

PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Leonardo Sica

Advogado, Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP, Diretor da Associação dos Advogados de São Paulo, Coordenador da Revista *Ultima Ratio*, Professor convidado da Especialização em Direito Penal Econômico da FGV/SP (GVlaw), autor dos livros *Justiça Restaurativa e Mediação Penal* (Lumen Juris) e *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão* (Revista dos Tribunais).

A inclusão da garantia da ordem econômica dentre as hipóteses autorizadoras de prisão preventiva trouxe diversos problemas, próprios da legislação casuística e emergencial que marcou fortemente a última década do século XX, especialmente no campo dos chamados “crimes econômicos”, área de notado avanço da intervenção penal naquele período. Dentre os problemas dessa “inovação” podemos listar: (i) o aumento das possibilidades de utilização da medida excepcional de força, tendendo a descaracterizá-la como exceção e aproximá-la da “normalidade”; (ii) a utilização de elemento contido nos próprios tipos penais para justificar medida cautelar, tornando quase inevitável a antecipação da discussão de mérito, com indevido pré-julgamento; (iii) dificuldade em delimitar com precisão o significado da expressão “garantia de ordem econômica”, permitindo a proliferação de decretos de prisão cautelar apoiados em termos vagos e fórmulas genéricas e, logo, ilegais.

Portanto, garantia da ordem econômica, como fundamento de prisão preventiva, é questão delicada ante a sua inevitável vinculação com o mérito do processo e a falta de conceito inequívoco para o termo.

Considerando que a garantia da ordem econômica foi inserida no artigo 312 do CPP pela Lei 8.884/94, cujos tipos cuidaram de indicar as condutas ofensivas à ordem econômica - repetidas ou assemelhadas aos tipos penais inscritos na Lei 8.137/90 (Cap. II) - a definição conceitual da

expressão deveria ser extraída precipuamente da objetividade jurídica de ambas as leis (8.884/94 e Capítulo II da 8.137/90).

Vale dizer: a necessidade concreta da prisão preventiva para garantia da ordem econômica deve ser obtida por meio de raciocínio silogístico que tem como premissa maior – e essencial – a imputação de condutas ofensivas à ordem econômica (por imperativo lógico).

E a premissa secundária: só podem ser consideradas como ofensivas à ordem econômica as condutas assim classificadas pela lei.

Para reforçar essa definição recorreremos à lição de Eros Grau¹: *a ordem econômica deve ser considerada como parcela 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 lei que a compõem. Leis que devem ser rigorosamente aplicadas, especialmente quando os fatos estão sendo tratados no campo jurídico-penal, no qual não se admite interpretações extensivas, por força de regra fundamental do Estado de Direito: as leis penais só admitem interpretação taxativa e restritiva.

Contudo, essa orientação não tem sido observada nos tribunais. Ao reverso, tem sido frontalmente desprezada. Em prol da ampliação indiscriminada das possibilidades de uso da medida extrema de força, alguns tribunais vêm recorrendo à manifesta interpretação extensiva da categoria legal “crime contra a ordem econômica”.

Vejamos, por exemplo, decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em que, explicitamente, afastou-se a relação entre a tutela cautelar da ordem econômica e a imputação de crimes contra a ordem econômica para manter-se a prisão preventiva de acusados por crime de descaminho e formação de quadrilha:

¹ *Contribuição para a interpretação crítica da ordem econômica na Constituição de 1998*. São Paulo, ed. USP, 1990, p. 68-72.

“(…) Com efeito, mostra-se, *data venia*, bastante pobre a interpretação de que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem econômica só seria possível nos crimes expressamente designados pela lei como ofensivos à ordem econômica. Repita-se, porém, que mesmo aqueles que assim pensam, certamente não hesitarão em admitir que os delitos de que tratam os autos são capazes de ofender a ordem pública.

Dito isso, perde relevo a alegação de que não haveria risco sistêmico à ordem econômica (…)” (Proc. 2007.03.00.097655-0, HC 29865).

Pelos termos da decisão acima, a disciplina da prisão processual não estaria submetida ao regime de estrita legalidade (!), pois, por **meio de interpretação judicial estaria a se admitir como ofensivos à ordem econômica crimes que a lei, expressamente, não considera como tal**. De certa forma, a mensagem contida nesse entedimento despreza o princípio da reserva legal, ignora a atividade legislativa e também a função delimitadora do bem-jurídico, tudo por meio de raciocínio obtuso: mesmo que o legislador não tenha classificado determinada conduta como ofensiva à ordem econômica, o juiz poderia assim classificá-la com base em opinião pessoal ou referência abstratas, tal como aquelas resumidas acima.

