles que violam diretamente bens jurídicos supra-individuais ligados ao equilíbrio mercadológico e à manutenção e desenvolvimento do modo de produção econômica adotado no país que o tipifica, no caso do Brasil, o modo de produção capitalista. Assim, os crimes contra o sistema financeiro, contra a economia popular (Lei n. 1.521/1951), de ocultação de bens, direitos e valores, de concorrência desleal (art. 195, da Lei n. 9.279/1996), dentre outros ligados diretamente à manutenção do capitalismo, podem ser classificados como delitos econômicos *stricto sensu*.

Nesse cenário, o que se busca compreender, à luz da legislação brasileira vigente, é como deve se dar a aplicação da prisão preventiva – a mais gravosa das medidas cautelares restritivas de liberdade – diante de crimes que normalmente são realizados sem o emprego de violência ou grave ameaça imediata à pessoa, e, ainda, se e como deve se dar preferência à aplicação de medida cautelar diversa da prisão, conforme previsto no art. 319 do Código de Processo Penal, quando necessária e suficiente para a proteção da investigação ou do processo.

## 2 Atividade econômica na ordem constitucional

Sob uma breve perspectiva histórica da evolução da atividade econômica, destacam-se três momentos fundamentais: o feudalismo, o mercantilismo e a industrialização. Partindo-se de uma economia baseada na agricultura de subsistência, passando pelo crescimento das atividades comerciais, o surgimento da moeda, até o advento da industrialização, do capitalismo e das relações assalariadas de produção, a

3 CAVADAS, Divo Augusto. Da distinção ontológica entre crimes econômicos em sentido amplo e estrito. *Revista Jus Navigandi*. ISSN 15-184862, Teresina, ano 23, n. 5624, 24 nov. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69741> Acesso em: 18 out. 2020.

busca pelo lucro acentuou-se e tornou-se a essência da atividade econômica global.

No direito brasileiro, hoje, impera a livre iniciativa, com guarida constitucional no art. 170, da Constituição Federal, em seu 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”<sup>4</sup>.

Porém, o avanço de pautas progressistas e de um direito mais garantista, sobretudo no tocante a direitos coletivos e difusos, estabeleceu um paradigma que deve ser respeitado por qualquer pessoa que pretenda exercer atividade econômica: a função social. Vejamos:

A atividade empresarial é um modo de exercício de propriedade privada, talvez um dos mais importantes, pois atinge uma coletividade. As empresas empregam trabalhadores (que sustentam famílias), geram serviços e produzem bens (que movimentam a economia privada e pública), agem sobre o meio ambiente (muitas vezes, o prejudicando). É um universo que compreende o mundo empresarial, mundo este que precisa cumprir com sua função social. A função social da empresa é necessária para sua própria preservação, pois esta se tornou independente da pessoa do empresário e constituiu-se em uma organização autônoma, com implicações na esfera econômica e social. (FACCHINI NETO; ANDRADE, 2016, p. 26).

A empresa não deve, portanto, visar somente o lucro, mas deve também preocupar-se com os reflexos que suas atividades impõem à sociedade – pessoas, relações de trabalho, meio ambiente. A ideia de responsabilidade social da empresa está ligada umbilicalmente ao conceito de função social da propriedade e da livre iniciativa, afinal, todos esses fatores encontram-se sob a égide de um Estado de bem-estar social.

Uma maneira de uma organização agir de acordo com essa diretriz é a adoção de ações afirmativas, que podem concretizar-se de diversas maneiras: pela contratação de pessoas pertencentes a classes historicamente negligenciadas da sociedade, como mulheres, negros, homossexuais, pessoas trans ou com deficiências; pela concessão de cotas, bolsas, empréstimos ou fundos de estímulo aos colaboradores, sobretudo aos pertencentes a grupos normalmente excluídos; pela contratação de uma cadeia de fornecedores que inclua mulheres, pessoas negras, pequenos produtores; pelo patrocínio de iniciativas voltadas à defesa dos direitos dessas pessoas.

Esses tipos de ações em favor de indivíduos potencialmente discriminados atuam como elementos preventivos, mas também como forma de reparação dos efeitos da segregação de algumas camadas da sociedade, combatendo desigualdades de um modo

4 BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

eficiente e que torna a composição das instituições organizacionais mais diversa.

A compreensão do que seja função social da empresa decorre da articulação entre os diversos princípios da Ordem Econômica Constitucional, contendo deveres negativos e positivos que orientam a atividade empresarial contemplando, além dos interesses dos sócios, os interesses dos diversos sujeitos envolvidos e afetados pela atividade empresarial, como é o caso dos trabalhadores, dos consumidores, dos concorrentes, do poder público e da comunidade como um todo.

Dessa maneira, a função social da empresa contém uma essencial função sistematizadora do ordenamento jurídico, porque acaba por compatibilizar os diversos interesses envolvidos na atividade econômica com a observância aos direitos da personalidade, direitos coletivos, direitos difusos, direitos sociais e públicos.

E é nesse sentido que se deve interpretar o disposto no art. 170 da Constituição Federal quando dispõe:

**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;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

Não existe oposição entre a liberdade de iniciativa e as responsabilidades dela decorrentes, pois são partes de um sistema que não pretende exterminar liberdades e nem tornar a empresa mero instrumento para alcançar fins sociais, mas sim adequar suas atividades à Ordem Constitucional, e, aqui, mais especificamente, à Ordem Econômica.

Feitas essas considerações iniciais, será possível, mais adiante, compreender a relevância do bem jurídico protegido pela legislação referente aos crimes econômicos e como isso influencia a concepção da urgência da prisão preventiva nesses contextos.

