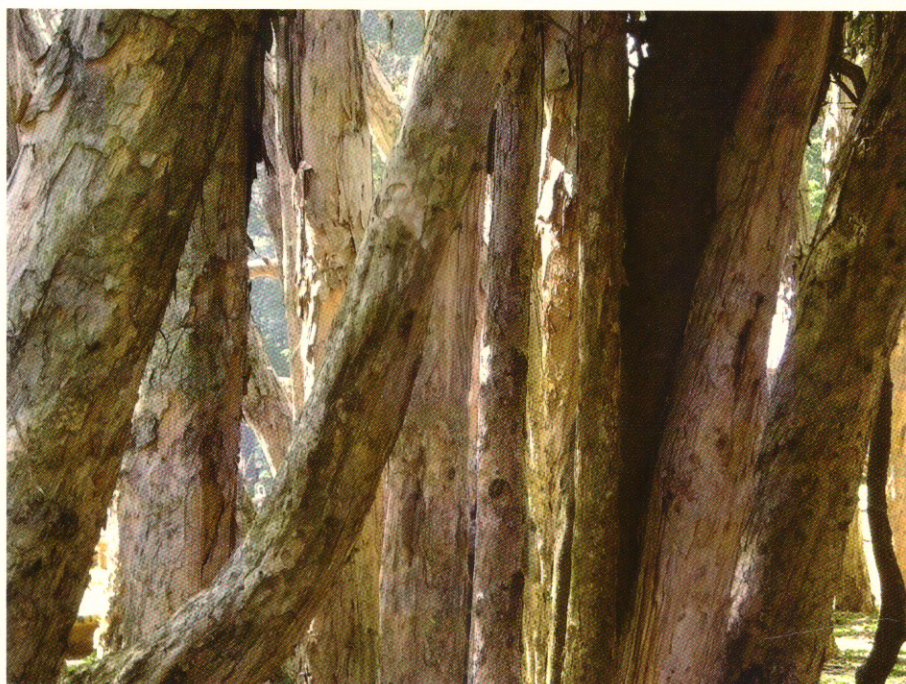


ISSN 1413-7097

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



168

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (RDDT)

ISSN 1413-7097

168

(SETEMBRO - 2009)

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretores da Editora Dialética
Lidia Lobello de Oliveira Rocha
Valdir de Oliveira Rocha
Denise Lobello de Oliveira Rocha
Trevisan

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolitos
Forma Certa

Impressão
Yangraf

Indexação em base de dados nacionais:
RVBI (Periódicos) - Senado Federal
(www.senado.gov.br/sicon)

Rede de bibliotecas depositárias:
Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal
de Justiça, Conselho da Justiça Federal,
Tribunal Regional Federal da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª
Regiões



Neide Arcanjo

é a autora da fotografia reproduzida
em destaque na capa desta edição.

Na página inicial do *site*
www.dialetica.com.br

canto superior, esquerdo, pode-se
realizar BUSCA que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque os
exemplares anteriores da

Revista Dialética de Direito Tributário.

Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra
correspondem às cópias obtidas nas
Secretarias dos Tribunais ou se originam
de publicações oficiais de seus julgados.
Tiragem superior a 3.000 exemplares.
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Rua Sena Madureira, 34

CEP 04021-000 - São Paulo - SP

e-mail: atendimento@dialetica.com.br

Fone/fax (0xx11) 5084-4544

www.dialetica.com.br

SUMÁRIO

Doutrina

Alberto Xavier, Roberto Duque Estrada e Renata Emery - Países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados

A. Os paraísos fiscais e os regimes fiscais privilegiados no contexto da concorrência fiscal prejudicial. B. O conceito de países com tributação favorecida. C. O conceito de países com regime fiscal privilegiado. D. As modalidades de regime fiscal privilegiado e a distinção relativamente ao conceito de tributação favorecida. E. Aplicação exclusiva do conceito de regime fiscal privilegiado a preços de transferência.

