

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Carlos Henrique Generoso Costa
Daniel Piovanelli Ardisson
João Batista Sales Rocha Filho
Luís Maria Desimoni
Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda
Maria da Conceição Benevenuto Apolinário
Olivia Virgen Figueredo Paneque
Pedro Henrique Rodrigues Alvim
Rogério Filippetto de Oliveira
Yolanda Soler Pellicer

27

**Mala Direta
Postal**

9912297003/2012-DR/MG
PGJ

...CORREIOS...

ISSN n.º: 1809-8487
jul. - dez. 2016
vol. 15

 **MPMG**
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

27

Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Carlos Henrique Generoso Costa
Daniel Piovanelli Ardisson
João Batista Sales Rocha Filho
Luís Maria Desimoni
Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda
Maria da Conceição Benevenuto Apolinário
Olivia Virgen Figueredo Paneque
Pedro Henrique Rodrigues Alvim
Rogério Filippetto de Oliveira
Yolanda Soler Pellicer

ISSN n.º: 1809-8487

jul. - dez. 2016

vol. 15

 **MPMG**
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais



**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 15, n.27 (jul./dez. 2016). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2016.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
MANN BITTET UM AUSTAUSCH
SI RIQUEIRE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

Linha Teórica

A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile

The Journal De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinar, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

REVISTA DE JURE

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

FOCO

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

PÚBLICO ALVO

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista De Jure, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista De Jure recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

JOURNAL DE JURE

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSION

The mission of De Jure is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of Journal De Jure, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). De Jure was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. De Jure is distributed by means of exchange or donation only.

DE JURE

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Antônio Sérgio Tonet

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Procurador de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL
João Paulo de Carvalho Gavidia

EDITOR RESPONSÁVEL
Procurador de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira

CONSELHO EDITORIAL
Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Procurador de Justiça Rogério Greco, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaipua, Brasil)
Prof.ª. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof.ª. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)

Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemíro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

EDITORACÃO

Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

REVISÃO

Josane Fátima Barbosa
Larissa Vasconcelos Avelar
Amanda Carvalho Montanari
Vivaldo Coelho de Amorim Júnior

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Prof. Me. Adirson Antônio Glório de Ramos (Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Doutorando Bruno de Oliveira Moura (Universidade de Coimbra, Portugal)
Promotora de Justiça Luciana Perpétua Correa (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos, Brasil)
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Universidade Federal de Uberlândia, Brasil)

DE JURE

JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio Sérgio Tonet

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Nedens Ulisses Freitas Vieira

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio de Padova Marchi Júnior

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Nedens Ulisses Freitas Vieira

EDITORIAL BOARD

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Rogério Greco, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)
Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico)
Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)
Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)
Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)
Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)
Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)
Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Demerval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

EDITING

Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

PROOF READING

Josane Fátima Barbosa
Larissa Vasconcelos Avelar
Amanda Carvalho Montanari
Vivaldo Coelho de Amorim Júnior

COVER

Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

Prof. Adirson Antônio Glório de Ramos, MA (Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Bruno de Oliveira Moura, MA (Universidade de Coimbra, Portugal)
State Prosecutor Luciana Perpétua Correa (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Luciano Santos Lopes, PhD (Faculdade de Direito Milton Campos, Brazil)
Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Universidade Federal de Uberlândia, Brazil)

PREFÁCIO

Apresentamos à comunidade jurídica a 27ª edição da Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Este periódico prossegue firme no propósito de disseminar conhecimento por meio da divulgação de artigos das variadas áreas do Direito e de outras áreas afins. Seu conteúdo traz discussões e pontos de vista sobre questões da atualidade, embasados na doutrina e na jurisprudência pátria, sob um enfoque interdisciplinar.

A seção de Doutrina Internacional conta com o brilhante ensaio do jurista argentino Luis María Desimoni, professor em Garantias Constitucionais e Direitos Humanos da Academia Federal Superior e reitor do Instituto Universitário da Polícia Federal. Em seu estudo, intitulado “Consideraciones interdisciplinares que deben trabajar hoy los juristas y los criminólogos”, o autor sustenta que o Direito não é autossuficiente e que a interdisciplinaridade é a solução para o futuro.

A revista traz também, na seção de Doutrina Nacional, artigo do Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Rogério Filippetto de Oliveira, redigido em coautoria com a pós-graduanda Maria da Conceição Benevenuto Apolinário, no qual abordam a máfia, o crime organizado, as associações criminosas e a evolução da resistência ao reconhecimento do fenômeno, da legislação brasileira sobre o tema, até a final incriminação. Adicionalmente, há ainda outros artigos que colocam em discussão os mais variados assuntos dentro da seara do Direito.

Concluimos convidando os autores interessados em ter seus artigos publicados na Revista De Jure, que façam seu cadastro no portal da revista, no link <www.mpmg.mp.br/dejure>, e submetam seus textos à avaliação do Conselho Editorial. Ressaltamos que o sucesso da revista deve-se à colaboração de todos que nos enviam seus trabalhos.

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador de Justiça
Diretor do Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério
Público do Estado de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Caros leitores, a Revista De Jure chega à sua 27ª edição! Continuamos a nos empenhar para fornecer aos nossos leitores um periódico de referência e consulta, no campo das ciências jurídicas e afins, que seja útil e auxilie em suas atividades profissional e acadêmica.

Sempre trazendo abordagens doutrinárias e análises jurídicas inéditas, deve ser ressaltado que, na perspectiva democrática e pluralista que orienta a produção da revista, todos os artigos nela publicados passam por detidas avaliações editoriais e técnicas, quando são analisadas desde questões formais, como também a relevância e real utilidade do texto publicado.

Finalmente, deixamos o convite para que continuem contribuindo com a De Jure através do envio dos artigos jurídicos e de outras áreas correlatas. Esta participação é o que reforça a posição do periódico como legítimo espaço de divulgação de ideias e discussão acadêmica.

Boa leitura!

Antônio Sérgio Tonet

Procurador-Geral de Justiça
Ministério Público de Minas Gerais

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ

Profesor Auxiliar. Carrera de Derecho. Profesor de Derecho Ambiental y Mercantil. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba.

CARLOS HENRIQUE GENEROSO COSTA

Advogado. Pós-graduando em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

DANIEL PIOVANELLI ARDISSON

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Ciências Criminais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em convênio com a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Mestre em Direito (área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

LUIS MARIA DESIMONI

Advogado pela Universidad de Buenos Aires, Argentina. Doutor em Direito. Investigador. Reitor do Instituto Universitário da Polícia Federal da Argentina, desde agosto de 1996. Foi assessor legal da liderança da Polícia Federal Argentina. Especialista em Direito Penal Autoral, Intelectual e Conexo. Professor em Garantias Constitucionais e Direitos Humanos da Academia Federal Superior, desde 1985.

LUIZ HENRIQUE NOGUEIRA ARAÚJO MIRANDA

Advogado criminalista. Mestrando em Direito Penal pela PUC Minas. Pós-graduado em Ciências Penais pela PUC Minas. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

MARIA DA CONCEIÇÃO BENEVENUTO APOLINÁRIO

Pós-graduanda em Ciências Criminais pela PUC Minas. Graduada em Direito pela PUC Minas.

OLIVIA VIRGEN FIGUEREDO PANEQUE

Profesora Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba. Jueza Profesional Suplente no Permanente del Tribunal Provincial Popular de Granma.

PEDRO HENRIQUE RODRIGUES ALVIM

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Experiência teórica em Direito Público (Direito Constitucional e Administrativo), devido à formação acadêmica e complementar. Monitor de Direito Constitucional (Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e Direitos Fundamentais em espécie) na Universidade Federal de Juiz de Fora. Experiência prática em Direito Penal e Direito Processual Penal devido às funções exercidas como servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor de Introdução ao Estudo do Direito, de Direito Empresarial (Títulos de Crédito) e de Filosofia do Direito na Faculdade Doctum, em Leopoldina/MG.

ROGÉRIO FILIPPETTO DE OLIVEIRA

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, onde exerce a função de membro da Câmara de Procuradores e integra a Procuradoria Criminal (Crimes contra o Patrimônio). Atuou nas Procuradorias de Crimes contra a Vida, de Habeas Corpus e de Crimes praticados por Agentes Públicos Municipais. Foi membro da Comissão de Concurso para Promotor de Justiça, do Conselho Superior, Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Coordenador das Promotorias de Justiça Criminal e de Combate ao Crime Organizado, bem como Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa da Ordem Econômica e Tributária. Doutor em Direito Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Ciências Penais. Graduado em Direito. Foi Professor Substituto da Universidade Federal de Minas Gerais e atualmente é Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade Arnaldo.

YOLANDA SOLER PELLICER

Profesora Titular. Carrera de Ciencias Informáticas. Facultad de Ciencias Técnicas. Universidad de Granma. República de Cuba.



