

**Legenda:**

**BGH** = Bundesgerichtshof (Corte Federal)

**FS** = Festschrift (Livro em homenagem a determinado autor (a)/ professor (a))

**GS** = Gedächtnisschrift (Livro em memória de determinado autor (a)/ professor (a))

**JuS** = Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Refendariat

**JZ** = Juristische Zeitung

**JR** = Juristische Rundschau

**LG** = Landgericht (Tribunal Estadual)

**MedR** = Medizinrecht (Revista)

**Müko** = Münchner Kommentar (Comentário ao código penal)

**NJW** = Neue Juristische Wochenschrift

**NSStZ** = Neue Zeitschrift für Strafrecht

**NK** = Nomos Kommentar (Comentário ao código penal)

**Nm** = Número de margem

**RBCC** = Revista Brasileira de Ciências Criminais

**StGB** = Strafgesetzbuch (Código Penal da Alemanha)

**StV** = Strafverteidiger (Revista)

**Wistra** = Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

**ZIS** = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

**ZRP** = Zeitschrift für Rechtspolitik

**ZStW** = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

**Capítulo 3****A MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DA ATIVIDADE ECONÔMICA: O RISCO DE REITERAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR****Bibiana Fontella<sup>1</sup>**

**Resumo:** Em 04 de maio de 2011 o legislador brasileiro acrescentou ao texto do Código de Processo Penal medidas cautelares alternativas à prisão. Uma das medidas ali elencadas é a suspensão do exercício da função pública ou da atividade econômica, quando houver justo receio da sua utilização para novas práticas delitivas. O risco de reiteração como fundamento de medidas cautelares já foi amplamente questionado, pois, poderia estar em dissonância com o princípio da presunção de inocência, basilar de um Processo Penal que se pretenda democrático. O justo receio de novas práticas delitivas se mostra incoerente com a presunção de inocência porque haveria, em tal argumento, características de prevenção especial, fim específico da pena e de acordo com o referido princípio não poderia haver no Processo Penal qualquer tipo de antecipação de pena. Diante de tal finalidade e da ausência de prazo fixado em lei, é possível que essa medida cautelar funcione como uma forma de afastamento definitivo de cargos públicos, bem como de cassação de mandatos eletivos. Isso sem a observância do devido processo legal.

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada Criminal.

## 1. INTRODUÇÃO.

A Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 promoveu algumas alterações nas medidas cautelares do Código de Processo Penal. Esta lei trouxe pontos bastante positivos ao processo penal brasileiro tais como a determinação, em lei, da subsidiariedade da prisão cautelar, trazendo outras medidas a serem aplicadas antes da privação da liberdade.

Há, também, na lei a previsão do contraditório quando determinada uma medida cautelar. Todavia, com a ressalva da falta de clareza na redação do dispositivo, uma vez que o artigo fala em *parte contrária* e não em imputado, bem como não há determinação do motivo da intimação.<sup>2</sup>

Contudo, é possível apontar algumas falhas na referida lei. Tal alteração legislativa modificou apenas alguns pontos do Código de Processo Penal, remanescendo disposições incoerentes com as inovações realizadas em 2011. Um ponto de fundamental importância é a questão da ausência de fixação de prazo para a permanência de medidas cautelares, principalmente da prisão preventiva. É importante ressaltar a existência do prazo máximo durante da tramitação do Projeto de Lei 4.208/2001<sup>3</sup>. Entretanto, o dispositivo que tratava da problemática acabou por ser rejeitado durante a sua tramitação na Câmara dos Deputados<sup>4</sup>. Desse modo, a legislação brasileira permaneceu a ausência de fixação de prazo máximo para as medidas cautelares.

O art. 282, inciso I do Código de Processo Penal – com redação da Lei 12.403/2011 – disciplina regras gerais das medidas cautelares e prevê a possibilidade de determinação delas com o fundamento na pretensão de evitar que o acusado, investigado ou denunciado,

2 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual. 2ª tria. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 785.

3 *Ibid.*, p. 788.

4 Art. 315 – A. A prisão preventiva terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora. Artigo rejeitado no parecer de Relatoria do Deputado José Eduardo Cardozo, de 19 de agosto de 2009.

venha a praticar novas infrações.

No art. 319, inciso VI, do mesmo Código há previsão da medida de *suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais*. O problema central da presente pesquisa está justamente na possibilidade de aplicação de medida cautelar com o fim de evitar a reiteração delitiva, visto que se trata de uma finalidade da pena e questiona-se a incoerência com o princípio da presunção de inocência.

Tal questionamento já foi amplamente discutido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sob o enfoque da determinação da prisão preventiva com base na ordem pública e ordem econômica. Por este motivo serão analisados os pressupostos cautelares processuais penais e as discussões acerca da decretação da prisão preventiva com fundamento no risco de reiteração delitiva. Por fim, serão averiguadas as possíveis consequências da medida de suspensão de função pública ou atividade econômica.

## 2. NOTA SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA INCIDÊNCIA NAS MEDIDAS CAUTELARES.

Com frequência, fala-se que o princípio da presunção de inocência foi regulamentado no período histórico chamado de Iluminismo, que teria sido o momento em que a burguesia travou lutas contra o absolutismo monárquico e os privilégios da nobreza e do clero.<sup>5</sup> Nesse período, o discurso dos burgueses era desenvolver democraticamente a soberania, retirando o poder das mãos de poucos para colocá-lo nas mãos de muitos. Para isso acontecer os filósofos iluministas apresentaram um modelo de contrato social, que tinha como noção fundamental o individualismo e a crença na razão humana. Assim, as políticas públicas seriam baseadas no indivíduo,

5 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Cariocade Criminologia, 2008. p. 125 e 126.

o que caracterizava o pensamento liberal com superavaliação das liberdades individuais.<sup>6</sup>

Nesse período de reação ao absolutismo monárquico, o processo penal era marcado pela adoção do sistema inquisitório. Conforme Zaffaroni<sup>7</sup>, para fundamentar a inquisição havia um discurso penal bastante sofisticado e que era sustentado por estudos criminológicos da época. Estas pesquisas apresentavam uma situação de ameaça, que deveria ser contida a qualquer custo. Por isso, havia uma demanda ao Direito Penal para atuar de forma urgente e autoritária, no controle desses perigos.<sup>8</sup> No processo inquisitório havia alguns procedimentos que foram bastante criticados pelos filósofos iluministas, dentre os quais destacam-se: a tortura, o processo secreto, a presunção de culpabilidade e uma liberdade de arbítrio extremamente ampla.<sup>9</sup>

Os procedimentos do processo inquisitório foram amplamente criticados pelos teóricos do iluminismo. Dentre estes, um dos mais referenciados atualmente é Cesare Beccaria, autor da obra “*Dei delitti e delle pene*”, que teria sido chamada por Voltaire de *Código da Humanidade*. Nesta obra vislumbra-se a reação ao processo penal inquisitório, coloca-se como base e fundamento de todo e qualquer procedimento penal a presunção de inocência. No que toca à prisão preventiva, vislumbra-se o caráter de exceção da medida. Desse modo, a prisão preventiva deveria ser aplicada de forma bastante restrita e somente para acautelar o processo penal, jamais como pena antecipada.<sup>10</sup>

Foi apresentado o cenário histórico e as influências filosóficas do

6 *Idem*.

7 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2004. p. 28

8 *Idem*.

9 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa e outros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. ZAFFARONI, *Origen...*, p. 42 e 43.

10 VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 30 e 31.

princípio da presunção de inocência porque serão necessárias para a análise da condição atual do princípio. Antes de enfrentar a alguns questionamentos sobre a matéria serão apresentados alguns posicionamentos doutrinários sobre o referido princípio e o risco de reiteração como fundamento de medida cautelar.

Vilela<sup>11</sup> entende, assim como outros autores<sup>12</sup>, que a presunção de inocência é uma regra de tratamento para com o acusado. Isto funcionaria em dois sentidos: primeiro o imputado não poderia ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da condenação, isto é, não poderia lhe ser aplicada pena antes da decisão final no processo. O outro sentido seria no tocante à prova, que pelo princípio da não autoincriminação, o acusado tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. Assim, caberia ao Estado o dever de buscar a prova, pelo princípio da jurisdicionalidade<sup>13</sup>. A autora também destaca que o princípio da presunção de inocência deve estar vinculado às liberdades individuais. Contudo, como um princípio não seria absoluto e nem ilimitado, mas serviria apenas como um critério de direção dos julgadores.<sup>14</sup> As medidas cautelares seriam, segundo a autora, um parâmetro de orientação dos limites da presunção de inocência<sup>15</sup>. Assim como as medidas cautelares traçariam os limites de tal presunção, esta teria a função de evitar a antecipação de pena antes do devido processo legal.<sup>16</sup> Vilela destaca que não seria possível impedir ou proibir as medidas cautelares com fundamento na presunção de inocência. Primeiro porque tal princípio é relativo e pelo motivo de que isso obstaría o regular andamento das investigações e do processo criminal.<sup>17</sup> Portanto, da

11 VILELA, *Op. cit.*, p. 91- 94.

12 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 41.

13 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 549.

14 VILELA, *Op. cit.*, p. 91- 94.

15 *Idem*.