7

Alexandre S. Pacheco - Dano ao Erário - *leasing* financeiro e alienação fiduciária em garantia de automóveis - multa e pena de perdimento

1. Introdução. 2. Qualidade da posse de bens arrendados e de bens alienados. 3. Escopo de garantia da propriedade fiduciária. 4. Posse direta com domínio econômico de garantia objeto de alienação fiduciária. 5. Reflexos sancionatórios do uso abusivo de bens na posse direta sob domínio econômico. 6. O tratamento dado pela legislação de trânsito aos ilícitos praticados com veículos arrendados ou alienados. 7. A visão dos tribunais acerca do mau uso de bens arrendados ou alienados. 8. Sanções imputadas pelo Fisco federal na ocorrência de dano ao Erário. 9. Conceito de "dano ao Erário". 10. Pena de perdimento aplicada em veículos arrendados e alienados. 11. Transcendência da pena de perdimento dos financiados para os financiadores. 12. Função da pena de perdimento. 13. Razões que motivam as autoridades fiscais a aplicarem as penas de perdimento em veículos arrendados e alienados. 14. Aplicação equitativa da pena de perdimento em bens arrendados e alienados. 15. Multas pecuniárias imputáveis a transportador interveniente em operação de comércio exterior. 16. Conclusão.

18

Fabio Luiz de Oliveira Bezerra - Tributação dos recursos hídricos

1. Introdução. 2. Cobrança tributária pelo serviço público de saneamento básico. 3. Cobrança tributária pelo uso dos recursos hídricos. 4. Cobrança pela exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica ou compensação financeira por essa exploração. 5. Conclusões.

39

Hugo de Brito Machado - Prisão preventiva nos crimes contra a ordem tributária

1. Introdução. 2. Prisão preventiva como medida cautelar. 3. Prisão preventiva nos crimes tributários. 4. O prudente arbítrio do juiz. 5. Prisão preventiva injusta e reparação do dano.

56

Igor Mauler Santiago e Frederico Menezes Breyner - Locação de veículos com motoristas: não-caracterização de serviço de transporte para efeito de ICMS e ISS

1. Introdução. 2. Sobre a competência tributária. 3. Irredutibilidade da locação de veículos com motoristas ao conceito privado de serviço de transporte. 4. Conclusão.

66

Ives Gandra da Silva Martins - Imunidades tributárias e as leis complementares, ordinárias e federais

71

José Souto Maior Borges - Sobre a imunidade das operações interestaduais de circulação do petróleo e combustíveis e manutenção de crédito de ICMS

1º Período: vigência do Convênio ICMS 66/88. 2º Período: vigência superveniente da Lei Complementar 87/96. II. Constitucionalidade do Convênio 66/88, art. 33. III. Efeitos da liminar na ADI 715-7/DF. IV. Atribuição constitucional de competência tributária ao Estado de destino da mercadoria nas operações interestaduais de circulação. V. Sobre os casos de manutenção do crédito de ICMS: quais são eles. VI. Tributabilidade do combustível apenas no Estado de destino. VII. Nenhuma obrigação de estornar créditos do ICMS: incumulatividade não é princípio. VIII. Pretensão inconstitucional à cumulatividade do ICMS nas operações interestaduais. IX. Implicações da disciplina constitucional nas operações interestaduais. X. Conclusões sintéticas.

82

Prisão Preventiva nos Crimes contra a Ordem Tributária

Hugo de Brito Machado

1. Introdução

Talvez em decorrência da ideologia que adotam, alguns vêem o empresário como um inimigo da sociedade, um usurpador dos direitos desta. Alguém que se vale da proteção do direito individualista para acumular riqueza em detrimento do povo. E nessa ótica, a empresa privada seria um mal em si mesma, devendo por isto ser combatida a qualquer custo. E, assim, qualquer deslize do empresário serviria como pretexto para atacá-lo.

Para os influenciados por tal padrão ideológico, o empresário, por ser rico, é sempre um risco para a sociedade. Assim, sendo acusado do cometimento de um crime, deve ser preso imediatamente porque, sendo rico, terá sempre a possibilidade de fugir e frustrar, dessa forma, a aplicação da lei penal.

Não são raras as manifestações de membros do Ministério Público e até de magistrados no sentido de que o simples fato de ser rico é motivo suficiente para a decretação de prisão preventiva de acusados da prática de crime contra a ordem tributária. Esses acusados constituiriam uma espécie de delinqüentes aos quais não devem ser assegurados quaisquer direitos. Seriam piores, muito piores, do que seqüestradores, assaltantes, autores de latrocínios e de estupros. Teriam de ser sumariamente condenados, sem qualquer direito de defesa.