## 2.1 Ética empresarial e *compliance*

Ética vem de *ethos*, palavra grega que se refere aos costumes e hábitos fundamentais de uma determinada coletividade. Então, ética empresarial é o conjunto de valores que guia a atuação de uma empresa, seus interesses e sua forma de realizar negócios.

Para estar de acordo com a ética empresarial, a organização deve observar estritamente as práticas do mercado no qual se insere, adequando suas atividades aos direitos e garantias fundamentais de clientes, funcionários e concorrentes, cumprindo o que mandam as legislações de preservação do patrimônio histórico, ambiental, respeitando suas obrigações tributárias e responsabilidade social.

O termo '*compliance*' decorre do verbo inglês '*to comply*' e significa adequar ações e atividades a um ordenamento, um conjunto de regras. Muito embora esse assunto tenha ganhado destaque após a publicação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), a compreensão e aplicação do conceito de '*compliance*' não se limita a casos de corrupção, mas também envolve estar de acordo com o que mandam as obrigações trabalhistas, fiscais, ambientais, comerciais, de concorrência, enfim, trata-se de contemplar a ética empresarial de uma maneira global na gestão da empresa.

Dentro de uma organização é crucial que haja meios de se evitar, detectar e remediar a ocorrência de irregularidades. Para isso, uma rede horizontalizada de controles internos é indispensável; uma 'equipe de *compliance*' competente deve garantir o comprometimento de todos, desde a alta direção até os funcionários dos setores mais primários, com as posturas éticas adotadas pela empresa.

É necessário que se determine um código de condutas e procedimentos, que sejam realizados treinamentos com toda a equipe, que se estabeleçam de estratégias de fiscalização, criação de canais de denúncias e um monitoramento ininterrupto, com a aplicação de medidas disciplinares a qualquer um que fira a ordem estabelecida.

Apesar de o *compliance* ter por objetivo uma atuação preventiva, que visa identificar potenciais brechas de segurança e comportamentos suspeitos que podem incorrer em descumprimento de normas éticas ou legais, é importante que quando uma irregularidade seja detectada, esta seja devidamente investigada e seus autores punidos. Isso reflete diretamente na boa reputação e credibilidade da organização, reafirmando o compromisso dos gestores com a ética empresarial.

### 2.1.1 As relações de trabalho no contexto da Ética Empresarial

Uma empresa é uma unidade funcional e de produção cujo elemento mais importante é o capital humano; uma organização comprometida com a ética deve respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo quando se considera que a força de trabalho é fundamental para a realização dos fins da empresa e que os



indivíduos são o motor para o desenvolvimento social em qualquer meio.

Nesse contexto, um dos aspectos mais importantes a se observar são as relações que a empresa estabelece com seus empregados. A dignidade da pessoa humana deve estabelecer o norte, de toda essa relação, consubstanciada na valorização do trabalho, na equidade entre os pares, na não-discriminação, na busca incessante pela melhora das condições de vida do trabalhador.

O *compliance*, como instrumento de garantia do cumprimento das leis e do comportamento ético é um importante aliado para assegurar que empresa e empregados estejam em consonância. Um *compliance* aplicado especificamente ao âmbito trabalhista deve contemplar a obediência aos critérios legais de contratação e demissão de empregados, às relações interpessoais entre funcionários, normas de saúde e segurança do trabalho, repressão a condutas discriminatórias, assédio moral, comportamentos antissindicais.

Tudo isso atua em favor de uma gestão que proporciona um ambiente de trabalho saudável, sem a supressão de qualquer direito trabalhista, ao mesmo tempo em que gera prosperidade para a empresa.

Portanto, quando se pretende o acolhimento da ética como um dos pilares da atividade empresarial, deve-se ter em mente que a busca pelo lucro não é o objetivo central, mas sim uma consequência do compromisso da gestão com seus princípios balizadores. Isso implica em que o capital investido retorne ao investidor, que os trabalhadores sejam remunerados de acordo e seus direitos sejam sempre garantidos, que os impostos sejam recolhidos, e que a sociedade seja protegida, a partir do atendimento de todo o alicerce jurídico e ético estabelecido, sob o enfoque da responsabilidade social da empresa.

### **3 Crime econômico e prisão preventiva**

Tratar de crime econômico e a prisão preventiva, compreende estabelecer questões de Direito Econômico e de Direito Penal Econômico, bem como a definição de crime econômico e de prisão cautelar para o entendimento e reflexão acerca da prisão preventiva.

#### **3.1 Direito econômico e direito penal econômico**

De acordo com Heleno Cláudio Fragoso, o Direito Econômico é o “direito da economia dirigida”, e, citando Fábio Konder Comparato, ensina que: “[...] o novo Direito Econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. O Direito Econômico constitui uma disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico”. (FRAGOSO, 1982, p. 122-129).

Esse ramo do direito pretende regulamentar a atividade econômica no país, em prol da manutenção do seu desenvolvimento. Seu objeto maior é resguardar a Ordem Econômica, que goza de proteção constitucional, contemplada na Constituição Federal, a partir do já mencionado art. 170.

O conceito de Ordem Econômica abarca, por seu turno, todo o conjunto de normas positivadas ou não, que regem as interações entre os agentes econômicos. Em termos legais, compreende tanto a regulação jurídica da intervenção estatal na economia, como também a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, estando resguardadas, por conseguinte, as ordens tributárias, financeira, monetária, as relações de consumo, entre outras<sup>5</sup>.

No Direito sempre haverá, devido a um natural desenvolvimento da técnica e ao aumento da complexidade das relações sociais, novos espaços que exigirão a intervenção estatal, novos âmbitos de regulação, com conflitos próprios que os distinguirão das demais.

Nesse compasso, o Direito Penal Econômico surgiu como um ramo do Direito Penal que tem por objeto o estudo, a regulação e a aplicação de normas jurídico-penais, com penas próprias, a condutas que ofendam ou coloquem em perigo a Ordem Econômica, sendo os bens jurídicos resguardados dotados de uma carga econômico-empresarial com caráter supraindividual.