16 VILELA, *Op. cit.*, p. 95 – 96.

17 *Idem*.

mesma forma como outros princípios constitucionais, a presunção de inocência deve ser avaliada dentro de um padrão de proporcionalidade com outros valores constitucionais. Se o valor máximo desse princípio é a liberdade não há como negar o seu balanceamento com a segurança, também resguardada pela Constituição.<sup>18</sup>

Sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, Câmara<sup>19</sup> afirma que ele ostenta, ao longo da história, duas feições: a) probatória: como o *onus probandi* é da acusação e, em caso de dúvida, deve-se vigorar a absolvição e b) aquela atinente à excepcionalidade das medidas cautelares, desde que sejam impostas quando não houver consideração prévia de culpabilidade. Tal não ocorrerá quando – evidenciada a necessidade – for imposta medida cautelar para preservar a prova ou a execução da pena.

Quanto à possibilidade de decretação de medida cautelar pelo risco de reiteração – aqui especificamente a autora trata somente da prisão preventiva – Vilela<sup>20</sup> considera que seria uma forma de medida de segurança<sup>21</sup>, uma vez que para tal seria necessária uma avaliação do acusado o que importaria na análise da culpabilidade pelos fatos imputados. Com isso, a referida medida cautelar estaria desvinculada do processo e seguindo fins de pena. O que viria a traduzir-se numa presunção de culpabilidade, completamente avessa ao processo penal moderno, o qual é regido pelo princípio da presunção de inocência.<sup>22</sup>

Ainda, sobre a decretação da prisão cautelar com fundamento do risco de reiteração, destaca-se Lopes Jr<sup>23</sup>, para quem tal argumento representaria a necessidade de um *periculosômetro*<sup>24</sup> por parte do

18 Idem.

19 CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais – Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 46 e 47.

20 VILELA, *Op. cit.*, p. 103 – 104.

21 Neste sentido: José Frederico Marques *apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Delrey, 1998. p.

22 VILELA, *Op. cit.*, p. 103 – 104.

23 LOPES JR, *Op. cit.*, p. 845.

24 Expressão de Zaffaroni.

jugador, uma vez que o juiz deveria fazer uma prognose da reincidência do acusado.

Contudo, o que se indaga é: quais seriam os critérios do juiz para determinar o *justo receio* de novas práticas de reiteração no exercício da função pública ou da atividade econômica? Isto posto, Vilela e Lopes Jr entendem pela incompatibilidade desse pressuposto cautelar com o princípio da presunção de inocência. Ressalta-se que Gomes Filho<sup>25</sup> entende ser incompatível com o princípio da presunção de inocência qualquer forma de *execução provisória*<sup>26</sup>. Neste sentido, Câmara<sup>27</sup> assina ser incompatível com o princípio da presunção de inocência qualquer compreensão do acusado como culpado da acusação antes do trânsito em julgado da sentença. Hassemer<sup>28</sup> também possui posicionamento semelhante. No seu entendimento<sup>29</sup>, a utilização da prisão preventiva para o combate da criminalidade afrontaria o princípio da presunção de inocência. Acrescenta o autor que há muito tempo não é admissível no sistema penal democrático a busca pela prevenção de crimes em detrimento do adequado juízo de culpabilidade.<sup>30</sup> Ainda, conforme destaque de Roxin<sup>31</sup>, a prisão preventiva fundamentada no perigo de reiteração estaria em desconformidade com o Estado de Direito. Isso porque, se estaria privando a liberdade do imputado pelo fato punível ainda provado e por outro fato ainda não realizado. Assim, haveria um duplo juízo de culpabilidade antecipada.<sup>32</sup> Destaca-se, neste sentido, o entendimento de Vilela pela impossibilidade da aplicação na prisão preventiva, não se referindo às demais medidas de coação.<sup>33</sup> Sobre essa posição da autora colocam-se alguns questionamentos:

25 GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 43

26 *Idem*.

27 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 56 e 57.

28 HASSEMER, *Op. cit.*, p. 110 – 111.

29 *Idem*.

30 *Idem*.

31 ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 262.

32 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 57.

33 VILELA, *Op. cit.*, p. 106.

Chama-se a atenção o posicionamento dela sobre a vinculação do princípio da presunção de inocência à liberdade individual. Quando a autora faz essa ressalva logo se remete à ideia de liberdade de locomoção e, portanto, a presunção de inocência estaria protegendo o indivíduo de prisões ilegítimas. No entanto, há que se observar as penas previstas no Código Penal, tanto o Português quanto o Brasileiro. Nestes diplomas legislativos há penas privativas de liberdades, restritivas de direitos, multa e as que interditam temporariamente direitos do condenado. Desse modo, em que pese ser notório que as privativas de liberdades são as mais severas, há outras penas e estas devem seguir os mesmos princípios e regras da pena privativa de liberdade, no que couber. Assim, faz-se mister questionar se somente em relação à prisão preventiva determinada pelo risco de reiteração haveria incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência ou se a questão deveria ser ampliada às medidas alternativas à prisão.

A propósito, ao tratar das relações do Direito Penal com outros ramos jurídicos ZAFFARONI traça quadro explicativo da questão atinente à natureza da prisão preventiva, que merece breve destaque abaixo.

Sobre a possível natureza de pena na prisão preventiva Zaffaroni as discussões em duas correntes: os *processualistas* e os *substantivistas*.<sup>34</sup>

A primeira é composta por aqueles que pretendem legitimar a prisão preventiva, através de fundamentos processuais, que admitem haver um estado de inocência e não exatamente uma presunção de inocência.<sup>35</sup> Ou seja, haveria gradação na inocência, até mesmo defendendo que a prisão de uma pessoa poderia levar a crer que ela não seria de todo inocente.<sup>36</sup> Para esta corrente a prisão preventiva

34 ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal – parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 165 – 171.

35 *Idem*.

36 *Idem*.

seria uma medida cautelar, que estaria estritamente vinculada ao processo, não havendo nela qualquer caráter de pena.<sup>37</sup>

De outro lado estão os substantivistas que acreditam haver na prisão preventiva características de pena. Isto é, de direito material, vez que há fundamentos para essa medida cautelar que podem ser considerados fins da pena, como: satisfação da ordem pública, gravidade do delito, evitar reincidência, ou seja, fins de prevenção especial negativa. Dentre os substantivistas há outra divisão: substantivistas autoritários e liberais.<sup>38</sup> Os autoritários seriam aqueles que admitem a prisão preventiva como pena, mas entendem que quando houver conflito entre a presunção de inocência e a ordem pública, deve esta prevalecer sobre aquela. Os substantivistas liberais também admitem haver na prisão preventiva caráter de pena. Porém, estes entendem que pelo fato de existir conflito entre esta modalidade de prisão e a presunção de inocência, é necessário que a sua utilização seja a mais restrita possível.<sup>39</sup> Na obra *Dos Delitos e das Penas*<sup>40</sup> já havia essa ideia de restrição das prisões preventivas por serem excessivamente penosas.

Em posição um pouco mais radical, com a pretensão de um processo penal sem prisão preventiva, se encontra Luigi Ferrajoli<sup>41</sup> que entende pela ilegitimidade da prisão preventiva, por haver uma manifesta incompatibilidade com a presunção constitucional da inocência. Assim, os fundamentos estritamente processuais da prisão não seriam suficientes para manter o arguido preso, visto que tão logo preste o seu depoimento deveria ser solto.<sup>42</sup> No tocante ao perigo de fuga, Ferrajoli entende ser difícil tal possibilidade em

37 *Idem*.

38 *Idem*.

39 ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 161 a 163.

40 BECCARIA, *Op. Cit.*, p. 102 e 103.

41 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría Del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Trotta, 1995. p. 555 a 559.

42 *Idem*.

uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como é a atual.<sup>43</sup> Gustavo Vitale opta pela inadmissibilidade da prisão preventiva<sup>44</sup>. Este último autor considera ser contraditória a prisão antes da condenação definitiva, por não haver *título jurídico* para cercear a liberdade de alguém. Tal prisão seria, na visão do autor, inconstitucional. A contradição de que Vitale fala é da necessidade de um juízo prévio de culpabilidade para a imposição de uma pena e a presunção de inocência com prisões decretadas antes de tal juízo e quando o acusado ainda é presumido inocente.<sup>45</sup>

Na doutrina e na jurisprudência<sup>46</sup> é consolidado o entendimento de que a prisão, pela sua gravidade, deve ser a última medida cautelar utilizada pelo Judiciário. Com a Lei n. 12.403 o legislador positivou tal posição doutrinária e determinou que a prisão só pode ser decretada depois que for apreciada, pelo juiz, a possibilidade de acautelar o processo através de outras medidas menos graves. Em que pese as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo

43 *Idem.*

44 VITALE, Gustavo R. **Encarcelamiento de presuntos inocentes: Hacia la abolición de una barbarie**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 141 – 157.