Os que por ideologia ou por qualquer outra razão vêem o empresário como alguém nocivo à sociedade pretendem para ele um Direito Penal autoritário. Desprovido das garantias fundamentais que a civilização construiu para a proteção dos acusados em geral contra o arbítrio estatal. Garantias que se fazem necessárias porque acusadores e julgadores não são santos, mas homens, falíveis como qualquer ser humano.

Não se imagine, porém, que essas garantias se fazem necessárias apenas nos Estados autoritários. Também no Estado Democrático de Direito, que consagra as liberdades individuais e especialmente a liberdade de iniciativa econômica, as garantias fundamentais do cidadão contra o arbítrio estatal são indispensáveis para que as liberdades sejam efe-



**Hugo de Brito
Machado**

*é Juiz Aposentado do
TRF da 5ª Região,
Professor Titular de
Direito Tributário da
UFC e Presidente do
Instituto Cearense de
Estudos Tributários.*

tivas. Exatamente porque são livres, inclusive quanto à iniciativa econômica, os cidadãos muita vez utilizam mecanismos do Estado contra seus concorrentes. Utilizam meios, inclusive meios escusos, para instigar contra estes a ação de autoridades que agem como defensoras dos interesses públicos e da moralidade, embora muita vez o verdadeiro motivo de suas ações seja individual e imoral.

Importante, pois, nesse contexto, o conhecimento dos pressupostos e dos motivos da prisão preventiva, da natureza desta e de suas relações com os direitos e garantias fundamentais. Por isto, neste pequeno estudo, vamos abordar essas questões, com o intuito de contribuir, ainda que modestamente, para esse conhecimento que todo cidadão deve ter.

2. Prisão Preventiva como Medida Cautelar

2.1. Conceito e finalidade

A prisão preventiva é típica medida cautelar em matéria penal. Consiste na privação da liberdade do acusado de cometer crime para o qual a lei comina pena dessa natureza, vale dizer, pena privativa da liberdade, imposta sem que tenha havido ainda condenação. Este o sentido amplo da expressão, no qual se inclui qualquer forma de privação da liberdade antes da sentença penal condenatória. Mas existe a prisão preventiva em sentido estrito, assim definida por Mirabete:

“A prisão preventiva, em sentido estrito, é a medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. É considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais, em que a custódia provisória seja indispensável.”¹

A finalidade da prisão preventiva não é antecipar a pena, mas garantir sua aplicação e, em alguns, casos livrar a sociedade do perigo a que estaria submetida com a permanência do acusado em liberdade. Assim é que Fernando Capez conceitua a prisão preventiva como:

“Prisão de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorram os motivos autorizadores.”²

A prisão preventiva decretada sem que estejam presentes os pressupostos legais dessa medida cautelar, ou não ocorram os motivos que a autorizam, é simplesmente uma forma de arbítrio judicial, pois a prisão somente se qualifica como preventiva, e assim uma prisão legalmente autorizada, quando estejam presentes os seus pressupostos e se destine a atender a finalidade prevista nos termos da lei.

A indicação da finalidade específica da prisão preventiva depende do caso concreto. Ela pode ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, sempre que estiverem presentes os seus pressupostos essenciais.

¹ Julio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal - Interpretado*, 8ª edição, Atlas, São Paulo, 2001, p. 681.

² Fernando Capez, *Curso de Processo Penal*, 12ª edição, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 241.

2.2. Pressupostos

A lei estabelece os pressupostos essenciais da prisão preventiva, vale dizer, pressupostos exigíveis em qualquer caso. Além da presença de tais pressupostos, é necessária a presença dos motivos que justificam, em cada caso, sua decretação.

Constituem pressupostos essenciais da prisão preventiva: (a) a prova da existência do crime, e (b) a existência de indícios suficientes de sua autoria. Note-se desde logo a distinção quanto aos elementos de convicção do juiz. Quanto ao fato definido como crime não bastam os indícios. É necessária a existência de prova. Os indícios são suficientes no que concerne à autoria do fato.