Esse ramo do direito não representa, ao contrário do que já se suspeitou, ofensa à liberdade do exercício das atividades econômicas, resguardada no parágrafo único do art. 170, da Constituição Federal: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei<sup>6</sup>”. Justamente, ao evitar abusos, possibilita que a economia de mercado se desenvolva de maneira soberana, resguardando, a partir de diversas leis esparsas, as relações de consumo, o Sistema Financeiro Nacional, o sigilo das operações de Instituições Financeiras, as finanças públicas, a Ordem Tributária, o sistema previdenciário, enfim, a chamada Ordem Econômica.

Essa proteção se faz imprescindível, visto que os danos decorrentes dessa criminalidade afetam diretamente o livre exercício de atividade econômica. Na lição de André Luiz Callegari (2003, p. 25):

[...] os efeitos característicos da criminalidade econômica são o da ressaca ou espiral, cuja descrição é a seguinte: num mercado de forte concorrência, a deslealdade se produz quando se esgotam as possibilidades legais de luta. Nesta situação, quem primeiro delinque acaba pressionando o resto à comissão de novos fatos

5 PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39-40.

6 BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

delitivos (efeito de ressaca), e cada participante se converte assim no centro de uma nova ressaca (efeito de espiral). Este efeito de especial contágio se encontra facilitado porque o autor potencial é consciente do número enorme de delitos econômicos, da importância da cifra negra e da benignidade das penas previstas nas leis, suscitando uma imagem amável e positiva do criminoso.

Nesse sentido, trata-se a seguir sobre os denominados crimes econômicos.

### 3.2 Crimes econômicos

Para se chegar a uma definição do que seja crime econômico, faz-se imperiosa a delimitação de um critério material que gire em torno do conceito de bem jurídico-penal econômico, entendido como o interesse social protegido pela norma. Nesse sentido, “A conduta constitutiva do delito econômico está fundamentalmente condicionada pela estrutura socioeconômica concreta de um dado momento histórico”<sup>7</sup>. Então, para selecionar quais condutas serão juridicamente reprováveis, o Direito Penal Econômico deve observar as condições reais da nossa estrutura social e das nossas relações econômicas.

A conceituação de crime econômico deve estar, ainda, atrelada fundamentalmente à determinação do bem jurídico protegido pela norma incriminadora: a proteção a direito difuso distinto do patrimônio, de titularidade de caráter não pessoal.

### 3.3 Prisão cautelar (processual ou provisória)

A prisão provisória, chamada também de prisão processual, é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e tem como objetivo assegurar a persecução penal; seu caráter é, portanto, instrumental e sua decretação é sempre diligência excepcional. Sua finalidade é garantir a eficácia da investigação ou do processo, quando a liberdade do imputado for perigosa para seu bom andamento.

Então, diante das circunstâncias do caso concreto, sendo a liberdade do imputado um risco iminente, demonstrado por elementos probatórios seguros, deverá o Juiz determinar a limitação da sua liberdade.

Saliente-se que um dos princípios primordiais do Direito brasileiro é o da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>8</sup>. Assim, a prisão definitiva depende da comprovação inequívoca da culpa do acusado, decretada em sentença penal transitada em julgado.

7 CERVINI, R.; ADRIASOLA, G. El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 72.

8 BRASIL. Constituição Federal de 1988.

A prisão provisória dependerá apenas da análise da periculosidade do imputado, independentemente de juízo de culpabilidade, e jamais poderá ser utilizada para que o investigado ou réu cumpra a sua pena antes da condenação definitiva. É o que busca assegurar o art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

[...] § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (CPP)

As cautelares restritivas da liberdade têm caráter provisório, subsistindo somente enquanto seus motivos ensejadores estiverem presentes, com elementos seguros capazes de demonstrar risco palpável gerado pela liberdade do imputado ao bom andamento da persecução penal, sob risco de se configurar verdadeira antecipação de pena.

E é justamente em razão dessa função cautelar que lhe é inerente que a prisão provisória não deve servir para satisfazer o clamor público, não podendo se curvar a pretensões midiáticas. Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró (2006, p. 55), pontuam:

[...] infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concedido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente.

A prisão provisória não poderá ser utilizada pelo Estado como medida de antecipação da pena daquele que ainda está sendo investigado ou processado pela suposta prática delitiva, sob o risco de se incorrer em gravíssima violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. (GUARAGNI; BACH, 2017).

### *3.3.1 Prisão provisória pós-reforma do Código de Processo Penal (Lei n. 12.403/2011)*

Desde a reforma do Código de Processo Penal instituída pela Lei 12.403/2011, não se fala mais na máxima ‘prisão preventiva ou liberdade’; hoje, o que se discute é ‘restrição cautelar da liberdade ou liberdade total’. O nome do Título IX do Código de Processo Penal agora é “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

Entende-se que, apenas se a liberdade do imputado for perigosa, há a possibilidade de restringi-la.

A prisão provisória pode se dar através de prisão preventiva, prisão temporária ou medidas cautelares diversas da prisão (previstas no art. 319 do Código de Processo Penal). Sendo necessária, deve-se, antes de sua aplicação, analisar cuidadosamente o previsto no art. 282 do Código de Processo Penal, que exige a observância do Princípio da Proporcionalidade da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do agente.

Em razão da mencionada reforma processual de 2011, é possível restringir cautelarmente a liberdade do imputado sem necessariamente prendê-lo provisoriamente, utilizando-se das chamadas medidas cautelares diversas da prisão (Art. 319, CPP), que terão preferência em relação à prisão provisória quando necessário o cerceamento cautelar da liberdade do imputado; a prisão preventiva deve ser a “*ultima ratio*” das medidas cautelares de natureza pessoal.