45 VITALE, *Op. cit.*, p. 141 – 157.

46 Destaca-se o entendimento do STJ: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 2. No caso dos autos, a Juíza de primeiro grau entendeu devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente na gravidade abstrata do delito em tese cometido, sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o acusado, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal. 3. O delito não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, e não há notícias de reiteração criminosa do acusado, a custódia preventiva foi decretada em 8/10/2015 (portanto, há quase 7 meses) e a quantidade de drogas apreendidas não foi excessivamente elevada (154,7 g de maconha). Esses elementos evidenciam o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente. 4. As justificativas apresentadas pelo Tribunal a quo, tendentes a respaldar a segregação cautelar, não se prestam a suprir a ausente motivação do Juízo singular, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato construtivo ao direito de locomoção do paciente. 5. Ordem concedida para, confirmada a liminar, –que possibilitou ao paciente que aguardasse em liberdade o julgamento final deste writ– assegurar-lhe o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP(STJ, HC 345.821/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016)

Penal não serem tão agressivas como a prisão preventiva, é necessário que sua apreciação judicial seja feita de acordo com o princípio da presunção de inocência, posto que são medidas cautelares e não devem ter caráter de pena.

Conforme Hassemer<sup>47</sup> na discussão sobre a legitimidade da prisão preventiva há dois polos: um que critica a prisão preventiva e outro que clama pela efetividade do processo. Assim, haveria um confronto entre aqueles que defendem a proteção das garantias penais e aqueles que defendem a efetividade do processo penal. Os primeiros entendem que a prisão preventiva poderia ser vista como um cumprimento de pena antes da sentença definitiva, o que estaria em desconformidade com a presunção de inocência. Os críticos da prisão ressaltam ainda que aqueles que defendem a utilização dela como forma de prevenir crimes a estariam vinculando aos moldes do direito material, inerentes à pena, o que desrespeitaria o princípio da presunção de inocência. Por outro lado, os que pedem por um processo penal efetivo, querem ampliar a prisão para que a administração da justiça também funcione para conter a criminalidade. Assim, haveria dois pontos de vista opostos: aquele que pretende restringir a prisão e defender as garantias fundamentais, e, aquele que pretende a sua ampliação e a efetividade do processo penal e, conseqüentemente, da justiça penal.<sup>48</sup> Desse modo, o que se verifica quando se fala em medida cautelar com fins de pena, no presente caso da medida de suspensão de função pública ou de atividade econômica, é o conflito de dois discursos: um considerando-a necessária para a efetividade do processo e o outro preservando as garantias fundamentais.

Hassemer<sup>49</sup> posiciona-se no sentido de que os únicos fins legítimos da prisão preventiva são a garantia do processo penal e da

47 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Trad. Patricia S. Ziffer. Colección de Estudios nº 10. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 98 e 99.

48 *Idem.*

49 HASSEMER, *Op. cit.*, p. 109 – 111.

execução da pena. Quaisquer outros objetivos não seriam compatíveis com o princípio da presunção de inocência.<sup>50</sup> Roxin<sup>51</sup> destaca que há várias objeções ao fundamento da prisão preventiva para garantir a futura execução da pena como fundamento de prisão preventiva, por ser, no entendimento de muitos autores, bastante problemática e incompatível com o Estado de Direito. Isso porque, seria uma forma de cercear a liberdade de alguém antes que o fato seja provado.<sup>52</sup>

### 3. DESTAQUE: PRINCÍPIO DA PROVISORIEDADE.

Dos princípios específicos das medidas cautelares, destaca-se o da *provisoriedade* para o fim de análise da ausência de fixação de prazo máximo de tais medidas.

De acordo com o princípio da *provisoriedade* as medidas cautelares estariam vinculadas a uma questão de tempo. Isto é, em determinado momento seria necessária a aplicação das mesmas para possibilitar a instrução processual ou a aplicação da lei penal. Portanto, tais medidas devem ser temporárias e de breve duração para que não venham a ter finalidade de pena antecipada.<sup>53</sup>

Entretanto, um dos problemas existentes em nossa legislação, que permaneceu após a alteração de 04 de maio de 2011, é a falta de fixação na lei de prazo de duração das medidas cautelares. Pelo princípio da *provisoriedade* a tutela cautelar teria o caráter de temporariedade. Ou seja, deveria ter uma duração determinada, em regra persistiria enquanto durassem as causas que a fundamentam, quando este for para a garantia da instrução. Tal princípio impõe que as medidas cautelares, principalmente aquelas que funcionam

50 *Idem*

51 ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba e outros. 1ªed. 2ª reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2003.p. 261 e 262.

52 *Ibid.*, p. 261 e 262.

53 LOPES JR, 2012, p. 787.

também como pena, não sejam utilizadas pelos órgãos judiciários como forma de pena antecipada, antes da sentença condenatória transitada em julgado.

Segundo Lopes Jr<sup>54</sup> no Projeto de Lei 4208/2001, que deu origem à Lei n. 12.403, havia a fixação de prazo para a prisão preventiva, que teria a duração máxima de 180 dias. Entretanto, o artigo que fixava o termo final para a prisão cautelar foi rejeitado durante a sua tramitação na Câmara dos Deputados e o problema da ausência de prazo máxima para tal segregação permaneceu.

Destaca-se que tal problema, a ausência de prazo para prisão cautelar, não existe em outros países como: Portugal, Espanha, Alemanha e Itália. No Código de Processo Penal Português, no art. 215<sup>55</sup> há

54 LOPES JR, 2012, p. 788.

55 **Artigo 215.º Prazos de duração máxima da prisão preventiva**

1—A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:

a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação;  
b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;  
c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.ª instância;  
d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

2—Os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para seis meses, dez meses, um ano e seis meses e dois anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos, ou por crime:

a) Previsto no artigo 299.º, no n.º 1 do artigo 318.º, nos artigos 319.º, 326.º, 331.º ou no n.º 1 do artigo 333.º do Código Penal e nos artigos 30.º, 79.º e 80.º do Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro;  
b) De furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos;  
c) De falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem;  
d) De burla, insolvência dolosa, administração danosa do sector público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação económica em negócio;  
e) De branqueamento de vantagens de proveniência ilícita;  
f) De fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;  
g) Abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.

3—Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

4—A excepcional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1.ª instância, por despacho fundamentado, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ouvidos o arguido e o assistente.

5—Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do n.º 1, bem como os correspondentemente referidos nos n.os 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial.

6—No caso de o arguido ter sido condenado a pena de prisão em 1.ª instância e a sentença

a fixação de diversos prazos máximos para a prisão preventiva de acordo com cada momento processual, bem como para alguns delitos o prazo é diferenciado. Na Espanha, assim como na Alemanha, há prazo para o termo final da prisão preventiva de seis meses.<sup>56</sup> Já na Itália o Código de Processo Penal toma como parâmetro ao limite da segregação cautelar a quantidade de pena abstrata do delito.<sup>57</sup>

Com frequência é mencionado o problema da ausência de prazo para a prisão preventiva. Contudo, isto pode afetar outras medidas cautelares alternativas à prisão. Neste ponto, centraliza-se na suspensão da função pública ou atividade econômica. No Código de Processo Penal, como ocorre com a prisão preventiva, não há um limite temporal para a aplicação das medidas previstas no art. 319 e 320. Destaca-se que em algumas das hipóteses ali enumeradas os prejuízos não seriam tão severos. Como poderia ser o caso do art. 320, o recolhimento do passaporte e proibição de se ausentar do país, a não ser que a pessoa trabalhe em alguma atividade que exija dela viagens internacionais, a única perda que poderia ter seria a impossibilidade de fazer viagens para outros países. Já, na medida cautelar de suspensão da função pública ou atividade econômica os efeitos da ausência de prazo podem ser muito maiores.

O primeiro ponto a ser ressaltado é o problema central desta pesquisa e que está entrelaçado com a questão do prazo das medidas cautelares. Como já exposto, as cautelares no processo penal são orientadas pelo princípio da *provisoriedade*. Ou seja, enquanto forem necessárias ao regular andamento do feito podem ser mantidas, no momento em que a causa da medida for extinta, ela também

condenatória ter sido confirmada em sede de recurso ordinário, o prazo máximo da prisão preventiva eleva-se para metade da pena que tiver sido fixada.

7—A existência de vários processos contra o arguido por crimes praticados antes de lhe ter sido aplicada a prisão preventiva não permite exceder os prazos previstos nos números anteriores.

8—Na contagem dos prazos de duração máxima da prisão preventiva são incluídos os períodos em que o arguido tiver estado sujeito a obrigação de permanência na habitação.

56 *Ibid.*, p. 790.

57 Art. 275 – 2. *Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata*.

deve ser. Ressalta-se que o processo deve ter um prazo máximo de duração, não sendo constitucionalmente aceitável que um processo dure anos e seja mantida por esse tempo uma medida cautelar. O problema que se coloca nesse momento, e que também será objeto de estudo do próximo tópico, é a finalidade da medida cautelar de suspensão de função pública ou atividade econômica. No texto do art. 319, VI do Código de Processo Penal está da seguinte forma: *suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais*. Dessa forma, o legislador determinou uma finalidade para esta medida, o risco de novos crimes. Há diversas críticas a serem feitas a esse objetivo do dispositivo legal, mas, neste tópico, será observado apenas o perigo de reiteração e o prazo da medida.