Prevalecendo essa orientação, poderíamos considerar desnecessário o artigo 170 da Constituição Federal, que traz a definição de ordem econômica:

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

I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e

prestação; VII – redução das desigualdades sociais e regionais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as Leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Portanto, os valores em que se funda a ordem econômica estão na Carta Magna: livre iniciativa, controle do abuso econômico (redução das desigualdades), valorização do trabalho e da economia popular; conjunto axiológico do qual o legislador ordinário deduziu os bens jurídicos dignos de tutela penal para criminalizar as condutas lesivas àqueles, classificando-as de maneira taxativa e determinada, cumprindo, assim, as exigências do princípio da legalidade.

Nesse sentido, a leitura do art. 170 evidencia que crimes como sonegação fiscal, descaminho, corrupção, fraude à licitação, por exemplo, não podem ser tidos como ofensivos àquela ordem

Noutra oportunidade, a mesma Corte Federal ampliou o significado da expressão, apartando-a do seu conteúdo legal para permitir manutenção de prisão cautelar decretada sob divagações acerca da necessidade de proteção da ordem econômica, tudo isso em processo que tratava de crimes contra a administração pública:

“PROCESSUAL PENAL: *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. CUSTÓDIA CAUTELAR NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA E (...) MAGNITUDE DA LESÃO SOFRIDA PELOS COFRES PÚBLICOS. QUANTIA SUPERIOR A R\$ 30 MILHÕES DE REAIS.

(...)

II – Presentes os pressupostos exigidos, e estando suficientemente fundamentada a decisão que expressamente reconheceu a necessidade da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, da ordem econômica e para assegurar a

aplicação da lei penal, nenhuma relevância tem as condições pessoais do Paciente.

III – Não se justifica o tratamento diferenciado conferido ao co-réu, cujo pedido liminar foi indeferido em virtude da complexidade da organização criminosa, a grande magnitude da lesão causada (montante superior a R\$ 30 milhões) e o “desvalor” da conduta, eis que o desfalque lesionou toda a coletividade, aplicando o princípio *in dúbio pro societate*, sendo necessária a manutenção da custódia cautelar a fim de evitar a possibilidade de fuga (...)

IV – A segregação cautelar do Paciente se justifica como garantia da ordem econômica, da ordem pública (HC 2003.03.0067497-6)

Além de recorrer ao (indevido) uso genérico da garantia da ordem econômica, a decisão acima incorreu em outro vício comum: embaralhou os conceitos ordem pública e ordem econômica.

Seguindo o raciocínio ilustrados nos dois precedentes acima, desvio de verbas públicas, sonegação de impostos, descaminho, corrupção e outras situações tem sido, indistintamente, relacionadas à necessidade de proteção da ordem econômica, mercê do equívoco contido na idéia (extraída do senso comum) de que o risco à ordem econômica derivaria da capacidade financeira do imputado, da magnitude do suposto prejuízo financeiro ou do vulto dos valores financeiros envolvidos na persecução criminal. Esse entendimento nega a constitucionalização do processo penal e ignora o marco constitucional das leis penais.

Ao reverso, como mencionado no início, as hipóteses de efetivo risco à ordem econômica derivam tão somente de crimes específicos previstos nas Leis 8.137/90 (Capítulo II), 1.521/51 e 7.492/86 (pois o Título VII da Constituição estabelece o tratamento conjunto de ordem econômica e financeira).

Fora dessas hipóteses, não há como cogitar de prisão preventiva por garantia da ordem econômica, mesmo que o caso concreto envolva grave lesão ao patrimônio público ou particular. Portanto, prisão preventiva fundada nesse requisito e que não inclua as condutas previstas no capítulo II da Lei 8.137/90 ou nas Leis 1.521/52 e 7.492/86 é manifestamente ilegal, pois, a tutela da ordem econômica está normativamente circunscrita ao âmbito de incidência destas.

Nesse sentido é o entendimento de MIRABETE:

“(…) O art. 312 do CPP – no que diz respeito à garantia da ordem econômica – só pode ser aplicado na prática de crime que possa causar perturbação à ordem econômica, citando-se, especificamente, os definidos na Lei nº 8.137, de 27-12-90, entre os quais o de ‘elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado’ (art. 4º, VII, com redação dada pelo art. 85 da Lei 8.884), na Lei 7.492, de 16-6-1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências, e na Lei 1.521, de 26-12-1952, que prevê crimes contra a economia popular (...)”².

Ainda, considerando que a lesão ou ameaça à ordem econômica é elemento ínsito de muitos daqueles tipos penais, há que se aplicar redobrado comedimento na utilização da prisão cautelar para garantia da ordem econômica, pois, nessas hipóteses, sempre haverá antecipação do mérito da causa, por mais lacônico que seja o magistrado. Por isso, este breve estudo procura estabelecer critérios seguros e objetivos, apoiados na dogmática penal e em precedentes jurisprudenciais paradigmáticos sobre o tema.