SUMÁRIO

25 - 35

Doutrina
Internacional

**CONSIDERACIONES
INTERDISCIPLINARES QUE DEBEN
TRABAJAR LOS JURISTAS
Y LOS CRIMINOLOGOS**

LUIS MARIA DESIMONI

39 - 72

Doutrina
Nacional

**EL DERECHO DE AUTOR ANTE
LOS DESAFIOS DEL DESARROLLO
EN EL ENTORNO DIGITAL DE
LA EMPRESA CUBANA EN LA
ACTUALIZACIÓN DEL
MODELO ECONÓMICO**

OLIVIA VIRGEN FIGUEREDO PANEQUE
ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ
YOLANDA SOLER PELLICER

77 - 115

Doutrina
Nacional

**MÁFIA, CRIME ORGANIZADO E
ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA:
ELEMENTOS PARA UMA
PERSPECTIVA BRASILEIRA**

MAFIA, ORGANIZED CRIME AND CRIMINAL ASSOCIATION:
ELEMENTS IN BRAZILIAN PERSPECTIVE

ROGÉRIO FILLIPPETO DE OLIVEIRA
MARIA DA CONCEIÇÃO BENEVENUTO APOLINÁRIO

**COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO
NOS CRIMES DE MÃO PRÓPRIA
À LUZ DA TEORIA
DO DOMÍNIO DE FATO**

COAUTHORSHIP AND COMPLICITY IN CRIMES
DEFINED IN BRAZIL AS 'BY OWN HAND' FROM THE
VIEW OF THEORY OF DOMAIN OF THE FACT

DANIEL PIOVANELLI ARDISSON

119 - 137

Artigo

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DIANTE DAS NOVAS
MEDIDAS CAUTELARES NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE ACTING TOWARDS
THE NEW PROTECTIVE MEASURES
ON BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDING

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

141 - 185

Artigo

**ASPECTOS JURISPRUDÊNCIAIS
ATUAIS DA LEI Nº 11.434/06**

ACTUAL JURISPRUDENTIAL ASPECTS
OF LAW Nº 11.343/06

PEDRO HENRIQUE RODRIGUES ALVIM

189 - 243

Artigo

247 - 280
Artigo

**O VALOR PROBATÓRIO DO
INQUÉRITO POLICIAL**

PROBATIONARY VALUE OF POLICE INVESTIGATION

LUIZ HENRIQUE NOGUEIRA ARAÚJO MIRANDA

285 - 330
Artigo

**ASPECTOS HISTÓRICOS
DA PENA DE MULTA E A
REPERCUSSÃO NO
DIREITO BRASILEIRO**

HISTORICAL ASPECTS OF THE FINE PENALTY AND ITS
REPERCUSSION IN BRAZILIAN LAW

CARLOS HENRIQUE GENEROSO COSTA

25-35

Doutrina Internacional | Ensaio

**CONSIDERACIONES
INTERDISCIPLINARES QUE DEBEN
TRABAJAR HOY LOS JURISTAS
Y LOS CRIMINOLOGOS**

LUIS MARIA DESIMONI

CONSIDERACIONES INTERDISCIPLINARES QUE DEBEN TRABAJAR HOY LOS JURISTAS Y LOS CRIMINOLOGOS

LUIS MARÍA DESIMONI

Reitor

Instituto Universitário da Polícia Federal, Argentina

luisdesimoni@yahoo.com.ar

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste.

Grinover Ada Pellegrini.

En la primera edición de mi ensayo sobre DD.HH (1999), y pido excusas por lo autoreferencial, y posteriormente en una tesis sobre: Los derechos humanos y la guerra contra el terror (2009) nos hemos referido a distintas aristas de naturaleza antropológica, sociológica, psicológica, médico legal y psicopatológica que impactan en la criminología y que no advertimos, sean tenidas en cuenta por los penalistas y criminólogos.

Insistimos en trabajos posteriores sobre el particular, ya que el derecho no es autosuficiente y el trabajo interdisciplinar será sin duda la impronta a futuro.

Para sustentar lo expresado es que me he permitido hacer una interpretación libre, de una cita del jurista Francisco Amaral, independientemente, que el citado se refiere a la rama del derecho privado.

E por isso é conveniente, se não necessário, articular a ciência do direito, com as demais ciências sociais, de modo a compreender melhor o que realmente seja o direito. E, nesse processo interdisciplinar, ressalta a importância da história das instituições jurídicas, pois quem não tiver a percepção do sentido histórico do direito só pode ter dele uma visão estática.

Créemos que en definitiva es lo mismo en el mundo del derecho penal.

En cambio advertimos que algunos de los mas reconocidos juristas, hasta el presente, se parapetan fuertemente en un dogmatismo de raigambre alemana, y parecerían creer que esos principios sacros, impedirían las injusticias de este mundo en tanto, que otros centran su lucha en un problema político, que no es otro que la permanente limitación del poder puntivo.

Será la nueva religión de nuestro tiempo ?

Ambas posturas a nuestro juicio abarcan el fenómeno que se pretende solucionar en forma insuficiente.

Reconocemos además que hay académicos nacionales e internacionales, que repiten posturas de otros académicos, interpretándolas, y aceptándolas o rechazándolas, y si bien en ocasiones sus diagnósticos sobre la cuestión criminal son acertados, a mi juicio adolecen de dos debilidades:

- a) insuficiencia del enfoque que no es interdisciplinar y
- b) no aportan soluciones concretas, porque *la cuestión criminal*, si se me permite llamarla así es muy compleja y cambiante y probablemente no tenga soluciones ni sencillas, ni menos aún definitivas.

Abordar el tema de esta problemática es esencial para trabajar en serio por la vigencia de los derechos a la dignidad humana, ya que lo opuesto equivale a anclarse en discursos emocionales, que al común de las gentes no les solucionarán sus problemas cotidianos.

Y la Justicia, el Ministerio Público y las instituciones de Seguridad, no están para ello, es decir para hacer retórica, sino para aportar mejores gestiones operativas.

Las aristas a las que aludimos precedentemente son:

- a) antropológico-filosóficas,
- b) político institucionales,
- c) sistémicas penales y
- d) sociológicas.

Ubi non est lex, nec societatem.

a) Antropológico-Filosóficas

El hombre exige ser reconocido en la complejidad de su ser, dado que a las dificultades que sobrevienen de su naturaleza individual, se opone la imposibilidad de proveer a sus necesidades en forma aislada. Esto se traduce en la formación de grupos humanos que se organizan bajo el fenómeno del Poder, y que luego devienen con el devenir de la historia en instituciones más estructuradas, y que deben contar con sus necesarios liderazgos.

En ello el totem de piedra, el hechicero que luego dijo representarlo ante su tribu, y el más habil de los políticos actuales son sustancialmente lo mismo.

Lo expresado conduce al fenómeno de la política que es “la necesidad de una representación de intereses mayoritarios

inconexos”, y esto no es tan fácil porque ello nos conduce a la consecuente dinámica del poder de quienes lo ejercen bajo la máscara de la autoridad.

Ese poder-autoridad se concreta mediante la creación de órganos y normas tendientes a lograr el siempre utópico “bien común”, o, en palabras actuales, “proyectos sustentables para las generaciones presentes y futuras”, que en ocasiones se intentan y en otras conducen a estrepitosos fracasos por problemas coyunturales o perfiles de personalidad de los dirigentes.

Me eximo de hacer nombres, ya bastantes se estará imaginando el lector al leer este trabajo, pero lo cierto es que algunos, por ineptitud o mala fé conducen a las hambrunas, las crisis y las guerras y otros intentan desarrollar un progreso sostenido del país que deben conducir.

Para colmo de males:

A cultura dos tempos modernos e uma ideologia, sobre a qual é baseada em três princípios básicos: a) individualismo, b) relativismo y c) o instrumentalismo. Dessa forma as obrigações que temos com as demais pessoas são secundárias e as pessoas se transformam em simples meios para chegar a um fim. (BARBOZA SILVA)

Por otra parte las instituciones no se reducen hoy al ámbito territorial de los Estados, sino que estos se interrelacionan, no sin desigualdades, y son impulsados por el fenómeno de la globalización a actuar en conjunto con organizaciones legales o ilegales, regionales y/o internacionales, sometidas a renovadas y permanentes transformaciones.

Aqui se debe enfrentar la permanente lucha del narcotráfico y el terrorismo yihadista, lo cual puede hacerse con eficien-

cia y racionalidad o como salvajes que luchan con salvajes, y “dirty business” públicos o privados en el medio aprovechándose de todo ese río revuelto.

b) Politico institucionales

Las agrupaciones humanas constituidas bajo la figura jurídica del Estado y sus representantes políticos padecen la crisis de los sistemas normativos que regulan su vida social, y ya sea para afirmar la seguridad jurídica que como instituciones específicas están llamado a proveer, puede ocurrir que sean incapaces de evitar el debilitamiento progresivo de ese poder por falta de gestión y profesionalismo y es ahí donde en pro de fortalecer un poder que progresivamente se les debilita acuden al poder punitivo en forma irracional y desmedida.

Pese a esas crisis recurrentes que no aciertan a trabajar desde múltiples aristas, tratan sólo de extender la órbita del derecho punitivo para lograr el cumplimiento de sus normas, claudicando con ello del carácter residual que los principios de los tratados internacionales asignan al ordenamiento penal en el desenvolvimiento de la vida de los Estados.

Otros estados populistas se convierten en estados “malhechores” al mejor estilo que hubiera sido, si el Medellín de Pablo Escobar, con el referido en la Presidencia, sustentando un régimen narcodemócrata en Colombia.

Hubo hombres que ofrendaron su vida como el ministro Lara Bonilla, y el candidato a la Presidencia Galán, mas muchos otros como políticos, periodistas, jueces y procuradores, en una guerra de baja intensidad en Medellín, sumando una férrea política terminaron con ese fenómeno criminal, liderado por un psicópata de extrema peligrosidad pero que a su audacia y descontrol sin límites sumaba un estilo estraté-

gico cuasimilitar, sin discurso ni ideología, y con una fuerte acumulación de dinero mal habido y un fuerte culto a su personalidad criminal sin limites, como única bandera.

Su destrucción no terminó con el problema del narcotráfico porque ese es un tema, que en ocasiones resulta lamentablemente funcional a algunos estados “malechores” con políticos inescrupulosos, que actúan en conexión con grupos mafiosos, recomendamos leer en este sentido el trabajo de Nando dalla Chiesa.