Se o fundamento da medida é o impedimento da realização de novas práticas delitivas pelo acusado, não haveria um prazo e nem uma causa específica que poderia ser extinta no decorrer do processo. Tal medida, com este argumento, poderia durar até a sentença condenatória transitada em julgado. O que seria totalmente diverso se a medida fosse condicionada a uma situação processual determinada. Como ocorreria na hipótese de o acusado se utilizar da sua função para destruir provas documentais ou coagir testemunhas que trabalhem no mesmo local. Neste caso, seria perfeitamente possível e estaria em conformidade com o princípio da *provisoriedade*. Pois, enquanto durasse a referida situação, a medida poderia ser mantida, após, a produção de prova documental e testemunhal a cautelar seria extinta. Portanto, não haveria que se falar em nenhuma forma de antecipação de pena.

No entendimento de Badaró<sup>58</sup>, a ausência de um prazo fixado por lei a tal medida cautelar pode vir a ser utilizada como cassação de mandatos eletivos – se for admitida a tal hipótese legal para políticos<sup>59</sup>

58 BADARÓ, *Op.cit.*, p. 249.

59 Badaró questiona sobre a ausência de terminação legal no art. 319, VI sobre a possibilidade



– sem que seja observado o processo constitucional para esse tipo de penalização. Esta cautelar, igualmente, pode ser uma forma de exclusão do funcionário público dos quadros do poder público, sem a devida observância do processo administrativo.

#### 4. PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS DE CAUTELA.

Antes de ser realizada a análise dos pressupostos das medidas cautelares no processo penal, faz-se necessário indagar se a suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica prevista no art. 319, VI, do Código de Processo Penal é medida cautelar. Numa primeira leitura do *caput* referido artigo vislumbra-se que o legislador nomeou as hipóteses dos incisos como medidas cautelares. Badaró<sup>60</sup> ao examinar tal questionamento menciona a existência no processo da tutela cautelar e da tutela antecipada como remédios para minimizar os efeitos do tempo. O autor assevera que após a Constituição de 1988, que consagrou o princípio da presunção de inocência, não seria possível no processo penal a execução antecipada ou provisória da pena. Isto é, só seria admissível a prisão antes do trânsito em julgado como medida cautelar.<sup>61</sup> Uma medida seria cautelar quando a sua finalidade é a conservação do processo, ou seja, quando serve como instrumento para o regular andamento da ação penal. Destaca-se que o art. 282, *caput* e inciso I, do Código de Processo Penal estabelecem as regras gerais das cautelares, as quais seriam: duas finalidades gerais (probatória e aplicação da lei penal) e uma finalidade específica (evitar novas práticas delitivas).

de determinação da medida aos cargos de mandato eletivo. O autor destaca o que no ordenamento jurídico italiano e português a lei determina que a medida de suspensão do cargo não será aplicada aos mandatos eletivos, uma vez que são diretamente decorrentes de investidura popular. O Tribunal Constitucional português entende que uma suspensão ou a perda do cargo eletivo só pode ocorrer em virtude de lei. (BADARÓ, 2011, p. 248 e 249.)

60 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva.** In: BADARÓ, Gustavo Henrique; FERNADES, Og; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PRADO, Geraldo. FERNANDES, Og. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal: Prisão e suas alternativas – Comentários à lei 12.403, de 04.05.2011.** São Paulo: Revista do Tribunais, 2011. p. 212 – 218.

61 BADARÓ, *Op. cit.*, p. 214 e 215.

Esta última só poderia ser aplicada, segundo o texto do dispositivo, quando expressamente prevista por lei. Ao analisar a suspensão da função pública ou atividade econômica, Badaró<sup>62</sup> chama a atenção à finalidade expressa do artigo: *quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.* Tal não seria característica de medidas cautelares, mas de tutela antecipada, uma vez que estaria antecipando os efeitos da prevenção especial, típicos da aplicação da pena, ou seja, da condenação penal. Ressalta-se que tal problemática sobre a finalidade dessa medida será tratada em um tópico específico, vez que é o problema principal desta pesquisa.

Partindo da perspectiva que referida medida é cautelar, cabe verificar os pressupostos para sua determinação. No processo civil para que seja deferida uma tutela cautelar é necessário que estejam presentes os *fumus boni iuris* (aparência de direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano jurídico a um direito constituído).<sup>63</sup> Contudo, não poderia ser realizada uma transferência dos pressupostos do processo civil para o processo penal, visto que as cautelares de ambos são diversas e com conseqüências bastante dispares. No processo penal não haveria como se falar em aparência de direito, posto que, neste se estaria tratando de uma violação ao direito. Nem se poderia pensar em perigo de dano, porque este já poderia ter ocorrido. Na persecução penal uma medida cautelar é determinada quando houver óbice à instrução probatória ou houver riscos à aplicação da lei penal. Assim, os pressupostos no processo penal seriam: *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) e *periculum libertatis* (perigo na liberdade do acusado).<sup>64</sup>

Sobre o *fumus commissi delicti* há de se ressaltar que para o seu

62 BADARÓ, *Op. cit.*, p. 216 – 218.

63 VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 102.

64 Neste sentido: LOPES JR, *Op. cit.*, p. 779. PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: Teoria, crítica e práxis.** 4ª ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006. p. 678. PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 545. CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais: Prisão e liberdade provisória.** 2ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. p. 127 – 130.

preenchimento é imprescindível a prova do crime e neste sentido se tem como parâmetro o conceito analítico do crime. Isto é, para que tal pressuposto seja cumprido deve haver prova do fato típico, antijurídico e culpável. Ou seja, havendo indícios de causas excludentes de antijuridicidade<sup>65</sup> ou de culpabilidade, a prisão preventiva não poderia ser decretada. Esse pressuposto probatório está previsto para a prisão preventiva, art. 312 do Código de Processo Penal. No entendimento de Badaró<sup>66</sup>, embora não existam pressupostos específicos das medidas cautelares alternativa à prisão, é possível a utilização dos requisitos previstos para a prisão preventiva presente no art. 312 do Código Penal. Sobre o tema, Câmara afirma que há pressupostos específicos das citadas medidas cautelares e são as mesmas da prisão preventiva.<sup>67</sup> Assim, todas as medidas cautelares pessoas, tanto a prisão preventiva como as alternativas à prisão, possuem pressupostos comuns – probatórios e cautelares. Por conseguinte, da mesma forma como na prisão preventiva, quando estiver presente alguma causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade a medida não poderá ser decretada, haja vista a ausência de pressuposto probatório.

No entendimento doutrinário<sup>68</sup> e jurisprudencial<sup>69</sup>, a decretação de uma medida cautelar pessoal para fins de evitar novas infrações penais estaria funcionando para *garantir a ordem pública e/ou a ordem econômica*.<sup>70</sup> Por isso, será utilizado como fundamento das discussões acerca do tema os pressupostos específicos da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Com a ressalva de que aqui o foco principal será voltado às discussões e críticas ao termo *garantia da ordem econômica*, visto que os crimes nos quais seriam

65 PACHELLI, *Op. cit.*, p. 546. LOPES JR, *Op. cit.*, p. 826.

66 BADARÓ, *Op. cit.*, p. 218 e 219.

67 Neste sentido: CÂMARA, *Op. cit.*, p. 121 e 122.

68 LOPES JR, *Op. cit.*, p. 845. PACHELLI, *Op. cit.*, p. 547.

69 Neste sentido: STJ, HC 222.400/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES, julgado em 18/10/2012, DJe 23/10/2012. STJ, HC 43.209/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 16/10/2012, DJe 23/10/2012

70 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 139.

aplicáveis a medida de suspensão de função pública ou atividade econômica seriam os funcionais e os delitos contra a ordem econômica.

Os pressupostos cautelares da prisão preventiva podem ser divididos em duas espécies: a) *intraprocessuais* ou *endoprocessuais*<sup>71</sup> que seriam aqueles que visam assegurar a instrução probatória e a execução da pena prevista na sentença condenatória; b) *extraprocessuais*<sup>72</sup> que visariam fins da pena na medida cautelar, como a prevenção especial. Nestes estaria a garantia da ordem pública. Analisaremos cada um desses requisitos distintamente.

#### 4.1. PRESSUPOSTOS INTRAPROCESSUAIS

Como requisitos cautelares intraprocessuais encontram-se a conveniência da instrução probatória e a garantia da aplicação da lei penal.<sup>73</sup> Anteriormente mencionou-se como pressupostos o *fumus commissi delicti* – pressuposto probatório – e o *periculum libertatis* – pressuposto cautelar. Sobre o primeiro coloca-se que significaria a prova da existência do delito e indícios razoáveis de autoria.<sup>74</sup> Quanto ao segundo é definido como perigo na liberdade do acusado. Tal requisito é tratado dessa forma porque ele viria a ser relevante para a análise de todos os requisitos das medidas cautelares. Aqui o objetivo principal é a problematização do *periculum libertatis* interpretado como conveniência da instrução criminal e como forma de assegurar a execução da lei penal, posto que estes são os pressupostos intraprocessuais.

##### 4.1.1. Da Necessidade para a Instrução Criminal.

A medida cautelar por conveniência da instrução criminal aplicar-se-ia quando o acusado ou alguém que o faça em seu benefício esteja

71 *Ibid.*, p. 130.