A finalidade da Lei 12.403/2011 foi tratar a prisão preventiva como espécie do gênero prisão provisória, com o fim de diferenciá-la da prisão pena, que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado. Com isso, reprova-se a sua utilização como medida de antecipação de pena por evidente desvio de finalidade e violação ao devido processo legal.

Diferentemente da prisão pena, a prisão provisória é utilizada antes do esgotamento do devido processo legal, exigido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, pois tem caráter exclusivamente instrumental e, portanto, é dirigida unicamente à consecução da persecução penal.

Empregar a prisão processual como antecipação de pena é inconstitucional, por evidente afronta ao devido processo legal e esvaziamento dos direitos fundamentais, especialmente da presunção de inocência, que somente será superada após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Hoje, pós-reforma, há clareza conceitual definida de prisão preventiva como espécie do gênero “medidas cautelares restritivas da liberdade”. Segundo a nova redação do art. 282 do Código de Processo Penal, não resta dúvida de que o verdadeiro desejo do legislador é que a utilização das medidas cautelares restritivas de liberdade seja a menos lesiva possível. Por isso, exigiu que a prisão preventiva seja aplicada somente quando as demais formas de restrição cautelar da liberdade forem insuficientes para assegurar a persecução penal.

Essa reforma decorreu do fato de que historicamente o imputado era considerado culpado, e conseqüentemente, detentor de verdade a ser extraída. O imputado, mais que uma pessoa, era o instrumento do qual se dispunha para fazer justiça<sup>9</sup>, restando a prisão preventiva como um importante meio para alcançar esse objetivo.

9 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informações Legislativas*. 2009.

Hoje, a finalidade da prisão preventiva é ser a última medida de proteção da persecução penal, quando a liberdade do imputado for perigosa para o andamento da investigação ou do processo.

Qualquer segregação cautelar, prevista hoje no Código de Processo Penal brasileiro, pós-reforma 2011, somente poderá ser aplicada quando realmente for indispensável, nos casos expressamente previstos em lei e quando adequada ao caso concreto. É o que garante o § 6º do art. 282, do Código de Processo Penal:

[...]

§6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.  
(CPP)

Não basta a demonstração da necessidade da segregação cautelar para se restringir a liberdade do imputado, exige-se também que a medida a ser utilizada seja a mais adequada ao caso concreto, isto é, que seja necessária e suficiente para alcançar o fim proposto e que menor dano cause aos direitos fundamentais do custodiado. Neste caso, respeitando o princípio da proporcionalidade, ainda que o segregado tenha sua dignidade reduzida, pois toda e qualquer restrição da liberdade a reduz, não perderá sua condição de sujeito de direitos, posto que evidenciado o caráter excepcional da medida no caso concreto.

O objetivo da prisão preventiva não está na restrição da liberdade do imputado, mas na proteção da persecução penal. Esclarece Aury Lopes Júnior (2017), que a segregação cautelar da liberdade exige clareza preliminar e bem fundamentada sobre sua verdadeira função e motivo. Isto porque, não se pode querer o corpo do imputado com o fim de obter uma confissão, uma delação ou um reconhecimento.

Desse modo, a segregação cautelar somente será legítima quando tiver como objetivo a proteção, como medida última, do processo penal, isso porque, para que a prisão preventiva possa ser legítima e justa, seu uso deve ser limitado, sob pena de se transformar em eficaz instrumento de castigo ou até mesmo, de tortura.

Em suma, para a escorreita decretação da prisão preventiva exige-se, além da observância do disposto no art. 282, a soma dos requisitos *fumus comissi delicti* (comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria) e *periculum libertatis* (no caso desse estudo, risco para a Ordem Econômica), previstos no art. 312, que devem cumular-se necessariamente com os requisitos legitimadores da prisão preventiva, previstos no art. 313, todos do Código de Processo Penal.

### 3.3.1.1 *Prisão preventiva*

A prisão preventiva é espécie do gênero prisão provisória. Por ser medida cautelar de restrição do direito fundamental à liberdade, somente poderá ser decretada mediante autorização judicial.

Antes do advento da Lei 13.964/2019, a redação do parágrafo 2º do art. 282 e a do art. 311 do Código de Processo Penal admitiam, durante a fase processual, a decretação de medida cautelar restrição da liberdade do acusado de ofício pelo Juiz, conferindo ao magistrado atividade instrumental de natureza cautelar.

Essa permissão legal de decretação das medidas cautelares restritivas da liberdade de ofício pelo juiz na fase processual evidenciava o aspecto inquisitório que predomina há décadas no sistema processual brasileiro, admitindo a violação da imparcialidade do magistrado, permitindo-o agir em substituição às partes, ferindo o Princípio do Juiz Natural e o Estado de Direito. Em razão disso, a nova redação do parágrafo 2º do art. 282 e a do art. 311 do Código de Processo Penal retiraram do magistrado essa possibilidade.

No Estado de Direito, o Juiz deve permanecer alheio aos interesses das partes para que não haja contaminação de sua neutralidade, assim respeitando o disposto no novo art. 3º-A, do Código de Processo Penal: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (CPP)

Sob essa perspectiva, a nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal condicionou a utilização da prisão preventiva a prévio requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação ou representação da autoridade policial.

É importante destacar que, embora o texto do art. 310<sup>10</sup> do Código de Processo Penal não tenha vedado expressamente a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, de ofício pelo juiz, é certo que, fazendo-se interpretação sistêmica daquele artigo com o novo texto dos arts 282, parágrafo 2º e 311 do Código de Processo Penal, conclui-se que tal conversão também depende de requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial, sob pena de violação do art. 3º-A, do Código de Processo Penal.