Nando dalla Chiesa, *L'impresa mafiosa- Tra capitalismo violento e controllo sociale.*

c) Aspecto sistémico penal

El fracaso de un sistema penal represivo, no representa sino el fracaso general de un sistema económico, social y político. Por ende, consideramos que las penas más severas no son la solución para que las problemáticas referidas se minimicen. Ni que hablar, de un derecho penal para enemigos que sería un dogmatismo más, tan inútil como los demás dogmatismos, que devienen discursos no útiles a la realidad de un país y su ciudadanía.

En cuanto al narcotráfico al que me he referido, antes del mismo modo que el terrorismo que en no pocas ocasiones resultan funcionales, tales como lo demuestran Escobar en su link con la ETA, provocando el narcoterrorismo para paralizar al estado y destruir a los carteles rivales, y el 9-11 como resultado de negociaciones desventajosas del grupo tejano que estaba en el poder, con los líderes tribales que controlaban el precio del barril de petróleo.

d) Aspecto sociológico

La profundización de las inequidades reveladas por una marginalidad creciente y una agudización de la brecha cultural entre los distintos segmentos de la población de la región latinoamericana, hace temer el quiebre de los órdenes jurídicos y reclama el compromiso de la comunidad para reducirlas, dado que las malas decisiones tendrán catastróficas consecuencias de largo plazo.

En este caso creo que el resultado temible sería una atomización, anárquica en la cual el todo vale será la regla en la dimensión sociológica, en tanto que en la normológica tendremos bellos tratados de excelsos profesores que no tendrán ninguna aplicación, ni provocarán una dimensión dielógica moderna y respetuosa de los derechos humanos.

Algo así como sucedió con las prédicas de los “intelectuales jacobinos” de mayo de 1810, en el Río de la Plata –hoy: *Buenos Aires- Argentina-* que recitaban y exaltaban los principios de la revolución francesa, en tanto que en el resto del país reinaba la anarquía y los liderazgos caudillistas con sus abusos y deguellos, y quiera Dios que me equivoque.

Conclusiones

El Estado y sus instituciones deberían –a mi juicio- ser re-conceptualizados, y puestos al día, y los liderazgos se deben basar en un profesionalismo sustentado en proyectos sólidos, para dotarlos de eficacia técnica y operativa en el uso del poder con fines de alta conducción profesional y los mecanismos institucionales requieren influir positivamente sobre los administrados en pro del bien común.

La doctrina en materia de derechos humanos debe ser re-orientada: nacidas sus normas primeras a la luz del prin-

cipio del respeto a los seres humanos frente al poder de los Estados, deben contemplar un mínimo de ética en los mecanismos de la globalización. En el siglo que se inicia se tienen que arbitrar instrumentos de protección de sectores colectivos expuestos al hambre, la ignorancia o la indigencia, como resultado de la ineficiencia o el desinterés, de los poderes territoriales en las que viven y de sus erráticas políticas económicas.

En los países de nuestra región se debería tratar la cuestión penal mediante técnicas minimalistas y de justicia restaurativa, en tanto que para los casos mas graves o los perfiles criminales mas peligrosos, se deben dictar condenas – sin soslayar en lo mas minimo el debido proceso, y el derecho de defensa, por las que amén de aplicar severas penas de prisión a los condenados de delitos graves, se proceda además al decomiso de los bienes, en caso que los condenados lo sean por corrupción, narcotráfico y terrorismo.- Con esto este autor cree que se desmotivaría ese tipo de injustos, mediante la confiscación de los bienes mal habidos que es lo que motiva los injustos, porque las penas per se, sólo son útiles para separar a los mas agresivos de la sociedad.

El Estado debería conjuntamente con ONG –de probada probidad y sin ánimo de lucro- emplear y administrar los recursos obtenidos, mediante una *recuperación confiscatoria*, utilizándolos para reparar los daños causados por el delito en beneficio de la sociedad toda, invirtiendo que en la construcción de escuelas, hospitales o viviendas, o ayudando a la reinserción laboral de los marginados de la sociedad.

De todo esto se ocupan los académicos de Brasil y Argentina desde hace años en los claustros, y con Conferencias y Seminarios y fruto de ello son la tesis, artículos y tesinas que plasmaran las nuevas corrientes e ideas que ayudaran

a una mejora permanente y sustentable de nuestros países hermanos.

Llevamos dentro nuestro dos potencias enemigas: la gracia que viene de Dios y la voluntad que proviene de nosotros. Cuando la potencia grosera nos domina, la muerte del alma nos devora. (Shakespeare)

Habida cuenta todo lo que hemos expresado y la complejidad que tiene la naturaleza humana es que pensamos que en esta problemática los Estados tendrán que diagramar nuevos esquemas jurídicos más complejos y apoyados en soluciones interdisciplinarias, para amén de proteger a las personas del histórico abuso de poder, siempre, como lograr además –y no hablo de emergencias- de proteger a esos mismos ciudadanos de seres marginales, y/o del crimen organizado que corróe toda la estructura del sistema.

El marginal causa una baja o varias al sistema, en tanto que los criminales organizados hieren de muerte al sistema todo, y provocan una destrucción de los derechos a la dignidad humana sistémicas, por vía de un estado anónimo, malhechor o no, que teniendo el monopolio de la fuerza (*vis armaque pro iure*) dejan inermes a los ciudadanos y librados a su suerte.

A lo expresado llamo yo, contradicciones conceptuales ante la complejidad pragmática y su perspectiva realista.

Desde la cátedra seguiremos trabajando para lograr nuevas propuestas y proyectos de tesis, que colaboren a intentar la mejoría de la “solución criminológica” en forma armónica y civilizada.

A fuer de sincero y a medida que me voy aproximando al cierre me asaltan dudas, acerca de la validez sacramental de la dogmática penal, y su concepción cuasi religiosa, como

único seguro del derecho a la dignidad humana, que sin duda es una conquista que ha costado siglos y debe ser irreversible y ya lo he expresado en las conclusiones de mi libro anterior de esta misma editorial.

Pero paralelamente no puedo dejar de expresar que me surgen las preguntas recurrentes del para quien, o para quienes se sostiene esa dogmática.

La criminología presenta el problema de los psicópatas extremos –de clases marginadas y altas- y que para autores como Garrido conformarían una pandemia psicopatológica. Y la pregunta es que hacer con ellos? Ya que no son inimputables, y los mas extremos no son reinsertables en la sociedad.

Paralelamente su poder de daño es enorme, por lo cual provocan victimas por doquier y son además de la mano de obra de la que se nutren las organizaciones criminales organizadas.

Ante esta situación los penalistas, que parecen desconocer el tema psicopatológico y los perfiles criminales, nos hablan de no estigmatizar a los individuos, y dejar de lado el concepto de la peligrosidad y la reincidencia. Francamente no se entiende ese dogmatismo, que descuento se produce desde la mayor buena fé, sin reconocer tampoco el tema antropologico de la agresión destructiva, y todo ello se traduce en instalar el “animal planet imperium” en el cual los menos agresivos serán victimas de los agresivos, y el Estado en defensa de los derechos de autodetreminación de los agresivos de expandir su derecho a la agresividad, provocan víctimas por doquier, que deben tolerarlo como mansamente tolera la gacela ser devorada por un predador.

Francamente confieso que hay algo en todo este esquema que no cierra y por ello es las conclusiones lo expongo, porque de no encontrar “*esos niveles con compatibles con el*

ejercicio de los derechos fundamentales” no habrá derechos fundamentales, porque el Estado para evitar caer en el riesgo de violar los derechos de los **agresivos que cometen injustos graves**, y fíjese el lector que me he cuidado al definirlos para no estigmatizarlos, se debe tolerar que las “buenas gentes de las que hablaba Carrara” deban tolerar amen de sus problemas existenciales daños, la posibilidad de cruzarse con un predador que los lesione o elimine.

Por ello expreso que los DD HH deben ser reprogramados, entendiendo esto como logrando esquemas superadores que tiendan hacia la civilización y nos alejen de la barbarie.

Autor convidado.

DOI:

39-72

Doutrina Internacional | Artigo

**EL DERECHO DE AUTOR ANTE LOS
DESAFIOS DEL DESAROLLO EN EL
ENTORNO DIGITAL DE LA EMPRESA
CUBANA EN LA ACTUALIZACIÓN DEL
MODELO ECONÓMICO**

**OLIVIA VIRGEN FIGUEREDO PANEQUE
ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ
YOLANDA SOLER PELLICER**

EL DERECHO DE AUTOR ANTE LOS DESAFIOS DEL DESARROLLO EN EL ENTORNO DIGITAL DE LA EMPRESA CUBANA EN LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO ECONÓMICO

OLIVIA VIRGEN FIGUEREDO PANEQUE

Profesora Carrera de Derecho
Universidad de Granma, Cuba
ofigueredop@udg.co.cu

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ

Profesor
Universidad de Granma, Cuba
aantunez@udg.co.cu

YOLANDA SOLER PELLICER

Profesora Titular
Universidad de Granma, Cuba
yoly@udg.co.cu

SUMARIO: Introducción. 1. El Derecho de Autor - Generalidades 2. Concepto - Objeto - Criterios de protección - Contenido del Derecho de autor. 3. Conclusiones 4. Bibliografía.