72 *Idem.*

73 CÂMARA, *Op. cit.*, 127 – 129. PACHELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 545 – 546

74 CÂMARA, *Op. cit.*, 129 – 144.

obstando o regular andamento do processo no tocante à produção probatória.<sup>75</sup> Destaca-se que o termo *conveniência da instrução criminal* é retirado do próprio teor do art. 312 do Código de Processo Penal, no art. 282, I do mesmo diploma o legislador usa o vocábulo *necessidade para a instrução criminal*. O termo do art. 312 recebe crítica na doutrina. Lopes Jr<sup>76</sup> afirma que o termo *conveniência* é bastante vago e aberto, o que permitiria ampla discricionariedade do julgador ao determinar a medida, quando se está tratando de uma das mais graves formas de coação antes do trânsito em julgado: a prisão preventiva.

Já o texto do art. 282, inciso I, estabelece, como regra geral das medidas cautelares, a decretação de algumas das cautelares ali previstas com o fundamento na *necessidade* para a instrução criminal. Tal termo se mostra bastante apropriado e deveria ser aplicado de igual forma à prisão preventiva, pois, se para as cautelares alternativas à prisão o legislador determinou a existência de necessidade para sua decretação, como não poderia ser da mesma forma para a mais grave das medidas? Neste sentido ressalta-se o posicionamento de Câmara<sup>77</sup> para quem a prisão preventiva só poderia ser decretada quando essencial à instrução criminal ou à garantia da execução.<sup>78</sup>

#### 4.1.2. Da Garantia para a Execução da Lei Penal.

Outro pressuposto previsto nos arts. 282, inciso I e 312, *caput* do Código de Processo Penal é a *garantia da aplicação da lei penal*. A prisão nele fundada pode se dar, por exemplo, na situação em que o acusado ou investigado pratique atos com o fim de fugir do local onde está sendo processado ou, até mesmo, do país pois, se o acusado obtiver êxito na fuga haverá um óbice à aplicação da lei penal quando

75 PACELLI, *Op. cit.*, p. 547.

76 LOPES JR, *Op. cit.*, p. 829 – 830.

77 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 136.

78 No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 613 – 614; LOPES JUNIOR, *Op. cit.*, p. 847; PASTOR, *Op. cit.*, p. 299 – 300.

da condenação definitiva. Para este problema há no rol do art. 319 várias hipóteses de medidas cautelares com o fim de impedir a fuga do acusado, como é o caso do inciso I, IV e até mesmo o IX, além do art. 320 que trata da proibição e vigilância nas viagens internacionais.<sup>79</sup> Quanto ao risco de fuga, destaca-se que este não poderia ser presumido, conforme entendimento de Lopes Jr<sup>80</sup>, para quem é essencial que haja fundamento razoável do perigo de fuga, não admitindo a mera presunção de fuga por alguma situação abstrata.<sup>81</sup>

Este pressuposto cautelar é aplicável às várias medidas previstas no art. 319, 320 e 312 (como *ultima ratio*) do Código de Processo Penal. Contudo, ele não seria aplicável à medida de suspensão da função pública ou da atividade econômica. Isso porque, pelo princípio da proporcionalidade – adequação e necessidade – não seria aplicável tal forma de coação para garantir a aplicação da lei penal, uma vez que não seria a medida mais adequada ao impedimento da fuga do acusado. Não haveria sentido suspender a função pública ou a atividade econômica do imputado, com a finalidade de evitar a sua fuga.

#### 4.2. PRESSUPOSTOS EXTRAPROCESSUAIS.

Diferentemente dos pressupostos *intraprocessuais*, nos *extraprocessuais* a característica fundamental não é a instrumentalidade da ação penal. Nestes a finalidade seria de prevenção especial, uma vez que poderiam ser utilizadas com os fins da condenação penal.<sup>82</sup>

Tais pressupostos podem ser encontrados nos arts. 282, inciso I, e 312, *caput*, do Código de Processo Penal. No dispositivo legal, que traça as regras gerais das medidas cautelares, há a possibilidade da decretação de alguma das medidas cautelares quando houver risco de novas infrações penais, com a ressalva que só poderá

79 Neste sentido: CÂMARA, *Op. cit.*, p. 137 – 139. LOPES JR, *Op. cit.*, p. 830 e 831. PACELLI, *Op. cit.*, p. 547.

80 LOPES JR, *Op. cit.*, p. 830 e 831.

81 Neste sentido: CÂMARA, *Op. cit.*, p. 137.

82 FRANCO, *Op. cit.*, 615 – 616.

ser aplicado nas hipóteses legalmente previstas. Já no art. 312, *caput*, que trata dos requisitos específicos à decretação da prisão preventiva, os termos utilizados pelo poder legiferante são mais vagos e amplos. Neste dispositivo há a previsão de aplicação da prisão cautelar com fundamento de garantia da ordem pública e da ordem econômica. Encontram-se na doutrina algumas críticas a estes fundamentos. Uma das críticas apresentadas é a amplitude do argumento que fundamenta a segregação cautelar, visto que ordem pública e ordem econômica são termos bastante genéricos e que podem permitir uma infinidade de interpretações. Além disso, no entendimento de Aury Lopes Junior<sup>83</sup> a decretação de uma prisão cautelar sob o fundamento de garantia da ordem pública ou da ordem econômica se mostraria inconstitucional. Pois, a medida cautelar estaria sendo utilizada para fins de *segurança pública*. Neste sentido, Câmara<sup>84</sup> destaca que tais argumentos têm recebido muitas críticas, haja vista serem bastante *ambíguos e exageradamente dúctil o seu significado*. Em síntese, as críticas destacadas pelo autor são a carência de sentido no contexto processual. Por conseguinte, a liberdade dos indivíduos pode ficar em grande risco quando se admite a prisão cautelar pela garantia da ordem pública, visto que permite uma variedade bastante grande de interpretações do seu sentido.<sup>85</sup>

Neste momento são enfocadas questões relacionadas ao requisito *ordem pública*. Sobre a ordem econômica será dedicado um tópico específico a seguir, pois, ela será de fundamental importância no tratamento do problema central desse artigo.

Ambos os requisitos do art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, são de conceituação bastante vaga e imprecisa, o que permitiu que houvesse diversas interpretações na jurisprudência e, em

83 LOPES JR, 2012, p. 839.

84 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 130–

85 Neste sentido: PACELLI, *Op. cit.*, p. 548 – 549.

consequência destas, várias críticas na doutrina. Frequentemente, cita-se como possíveis interpretações do pressuposto cautelar ordem pública o clamor público, a credibilidade das instituições, a gravidade do delito e o risco de reiteração delitiva.<sup>86</sup>

Em conformidade com Câmara, sendo aberto o conceito de ordem pública, doutrina e jurisprudência preponderantemente esta, trataram de fechá-lo, trabalhando com três referências tópicas principais: clamor público, gravidade de infração penal e probabilidade de reiteração<sup>87</sup>.

Ressalta-se que algumas dessas interpretações dadas à ordem pública também são atribuíveis pela doutrina à ordem econômica.<sup>88</sup> Por este motivo alguns tópicos comuns aos dois requisitos serão tratados no próximo item deste trabalho que terá como objeto de estudo a ordem econômica. Neste momento será exposto apenas o conteúdo relativo ao clamor público e à credibilidade das instituições.

Conforme entendimento de Lopes Jr<sup>89</sup> o *clamor público*<sup>90</sup> é

86 LOPES JUNIOR, *Op. cit.*, p. 838 – 847.

87 CÂMARA, Luiz A. Reflexões acerca das Medidas Cautelares Pessoais nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. In: **Direito empresarial & cidadania**: questões contemporâneas. Curitiba, PR: Juruá, 2004. p.242.

88 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 139 e 140.

89 LOPES JR, *Op. cit.*, p. 840 – 842.

90 Ressaltamos a existência de entendimentos jurisprudenciais no sentido de que alegação genérica de haver clamor público e gravidade abstrata não fundamentaria, de forma idônea, a prisão preventiva, se utilizadas isoladamente. Veja-se: HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR QUE SE APÓIA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO SUPOSTAMENTE PRATICADO, NA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA “CREDIBILIDADE DE UM DOS PODERES DA REPÚBLICA”, NO CLAMOR POPULAR E NO PODER ECONÔMICO DO ACUSADO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO. Pacífico o entendimento desta **Casa de Justiça no sentido de não se admitir invocação à abstrata gravidade do delito como fundamento de prisão cautelar. Isso porque a gravidade do crime já é de ser considerada quando da aplicação da pena** (art. 59 do CP). **O clamor popular não é aceito por este Supremo Tribunal Federal como justificador da prisão cautelar.** É que a admissão desta medida, com exclusivo apoio na indignação popular, tornaria o Poder Judiciário refém de reações coletivas. Reações, estas, não raras vezes aqodadas, a técnicas e ditadas por mero impulso ou passionalidade momentânea. Precedentes. O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.717, fixou a tese de que o sério agravo à credibilidade das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. O poder econômico do réu, por si só, não serve para justificar a segregação cautelar, até mesmo para não se conferir tratamento penal