A prova da existência do crime é um pressuposto essencial. Sem prova da existência do fato definido em lei como crime não se pode falar de prisão preventiva porque, para decretá-la, o juiz deve ter certeza da ocorrência do crime. Repita-se que não são bastantes os indícios, por mais veementes que eles sejam. É indispensável a existência de prova.³

A presença de indícios suficientes da autoria é o segundo dos pressupostos para a prisão preventiva. A lei não exige prova da autoria do crime, mas indícios suficientes. Não basta um indício qualquer, certamente, mas indícios capazes de produzir no espírito do juiz a convicção, ainda que não definitiva, de que o acusado realmente é o autor do crime. Por isto é que a lei se reporta a indício suficiente de autoria.⁴ A jurisprudência se tem manifestado no sentido de que:

“Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. Vigora o princípio da confiança nos juízes próximos das pessoas em causa, dos fatos e das provas, assim como meios de convicção mais seguros que os juízes distantes. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória.”⁵

Os motivos ou fundamentos da prisão preventiva encontram-se indicados no art. 312 do Código de Processo Penal, que também indica os seus dois pressupostos essenciais acima referidos. Segundo esse dispositivo, “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

A identificação dos motivos ou fundamentos da prisão preventiva, que é condição de validade do despacho que a decreta, depende das circunstâncias do caso concreto, como a seguir se verá.

2.3. Fundamentos

Note-se desde logo a distinção entre os motivos da prisão preventiva, em tese, e os motivos da prisão preventiva no caso concreto. Uma coisa é o significado dos motivos ou fundamentos da prisão preventiva albergados pela norma, no plano da abstração jurídica. Outra, certamente diversa, é a constatação da presença desses

³ JTACRESP 50/99, citação feita por Julio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal - Interpretado*, 8ª edição, Atlas, São Paulo, 2001, p. 689.

⁴ Código de Processo Penal, art. 312.

⁵ *Revista dos Tribunais* 554/386-7, citação feita por Julio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal - Interpretado*, 8ª edição, Atlas, São Paulo, 2001, p. 689.

motivos ou fundamentos na situação de fato ocorrente em um caso concreto. Quanto aos primeiros, ensina Greco Filho:

“Os motivos ou fundamentos da prisão preventiva, ainda que contendo conceitos abertos ou amplos como o de ordem pública, são taxativos, de moto que a sua utilização fora das hipóteses legais é ilegítima, ensejando o *habeas corpus*.”⁶

Efetivamente, saber quando é necessária a prisão do acusado para *garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal*, é questão que envolve inevitavelmente larga margem de subjetivismo. Todavia, a lei não atribui ao juiz poder discricionário. A questão de ser a prisão preventiva, em cada caso, necessária para garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal, não fica a exclusivo critério do juiz do processo. Por isto mesmo, o despacho que decreta a prisão preventiva, para ser válido, deve ser fundamentado, com indicação das circunstâncias de fato no caso concreto que consubstanciam, no entender do juiz, o motivo da medida restritiva da liberdade do acusado. Como assevera Greco Filho, “a fundamentação deve conter dados concretos sobre o fato, não bastando a simples remissão genérica às hipóteses legais”.⁷

Se na avaliação dos fatos, para saber se está, ou não, preenchida uma das hipóteses legais de cabimento da prisão preventiva, o juiz exercesse poder discricionário, seu despacho não ensejaria recurso. Mas não é assim. A avaliação dos fatos enseja reexame pelo tribunal, que poderá, apreciando o recurso cabível, cassar o despacho que decreta a prisão preventiva.

2.4. Iniciativa e ocasião para decretação

A prisão preventiva pode ser decretada de ofício, ou atendendo a representação da autoridade policial, ou a pedido do Ministério Público ou do querelante.⁸

Pode ocorrer sua decretação desde a ocorrência do crime até a sentença. Neste sentido, doutrina Greco Filho:

“Quanto ao momento, a prisão preventiva pode ser decretada desde a data do fato até a sentença. Prolatada esta, se for absolutória, a preventiva seria incompatível com ela, e, se for condenatória a prisão decorrerá, ou não, dela própria e não da preventiva.”⁹

A rigor, a prisão preventiva deve ser decretada quando chegam ao conhecimento do juiz os fatos que a motivam. Desde a ocorrência do crime tais fatos podem chegar ao conhecimento do juiz. Desde então, portanto, será possível a decretação. E até a sentença porque, depois desta já não faz sentido, pois sendo a sentença condenatória, a prisão será nesta decretada, e sendo a sentença absolutória, restarão afastados os seus pressupostos.

2.5. Duração

A duração da prisão preventiva é a definida para a instrução do feito, vale dizer, para a formação da culpa. Sobre o assunto, ensina Greco Filho:

⁶ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 244.