RESUMEN: El trabajo recoge un eje temático álgido en su conceptualización y ejecución por los entes y agentes que se relacionan con el Derecho de Autor. Hacemos un recorrido por los comienzos de la actividad. El hombre desde su surgimiento ha creado y es lo que siempre lo ha distinguido, sin embargo el autor y el artista durante siglos desconocidos no fueron protegidos ni sus creaciones tampoco hasta el siglo pasado en que se desarrollaron plenamente los conceptos de individualidad, propiedad, derechos naturales o humanos. El derecho de autor puede decirse que existió siempre, pero no era legislado, sino que en las antiguas sociedades, lo creado por los autores se regía por el derecho de propiedad común, es decir, que podía disponer de ellos como una cosa, como cualquier otro bien material. La protección a los autores es relativamente joven aunque desde los períodos más remotos ya existía una noción de propiedad literaria, esto último no podemos negarlo absolutamente, si tenemos en cuenta que en Roma existían verdaderos talleres de copistas que reproducían las obras en manuscritos, ignorando el derecho de autor en el sentido actual. El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos, vías y medios de reproducción y acceso. El proceso de globalización de mercados y economías en que se encuentra inmersa la actual "sociedad de la información" hace cada vez más necesaria la utilización de la informática como instrumento para el tratamiento de datos y su transmisión de un lugar a otro

PALABRAS CLAVES: derecho de autor, entorno digital, protección a los autores.

ABSTRACT: The work gathers a thematic algid axis in your |conceptualización| and execution for the beings and agents that it is related with the right side of author. §3 make a space traveled for the beginnings of the activity we. The man from your |surgimiento| has created and it is

which always it has distinguished it, however the author and the artist during unknown centuries were not protected nor your creations neither until the past century in which developed to him fully the concepts of individuality, property, straight natural or human. The right side of author can be said that existed always, but was not legislated, but that in the ancient societies, it created for the authors are governed for the right side of common property, that is to say, that it could dispose of them as a thing, as any other well material. The protection to the authors is relatively young although from the more remote periods already existed a notion of literary property, this the last one cannot refuse it absolutely, if we keep in mind that in blunt existed true workshops of copyists that reproduced the works in manuscripts, by not knowing the right side of author in the current sense. The development of the digital environment and the communications in the current moments is vertiginous. They spring up new forms of expression and creation, new manners, paths and media of reproduction and access. The process of [globalización] of markets and economies in which finds to him immersed the current thing"-society of the information" does more and more necessary the use of the computer science as instrument for the treatment of data and your transmission of a place to other.

KEY WORDS: copyright, half-close digitalis, protection to the authors

Introducción

Las llamadas culturas primitivas se formaron de manera espontánea y las manifestaciones artísticas o de arte rupestre no pertenecían a nadie en particular sino a todos los miembros del grupo. Con el surgimiento de la escritura como medio de reproducción del conocimiento y como una forma de obtención de ejemplares aparece lo que llamarían "obras" y el sentido de propiedad sobre ellas, pero de una forma muy rudimentaria. Así se van desarrollando las diversas civilizaciones hasta llegar a las modernas y contemporáneas. Con el desarrollo del arte y la ciencia se desarrollan los medios de producción, se inventan las máquinas industriales, filosofía, sociedad y derecho. El hombre desde su surgimiento ha creado y es lo que siempre lo ha distinguido, sin embargo el autor y el artista durante siglos desconocidos no fueron protegidos ni sus creaciones tampoco hasta el siglo pasado en que se desarrollaron plenamente los conceptos de individualidad, propiedad, derechos naturales o humanos.

El derecho de autor puede decirse que existió siempre, pero no era legislado, sino que en las antiguas sociedades,

lo creado por los autores se regía por el derecho de propiedad común, es decir, que podía disponer de ellos como una cosa, como cualquier otro bien material. La protección a los autores es relativamente joven aunque desde los períodos más remotos ya existía una noción de propiedad literaria, esto último no podemos negarlo absolutamente, si tenemos en cuenta que en Roma existían verdaderos talleres de copistas que reproducían las obras en manuscritos, ignorando el derecho de autor en el sentido actual.

El papel que desempeña el Derecho de Autor en el mundo de hoy y la diversidad de intereses a los que se aplica, constituye el resultado de una larga y complicada evolución histórica, que expresa la prolongada y vacilante tendencia de la humanidad hacia el establecimiento de normas legales en los asuntos públicos y privados. El reconocimiento del Derecho de Autor como derecho de propiedad se consolidó en la primera mitad del siglo XIX, mediante las leyes generales dictadas en Europa Continental. Sin embargo la protección de tal derecho dentro de los límites del propio Estado no alcanzaba para asegurar su vigencia.

1. El derecho de autor - Generalidades

En el año 1455 (mediados del siglo XV) Gutenberg perfecciona la imprenta revolucionando con ello la difusión y alcance de las obras escritas y a la vez transforma a estas en objeto de comercio y fin de lucro para los autores. Con la aparición de la imprenta nace la principal manifestación patrimonial del Derecho de Autor: el derecho de reproducción.

La protección apareció primero en forma de “privilegios” de publicación exclusiva concedidos a los editores por diversas autoridades en Inglaterra y en Francia por los Reyes; en Alemania por los Príncipes de los diferentes Estados.

La notable influencia que ejercieron las ideas racionalistas en la Inglaterra del siglo XVIII, provocó un cambio de rumbo en materia de privilegios, comenzaron a concederse definitivamente a los autores. Fue en Inglaterra donde se reconocen las nuevas ideas sobre la propiedad intelectual y en el año 1710 se aprueba la ley conocida como Estatutos de la Reina Ana, la cual revolucionó la concepción que existía hasta entonces, pero era solamente aplicable a libros y nada refería a otros materiales impresos como por ejemplo, las representaciones públicas, las versiones dramáticas, ni las traducciones, por lo que encabezado por el artista satírico inglés Hogarth, surgió con mucho éxito un movimiento a favor de la protección de artistas, dibujantes, y pintores que culminaron con la promulgación de la “Ley de Grabadores de 1735”. Hasta 1911 en que se dicta el Copyright Act el Derecho de Autor en Inglaterra se rigió por el Common Law para las obras no publicadas y los derechos personales, luego de publicadas por el Estatuto.

El ejemplo inglés fue seguido por Alemania y Francia, y esta última como consecuencia de las ideas imperantes en esa época en la revolución Francesa abolió todo tipo de privilegio y en 1791 y 93 la Asamblea Constituyente sentó las bases del sistema de Derecho de Autor francés con la promulgación de dos decretos: “La ley relativa a los espectáculos” de 1791 y la “Ley relativa a los derechos de propiedad de los autores de todos géneros, de los compositores de música, los pintores y diseñadores” de 1793, que estuvieron en vigor hasta 1957, por el largo tiempo que estuvieron vigentes demuestran que estos decretos contenían elementos básicos muy avanzados para su época y la jurisprudencia jugó un papel en su perfeccionamiento.

En Alemania si bien existieron los privilegios se estableció una práctica de la firma previa entre autores y editores de

contratos que incluso prevalecían sobre aquellos. Luego el pensamiento filosófico de Kant influyó grandemente los Derechos de Autor, quien vio a los derechos de autor no solo como una propiedad sino como extensión o reflejo de la personalidad del autor, por lo que esta debía protegerse también. Esta corriente influyó en toda Europa llevando al desarrollo del Derecho Moral de autor. En 1837 Prusia promulgó la primera ley alemana moderna reconocida en toda Alemania.

En EUA la legislación de Derecho de autor se hace efectiva entre 1783 y 1786, estando muy ligada a los Estatutos de la reina Ana, hasta que en 1976 se dicta otra Copyright Act. La legislación francesa sirvió de base para la posterior evolución de la doctrina y la legislación burguesa en la que se inspiró el Código Civil Español de 1889 y sus normas complementarias contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y su reglamento.

Para ubicar al derecho de autor dentro de los derechos de propiedad intelectual es necesario aclarar que coexisten dos sistemas jurídicos: el de origen Anglosajón o de Common Law, que tiene como centro el derecho de copia y en el que el derecho de autor se denomina copyright, y el de origen latino o de tradición continental europea basado en el derecho romano o romano germánico, nacido de los derechos franceses, más cercanos a sus orígenes, a los derechos personales.

Por todo ello podemos concluir que el Copyright Angloamericano y el Droit d'auteur francés, constituyeron el origen de la moderna legislación sobre derecho de autor en los países de tradición jurídica basada en el Common Law y de tradición jurídica continental europea o latina y el reconocimiento del Derecho de Autor como derecho de propiedad se consolidó en la primera mitad del siglo XIX, mediante las leyes generales dictadas en Europa Continental.

2. Concepto - Objeto - Criterios de protección - Contenido del Derecho de autor

Los criterios más generalizados en relación con el concepto del Derecho de Autor son aquellos que los postulan como el derecho que protege el trabajo del creador y por ende los derechos subjetivos de su actividad intelectual; por ello podemos definir el Derecho de Autor como: **El conjunto de normas jurídicas, principios, valores que van a regular y proteger los derechos exclusivos de los autores, sobre el producto de su creación que se integra por toda una serie de facultades y prerrogativas de carácter personal y otra serie de facultades de carácter patrimonial o pecuniario.**

El objeto de protección del derecho de autor es la obra

Para el Derecho de autor, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.

En el lenguaje común, el término obra es “cualquiera producción del entendimiento en ciencias, letras o artes”; para el Glosario de la OMPI sobre derecho de autor y conexos es, “toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible”.

Ahora bien, el CB, como la mayoría de las legislaciones nacionales, incluida la nuestra, no define el vocablo “obra”, pues se limita a señalar que se encuentran protegidos los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas a cuyos efectos hace una enumeración ejemplificativa de las creaciones objeto de tutela.