Ao julgar *habeas corpus* referente à prisão preventiva decretada durante a célebre *Operação Farol da Colina*, uma das maiores operações realizadas pela Polícia Federal, o Pretório Excelso começou a delinear o sentido da garantia da ordem econômica inscrita no art. 312 do CPP.

² *Código de processo penal interpretado*. 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 694.

Importante lembrar que naquele caso os pacientes foram denunciados por crimes contra o sistema financeiro (evasão de divisas e gestão fraudulenta), lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, apurando-se movimentação de valores de mais de um bilhão de dólares (US\$ 1,233.205.433.80, conforme consta do v. acórdão), por meio de centenas de operações em contas em nome de *off shores*.

Foi nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal revogou ordem de prisão preventiva, sob os seguintes fundamentos:

“(…) O vulto da lesão estimada, por si só, não constitui fundamento cautelar válido (cf. HC 82.909, **Marco Aurélio**, DJ 17.10.03); no entanto, é pertinente conjugar a magnitude da lesão e a habitualidade criminosa, desde que ligadas a fatos concretos que demonstrem “**risco sistêmico**” à ordem pública ou econômica (…)”³.

Essa conclusão foi lançada com base em diversos precedentes da Corte Suprema, principalmente o HC 80.717, julgado no Pleno e relatado pela Ministra ELLEN GRACIE, cujos termos foram lembrados pelo Relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, ao reiterar enfaticamente que a garantia da ordem econômica, na leitura processual penal, só se viabiliza quando a situação concreta implique em risco à própria ordem pública:

“(…) Se cuida de estabelecer uma presunção absoluta de abalo da ordem pública pela só magnitude da lesão patrimonial alegadamente resultante do crime, a sua inconstitucionalidade é chapada. Com efeito.

Uma tal presunção teria por pressuposto lógico a afirmação de responsabilidade do acusado pela lesão acarretada, o que obviamente é repellido pela consagração constitucional da garantia de que ‘**ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**’ (…)”idem.

³ HC 86.758-8/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 02.05.2006, DJ 01.09.2006 – sublinhamos e negritamos.

Portanto, a inexistência de **risco sistêmico** à ordem econômica, extraído de elementos concretos contidos nos autos, deslegitima qualquer decreto de prisão cautelar apoiado nesse requisito. Sempre reiterando que para se chegar a tal conclusão é muito difícil não avançar sobre a presunção de inocência, pois, no caso concreto, é possível que a constatação do risco passe pela afirmação da ocorrência de condutas que, adiante, deverão ser julgadas perante o mesmo Juízo.

No mesmo julgamento, o Ministro CEZAR PELUSO reforçou esse entendimento:

“(…) em relação à magnitude da lesão como motivo autônomo para decreto da prisão preventiva. De fato, Vossa Excelência demonstrou bem que isso só seria lícito a partir do pressuposto de que se presume ter havido lesão criminosa antes de julgada a causa, em afronta direta, portanto, à garantia constitucional, que não permite impor ao réu, enquanto pendente a causa penal, nenhuma consequência danosa fundada ou vinculada diretamente a um juízo definitivo de culpabilidade (…)”idem.

Ainda naquele emblemático julgamento, o Ministro MARCO AURÉLIO consignou outra conclusão extremamente útil, ao analisar argumento idêntico àquele constante dos precedentes do TRF da 3ª Região copiados ao início:

“(…) Peço vênias ... para utilizar a mesma premissa de não respaldar a magnitude da lesão, no tocante à custódia preventiva, para utilizar esse mesmo argumento quanto ao cometimento de outros crimes. A prática de outros delitos deve ser questionada em processo próprio, sob pena de ter-se mesclagem, a meu ver, incompatível com a ordem jurídica, sob pena de, tendo em vista atos de constrição que estão em patamares diversos – da preventiva e possível condenação definitiva -, chegar-se a sobreposição contrária ao próprio Direito Penal. Entendo que o fato de se ter levado em conta, não sei objetivamente em qual época ou unidade de tempo, outras

práticas delituosas, sob pena de contrariar-se o princípio da não-culpabilidade – creio que não havia, sequer, persecução criminal quanto a eles – está a merecer glosa (...)”idem.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a mesma questão, sendo que os pacientes estavam incurso em crime contra o sistema financeiro (gestão fraudulenta), contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, em face de desvios estimados em US\$ 200,000.000.00 (duzentos milhões de dólares). Também restou revogada prisão preventiva determinada sob aqueles fundamentos indevidos:

“(...) A ordem econômica (item ‘ii’), por sua vez, também já foi objeto de discussão no Plenário desta Corte como requisito da prisão preventiva. No julgamento do HC nº 80.717-SP (relatora para o acórdão Min. Ellen Gracie, DJ de 05.03.2004), o Tribunal estabeleceu que o fundamento da ordem econômica deveria se revestir de requisitos similares aos da garantia da ordem pública.
.....