⁷ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 244.

⁸ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 245.

⁹ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 245.

“A jurisprudência, somando os prazos da instrução criminal, inclusive o do inquérito, os cartorários e os do juiz não expressos, fixou o entendimento de que o prazo máximo de prisão processual durante a instrução é de 81 dias, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal.

Das inúmeras decisões a respeito, inclusive muitas contraditórias, em virtude da gravidade do caso concreto, é possível, porém, extrair alguns pontos relativamente assentados:

a. O excesso de prazo em cada momento já pode caracterizar o constrangimento ilegal com a conseqüente soltura do réu, mas se a fase já está superada não se decreta o relaxamento da prisão se a instrução está em curso e não se atingiu o limite de 81 dias. Assim, por exemplo, se a autoridade policial não remete o inquérito concluído em 10 dias, caracteriza-se o constrangimento e a possibilidade de relaxamento, mas, se o procedimento prosseguiu e a instrução já está em andamento, não se considera aquele atraso anterior se não se completaram os 81 dias.

b. O prazo de 81 dias é o da instrução criminal, não se aplicando, pois, às fases dos arts. 499 e 500, podendo, todavia, haver excesso desses prazos, especificamente.

c. Ainda que tenha havido excesso de prazo na instrução, não se relaxa a prisão se os autos estão conclusos para a sentença, a não ser que haja excesso de prazo para a sua prolação.

d. Não se considera excesso de prazo o causado por força maior ou por obstáculo provocado pela própria defesa. A força maior é a circunstância irresistível que torna impossível a prática dos atos processuais no tempo certo. Esse fato irresistível, porém, não pode ser atribuído aos órgãos da persecução penal e suas deficiências, porque o acusado não pode ter o ônus de suportá-lo. Assim, por exemplo, o acúmulo de serviço forense ou policial não pode ser considerado motivo de força maior para o excesso de prazo (*Há decisões considerando que a greve nos serviços forenses é justa causa para o excesso de prazo. Em que pesem os motivos relevantes de interesse de proteção social que provocaram essas decisões, não parece correto carrear ao acusado o ônus de suportar o que é, em suma, deficiência da máquina judiciária*).

e. Desde que continua a prisão, não renova ou reabre o prazo máximo da instrução a mudança do fundamento prisional, do flagrante para a preventiva.”¹⁰

Durante esse prazo a prisão pode ser revogada, se o juiz restar convencido de que se equivocou ao decretá-la, ou que cessaram os motivos que justificaram sua decretação. Aliás, durante o próprio inquérito policial, ou durante a instrução na ação penal, podem ser apurados fatos que demonstrem ser a mesma desnecessária, ou até mesmo que afastem o convencimento do juiz quanto à autoria do crime, justificando-se, portanto, sua revogação.

Pode também ser o despacho que a decretou cassado pelo tribunal quando apreciar o recurso contra o mesmo interposto, ou mediante a concessão de *habeas corpus* a favor do preso.

2.6. Recurso contra a decretação

Há quem entenda que contra a prisão preventiva cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, inciso V, do Código de Processo Penal.¹¹ Há, todavia,

¹⁰ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, pp. 354/355.

¹¹ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 245.

quem sustente que a decisão que decreta a prisão preventiva é irrecorrível.¹² Seja como for, certo é que sua decretação pode ser atacada pela via do *habeas corpus*.¹³

O prazo para a interposição do recurso é de cinco dias.¹⁴ Para a impetração do *habeas corpus*, todavia, não existe prazo. Entretanto, no âmbito do *habeas corpus*, certas questões de fato não podem ser colocadas à míngua de prova, e por isto mesmo geralmente só as questões de direito podem ser apreciadas. Mesmo assim, o *habeas corpus* é sempre muito útil e na prática dele se valem os defensores daqueles que são presos preventivamente, porque entre as questões de direito que em seu julgamento podem ser apreciadas encontra-se a *valoração das circunstâncias de fato* colocadas pelo juiz como fundamento do decreto de prisão. Essa valoração, a rigor, é uma questão de direito porque na verdade consiste na interpretação da norma que prescreve os motivos que justificam a prisão preventiva, e não na verificação da existência ou não de fatos.