Destaque-se nesse assunto que o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a conversão da prisão em flagrante em preventiva supera a discussão acerca da ilegalidade da prisão flagrante, uma vez que a decisão de decretação da prisão

---

10 Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Lei nº 13.964/2019). II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

provisória configura um novo título a justificar e legitimar a segregação cautelar: “[...] a discussão acerca de eventuais irregularidades no flagrante fica superada com a notícia da sua conversão em prisão preventiva, haja vista a existência de novo título judicial a embasar a custódia cautelar do paciente”. (HC 497.554/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019).

Tal entendimento gera certa controvérsia diante do parágrafo 1º do art. 573, do Código de Processo Penal, que é expresso ao disciplinar que: “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”. A prisão preventiva decretada em conversão à prisão em flagrante é consequência desta, logo, uma vez reconhecida a ilegalidade da prisão em flagrante, a prisão preventiva que dela advier também o será por derivação. Nesse caso, ambas deverão ser relaxas, segundo exigência expressa do art. 5º, inciso LXV, da Constituição da República.

Importante destacar que requerendo o Ministério Público, ainda que durante o inquérito policial, a decretação de prisão preventiva, poderá o juiz, em observância ao princípio da proporcionalidade, decretar uma medida cautelar diversa da prisão, caso entenda ser a mais adequada ao caso. Não se admite, porém, o raciocínio inverso, isto é, não poderá o juiz, requerendo o Ministério Público a decretação de medidas cautelares diversas da prisão, decretar prisão preventiva, por evidente violação à nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal, segundo a nova Lei n. 13.964/2019.

Ainda, há que se mencionar que, embora não seja permitido ao Juiz decretar de ofício a prisão preventiva, o mesmo raciocínio não se fazer em relação à revogação, substituição e relaxamento da medida. Isso porque, sendo o Magistrado garantidor dos direitos fundamentais, poderá, a qualquer tempo, independentemente de provocação, tutelar a liberdade do imputado, revogando a medida quando desnecessária, substituindo-a quando inadequada e relaxando-a quando ilegal, conforme dispõe o parágrafo 5º<sup>11</sup>, do artigo 282, do Código de Processo Penal.

A decretação da prisão preventiva mediante requerimento das partes tem amparo no sistema acusatório, onde se tem um Juiz inerte, que agirá em decisão fundamentada, mediante provocação do interessado. Esse é o desejo do sistema acusatório, que busca o fortalecimento da imparcialidade do Juiz, prevalente no Estado democrático de direito.

O Ministério Público pode requerer a decretação da prisão preventiva em qualquer fase da persecução penal, seja durante a investigação ou durante o processo.

Antes da reforma de 2019 (Lei 13.964/2019), o texto do artigo 311 do Código de Processo Penal admitia que o titular da ação penal privada (querelante) pugnasse pela decretação da prisão preventiva somente durante a fase processual, vedando que o

11 Art.282 CPP; § 5º - O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.



fizesse no curso da investigação. Entretanto, com a reforma, é indiscutível que o titular da ação penal privada pode pugnar pela decretação da prisão preventiva em qualquer fase da persecução penal<sup>12</sup>. Até porque, nesta espécie de ação penal, a legislação processual conferiu ao ofendido legitimidade para dar início à ação penal, concedendo a ele, por via reflexa, a possibilidade pugnar por todos os instrumentos processuais para o exercício do seu direito, como, por exemplo, pelo início do inquérito policial (artigo 5º, § 5º, do CPP) e pela decretação das cautelares de natureza pessoal, quando necessárias à proteção da persecução penal.

Em relação ao direito do assistente de acusação de pugnar pela prisão preventiva, a doutrina diverge sobre tema. Para uma corrente minoritária, o assistente somente poderá intervir se houver, por parte do investigado ou réu, o descumprimento das medidas impostas, conforme dispõe o parágrafo 4º<sup>13</sup> do art. 282, do Código de Processo Penal.

Já para a doutrina majoritária, o assistente de acusação poderá requerer a decretação das medidas cautelares restritivas da liberdade durante a fase processual, isso porque o art. 268 do Código de Processo Penal admite a habilitação do assistente de acusação como parte processual somente após o recebimento da denúncia, podendo agir em “todos os termos da ação penal pública”. Sendo assim, a legitimidade do assistente de acusação lhe confere o direito de pleitear medidas cautelares de natureza pessoal somente na fase processual.

Frise-se que, uma vez requerida a decretação de prisão preventiva pelo Ministério Público, durante o inquérito policial, o Juiz não ouvirá a autoridade policial. Ademais, a autoridade policial não é parte na relação processual, razão pela qual poderá representar pela decretação da prisão preventiva apenas durante o curso da investigação.

Devido ao caráter instrumental da prisão preventiva em relação à ação principal, antes de decidir pela concessão ou não do pedido formulado pela autoridade policial, o Juiz deverá ouvir o Ministério Público, por não haver compartilhamento da titularidade da ação penal pública entre o Ministério Público e a polícia judiciária.

Essa linha de raciocínio deve ser aplicada também em relação à ação penal de iniciativa privada, ou seja, representando a autoridade policial pela decretação de alguma medida cautelar restritiva da liberdade em crime de ação penal privada, antes de decidir, deverá o juiz ouvir o ofendido, vez que a ação penal privada é disponível. A representação policial pela decretação de prisão preventiva é mera manifestação da

12 Art. 311, CPP (Lei nº13.964/2019) - Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

13 Art. 282, CPP; § 4º - No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

opinião da autoridade policial, isto é, sua decretação dependerá de requerimento do titular da ação penal, que é o detentor da legitimidade *ad causam*.

Necessário destacar que, embora o novo texto do art. 311 do Código de Processo Penal tenha aparentemente admitido representação do delegado pela decretação da prisão preventiva em qualquer fase da persecução penal, o mencionado dispositivo deve ser lido em consonância com o parágrafo 2º do art. 282, do Código de Processo Penal, que restringe a representação da autoridade policial à fase de investigação.