bastante usado como fundamento de prisões preventivas. O autor ressalta que muitas vezes o clamor público é confundido com a opinião divulgada pelos meios de comunicação, opinião esta que geralmente manipularia as massas. Sanguiné<sup>91</sup> considera que a utilização da prisão preventiva como forma de reduzir a delinquência, de aumentar a confiança dos cidadãos nas instituições jurídicas ou para mitigar o clamor público nada mais seria que uma forma de prevenção especial, isto é, como forma de antecipação de pena. Portanto, esses autores entendem ser inconstitucional a decretação de segregação cautelar sob o fundamento de clamor público. Franco<sup>92</sup> entende ser incompatível com o princípio da presunção de inocência a prisão cautelar fundada no conceito de ordem pública. Tal posicionamento estaria justificado no fato de considerar essa modalidade de prisão preventiva uma forma de antecipação da punição penal, o que seria completamente incompatível com a presunção de inocência. Para o autor as únicas formas de prisão preventiva admissíveis no processo penal com base na presunção de inocência seriam aquelas fundadas na *conveniência da instrução criminal e para o assecuramento da aplicação da lei penal*.<sup>93</sup>

diferenciado, no ponto, às pessoas humildes em relação às mais abastadas (caput do art. 5º da CF). Hipótese, contudo, que não se confunde com os casos em que se comprova a intenção do acusado de fazer uso de suas posses para quebrantar a ordem pública, comprometer a eficácia do processo, dificultar a instrução criminal ou voltar a delinquir. No caso, não se está diante de prisão derivada da privilegiada situação econômica do acusado. Trata-se, tão-somente, de impor a segregação ante o fundado receio de que o referido poder econômico se transforme em um poderoso meio de prossecução de práticas ilícitas. Custódia cautelar justificada, também, em face dos fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos públicos. Tudo a evidenciar que a liberdade do acusado põe em sério risco a preservação da ordem pública. Excesso de prazo inexistente, dada a verificação de término da instrução criminal, encontrando-se os autos na fase do art. 499 do CPP. Demora na conclusão do feito imputável unicamente à conduta protelatória da defesa, que não pode se beneficiar de tal situação, por ela mesma causada. Questão de ordem que se resolve no sentido do indeferimento da liminar. (STF. HC 85298 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, julgado em 29/03/2005, DJ 04-11-2005) (sem grifos no original)

91 SANGUINÉ, Odoné. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)**. São Paulo: Método, 2011. p. 258 – 259.

92 FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 408 e 409.

93 Ibid., p. 407.

Outra decorrência da garantia da ordem pública é a *credibilidade nas instituições* utilizada como fundamento de prisões cautelares.<sup>94</sup> Sobre isso, Lopes Jr<sup>95</sup> entende que a prisão não seria o instrumento apto a tal fim e nem as instituições seriam tão frágeis a ponto de perderem a confiança, somente por não ser decretada uma prisão preventiva. Ademais, como destacou em voto no STF o Ministro Eros Grau<sup>96</sup> a segurança pública e o interesse de redução da criminalidade não é uma função exclusiva do Poder Judiciário.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal apresenta decisões que refutam a decretação de prisões preventivas com fundamento exclusivo no clamor público e na credibilidade das instituições.<sup>97</sup>

94 A propósito, mantendo prisão preventiva com tal base a seguinte decisão da jurisprudência: HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PACIENTE DENUNCIADO POR CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO, INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES, CORRUPÇÃO PASSIVA, PREVARICAÇÃO, ADVOCACIA ADMINISTRATIVA, VIOLAÇÃO DE SIGILO PROFISSIONAL E CORRUPÇÃO ATIVA (ARTS. 1o., I DA LEI 8.176/91 C/C ART. 71 DO CPB; ART. 288, PAR. ÚNICO; ART. 299 C/C ART. 29; ART. 304 C/C ART. 71; ART. 313-A; ART. 317, § 1o. C/C ARTS. 29 E 71; ART. 319; ART. 321, PAR. ÚNICO C/C ART. 71; ART. 325, § 2o.; E ART. 333, PAR. ÚNICO C/C ART. 71, TODOS DO CPB). QUADRILHA QUE AGIA NA ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, COM SUSPEITA DE PARTICIPAÇÃO DE POLICIAIS FEDERAIS E CIVIS NA EMPRESA CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. REAL PERICULOSIDADE DO PACIENTE, POLICIAL CIVIL, QUE É APONTADO COMO O MATADOR DO GRUPO. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PARÉCER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. [...]

4. A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(STJ. HC 128.637/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 01/06/2009)

95 LOPES JR, *Op. cit.*, p. 844.

96 Voto de EROS GRAU no HC 95.009-4/SP Apud LOPES JR, *Op. cit.*, p. 844.

97 A propósito, mantendo prisão preventiva com tal base a seguinte decisão da jurisprudência: HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR QUE SE APÓIA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO SUPOSTAMENTE PRATICADO, NA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA “CREDIBILIDADE DE UM DOS PODERES DA REPÚBLICA”, NO CLAMOR POPULAR E NO PODER ECONÔMICO DO ACUSADO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO. Pacífico o entendimento desta Casa de Justiça no sentido de não se admitir invocação à abstrata gravidade do delito como fundamento

#### 4.2.1. Garantia da Ordem Econômica

A magnitude da lesão por ser este fundamento bastante comum na decretação da segregação cautelar nos crimes contra a ordem econômica, tal argumento foi sedimentado pela Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. O núcleo deste item tratará sobre este fundamento.

Destaca-se que o pressuposto extraprocessual garantia da ordem econômica<sup>98</sup> está especificamente previsto no art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal o qual disciplina a cautelar pessoal de maior gravidade, a prisão preventiva. O problema principal aqui tratado está voltado às medidas alternativas à prisão, previstas no art. 319, mais detidamente a suspensão da função pública e de atividade econômica. Os requisitos desta cautelar estão enumerados no art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal. Neste dispositivo legal há expressamente a possibilidade de decretação de medidas cautelares sob o fundamento de evitar novas infrações penais. Por

de prisão cautelar. Isso porque a gravidade do crime já é de ser considerada quando da aplicação da pena (art. 59 do CP). O clamor popular não é aceito por este Supremo Tribunal Federal como justificador da prisão cautelar. É que a admissão desta medida, com exclusivo apoio na indignação popular, tornaria o Poder Judiciário refém de reações coletivas. Reações, estas, não raras vezes açodadas, a técnicas e ditadas por mero impulso ou passionalidade momentânea. Precedentes. O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.717, fixou a tese de que o sério agravo à credibilidade das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. O poder econômico do réu, por si só, não serve para justificar a segregação cautelar, até mesmo para não se conferir tratamento penal diferenciado, no ponto, às pessoas humildes em relação às mais abastadas (*caput* do art. 5º da CF). Hipótese, contudo, que não se confunde com os casos em que se comprova a intenção do acusado de fazer uso de suas posses para quebrantar a ordem pública, comprometer a eficácia do processo, dificultar a instrução criminal ou voltar a delinquir. No caso, não se está diante de prisão derivada da privilegiada situação econômica do acusado. Trata-se, tão-somente, de impor a segregação ante o fundado receio de que o referido poder econômico se transforme em um poderoso meio de prossecução de práticas ilícitas. Custódia cautelar justificada, também, em face dos fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos públicos. Tudo a evidenciar que a liberdade do acusado põe em sério risco a preservação da ordem pública. Excesso de prazo inexistente, dada a verificação de término da instrução criminal, encontrando-se os autos na fase do art. 499 do CPP. Demora na conclusão do feito imputável unicamente à conduta protelatória da defesa, que não pode se beneficiar de tal situação, por ela mesma causada. Questão de ordem que se resolve no sentido do indeferimento da liminar. (STF. HC 85298 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/03/2005, DJ 04-11-2005 PP-00026 EMENT VOL-02212-01 PP-00065 RTJ VOL-00196-01 PP-00258)

98 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 139 e 140.

este motivo serão expostos os questionamentos e críticas feitas na doutrina ao termo *ordem econômica* pois, uma das interpretações apresentadas pela jurisprudência<sup>99</sup> para esse pressuposto cautelar é o objeto de evitar que o imputado venha a cometer novos delitos.

O pressuposto cautelar *ordem econômica* foi incluído no art. 312 do Código de Processo Penal pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste).<sup>100</sup> Em comparação com o Direito Português, destaca-se que o termo ordem econômica não se encontra no Código de Processo Penal de Portugal<sup>101</sup>, prevendo-se, apenas, a possibilidade de decretação de medida cautelar para fins de evitar a continuidade na atividade delitiva.

Para Pacelli<sup>102</sup> a razão pela qual se admite uma prisão preventiva para a garantia da ordem econômica é pela extensão da lesão causada ao

99 SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. PRISÃO PREVENTIVA. VEDAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ACUSADO QUE RESPONDE A DIVERSOS PROCESSOS POR CRIMES SEMELHANTES AO DOS AUTOS. REITERAÇÃO CRIMINOSA CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO NO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. INCOMPATIBILIDADE COM A CUSTÓDIA NO REGIME FECHADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...)

IV. Não há que se falar em necessidade de condenações transitadas em julgado para que reste configurada a periculosidade do agente, baseada na reiteração criminosa, a qual, para fins de justificar a custódia cautelar, diversamente do que ocorre na hipótese de majoração da pena base, requer apenas demonstração de constante envolvimento do réu em condutas delitivas, aptas a indicar que, solto, voltará a delinquir.