Criterios de protección

1. Protección a la forma no a las ideas: Las ideas en si mismas consideradas, por más novedosas y brillantes que sean, no

- son objeto de protección, tienen que concretarse en un soporte material. Se protege la exteriorización de su desarrollo en obras aptas para ser reproducidas, representadas, etc.
2. Originalidad: en materia de Derecho de autor la originalidad reside en la expresión o forma representativa creativa e individualizada de la obra. Para éste Derecho esto no es lo mismo que novedad. Originalidad significa que la obra sea producto de una particular expresión del autor, donde se ponga de manifiesto su impronta personal. Una obra es original en la medida en que no sea copia de otra. Una obra es original a pesar de que parta de una idea que no lo sea. Muchos han escrito novelas de amor, pero cada una de ellas es original e independiente, pues cada autor tuvo su estilo para escribirla y eso es lo que protege el derecho de autor. La originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todos los tipos de obras.
 3. Formalidades: Es universalmente aceptado que la protección que otorga el derecho de autor sobre una obra comienza desde el mismo momento de la creación, sin que se requiera ningún tipo de registro o formalidad. Por lo tanto no nace de la autoridad administrativa.

Criterios ajenos al reconocimiento del Derecho.

Calidad, Mérito, Destino y forma de expresión: La protección concedida por el derecho de autor es totalmente independiente del valor o mérito de la obra, se trata de una cuestión de gustos y si es buena o no le corresponde al público y la crítica decirlo, no es una cosa que interese al derecho. Grandes obras como la Traviata de Verdi y la Consagración de la Primavera de Stravinsky fueron abucheadas, tampoco interesa el destino, que sea cultural, científico, política, lo que interesa es que sea una obra literaria o artística. Tampoco interesa su forma de expresión, puede ser oral o escrita, representada o fijada, etc.

Contenido del Derecho de Autor

La obra protegida por el derecho de autor tiene sus propias características particulares, refleja la personalidad de su creador. Como dijera Delia Lipszyc el autor vive y trasciende en su obra, por eso el derecho de autor no sólo protege los posibles beneficios que el autor pueda obtener sino las relaciones intelectuales y personales con la obra y su utilización. La especialidad del derecho de autor nos obliga a distinguir dos aspectos fundamentales de su contenido. La obra creada por su naturaleza va a reflejar la personalidad del autor y va a perdurar en el tiempo y su autor va a tener la posibilidad de aprovechar económicamente su obra, es decir, que va a crear un vínculo personal y económico con su obra. Es por ello que se reconocen dos aspectos en el derecho de autor:

El elemento personal o moral que se fundamenta en el respeto a la personalidad del autor y la defensa de su obra.

El elemento patrimonial que posibilita que el autor viva de su obra, es decir, efectúe su explotación económica o la autorice.

El derecho moral consiste en un determinado número de prerrogativas que proceden de la necesidad de preservar a la vez la integridad de las obras intelectuales y la personalidad de los mismos.

Características del Derecho moral

- Esenciales: porque contienen un número de derechos exigibles sin los cuales la condición de autor perdería su sentido;
- Extrapatrimoniales: no son estimables en dinero aunque producen consecuencias patrimoniales.
- Inherentes: porque están unidos al artista
- Absolutos: porque es oponible a cualquier persona (erga omnes)

- **Inalienables:** lo cual lo hace inembargable, inejecutable e inexpropiable
- **Irrenunciables (vincularlo con inherente)**
- **Imprescriptible:** está fuera del comercio, y por ser personales, inherentes al autor, lo cual es o mismo que decir perpetuos.
- **Insubrogable:** por ser inherente al artista.

Las facultades que componen los derechos morales tienen un contenido diferente, dividiéndose en dos categorías:

Positivas: En las que el autor es el que actúa y toma decisiones y;

Negativas: También llamadas defensivas, porque en ellas el autor impide que se realice algo o se abstiene de realizar alguna acción, además de que aún después de la muerte del autor y antes de que la obra entre en dominio público puede reclamar sus derechos.

Los derechos morales básicos son:

- **Derecho de Divulgación (positiva):** el autor es la única persona facultada para decidir, a su libre voluntad, si la obra puede ser comunicada o no al público y fijar las modalidades de su divulgación.
- **Derecho de paternidad (negativa):** Es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra, de decidir si la obra se publica bajo su nombre o en forma anónima o seudónima; este derecho comprende: a) el derecho de reivindicar su condición de autor o la forma en que menciona el mismo y b) el derecho de defender su autoría cuando ella es impugnada.
- **Derecho al respeto a la integridad de la obra (negativa):** el derecho del autor de hacer respetar el contenido y

calidad de la obra e impedir cualquier cambio, deformación, etc., sin autorización del autor.

- **Derecho de arrepentimiento (positiva):** También llamado al retiro o retracto, es el derecho del autor a decidir la no divulgación de la obra y a retirarla del comercio una vez divulgada. Esta se trata de una facultad excepcional, opuesta a la fuerza obligatoria de los contratos. Este derecho está reservado al autor y no se transmite a sus herederos.

Los Derechos patrimoniales

Quien tenga éxito en le público, con su actividad intelectual, también obtiene por ella ingresos e incluso puede vivir de ella eventualmente. Los derechos de autor que deben asegurar al autor un ingreso por su trabajo se denominan "Derechos Patrimoniales".

Características de los derechos patrimoniales:

- **Es un derecho exclusivo:** Esto implica que sólo el autor o titular, sus herederos o causahabientes pueden autorizar la utilización o explotación económica de una obra determinada, por cualquier medio o procedimiento.
- **Es un derecho transferible:** Puede ser cedido o transmitido a terceras personas ya seas gratuita u onerosa, total o parcial.
- **Es un derecho renunciabile:** A diferencia del Derecho moral, se pueden renunciar a estos derechos lo que implicaría que cualquiera utilizaría la obra sin necesidad de pagar ninguna retribución económica, pero respetando los de carácter moral.
- **Es un derecho de duración limitada:** Se extingue de acuerdo con los Convenios y a las leyes nacionales en un determinado número de años después de la muerte del autor o de la publicación de la obra.

El contenido de los derechos patrimoniales establece las diferentes formas y medios mediante los cuales una obra puede ser explotada o aprovechada económicamente. Existen tres divisiones básicas en el derecho patrimonial que van a comprender casi todas las modalidades de uso de las obras y son:

- Derecho de Reproducción
- Derecho de Comunicación Pública
- Derecho de Transformación.

El Derecho de Reproducción

Se define por los tratadistas como la facultad de explotar la obra mediante su fijación material en cualquier medio y mediante cualquier procedimiento, lo cual permite obtener copias o ejemplares de la obra para su difusión al público.

La reproducción comprende:

- La edición
- La reproducción sonora o audiovisual
- Reproducción gráfica
- Reproducción de obras en sistema de computador
- Realización de uno o más ejemplares de una obra tridimensional en bidimensional.

El Derecho de Comunicación Pública

Es la facultad de explotar la obra mediante el acto de hacerla accesible al público, ya sea de manera directa (representación en vivo), o indirecta (discos, cintas), o mediante cualquier forma de radiodifusión o distribución por cable.

Este derecho comprende de forma general lo siguiente:

- Representaciones escénicas
- Comunicación por palabra hablada
- Ejecución pública de obras musicales
- Radiodifusión y cable
- Cinematografía

El Derecho de Transformación

Consiste en la facultad o poder jurídico exclusivo que se le confiere al autor de autorizar a otro la creación de obras derivadas a la suya. Existen obras que pueden no ser originales plenamente, pero pueden tener valor creativo para el derecho, como son las traducciones; adaptaciones; extractos; parodias; etc.

Es decir, las obras producto de intelecto humano pueden transformarse al igual que cualquier otra, de tal manera que puede dar lugar a otra obra protegida por el derecho de autor como obra derivada.

El contenido del Derecho de transformación está muy vinculado con el derecho moral de integridad de la obra, pero no debe confundirse, ya que el de integridad se refiere a que el autor puede oponerse a toda deformación de la obra que se haga sin su consentimiento. Está vinculado porque aún y con la autorización del autor, si la transformación perjudica la reputación de la obra o del autor, este puede en virtud del derecho moral oponerse y reclamar por esa infracción.

Existen otros tipos de derechos patrimoniales que han sido reconocidos, como son.

- El derecho de distribución: el cual incluye la venta, alquiler, préstamo u otra forma de utilización económica para ponerla a disposición del público. En este caso el

autor determinará, si esto ocurre o no, bajo qué condiciones y en qué territorio. En los casos de este derecho debe reconocerse el agotamiento del derecho o la primera venta (first sale).

- Derecho de participación o Droit D' Suite: es el derecho de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas posteriores a la primera enajenación de los originales de dichas obras realizadas en subastas públicas o con intervención de agentes comerciales).

El derecho de Autor ha probado que es idóneo para estimular la actividad creativa al asegurar al creador la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de autor; además beneficia al empresario al garantizar su inversión, permitiendo el auge de las industrias culturales con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la difusión de obras.

El Derecho de Autor a la luz del desarrollo de las nuevas tecnologías

Un aspecto que ha generado muchos debates es la posibilidad del derecho de autor de proteger y estimular la creación ante las transformaciones que se están produciendo con la aplicación de las nuevas tecnologías. El momento actual es, sin dudas, un momento de cambios tecnológicos que han marcado decisivamente la evolución y los contenidos del derecho de autor, desde su mismo nacimiento como sistema para la protección jurídica de ciertas creaciones del espíritu humano.

Así ha ocurrido, como es sabido, con la radio, fonografía, imprenta y la televisión de modo que los Tratados Internacionales y las leyes nacionales en materia de derecho de autor lo afirman. Por tanto, la informática y las creaciones intelectuales relacionadas con esta, no han sido la excepción.