### 3.3.1.2 *Requisitos para a decretação de prisão preventiva: fumus commissi delicti e periculum libertatis*

Para decretação das medidas cautelares restritivas da liberdade, deve-se atender ao disposto no art. 282 do Código de Processo Penal, ou seja, a providência deve ser necessária e proporcional, como já estudado acima.

Também, por ser espécie de medida cautelar restritiva da liberdade, a prisão preventiva condiciona-se, como manda o art. 312 do Código de Processo Penal, à existência concomitante do *fumus commissi delicti* – comprovação da ocorrência de um crime com indícios seguros de sua autoria – e do *periculum libertatis* – risco ao regular desenvolvimento da investigação ou do processo que a liberdade do imputado representa.

Em face do caráter de urgência das medidas cautelares pessoais, é suficiente para sua decretação a análise de cognição sumária sobre a necessidade da restrição da liberdade no caso concreto. Ou seja, para restrição cautelar da liberdade exige-se apenas um juízo de probabilidade do cometimento do crime, enquanto indícios seguros do risco da liberdade do imputado para a persecução penal, que podem ser demonstrados através de elementos colhidos durante investigação preliminar. Porém, no tocante à materialidade, exige-se um juízo de certeza da ocorrência do delito, evidenciado através de qualquer elemento de prova lícita admitida em direito.

Aqui, há que se mencionar que o artigo 314<sup>14</sup> do Código de Processo Penal veda a decretação da prisão preventiva (e analogicamente, de todas as cautelares restritivas da liberdade) nos casos em que há indícios de ter o agente agido amparado por alguma excludente de ilicitude.

Deve-se lembrar, ainda, que a necessidade da prisão preventiva, sua proporcionalidade, a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, precisam estar acompanhados da demonstração, diante das circunstâncias do caso concreto, da ineficácia de medidas cautelares diversas da prisão à proteção da persecução penal, porque, como já amplamente detalhado, é vedada a utilização da prisão preventiva como *prima ratio* ou medida automática.

14 Art. 314, CPP - 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 nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 -Código Penal”.

O Princípio da Proporcionalidade impõe, além do que já se viu, a observância da adequação na utilização das medidas cautelares restritivas da liberdade, exigindo a utilização da medida que menos diminua a liberdade e dignidade do imputado. Assim, a utilização da prisão preventiva somente se justificará quando as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inconvenientes à proteção eficaz da investigação ou do processo no caso concreto.

Para o Supremo Tribunal Federal, “à falta de demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado como hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva”. (STF, 1ª Turma, RHC 79.200/BA).

Nesse sentido, a restrição cautelar da liberdade do imputado deverá estar sempre fundamentada nas circunstâncias do caso, não sendo suficiente para sustentá-la a mera alegação de ser o crime hediondo ou equiparado a hediondo ou em razão da reprovabilidade do comportamento do agente.

Os pressupostos autorizadores da prisão preventiva que caracterizam o perigo da liberdade são a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal ou descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

A garantia da ordem pública compreende a proteção do regular andamento da investigação e da instrução processual. Este fundamento será admitido havendo provas, ou indícios seguros de risco de reiteração de ações criminosas por parte do investigado ou acusado.

Por ordem pública, entretanto, não se pode admitir o clamor social pela prisão do investigado ou do acusado, nem tampouco repercussão do crime na imprensa. Isso porque, a necessidade de restrição da liberdade de alguém como forma de satisfazer anseios sociais está distante dos propósitos da criação das cautelares restritivas da liberdade.

Não se poderá presumir pela necessidade de decretação da prisão preventiva para preservação da ordem pública, seja através da análise da vida pregressa do imputado ou diante de qualquer outra presunção de propensão à atividade criminosa. Deverá estar demonstrada a necessidade no caso concreto por meio de provas, produzidas em contraditório judicial ou cautelarmente, ou através de indícios seguros obtidos durante a investigação. Quanto ao termo “indícios seguros”, está-se fazendo referência a elementos colhidos durante a investigação e corroborados com os demais elementos informativos. O ministro Eros Grau salienta que:

[...] a custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará

delinquindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extremada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 95.009-4/SP. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 23/07/2008).

A garantia da ordem pública tem como finalidade o regular o prosseguimento da persecução penal (finalidade endo processual), na medida em que visa proteger o bom andamento da investigação e o bom andamento do processo, impedindo a continuação delitativa.

Odone Sanguiné (2003, p. 113-119), ensina que: “[...] a prisão preventiva para garantia da ordem pública não poderá ser utilizada como função de prevenção geral, sob pena de desvirtuamento por completo do verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória”. Isso porque, somente a prisão pena tem finalidade de prevenção geral e de ressocialização do criminoso.

Logo, sustentar o decreto prisional na necessidade de utilização da prisão preventiva no combate à impunidade, atribuindo a caráter educativo de prevenção de crimes, viola sua finalidade única de proteção da persecução penal e configura inconstitucional medida de antecipação de pena. Porque até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do acusado, independentemente da natureza da infração penal a ele imputada.

A prisão preventiva não tem qualquer compromisso com a segurança pública, tampouco com a presteza jurisdicional, não devendo ser utilizada como medida de contenção da impunidade, pois que espécie de medida cautelar de restrição da liberdade daquele ainda presumidamente inocente.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2008, p. 198), “o Juiz que decreta uma prisão cautelar para intimidar outras pessoas, para servir de exemplo, está absolutamente equivocado e, pior, não está demonstrando o caráter instrumental da providência acautelatória”.