V. **A existência de tantos processos em andamento, máxime pela repetição dos mesmos atos delituosos, demonstra a periculosidade concreta do acusado, denotando ser sua personalidade voltada para o cometimento de delitos, o que obsta a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública.** Precedentes desta Corte. (STJ-HC 221.067/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012)

4. Habeas corpus não conhecido. (STJ-HC 222.400/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES, julgado em 18/10/2012, DJe de 23/10/2012)

100 Conforme redação do artigo anterior à reforma de 2011.

101 Artigo 204º-Requisitos gerais: Nenhuma medida de coação, à exceção da prevista no 196º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade.

102 PACELLI, *Op. cit.*, p. 548.

sistema financeiro.<sup>103</sup> Contudo, no entendimento do referido autor a prisão não seria o meio mais adequado, posto que se estaria tratando de prejuízo à ordem econômica. Para Pacelli o meio mais adequado para amenizar tais danos seria a utilização de outras medidas, como o sequestro ou a indisponibilidade de bens que estivessem relacionados à infração.<sup>104</sup> Tal entendimento pode ser objeto de críticas. Isto porque, as medidas cautelares possuem finalidades distintas. Ainda mais, com a alteração da Lei 12.403 com a inclusão das medidas alternativas à prisão, que contempla diversos instrumentos cautelares, sendo, inclusive, aplicáveis aos crimes contra a ordem econômica. Dessa forma, não seriam apenas as medidas cautelares reais que seriam adequadas a garantir a ordem econômica, diante da extensão da lesão ao sistema financeiro.

Conforme Câmara com o art. 30 da Lei 7.492/1986 (Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) legislador determinou um pressuposto cautelar específico para os crimes previstos naquela lei: a *magnitude da lesão*. Com isso, o legislador realçou uma posição já

103 Neste sentido: LOPES JR, *Op. cit.*, p. 828.

104 PACELLI, *Op. cit.*, p. 548. Neste sentido: LOPES JR, *Op. cit.*, p. 843.

Entendimento jurisprudencial neste sentido:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (FRAUDE À LICITAÇÃO, EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS, PECULATO, CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA, ENTRE OUTROS). PRISÃO PREVENTIVA.

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA ORDEM ECONÔMICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXISTÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS DE QUE O PACIENTE SERIA O LÍDER E PRINCIPAL ARTICULADOR DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, ATUANTE EM INÚMEROS MUNICÍPIOS DO INTERIOR BAIANO E COM TRÂNSITO ENTRE O EMPRESARIADO E AS PREFEITURAS ENVOLVIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DA ORDEM.**

ORDEM DENEGADA.

[...]

3. Na hipótese, a decisão impugnada apontou a existência de fortes indícios da prática dos crimes, elencando **fatos concretos que demonstram a magnitude da empreitada criminosa**—que envolve inúmeros Municípios Baianos e um leque impressionante de empresas e pessoas ligadas às Prefeituras, segundo consta dos elementos indiciários já colhidos, sendo certo que as fraudes dirigiam-se até mesmo para áreas sensíveis da vida comunitária, como a merenda escolar e a compra de medicamentos.

6. Precedentes do STJ: HC 110.704/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09.03.2009 e HC 70.560/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 06.08.2007.

7. Parecer do MPF pela denegação da ordem 8. Ordem denegada.

(STJ, HC 190.017/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 22/02/2011, DJe 21/03/2011) (sem grifos no original)

adotada pela jurisprudência: a decretação da prisão preventiva pela gravidade da infração.<sup>105</sup> Diante dessa hipótese da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, as decisões sobre prisões preventivas, que já se assentavam no entendimento jurisprudencial predominante, passaram a fazer conexão entre a gravidade da infração e a garantia da ordem econômica.<sup>106</sup> Há, também, a associação da magnitude da lesão para fundamentar o decreto com base na ordem pública.<sup>107</sup> Ou seja, um pressuposto cautelar que foi determinado pelo legislador para fins de decreto de prisão preventiva nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional acabou sendo funcionalizado para impor a segregação cautelar em outras infrações penais do *chamado Direito Penal Econômico*, sob o fundamento de garantia da ordem pública ou da ordem econômica.<sup>108</sup> Ademais, com bastante frequência é possível vislumbrar na jurisprudência<sup>109</sup> a utilização da magnitude da lesão como interpretações da ordem pública e da ordem econômica como fundamento de prisão preventiva.<sup>110</sup>

Para Podval<sup>111</sup> o requisito cautelar criado pela Lei 7.492/86 não

105 CÂMARA, 2004, 242 -246.

106 CÂMARA, 2011, p. 143.

107 PACHECO, *Op. cit.*, p. 683. Neste sentido: BARICHELLO, Tito Livio. **Medidas cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 71.

108 CÂMARA, 2004, p. 245 – 246.

109 HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. SONEGAÇÃO FISCAL MEDIANTE FRAUDE EM CONTINUIDADE DELITIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA REDISTRIBUIÇÃO DO HC ORIGINÁRIO APÓS A ENTRADA DE FÉRIAS DO RELATOR, EM VISTA DE PREVISÃO REGIMENTAL EXPRESSA NESSE SENTIDO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO SUFICIENTEMENTE JUSTIFICADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA. REITERAÇÃO DA PRÁTICA CRIMINOSA POR LONGO PERÍODO DE TEMPO (APROXIMADAMENTE 5 ANOS). CONTINUIDADE DA SONEGAÇÃO MESMO APÓS A DESCOBERTA DA FRAUDE, POR MEIO DE OUTRO MODUS OPERANDI. MAGNITUDE DA LESÃO (R\$ 49.000.000,00). PRECEDENTES DO STJ. NEGATIVA DE PARTICIPAÇÃO NO ILÍCITO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

ORDEM DENEGADA, PORÉM, CASSANDO-SE A LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. (STJ – HC 99.860/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 23/04/2009, DJe 25/05/2009)

110 PACHECO, *Op. cit.*, p. 681.

111 PODVAL, Roberto. **Crimes contra o sistema financeiro**. In: FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª ed., rev., atual. e ampl., 2ª tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 895 896.

possui natureza cautelar, ao contrário, portaria um verdadeiro aspecto de punição penal. No entendimento do autor a magnitude da lesão leve ser analisada na sentença no momento da fixação da pena-base. Isso porque, exigir-se-ia do juiz que decreta uma medida cautelar a verificação do juízo de culpabilidade do agente, o que se mostraria característico de uma antecipação da pena, incompatível com a presunção de inocência, garantida pela Carta Constitucional.

Destaca-se que no recente entendimento do Supremo Tribunal Federal a magnitude da lesão não pode ser utilizada como único fundamento para decretação de prisão preventiva<sup>112</sup>. Deve, no entendimento do STF, haver uma combinação de pressupostos, por mais que seja somente com os extraprocessuais.<sup>113</sup>

## 5. O PRESSUPOSTO EXTRAPROCESSUAL VOLTADO AO IMPEDIMENTO DA REITERAÇÃO.

Observando o teor do art. 282, inciso I do Código de Processo Penal, o primeiro pressuposto intraprocessual para decretar qualquer das medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 é a necessidade da medida para fins da instrução criminal. Todavia, no mesmo inciso do art. 282 do CPP, é prevista a possibilidade de decretação de medida cautelar para evitar a prática de infrações penais, quando expressamente determinado por lei.

Conforme exposto acima, uma das interpretações jurisprudenciais sobre a garantia da ordem pública e a ordem econômica é o risco

112 HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA DE BASE CONCRETA. MAGNITUDE DA LESÃO E REFERÊNCIA HIPOTÉTICA À POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR. 1. Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. Ausência de base fática, visto que o paciente teve seus bens seqüestrados, não possuindo disponibilidade imediata de seu patrimônio. 2. A magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 3. Referências meramente hipotéticas à possibilidade de reiteração de infrações penais, sem dados concretos a ampará-las, não servem de supedâneo à prisão preventiva. Precedentes. Ordem deferida, a fim de cassar o decreto de prisão cautelar.(STF-HC 99210, Relator Min. EROS GRAU, julgado em 01/12/2009, DJe 27-05-2010)

113 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 144.

de reiteração delitiva. Ressalta-se que a utilização de tal requisito para decretação de prisão é considerado, doutrinariamente, bastante grave, pois, pode representar a forma mais violenta de ataque à presunção de inocência. Tal crítica é consubstanciada na ideia de que a esse argumento faltaria a natureza cautelar, visto que representaria uma *antecipação parcial*<sup>114</sup> da punição definitiva (sanção penal). Isso porque, a razão pela qual estaria fundamentada a medida cautelar seria característica da prevenção especial, finalidade penal, posto que se pretende com ela evitar que o acusado volte a cometer outros ilícitos pela, após a persecução penal que deu origem a esta medida cautelar. Desta feita, haveria um juízo de culpabilidade do agente sobre os fatos a ele imputados, haja vista a verificação da possibilidade de reiteração criminosa. Portanto, não seria, o imputado (denunciado ou indiciado), apenas considerado culpado pelos fatos contidos no inquérito ou processo penal, mas, seria concluída a sua inclinação para prática de outros delitos.