El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos, vías y medios de reproducción y acceso. El proceso de globalización de mercados y economías en que se encuentra inmersa la actual "sociedad de la información" hace cada vez más necesaria la utilización de la informática como instrumento para el tratamiento de datos y su transmisión de un lugar a otro. Tal es su grado de incidencia social que ya nadie puede desconocer que la informática está experimentando en la actualidad una creciente "masificación".

El fenómeno de uso masivo de la informática afecta, en primer lugar, a los sistemas informáticos u ordenadores, que ha dejado de ser un bien escaso, para convertirse, prácticamente, en un producto de masas. Esto ha provocado en el mercado un incremento espectacular de la demanda de programas informáticos. El programa de ordenadores es un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma, que al ser incorporadas en un dispositivo de lecturas automatizadas y traducidas en impulsos electrónicos, pueden hacer que un ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.

El problema planteado al derecho de autor en este sentido, ha consistido en la necesidad de tutelar adecuadamente los esfuerzos creativos y empresariales exigidos para la realización, producción y distribución de determinadas informaciones y contenidos especialmente valiosos, desde un punto de vista económico y social frente a los riesgos de una apropiación indebida de dicha información y contenidos por terceros. Sin embargo, la protección jurídica de las creaciones intelectuales relacionadas con la informática presenta dos rasgos peculiares: de un lado la globalización de la economía la cual ha propiciado o está propiciando desde

el comienzo una respuesta internacional que asegure una regulación básicamente uniforme a escala mundial, acusada en los ámbitos regionales de integración de mercados nacionales; de otro lado, la calidad tecnológica y el avance de las normas existentes así como su interpretación, están permitiendo que el acomodo o ajuste de las nuevas reglas en el sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual no sea excesivamente traumático.

Es cierto que algunas de estas novedades introducidas han afianzado un deslizamiento desde un modelo de derecho de autor basado en los postulados humanistas y de la política cultural, a otro más atento a las exigencias de la inversión empresarial.

En particular, las creaciones informáticas que han merecido la atención del moderno derecho de autor son los programas de ordenador y las bases de datos. Los primeros son la estructura principal de Internet y el uso de ellos es indispensable para ejecutar, reproducir y registrar una gran cantidad de otras obras protegidas, tales como: videos, obras musicales, multimedia etc.

Los programas de computación no siempre han estado bajo la égida del Derecho de Autor, al principio aparecieron unidos a las máquinas, y es por esta razón que se les entendía en el marco de protección de la Propiedad Industrial. Años más tarde, estas creaciones se separan definitivamente de su soporte primitivo, para conformar un mercado diferente y por tanto con nuevos intereses, de ahí que se comenzara a analizar si estos se debían mantener como objeto de la Propiedad Industrial, si debían ser objetos de protección de una legislación específica o si eran parte del Derecho de Autor. Finalmente, después de muchas discusiones y debates, la práctica demostró que estos eran obras del intelecto humano, de ahí que se decidiera que comenzaran a formar parte de la ya extensa lista

de obras que el Derecho de Autor ampara, siempre y cuando cumplan con el requisito de originalidad.

Los programas de computación se expresan a través de un lenguaje escrito, aunque una buena parte del mismo sólo pueda entenderlo la máquina, de ahí que para los fines del Derecho de Autor se les homologa a las obras literarias.

Las obras literarias desde el punto de vista de derecho de autor se entienden como todas las obras escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, prescindiendo de su valor y finalidad; en un sitio de internet podemos encontrar múltiple información escrita, memorias descriptivas..., la introducción de un obra en una página web, accesible a través de internet constituye un acto de comunicación pública y precisa la autorización expresa del autor para visualizar y descargar la obra. Los segundos, son compilaciones sistemáticas de cualquier elemento, sean protegidos o no por el derecho de autor, donde la originalidad radica en el método de selección. Con los términos "bancos de datos" y "bases de datos" se describen los depósitos electrónicos de datos y de información un sistema de manejo y de control.

En el ámbito internacional, los programas de computación son regulados por vez primera en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, en el que los países desarrollados mostraron su preocupación por proteger sus industrias y con ellas, salvaguardar sus derechos intelectuales, los que estaban siendo utilizados indiscriminadamente, sin la autorización de sus titulares, provocando un perjuicio económico considerable. El artículo 10 de este Acuerdo, obliga a los Estados Miembros de la OMC a proteger a los programas de computación, sean programas fuente o programas objeto, en virtud de la misma protección que el Convenio de Berna le otorga a las obras literarias.

A partir de la adopción del acuerdo ADPIC, los países tuvieron la necesidad de ir adecuando sus legislaciones internas a los límites convencionales establecidos por este Acuerdo; y como parte de este proceso han ido incluyendo en las legislaciones de Derecho de Autor a los programas de computación como parte del catálogo de obras protegidas por el Derecho de Autor.

Otro de los tipos de obras que han ido surgiendo gracias al desarrollo tecnológico son las bases de datos, que constituyen compilaciones de datos, hechos, etcétera. Para conformar este tipo de creación, siempre hay que disponer de un contenido que, lo constituyen los hechos o datos que se insertan, si estos no constituyen una obra *per se*, entonces la base de datos es original, pero si el contenido que se utiliza constituye una obra preexistente, con determinado nivel de titularidad, entonces la base de datos se considera una obra derivada, ya que para su creación se ha tomado como base una obra preexistente.

Existen algunos requisitos que deben cumplir aquellos que se disponen a crear una base de datos cuando éstas contienen obras originarias preexistentes, entre ellos el pedir autorización al autor o titular de la obra a utilizar, si esta se encontrare en dominio privado; respetar el nombre del autor, elemento este a tener en cuenta tanto en el caso anterior, como en aquellas obras que se encuentren en dominio público. Suele pensarse que las bases de datos solo se refieren a aquellas compilaciones que se hacen en un formato electrónico, pero la realidad es que se consideran como tales tanto aquellas que están en formato electrónico como las que están en papel, y así lo establece el artículo 10.2 de los ADPIC.

En el país, gracias al carácter enunciativo del objeto de protección, regulado en el artículo 7 de la Ley 14 de 1977, Ley

de Derecho de Autor, los autores de programas de computación y las bases de datos han encontrado los principios generales de tutela de sus derechos. No obstante, debido a la necesidad de contar con disposiciones específicas para estos tipos de obras, fue dictada la Resolución Conjunta No. 1, de 21 de junio de 1999 entre el MINCULT y el SIME, la cual establece el reglamento para la protección de los programas de computación y bases de datos, en cuanto a su creación, concertación de contratos, así como su explotación comercial. Esta normativa contiene las regulaciones más específicas en la materia, extiende la protección no sólo a los programas originales, sino también a las versiones sucesivas y programas derivados; establece las reglas de autoría y titularidad para a los autores de estos tipos de obras que realicen sus creaciones de forma independiente, por encargo, o en el marco de un empleo.

La Resolución Conjunta No. 1/99, ha devenido como paliativo en el proceso de transición de nuestras disposiciones autorales hacia una nueva legislación adecuada a los cambios que en el mundo se han venido dando en esta materia y a los convenios internacionales de los cuales nuestro país es signatario.

Por otro lado la oferta por la red de software es enorme, desde programas antivirus y sus actualizaciones hasta programas operativos. Un problema al que ya comienzan a enfrentarse los desarrolladores y usuarios de software libre, así como aquellos que utilizan licencias para la distribución de sus creaciones y contenidos, y que habrá que solucionar, es el de la "exportodependencia". Ya han aparecido los primeros casos de violación de las licencias libres y se carece de medios para defenderlas, el software libre, en esencia, encierra tres libertades:

- Copiar el programa y darlo a tus amigos o compañeros de trabajo
- Cambiar el programa como desees ya que se tiene acceso al código de fuente y;
- Distribuir una versión mejorada ayudando así a contribuir la comunidad.

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos de copia, uso y modificación. Lo único que no está permitido hacer es que se apropien de ella. Precisamente nuestro código penal sin hacer un análisis profundo no regula de forma expresa y tácita en un título destinado para ello los delitos informáticos.

El precio de algunos programas en el mercado, provoca en ocasiones un doble efecto:

1. La obtención de importantes ingresos económicos por parte de los empresarios dedicados a la elaboración de ordenadores y de programas, por la venta de sus productos y,
2. la proliferación de copias ilegales exactamente idénticas a la obra original y su comercialización en el mercado clandestino por un precio sensiblemente inferior al del original copiado, ocasionando importantes pérdidas económicas a las empresas informáticas. Este efecto es un fenómeno más amplio que algunos lo identifican como "la cultura del pirateo" (libros, fonogramas, películas de videos o señales televisivas) correspondientes a emisoras de pago, son junto a los ya referidos programas de ordenador, algunos de los objetos de pirateo más habituales. Por lo que respecta a los programas informáticos, según datos de la Business Software Alliance y la Software Publishers Association, de los 523 millones

de programas informáticos utilizados en 1996 en todo el mundo, 225 millones, esto es casi la mitad, eran piratas. Ello representó entonces una pérdida de 11,2 billones de dólares.

No es difícil inferir que las implicaciones de un entorno global digitalizado donde las personas actúan desde el anonimato son altamente conflictivas con un sistema de regulación de conductas y atribución de responsabilidades por los actos que se realizan, como lo es el derecho, lo cual hace muy difícil establecer regulaciones eficaces en el ciberespacio.

Aún más, algunos autores estiman que la relevancia de la ley como medio de protección de los derechos del autor, se encuentra en franca disminución en la era digital, pues sostienen que: los modelos empresariales y las herramientas tecnológicas evolucionarán en el tiempo para hacer de la ley de derechos de autor una herramienta cada vez menos importante para modelar la conducta de los usuarios en Internet.