3. Prisão Preventiva nos Crimes Tributários

3.1. Prisão preventiva e direito à liberdade

A prisão preventiva deve ser sempre tratada como providência excepcional, posto que é sempre uma restrição muito significativa ao direito à liberdade física, à denominada liberdade de ir e vir, e por isto mesmo os motivos apontados para fundamentar o decreto de prisão preventiva devem ser sempre interpretados com bastante cuidado para que esse direito fundamental não seja cerceado desnecessariamente.

Em se tratando de crimes contra a ordem tributária, é importante o esclarecimento de certas questões albergadas pela norma que define os motivos da decretação da prisão preventiva, como adiante se verá. E de grande importância é também a consideração de que a ordem jurídica estabelece meios específicos para compelir o contribuinte ao cumprimento da lei tributária, de sorte que a decretação da prisão preventiva geralmente não é necessária e essa decretação, portanto, em regra contraria o princípio da proporcionalidade, violando a Constituição Federal, posto que não pode ser utilizada simplesmente como instrumento coercitivo a compelir o sujeito passivo de obrigações tributárias ao cumprimento destas.

3.2. Prisão preventiva e presunção de inocência

A presunção de inocência é outra razão pela qual as circunstâncias de fato, que ensejam a prisão preventiva, devem ser valoradas com o devido cuidado. Assim é que Fernando Capez, depois de se reportar à Súmula 9 do STJ, segundo a qual a prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, assevera, com inteira propriedade:

“No entanto, a prisão provisória somente se justifica, e se acomodada dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os re-

¹² Fernando Capez, *Curso de Processo Penal*, 12ª edição, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 245.

¹³ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 245; Fernando Capez, *Curso de Processo Penal*, 12ª edição, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 245.

¹⁴ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 321.

quisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni juris e periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção de inocência. Sim, porque se o sujeito está preso sem que haja necessidade cautelar, na verdade estará apenas cumprindo antecipadamente a futura e possível pena privativa de liberdade. Nessa linha de raciocínio, Luiz Flávio Gomes, citando Alberto Siva Franco, lembra que 'a prisão cautelar não atrita de forma irremediável com a presunção de inocência. Há, em verdade, uma convivência harmonizável entre ambas desde que a medida de cautela preserve o seu caráter de excepcionalidade e não perca a sua qualidade instrumental (...) a prisão cautelar não pode, por isso, decorrer de mero autoritarismo legal, mas deve estar sempre subordinada à sua necessidade concreta, real efetiva, traduzida pelo *fumus boni juris e o periculum in mora*...' (*Direito de apelar em liberdade*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, p. 49).

Nosso entendimento, portanto, é o de que a prisão preventiva, bem como todas as demais modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar (comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado)."¹⁵

Nos crimes contra a ordem tributária, em princípio, não se está diante de condutas que não possam ser coibidas pelos meios administrativos dos quais o Fisco dispõe para a comprovação das práticas ilícitas, de sorte que a instrução penal é possível e a aplicação da pena não é posta em risco pela demora na obtenção dos elementos de prova. Dificilmente, portanto, restará configurado o perigo da demora. Assim, mesmo diante de situações nas quais se torne evidente o crime, e se tenha presente, portanto, o outro requisito da cautelar, a aparência do bom direito, não caberá a prisão preventiva à minguada do perigo da demora. Aliás, quanto mais robustos forem os elementos de prova do cometimento ilícito a tornarem presente a aparência do bom direito à aplicação da pena, mais garantida estará essa aplicação e, portanto, menos cabível será a prisão cautelar.

Ressalte-se que a prisão preventiva não é admissível como instrumento do qual se possa valer o Estado para impedir a prática de novos crimes da mesma natureza. Admiti-lo seria consagrar o regime do terrorismo fiscal, no qual só resta ao contribuinte a opção de pagar, sem direito de defender-se contra a exigência, ou ser preso. E como não se pode excluir a possibilidade de exigências fiscais indevidas, contra as quais o contribuinte deva defender-se, é evidente que na relação tributária não se pode admitir a prisão preventiva como meio do qual se possa valer o Estado para impedir a prática de atos que o Fisco poderá, em princípio, considerar como configuradores de novos crimes da mesma natureza.

3.3. Garantia da ordem pública

O fundamento mais comum dos pedidos e das decretações de prisão preventiva é a garantia da ordem pública. Talvez por se tratar de um conceito excessivamente aberto, de delimitação muito difícil.

¹⁵ Fernando Capez, *Curso de Processo Penal*, 12ª edição, Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 242/243.