Todavia, há de se ressaltar que a prisão não é a única pena prevista no Código Penal, há outras não específicas da legislação penal. É, justamente, neste ponto que se encontra o problema central deste artigo. A cautelar do art. 319, VI, do Código do Processo Penal é, também, uma pena prevista no art. 47, I do Código Penal – somente no tocante à função pública, não há disposição legal sobre a suspensão ou proibição de atividade econômica como pena criminal – e no final do referido dispositivo do Código de Processo Penal o legislador determinou a hipótese de cabimento dessa medida: *quando houver justo receio de utilização para prática de infrações penais*. A principal problemática desse trabalho está exatamente nesta finalidade imposta pelo legislador, que é específica da pena: prevenção especial a qual visa que o agente não volte a cometer crimes.

Chama-se a atenção ao fato de que tal fim de medida cautelar não está exclusivamente previsto na legislação brasileira, há dispositivos

114 BADARÓ, 2011, p. 216. GOMES FILHO, 1991, p. 68.



parecidos em outros países<sup>115</sup>. Aqui destaca-se o Código de Processo Penal português, no qual é um dos requisitos das medidas cautelares o perigo de que o acusado venha a prosseguir na atividade criminosa<sup>116</sup>. Todavia, há que se questionar a coerência desta finalidade em uma medida cautelar com o princípio da presunção de inocência. Isto porque seria admitido que o referido princípio constitucional poderia ser relativizado quando se estivesse diante de uma medida cautelar, isto é, uma medida imprescindível para a instrumentalização do processo. No entanto, poderia se admitir a partir do princípio de presunção de inocência a aplicação de uma medida cautelar sem fins genuinamente cautelares?

Destaca-se, inicialmente, que Pacelli<sup>117</sup> e Câmara<sup>118</sup> admitem a aplicação da cautelar de suspensão da função pública ou atividade econômica para fins instrumentais do processo, ou seja, quando necessária para a investigação ou instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal. Tal entendimento é justificado pelo fato de ser admitida a prisão preventiva para este fim, vez que é medida mais grave que a suspensão de função pública ou atividade econômica.

Portanto, é possível identificar o discurso presente na alteração legislativa de 2011: quando o legislador insere no art. 319, VI, do Código de Processo Penal como causa de determinação da medida cautelar ali prevista o justo receio da utilização da função pública ou da atividade econômica para a realização de novas infrações penais, ele está admitindo na medida características de pena, uma vez que tal suspensão não funcionaria para cautelar o processo. Mas, para antecipar os efeitos de uma possível pena.

115 BADARÓ, *Op. cit.*, p. 217. LOPES JR, *Op. cit.*, p. 846.

116 Artigo 204º—Requisitos gerais: Nenhuma medida de coação, à exceção da prevista no 196º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida: c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade.

117 PACELLI, *Op. cit.*, p. 507 e 508.

118 CÂMARA, *Op. cit.*, p. 195.

## 6. CONCLUSÃO.

**A.** Como medida cautelar a suspensão de exercício da função pública ou de atividade econômica prevista no art. 319, inciso VI do Código de Processo Penal deve ser aplicada somente quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

**B.** Para demonstração do *fumus commissi delicti* o juiz deve fazer constatar na fundamentação do decreto da medida a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Já o *periculum libertatis* trata, especificamente, dos requisitos de cabimento de tal medida. Estes podem ser divididos em intraprocessuais e extraprocessuais.

**C.** Os intraprocessuais seriam aqueles previstos na primeira parte do art. 282, inciso I e segunda parte do art. 312, caput, do Código de Processo Penal – a necessidade para aplicação da lei penal ou da instrução criminal. Portanto, os pressupostos intraprocessuais seriam aqueles cuja finalidade é o regular prosseguimento da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal ao fim do processo, se houver condenação.

**D.** Diferentemente, os pressupostos extraprocessuais possuem objetivos estranhos à instrução penal. Nestes o fim da medida pode ser a garantia da ordem pública e/ou da ordem econômica. Como visto, tais termos possuem grande amplitude conceitual, o que permite grande diversidade de interpretações. São frequentemente apontados pela doutrina os seguintes referenciais como suporte da prisão preventiva: clamor público, gravidade da infração/magnitude da lesão, credibilidade das instituições e risco de reiteração delitiva. Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que não é possível, pelo texto da Constituição, a decretação de prisão cautelar apenas pelo clamor público ou gravidade da infração ou credibilidade das instituições. No posicionamento da Corte Constitucional é necessária a combinação de ao menos dois desses institutos.

**E.** Com a reforma de 2011, a Lei 12.403 alterou o art. 282 e disciplinou medidas alternativas à prisão preventiva. O referido artigo se tornou um dispositivo de regras gerais para as medidas cautelares, exceto a prisão preventiva. Nesse artigo há, além dos pressupostos intraprocessuais, um o requisito cautelar extraprocessual: o risco de reiteração, que até então era decorria da interpretação jurisprudencial do conceito de ordem pública ou da ordem econômica. Dessa forma, a reforma legislativa trouxe no texto do Código de Processo Penal a possibilidade de uma medida cautelar ser decretada para o fim de evitar que o acusado supostamente continue descumprindo a lei penal. Com esta finalidade prevista na lei, retoma-se a discussão sobre o perigo de reiteração como umas das interpretações possíveis da garantia da ordem pública e da ordem econômica.

No entendimento jurisprudencial o critério poderia ser estabelecido a partir de dados que informasse a existência de várias infrações supostamente praticadas pelo acusado. O problema central de tal posição jurisprudencial está no juízo prévio de culpabilidade que afronta o princípio da presunção de inocência por almejar fins específicos de pena.

**F.** O art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal pode ser considerado incoerente com o princípio da presunção de inocência, posto que estabelece finalidades de prevenção penal, que são específicas da sanção criminal.

## 7. REFERÊNCIAS.

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal – Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Cariocade Criminologia, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva**. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; FERNADES, Og; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PRADO, Geraldo. FERNANDES,

Og. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal – Prisão e suas alternativas – Comentários à lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

BARICHELLO, Tito Livio. **Medidas cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa e outros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais – Prisão e Liberdade provi-sória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CÂMARA, Luiz A. **Reflexões acerca das Medidas Cautelares Pessoais nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. In: Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas. Curitiba, PR: Juruá, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Trad. Patricia S. Ziffer. Colección de Estudios nº 10. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal – Teoria, crítica e práxis**. 4ª ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

PASTOR, Daniel R.. **Es conveniente la aplicación del proceso penal “convencional” a los delitos no “convencionales”?** In: MAIER, Julio B. J.. *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1994.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Delrey, 1998.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e outros. 25. ed. alemana. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003

SANGUINÉ, Odoné. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método, 2011.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito**

**processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

VITALE, Gustavo R. **Encarcelamiento de presuntos inocentes – Hacia la bolición de una barbarie.** Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Origen y evolución del discurso critico en el direito penal.** Buenos Aires: Ediar, 2004.

## Capítulo 4

# NOTAS SOBRE A RECEPÇÃO DOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO NAS DECISÕES JURÍDICAS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS<sup>1</sup>

Cristina Rego de Oliveira<sup>2</sup>

Matheus Almeida Caetano<sup>3</sup>

**Resumo:** O texto apresenta a construção da técnica aplicável aos delitos de acumulação, destacando as principais críticas expostas pela dogmática, quais sejam, aquelas relacionadas à ausência de ofensividade da conduta praticada pelo agente e, ainda, acerca da dificuldade de aferição da culpa. Apresentam-se algumas decisões dos tribunais do Brasil, destacando como a acumulação foi

1 Abreviaturas e siglas: *ADPCP* (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministério de Justicia*); *CP* (Código Penal português); *GA* (*Goldammer's Archiv für Strafrecht*); *JZ* (*Juristenzeitung*); *RBCCRIM* (Revista Brasileira de Ciências Criminais); *REPCUG* (*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Universidad de Granada*); *RPCC* (Revista Portuguesa de Ciência Criminal); *StGB* (*Strafgesetzbuch* = Código Penal); *ZStW* (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*).

2 Doutoranda em “Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI” pela Universidade de Coimbra (UC). Mestre em “Ciências-Jurídico Criminais” pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pós-Graduada em “Direito Constitucional” pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), em “Direito Penal e Criminologia” e em “Sociologia Política”, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bolsista do *Programa de Doutorado Pleno no Exterior* pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Processo n.º 1668/2015-3.

3 Doutorando em “Ciências Jurídico-Criminais” pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em “Direito, Estado e Sociedade” pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Graduado em “Direito Penal Econômico e Europeu” pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pesquisador-visitante junto ao *Strafrechtliches Institut der Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn* (Instituto de Direito Penal da Universidade de Bona, Alemanha). Membro dos Grupos de Pesquisa “Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco” (UFSC), “Modernas Tendências do Sistema Criminal (UNIFAE-PR), “Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime. Fundamento, função e estruturação do direito penal normativo na sociedade contemporânea” (PUC-RS), cadastrados no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Bolsista do *Programa de Doutorado Pleno no Exterior* pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Processo n.º 1181/2012-2.