En mi opinión aún y cuando el tiempo implique o genere desarrollo, fundamentalmente para las nuevas tecnologías, el derecho de autor juega un papel preponderante y de excelencia para la protección de la creación de las obras pues, las regulaciones jurídicas antes mencionadas protegen los derechos de los autores creadores de este tipo de obras.

Para muchos el propósito *de estos* avances consisten en impedir la reproducción ilegal de productos intelectuales creados con un fin, un objetivo y un destino como los sistemas de codificación y la creación de discos compactos no reproducibles y se ciñen en las vías tecnológicas, absolutizando incluso, la protección de su creación a este medio, degradando la protección jurídica que le aporta el derecho de autor; donde se destacan:

- La fabricación de discos compactos que no pueden ser reproducidos en los computadores, lo cual haría inútil el empleo de aparatos como quemadores de discos compactos, así como la elaboración de copas en las computadoras y, con ello, su distribución a través de internet.
- La inclusión de limitaciones en la obra.
- Existe también una antigua técnica de ocultación de datos que se llama "estegnografía" la cual viene del griego *steganos*, que significa cubierta, por lo que *estegnografía* significaría "escritura oculta", la cual está muy relacionada a la criptografía, es por tanto el conjunto de técnicas que nos permiten ocultar o camuflar cualquier tipo de datos.

Sin embargo para muchos hoy en día aún resulta poco claro la posibilidad real de ejercer un control sobre el uso de las obras protegidas por el derecho de autor en internet y en especial la protección de los programas de ordenador; ya que el uso de las obras protegidas por este derecho no cuenta con una regulación específica cuando el acceso a las mismas se realiza en el entorno global de la red.

Ahora, bien, es una realidad que en la red se pueden imponer ciertas restricciones, como lo son las claves de acceso, las Watermarks o la fabricación de discos compactos que no pueden ser reproducidos en los computadores, pero es una realidad también, que estas pueden violarse de manera fácil, así que, aunque se tenga una gran cantidad de protección, hay que tener en cuenta la posibilidad de que esta no sea suficiente, y se haga más necesario el peso de la ley en este sentido.

Por otra parte, el internet es un complejo de sistemas de intercomunicación de computadoras y redes de computadores con alcance mundial, que ofrece indeterminados servicios como: el correo electrónico, o e-mail y otros, por cuanto estos, son medios que permiten una intercomuni-

cación y disponibilidad de las creaciones del intelecto humano nunca antes visto, esta red de redes forma parte una comunidad real, llamada también Ciberespacio, conformada por personas que pueden interactuar entre ellas a voluntad, internet se encuentra realmente abierta a cualquier persona que quiera ingresar sin importar orígenes, nacionalidad, limitaciones físicas y geográficas etc.

Pero la facilidad con que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a quienes tengan un interés legítimo en proteger el derecho de explotación exclusivo del titular del derecho de autor de una obra, a tener que recurrir más a la tecnología que a las leyes en sí mismas, como serían los dispositivos de autopreparación.

Es evidente que los informáticos y las personas que son capaces de crear estos programas o desarrolladores de sistemas informáticos y sus softwares, no tienen la claridad absoluta de la necesidad de proteger sus derechos y del papel que desempeña el derecho de autor en este sentido o sencillamente llevan en detrimento esta institución. No cabe dudas que el derecho de autor merita un despertar y fundamentalmente en los países en desarrollo, sin hacer un análisis profundo del asunto, pues las regulaciones de estas deben enfocarse más en los adelantos que propicia la ciencia y la técnica.

¿Dónde puede registrarse su obra?

Registro Nacional del Derecho de Autor

Radica en la sede del CENDA, con un horario de 9.00 a.m. a 12 se realiza el registro y depósito de obras, actos y contratos. Los tipos de obras que se pueden registrar integran el vasto catálogo de las manifestaciones artísticas y literarias, entre ellas: pinturas, fotografías, novelas, cuentos, poesía,

obras de teatro, coreografías, guiones cinematográficos, libretos de radio y televisión, obras musicales, programas de computación y bases de datos, entre otros.

Resulta ser una prueba a primera vista ante tribunales, así como una garantía jurídica de la condición de su autoría y titularidad, por tanto, le es útil no solo a los creadores, sino también a las empresas y entidades que encargan.

La actualización del modelo económico

En la actualización del modelo económico cubano, es considerado por los autores la necesidad de ganar en cultura jurídica por parte de los empresarios y de los ciudadanos en general, la que hoy no se manifiesta de forma adecuada en su mayoría por parte de los directivos vinculados con esta actividad y de las personas que deben aplicar su titularidad en su producción en relación a lo que dispone la norma jurídica, lo que pueden dar lugar a la posible comisión de delito en el ámbito empresarial.

En los lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución aprobados en el pasado 6to Congreso del Partido en Cuba y ratificados por la Asamblea Nacional de Poder Popular, se señala la importancia que reviste fortalecer las capacidades de prospección y vigilancia tecnológica y la política de protección de la propiedad industrial en Cuba y en los principales mercados externos.

De aquí la necesidad de continuar en el perfeccionamiento de las disposiciones jurídicas vinculadas a la protección de este derecho en las empresas cubanas del sector estatal, como forma protectora en el mercado interno y el foráneo. Lo que nos ha permitido arribar a las formulaciones a manera de conclusión.

3. Conclusiones

El fenómeno del uso masivo de la informática afecta, en primer lugar, a los sistemas informáticos u ordenadores, que ha dejado de ser un bien escaso, para convertirse, prácticamente, en un producto de masas, esto ha provocado un incremento espectacular en las demandas de los programas informáticos que necesitan de la tutela adecuada del derecho de autor para la protección de los derechos del autor de una obra, para la realización, producción y distribución de determinadas informaciones y contenidos especialmente valiosos, desde un punto de vista económico y social frente a los riesgos de una apropiación indebida de dicha información y contenidos por terceros.

La protección jurídica de las creaciones intelectuales relacionadas con la informática presenta dos rasgos peculiares: de un lado la globalización de la economía la cual ha propiciado o está propiciando desde el comienzo una respuesta internacional que asegure una regulación básicamente uniforme a escala mundial, permitiendo que se ajuste a las nuevas reglas en el sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual y que, no sea excesivamente traumático. Para ello se encuentran regulada la protección de los programas de computación siempre y cuando cumplan con el requisito de originalidad como obras literarias, a nivel nacional e internacional así como las Bases de Datos

Además de la Ley 14 de 1977 y los tratados internacionales que protegen los derechos de los autores de programas de computación y bases de datos, existen disposiciones específicas para estos tipos de obras, fue dictada la Resolución Conjunta No. 1, de 21 de junio de 1999 entre el Ministerio de Cultura y el SIME (Sidero Mecánica), la cual establece el reglamento para la protección de los programas de compu-

tación y bases de datos, en cuanto a su creación, concertación de contratos, así como su explotación comercial.

Los criterios de los involucrados en las creaciones de este fenómeno del entorno digital, las nuevas tecnologías y la comunicaciones tienen como tendencia en los momentos actuales favorecer más a la tecnología a través de los dispositivos de autopreparación que a las leyes, producto a la facilidad con que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a quienes tengan un interés legítimo en proteger el derecho de explotación exclusivo del titular del derecho de autor de una obra, a tener que recurrir más a la tecnología que a las leyes en sí mismas.

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos de copia, uso y modificación. Lo único que no está permitido hacer es que se apropien de ella.

4. Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ TABÍO, Dr. Fernando. Comentarios a la Constitución Socialista, Editorial Pueblo y Educación, 1988. La Habana. Cuba.

BARRERA GRAF, Jorge. El Derecho Mercantil en la América Latina. Editora Universidad Nacional Autónoma de México. 1963.

BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A, Madrid, España, 1991.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Tratado de Derecho Mercantil. Tomos I y II. Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Ley general de sociedades. Títulos valores. 2004.

BAUZÁ REILLY, Marcelo: *Nombres de Dominio y Derecho. Problemática y Líneas Evolutivas*. Revista de Derecho e Informática. Disponible en <http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html>.

BENVENUTO VERA. Ángel: El Delito Informático, Ley 19.223. Disponible en <http://www.hes-cr.com/secciones/dere-info.htm>.

COLECTIVO DE AUTORES, Selección de Lecturas de Derecho de Autor. Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

CEPEDA C., Verónica: *Hacia la Seguridad-Imperio de la Ley*. Diario La Hora, Quito, Ecuador.

CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, Buenos Aires, Editorial Heliatra S.R.L., tercera edición, 1989, Tomo II, volumen 3, página 362. Argentina.

COLECTIVO DE AUTORES, Nociones de Derecho Mercantil, Editorial Félix Valera, Ministerio de Educación Superior. La Habana. Cuba. 2004, pág.17.

COLECTIVO DE AUTORES. *El Perfeccionamiento empresarial en Cuba*. Editorial Félix Varela. La Habana. 1999.

COLECTIVO DE AUTORES. La empresa y el empresario en Cuba. Editora ONBC. La Habana. Cuba. 2000.

COLECTIVO DE AUTORES: Nociones de Derecho Mercantil (para estudiantes de contabilidad), 1ª ed., Editora Félix Varela, Ministerio de Educación Superior. La Habana, 2004.

COLECTIVO DE AUTORES. *La nueva Universidad Cubana y su contribución a la universalización del conocimiento*. Editora Félix Varela. La Habana. Cuba. 2006. Págs. 361-389.

COLECTIVO DE AUTORES, *Temas de Derecho administrativo cubano*. Editorial Félix Varela. La Habana. Cuba. 2005.