No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, todavia, geralmente não ocorre violência física e o Fisco dispõe de meios seguros de controle da atividade do contribuinte, de sorte que em princípio não é cabível a invocação da garantia da ordem pública como motivo da prisão preventiva. Por isto mesmo já decidiu, com inteira propriedade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Excepcional que é a segregação provisória, ela somente deve ser decretada em casos especiais e quando se mostre necessária e o único caminho a ser tomado, ante a gravidade da conduta do agente e sua periculosidade, hipóteses não ocorrentes. Ordem concedida.”¹⁶

3.4. *Garantia da ordem econômica*

Ordem econômica não se confunde com ordem tributária. Assim, a garantia de eficácia da ordem tributária não está legalmente prevista como fundamento da prisão preventiva. Nem se justificaria que estivesse, pois isto implicaria adotar-se tal providência cautelar penal como forma de compelir o contribuinte ao cumprimento de suas obrigações.

Ressalte-se que a Constituição Federal garante expressamente o livre exercício da iniciativa econômica e isto implica afastar qualquer instrumento de coação contra os agentes econômicos. O fato tributável é essencialmente um fato econômico. Os contribuintes são, no mais das vezes, agentes econômicos, empresários, cuja atividade é indispensável à sociedade, ao menos nos regimes de livre iniciativa econômica, de sorte que não se justifica de nenhum modo a restrição da liberdade de exercício dessas atividades. E por isso mesmo o Estado tem a seu dispor mecanismos de ordem administrativa capazes de manter os agentes econômicos sob o controle necessário à fiscalização tributária.

3.5. *Conveniência da instrução criminal*

Embora a lei faça referência à conveniência da instrução criminal, na verdade não se trata de simples conveniência, mas de rigorosa necessidade. O termo conveniência, nesse contexto, há de ser entendido com cautela. Veja-se, a propósito, a lição de Greco Filho:

“O Código refere a possibilidade da decretação da preventiva por *conveniência* da instrução criminal. A decisão, todavia, não pode ser colocada em termos de conveniência, mas em termos de necessidade ou, como colocado no caso de prisão temporária, de ser indispensável à instrução criminal. Simples conveniência ou comodidade não autoriza o decreto de prisão, como por exemplo se se decretasse a prisão somente porque o réu, estando residindo fora da comarca, daria mais tarefa judicial para expedição de precatória para intimá-lo. Se houver alternativa legal para se obter a prova, deve ela ser utilizada prioritariamente, antes de se considerar a hipótese de preventiva. Entre outras situações, é possível apontar a seguinte: não é caso de decretação imediata da preventiva em virtude do não comparecimento do acusado para reconhecimento, ainda que indispensável. Antes deve ser determinada a condução coercitiva.

A segurança da aplicação da pena significa a necessidade da prisão para que, posteriormente, possa ser eficaz a punição, porque a impunidade ofende a ordem pública. Con-

¹⁶ TJRS, Câmara de Férias, HC nº 693.076.705, julgado em 29/07/93, rel. Des. Érico Barone Pires, unânime, *RJTJRS* nº 165, pp. 56-58, transcrito na íntegra por João Carlos Menezes, *Sonegação Fiscal - Legislação e Jurisprudência*, Conan, São Paulo, 1995, pp. 46/49.

tudo, não pode ser decretada a preventiva para assegurar a execução da pena de multa.”¹⁷

Merecem atenção, também aqui, as circunstâncias peculiares nas quais geralmente são praticados os ilícitos tributários que podem configurar crimes contra a ordem tributária. No mais das vezes, os fatos relevantes da relação, que podem configurar crime contra a ordem tributária, são fatos de natureza econômica albergados pela documentação legalmente exigida e objeto de registros na escrituração fiscal e contábil, de sorte que a instrução criminal geralmente pode ser feita sem grandes dificuldades.

3.6. Garantia da aplicação da lei penal

A lei coloca como motivo para a decretação da prisão preventiva a *garantia da aplicação da lei penal*. Trata-se de afirmar, com outras palavras, a natureza cautelar da prisão preventiva, repetindo-se o que está afirmado no enunciado dos demais motivos.

Nos crimes contra a ordem tributária, a melhor garantia de aplicação da lei penal consiste no levantamento cuidadoso de elementos probatórios, que pode ser feito adequadamente no âmbito da ação fiscal, independentemente de intervenção da autoridade policial que somente se faz necessária em havendo resistência aos trabalhos dos agentes fiscais.