Na análise da necessidade da restrição cautelar, para proteção da garantia da ordem pública através da prisão preventiva, faz-se um juízo de periculosidade do imputado (e não de culpabilidade), na medida em que o imputado deverá ser retirado do convívio social havendo risco concreto de reiteração delitativa, sempre que demonstrado, por meio de provas ou indícios seguros, que as medidas cautelares diversas da prisão não serão suficientes para a consecução da persecução penal e atingimento do disposto no inciso I do art. 282 do Código de Processo Penal, para evitar a prática de infrações penais.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a periculosidade do imputado justifica a utilização da prisão preventiva para garantia da ordem pública (Informativo n. 354 do STJ). Por risco de reiteração criminosa não se tem a preservação da prevenção geral –

efeito exclusivo da pena – mas, sim, no resguardo da sociedade contra a reiteração de crimes, bem como na proteção do processo penal evidenciada na eficácia da persecução penal. É importante destacar que por eficácia da persecução penal tem-se também a observância sem obstáculos das garantias fundamentais e do exercício do contraditório e da ampla defesa. Prevalece no Supremo Tribunal Federal, que:

[...] quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse, revelador da gravidade concreta da conduta (violência incomum) e da periculosidade do paciente. (Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 97.688/MG. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ: 26/11/2009).

Neste sentido, pode-se afirmar que, na medida em que a garantia da ordem pública está vinculada à periculosidade do agente, a gravidade em abstrato da infração penal não admite a automática decretação da prisão preventiva.

O Supremo Tribunal Federal tem revogado prisões preventivas sustentadas na descrição abstrata dos elementos que compõe o tipo penal, vedando a utilização da prisão preventiva como medida automática de restrição cautelar da liberdade. Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 965), ensina que:

[...] a prisão preventiva poderá ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública sempre que dados concretos – não se podendo presumir pela periculosidade do agente a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta – demonstrarem que, se o agente permanecer solto, voltará a delinquir.

Essa finalidade de restrição cautelar da liberdade do imputado para garantia da ordem pública, havendo risco de reiteração delitiva, está evidenciada na nova redação conferida pela Lei n. 12.403/2011 ao inciso I, do art. 282, do Código de Processo Penal: “para evitar a prática de infrações penais”.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a periculosidade do agente necessária a decretação da prisão preventiva está evidenciada na gravidade concreta do crime, através das circunstâncias fáticas demonstradas por meio de provas ou através de indícios seguros produzidos durante a investigação preliminar. (BRASIL. Superior Tribunal Justiça. HABEAS CORPUS: HC 85.922/SP. Relator: Ministro Paulo Gadotti. DJ: 29/04/2008).

Compreendendo-se garantia da ordem pública como expressão sinônima de periculosidade do agente, não se admite a decretação da prisão preventiva em razão da gravidade em abstrato do delito, como no caso da prática de crime hediondo ou equiparado a crime hediondo. Conforme citado, de acordo com o Supremo Tribunal Federal: “[...] à falta de demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado como hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EM HABEAS CORPUS: RHC 79.200/BA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 13/08/1999). Isso porque para decretação da prisão preventiva, assim como qualquer outra cautelar restritiva de liberdade exige-se demonstração *in concreto*, através de provas ou indícios seguros, do perigo da liberdade do imputado para a persecução penal.

A decretação da prisão preventiva com base no clamor público ou em razão da repercussão social do fato estará sustentada na gravidade abstrata do delito e não demonstram, por si só, o *periculum libertatis*, como já se sabe, essa decretação não se admite, sob pena de violação do caráter instrumental das medidas cautelares restritivas da liberdade.

A periculosidade do agente restará demonstrada na gravidade em concreto do delito, diante da análise do *modus operandi* do seu comportamento na preparação, execução e consumação do crime.

A simples prolação de sentença penal condenatória recorrível também não permite automática decretação da prisão preventiva, na medida em que não se admite a presunção de periculosidade de alguém, ainda mais daquele que é considerado presumidamente inocente.

A prisão preventiva também não tem como finalidade garantir a credibilidade da justiça e a necessidade de resposta do Poder Judiciário à sociedade, pela prática de crimes que provoquem clamor público.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que: “[...] não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação da segregação cautelar, a alegação de que o acusado, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 80.719-4/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 26/06/2001).

A prisão preventiva tem finalidade *in* processual, visando unicamente a proteção do regular andamento da investigação e do processo, havendo risco concreto de reiteração criminosa (*periculum libertatis*), como no caso de provas (ou indícios seguros) da prática de novo crime. E para avaliar este “risco de reiteração delitiva” exigem-se elementos seguros que apontem a habitualidade na atividade criminosa, como a participação em associações ou organizações criminosas.

Mas não se pode fundamentar a prisão preventiva em risco genérico de que o imputado possa vir a cometer outros crimes, pois isso faria com que a prisão provisória se tornasse medida de controle social ou de antecipação de pena. Inclusive, a nova lei que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/2019), disciplina em seu art. 9º que:

Art. 9º. Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III - deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível.

Entende-se que o desejo do legislador é evitar que medidas cautelares restritivas da liberdade sejam decretadas na ausência do *fumus comissi delicti e periculum libertatis* e que o art. 9º. da Lei n. 13.869/2019, procurou impedir restrição cautelar da liberdade sustentada em juízo de ilação ou presunção através de motivação vaga e imprecisa, como nos casos de prisão preventiva em razão da gravidade abstrata do crime, clamor público ou presumida periculosidade social do agente.