Com relação à garantia da ordem econômica, observa-se que, diferentemente do entendimento firmado por este Tribunal no precedente referido, a magnitude da lesão provocada foi invocada no decreto prisional como elemento autônomo para a custódia cautelar. Assim, de igual modo, não vislumbro fundamentação idônea da decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem econômica (...)”⁴.

Em outro acórdão, lavrado pelo Ministro EROS GRAU, também professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da USP, o Supremo Tribunal reafirmou que a **lesividade econômica da conduta**, “*sendo própria do tipo penal, não pode respaldar a prisão preventiva para garantia da ordem econômica (Precedente)*”⁵.

⁴ HC 85.615-2/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03.03.06, grifamos.

⁵ HC 85.519-9/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 17.03.2006.

Neste ponto, surge então outro limitador ao uso indiscriminado do requisito sob estudo, pois:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA EM FATOS LIGADOS INTRINSECAMENTE AO MÉRITO DAS INVESTIGAÇÕES. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRISÃO DEMONSTRADA. AUSENTES OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. (...)

O decreto de prisão preventiva apóia-se em fatos ligados intrinsecamente ao mérito das investigações, a ser apurado em processo criminal sob rito ordinário, e não especificamente a fatos que demonstrem a necessidade de prisão preventiva, que, por natureza, é acauteladora e excepcional: configurado constrangimento ilegal a ser sanado nesta ação de habeas corpus.

.....
Embora muito bem explicitada a decisão que decretou a prisão cautelar, narrando o contexto em que a ordem se deu e os fatos imputados às Pacientes, que, aliás, são de extrema gravidade, é forçoso reconhecer que não parecem idôneos e suficientes para justificar a segregação cautelar das mesmas.

.....
Assim, considero comprovado o bom direito legalmente estatuído a fundamentar a concessão da ordem pleiteada, razão jurídica pela qual confirmo a liminar antes deferida e concedo a ordem de *habeas corpus* especificamente para anular o decreto de prisão preventiva relativamente às Pacientes expedido no curso do Inquérito n. (...)”⁶.

Frisando a repercussão do caso acima: revogou-se a prisão preventiva de pacientes acusados de formação de quadrilha, crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro, em face de centenas de remessas para o exterior, realizadas por meio das famosas contas CC-5 durante o período ininterrupto de três anos.

⁶ STF, HC 89.970/RO; 1ª T.; Rel. Min. Cármen Lúcia; j. 05.06.2007.

O abalo da ordem econômica é condição que só pode ser bem avaliada sob a ótica constitucional e a partir de um ponto de vista nacional, republicano. E, para isso, a mais alta Corte do país é o *locus* privilegiado para dirimir-se as inquietudes que a inclusão da expressão no artigo 312 do CPP trouxe aos operadores do Direito Penal.

A análise dos precedentes do STF permite outra conclusão: a liberdade de diversas pessoas acusadas de crimes graves e suspeitos de movimentar valores altíssimos não trouxe qualquer instabilidade à ordem econômica do país.

Se, nos casos acima mencionados, a liberdade dos acusados não acarretou qualquer abalo à economia nacional, pode-se deduzir, com segurança, que em outros similares ou menos graves não haverá como utilizar-se da prisão preventiva sob esta motivação. A conclusão é lógica: a segregação provisória de um cidadão, raramente, poderá ser relacionada como medida essencial para assegurar a higidez da economia nacional. Essa afirmação, embora pareça surpreendente, nada mais faz do que reafirmar o caráter excepcional e extremo da prisão cautelar.

Portanto:

- (i) a prisão preventiva para garantia da ordem econômica tem como pressuposto lógico e necessário a imputação da prática de crime contra a ordem econômica, que, na nossa legislação são somente aqueles previstos no Capítulo II da lei 8.137/90, lei 1.521/51 e lei 7.496/86;
- (ii) o critério acima deve ser sucedido da constatação da possibilidade de a liberdade do agente causar **risco sistêmico** à ordem econômico-financeira, extraída de elementos concretos trazidos aos autos, jamais de suposições ou conjecturas nesse sentido;

- (iii) a magnitude de valores desviados, apropriados ou sonegados não é elemento idôneo para caracterizar o perigo à ordem econômica, além de ser questão cuja análise deve ser reservada para o momento da verificação da culpabilidade.