4. O Prudente Arbítrio do Juiz

4.1. Imprecisão de conceitos

A imprecisão dos conceitos e as divergências tão comuns em tema de prisão preventiva nos autorizam a dizer que se trata de medida coercitiva colocada pelo legislador ao prudente arbítrio do juiz, sem definição precisa dos casos nos quais deve ser decretada, até porque difícilíssima essa definição.

Abusos que devem ser evitados precisamente por se tratar de medida excepcional.

4.2. Preconceitos contra o empresário

Algumas decisões judiciais, inclusive de tribunais, deixam transparecer grave preconceito contra empresários. Estes deveriam ser presos pelo fato de serem ricos e, assim, terem condições de fugir, ainda que nada tenha demonstrado que o pretendem.

Esse preconceito contra empresários na verdade viola flagrantemente preceitos da Constituição Federal, além de ser essencialmente incompatível a livre iniciativa econômica, regime por ela expressamente adotado.

4.3. Pressão indevida de concorrentes

A imprensa tem noticiado diversas prisões, inclusive de diretores de empresas, realizadas com grande estardalhaço publicitário e com requintes de violência, próprios dos regimes ditatoriais. Nem parece que temos uma Constituição segundo a qual o Brasil é um Estado de Direito Democrático.

¹⁷ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 243.

As empresas em questão, ou algumas delas, talvez estivessem pondo em risco, quem sabe, a pretensão de outras empresas do mesmo ramo de dominarem o mercado de seus produtos no País. Há, portanto, uma possibilidade de que as autoridades policiais tenham agido sob a pressão de concorrentes. E mesmo que isto não tenha ocorrido, o certo é que não parece que estivessem efetivamente presentes os requisitos para a prisão preventiva.

Nesse contexto é importante observarmos que a prisão preventiva como garantia da ordem econômica pode estar sendo posta em prática com um objetivo diametralmente oposto ao previsto pela lei. Garantia da ordem econômica, motivo da prisão preventiva, é exatamente a garantia da livre concorrência. Assim, na medida em que a autoridade policial solicita e obtém a decretação de prisão preventiva com a qual contribui para eliminar ou enfraquecer um dos concorrentes, está agindo com um objetivo oposto ao legalmente estabelecido como motivo da prisão preventiva.

5. Prisão Preventiva Injusta e Reparação do Dano

5.1. Erro judiciário

Poder-se-á sustentar que a prisão preventiva injusta é apenas a que tenha decorrido de erro judiciário, vale dizer, da prisão preventiva decretada sem que estejam presentes os seus pressupostos e requisitos legais necessários. Não há dúvida de que, ocorrendo erro judiciário, a prisão preventiva será injusta e o dano que da mesma decorre deve ser objeto de reparação. No dizer de Antônio Magalhães Gomes Filho:

“No nosso ordenamento, a indenização pela prisão decorrente de erro judiciário, cuja disciplina estava limitada às disposições do art. 630 e parágrafos do Código de Processo Penal, com reforço do princípio estabelecido pelo art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, adquiriu maior amplitude com a inovação contida no art. 5º, LXXV, da Constituição de 1988: ‘O Estado indenizará o condenado por erro Judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.’”¹⁸

Não é fácil, porém, definir-se a situação na qual se caracteriza o erro judiciário. É certo que em caso de sentença absolutória que reconheça inexistente o ilícito penal, ou inexistir a prova da autoria, resta caracterizado esse erro e a indenização pela prisão preventiva é devida. Mas pode haver absolvição em face da insuficiência de prova, e neste caso não se pode afirmar com segurança ter havido erro na decretação da prisão preventiva.

5.2. Prisão preventiva desnecessária

É possível, todavia, que, mesmo tendo havido condenação, a prisão preventiva constitua um erro judiciário. Isto acontece quando a prisão preventiva tenha sido decretada sem que estivessem presentes os seus pressupostos, mesmo que depois se tenha obtido provas do crime e da autoria, que justificaram a condenação.

Se as provas foram colhidas normalmente, e a prisão preventiva do acusado em nada contribuiu para que tais provas fossem colhidas, caracteriza-se o erro judiciário na decretação da prisão preventiva e assim se faz devida a correspondente indenização.

¹⁸ Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 76.