Diante da edição da nova lei, veda-se a utilização da prisão preventiva sustentada em juízo de previsibilidade de risco para a ordem pública. Sua decretação está limitada à demonstração *in concreto* da prática de conduta que evidencie efetivo risco de reiteração criminosa ou à persecução penal, como, por exemplo, no caso de ameaça às vítimas e testemunhas, risco de destruição de provas, risco de fuga do investigado ou acusado ou no caso de descumprimento de outras medidas cautelares anteriormente impostas. Ou seja, a conclusão pela existência de *periculum libertatis* para a decretação da prisão preventiva exige risco real, diante de circunstâncias de fato, de reiteração criminosa ou risco ao bom andamento da investigação e instrução processual. É oportuno destacar que fatos pretéritos não justificam a utilização da prisão preventiva, conforme dispõe expressamente o parágrafo 2º<sup>15</sup> do art. 312, e parágrafo 1º<sup>16</sup> do art. 315, ambos do Código de Processo Penal.

15 Art. 312, § 2º, CPP - A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

16 Art. 315, § 1º, CPP - Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Assim, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no HC 480.274/RJ: “a falta de contemporaneidade dos motivos utilizados para a decretação da prisão preventiva e a não indicação de fatos novos para justificar a custódia, tornam a prisão preventiva ilegal, por não atender ao requisito da cautelar idade”. (BRASIL. Superior Tribunal Justiça. HABEAS CORPUS: HC 480274/RJ. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. DJ: 14/05/2019).

É a chamada “contemporaneidade entre fato e restrição cautelar da liberdade”, incluída expressamente na legislação processual pela Lei nº. 13.964/2019. Isso significa que para o reconhecimento da existência de *periculum libertatis*, exige-se que ocorram ao mesmo tempo os fatos justificadores da restrição da liberdade e a decisão de decretação da prisão preventiva. Ou seja, se não existe atualidade, não há perigo da liberdade.

## 4 Conclusão

A prisão preventiva como garantidora da Ordem Econômica, segundo a nova redação do Código de Processo Penal, é um instrumento importante e necessário a serviço da consecução da eficácia do processo penal nos casos de crimes econômicos.

Esses crimes não são violentos, mas seus efeitos sociais são nefastos e atingem uma grande gama de pessoas, porque o bem jurídico que se protege é metaindividual. Além disso, o crime econômico configura uma ruptura da Ordem Constitucional e atinge diretamente o desenvolvimento econômico do país, devendo ser combatido pronta e eficientemente.

Para isso, se o imputado oferecer risco à investigação ou ao processo, e em não havendo outras medidas cautelares restritivas de liberdade capazes de refrear a lesividade de sua conduta, deve ser decretada sua prisão preventiva. O bem jurídico que se pretende proteger, qual seja, a própria Ordem Econômica, e em maior escala, o desenvolvimento econômico do Brasil e a manutenção do sistema de mercado, classifica-se como um direito fundamental de terceira geração, dotado de natureza jurídica supraindividual.

Para que se resguarde esse bem jurídico da melhor maneira, o uso das modalidades de restrição de liberdade, aqui especificadamente da prisão preventiva, deve ser, evidentemente, uma medida de exceção, aplicada de maneira que estejam garantidos os direitos fundamentais do imputado, como a presunção de inocência, o devido processo legal, a imparcialidade do juízo. Ademais, deve-se atentar para a observância da proporcionalidade entre a diligência adotada e a lesividade potencial da conduta do agente.

A garantia da Ordem Econômica, segundo a leitura processual penal e a jurisprudência aqui trazidas, através da prisão preventiva do imputado, só é legal, necessária e possível, portanto, quando uma situação concreta implique em risco real e iminente à investigação ou ao processo, verificado a partir de elementos concretos.



## Referências

- ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de; FERREIRA, Isadora Costa. Compliance trabalhista: Compreendendo a Prevenção de Risco trabalhista por Meio de Programa de Integridade. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. nº 331, jan. 2017.
- BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).
- BRASIL. Superior Tribunal Justiça. HABEAS CORPUS: HC 480274/RJ. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. DJ: 14/05/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal Justiça. HABEAS CORPUS: HC 85.922/SP. Relator: Ministro Paulo Gadotti. DJ: 29/04/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 80.719-4/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 26/06/2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 95.009-4/SP. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 23/07/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 97.688/MG. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ: 26/11/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EM HABEAS CORPUS: RHC 79.200/BA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 13/08/1999.
- CALLEGARI, A. L. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CAVADAS, D. A. Da distinção ontológica entre crimes econômicos em sentido amplo e estrito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 15-184862, Teresina, ano 23, n. 5624, 24 nov. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69741> Acesso em: 18 out. 2020.
- CERVINI, R.; ADRIASOLA, G. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela Del patrimonio social*. Buenos Aires: B de F, 2005, 72 p.
- COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.
- FACCHINI NETO, Eugênio; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A Funcionalização do Direito: A Empresa e sua Função Social. STEINDORFER, Fabriccio. MIZUTA, Alessandra (coord.). *Limitações constitucionais ao exercício da atividade econômica*. Curitiba: Juruá, 2016.
- FRAGOSO, H. C. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 122-129, 1982.
- GOMES, L. F. *Estado constitucional do direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- GUARAGNI, F. A.; BACH, M.; MARIA SOBRINHO, F. M. *Direito penal econômico*. Londrina: Thoth, 2017.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal: conforme o pacote anticrime e a nova Lei de Abuso de Autoridade*. 5. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2020. 965 p.

LOPES JUNIOR, A. C. L. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, A.; BADARÓ, G. H. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANGUINÉ, O. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 113-119, 2003.

SICA, L. Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. *In: Sica Advocacia. Textos*. São Paulo. Disponível em: <http://www.stqadvogados.com.br/download/Prisao-preventiva-para-garantia-da-ordem-economica.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

TORRES, R. L.; BERTONCINI, M. E. S. N. Corrupção, Crimes Econômicos, Teorias Criminológicas correlatas e Ética Empresarial. *Revista Internacional COSINTER de Direito*. Lisboa, ano I, n. 1, p. 347-366. jul./dez. 2015.