COLECTIVO DE AUTORES. *Estudios de Derecho Administrativo*. Editora Félix Varela La Habana. Cuba 2005.

COLECTIVOS DE AUTORES. *Derecho Constitucional Cubano*. Editorial Félix Varela La Habana 2005.

CAÑIZARES ABELEDO, Dr. Fernando. *Teoría del Estado y el Derecho Tomo I, II*. Editora Pueblo y Educación. La Habana 1979. Cuba.

CRUZ, Marta y Emilia Horta Herrera: *Selección de lecturas de Propiedad Industrial (2 tomos)*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003.

FIRMA ELECTRONICA. Ley 59 de 2003, de 19 de diciembre. Disponible en http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/foro/df/ser_tel.htm.

UNED. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*. XIV Tomos. España. 1.996.

URÍA, Rodrigo: *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Marcial Pons, Madrid. España. 2003.

LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y derechos conexos*, Tomos I y II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.

LÍBANO MANZUR, Claudio: *Los Delitos de Hacking en sus diversas manifestaciones*. Disponible en <http://www.comunidad.derecho.org/peru.html>.

Ley Especial Contra los DELITOS INFORMÁTICOS, Venezuela, artículo 2.1).

LINEAMIENTOS DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA. 6to congreso. Año 2011.

GONZÁLEZ Gómez, Diego: *Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos*. Revista de Derecho e Informática. Disponible en <http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html>.

GARCÍA NOGUERA, Noelia- DELITOS INFORMÁTICOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Pág. 5

Ley No. 19.223 De los DELITOS INFORMÁTICOS, Chile, prólogo.

GIRALDO, Jaime. INFORMÁTICA JURÍDICA DOCUMENTAL. Temis. Colombia. 1990. Pág. 192.

RODRIGO URÍA Y MENÉNDEZ AURELIO (Coordinadores). Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Civitas S.L, Reimpresión, Madrid, España, 2001.

RUIZ DE VELASCO, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil, Editores Deusto S.A., Bilbao, España, 1992

MAGLIO, Marco. LA TUTELA DEI DATI PERSONALI. Napoli, Edizioni Giuridiche Simone. 1999.

MAZEAUD, Jean. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Parte Primera. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.

SAGUES, Néstor. HABEAS DATA: SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL, en AAVV, Lecturas Andinas Constitucionales N° 3, Comisión Andina de Juristas, Perú. 1994.

SALAZAR, Edgar. CIBERNÉTICA Y DERECHO PROCESAL CIVIL. Ediciones Técnico-Jurídicas. Caracas. 1979. Pág. 264.

TÉLLEZ, Julio. DERECHO INFORMÁTICO. 2a. Edición. México. 1996. Pág. 283.

GONZÁLEZ GÓMEZ, Diego: Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos. Revista de Derecho e Informática. Disponible en <http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html>.

VILA NOYA, MSc. Lisette: El trabajo por cuenta propia en Cuba. Trabajo de ejercicio académico que le sirvió para homologar en Cuba el título de Máster en Derecho Mercantil y Financiero de la Universidad de Barcelona. España. Editora ONBC. 1999. La Habana. Cuba.

VIVANTE, César. Derecho Mercantil. Tribunal Superior de Justicia Federal. Universidad de Bolonia. Italia. Editora Madrid. España. 2003.

VIAMONTES GUILBEAUX, Dra. C. Eulalia. Derecho Laboral Cubano Teoría y Legislación, segunda edición, Tomo I, editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

_____, Instituciones del derecho laboral cubano. La Habana. 2008. Editorial Félix Varela. Cuba.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. ONU. 1993. Regulaciones sobre el Derecho Mercantil.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ONU. Regulaciones sobre el autoempleo, el trabajo por cuenta ajena. ZAVARO Barbano, León y Martínez García, Ceferino: Auditoría Informática. Consultoría Jurídica Internacional.

Normas jurídicas consultadas:

Constitución de la República de Cuba. Reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular. Granma, Ciudad de La Habana, edición especial MINJUS, junio 1992. Gaceta Oficial Extraordinaria no. 3, de 31 de enero de 2003.

Código de Comercio de 1885 de la República de Cuba.

Ley No 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Modificaciones al amparo del Decreto Ley No. 241. (2006)

Ley No. 14 de 1977, Ley cubana de Derecho de Autor

Ley No. 49 de 28 de diciembre de 1984, Código de Trabajo. Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GOE No. 3 de 24-04-1985.

Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil (1989): Ed. Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana. GOE No. 9 de 15-10-1987.

Ley No. 62 de 30 de abril de 1988, Código Penal (2004). Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GO Esp. No. 3 de 30-12-1987.

Ley No. 73 de 4 de agosto de 1994, Ley del Sistema Tributario (s. f.): Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GO Ext. No. 8 de 5-08-1994.

Ley No. 77 de 5 de septiembre de 1995, Ley de la Inversión Extranjera, Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GOE No. 3 de 6-09-1995.

Ley No. 107, de 1 de agosto de 2009. Ley de la Contraloría General de la República.

Ley No. 113, Ley del Sistema Tributario. GOE No. 53, de fecha 21-11- 2012.

Decreto Ley No. 67 de 1979. De organización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 9 de 19-04-1983.

Decreto Ley No. 99 de 1987. De las contravenciones personales. Gaceta Oficial Extraordinaria de 25 de diciembre de 1987. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 12 de 25-12-1987.

Decreto Ley No. 141 de 8 de septiembre de 1993 del Consejo de Estado, Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Decreto Ley No. 147 de 1995 De reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. no. 2 de 21-04-1994.

Decreto Ley No. 174 de 9 de mayo de 1997 del Consejo de Estado, De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia. Publicado en la Gaceta Oficial de la República, edición ordinaria, de 30 de junio.

Decreto Ley No. 199, sobre la seguridad y protección de la información oficial.

Decreto No. 100 de 1983. De la Inspección Estatal. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GOO no. 14 de 10-02-1982

Decreto No. 308 de 2012. Reglamento de las normas tributarias y los procedimientos tributarios. GOE No. 53 de 2012. Resolución No. 1 del Ministerio del Interior. Reglamento sobre la seguridad y protección de la información oficial.

Resolución del Ministerio del interior. Reglamento para la Criptografía y el Servicio Cifrado en el territorio Nacional.

Resolución No. 6 de 1996. Reglamento sobre seguridad informática. Ministerio del Interior.

Resolución No. 60 de 2011. Sobre del sistema de control interno. Contraloría General de la República.

Normas de Auditoría. Ministerio de Auditoría y Control. Manual del auditor. República de Cuba.

Resolución Conjunta No. 1 de 18 de abril de 1996, “Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia” del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Finanzas y Precios. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Resolución No. 11 de 25 de marzo de 2004 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Resolución No. 9 de 11 de marzo de 2005 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Instrucción No. 27 de 15 de junio de 2006 del Viceministro de Trabajo y Seguridad Social, “Procedimiento para otorgar la Licencia para ejercer el Trabajo por Cuenta Propia”. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Compendio de Regulaciones del Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia y los procesos de reducción de plantillas infladas, Empresa Poligráfica, Holguín, 2011. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Diccionarios consultados:

DICCIONARIO DIGITAL LARROUSE. 2010. Versión Windows.

DICCIONARIO CERVANTES. Autor: Alvero Francés, F. Editorial Pueblo y Educación. La Habana. Cuba. 1980.

DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS. Autor: Sainz de Robles, F. C La Habana. Editorial Científico Técnica. Cuba. 1978.

DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1997.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Argentina. 1976.

DICCIONARIO DE TERMINOS INFORMATICOS. 2003. Editora Ciencias. Cuba.

Páginas web consultadas:

<http://vlex.it/vid/informatica-juridica-derecho-informatico-37801867#ixzz1JqNFh6qT>. Consultado el 10 de diciembre de 2012.

[http:// law.com](http://law.com) – newswire. Ius cibernética. Consultado 10 de diciembre 2012.

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=292>. Consultado 10 de diciembre 2012.

www.ecured.cu/Trabajador_por_cuenta_propia/ 24 de octubre de 2012.

www.cubadebate.cu/trabajo-por-cuenta-propia-emplea-ya-a-330-000-cubanos/ 24 de octubre de 2012.

www.cubasi.cu/index.php?...trabajo-por-cuenta-propia/24
de octubre de 2012.

www.slideshare.net/rosafol/el-trabajo-por-cuenta-propia/24
de octubre de 2012.

es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral/24 de octubre de 2012.

www.e-conomic.es/programa/glosario/trabajador-cuenta-ajena/24
de octubre de 2012.

Autores convidados.

DOI:

77-115

Doutrina Nacional | Artigo

**MÁFIA, CRIME ORGANIZADO
E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA:
ELEMENTOS PARA UMA
PERSPECTIVA BRASILEIRA**

ROGÉRIO FILIPPETTO DE OLIVEIRA
MARIA DA CONCEIÇÃO BENEVENUTO APOLINÁRIO

MÁFIA, CRIME ORGANIZADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA: ELEMENTOS PARA UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA

MAFIA, ORGANIZED CRIME AND CRIMINAL ASSOCIATION:
ELEMENTS IN BRAZILIAN PERSPECTIVE

ROGÉRIO FILIPPETTO DE OLIVEIRA

Procurador de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
felipeto@mpmg.mp.br

MARIA DA CONCEIÇÃO BENEVENUTO APOLINÁRIO

Pós-graduanda em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

RESUMO: Este estudo aborda a evolução da definição de crime organizado e a necessidade de incriminação, com base nas manifestações de prática coletiva de crime. Examinam-se os contornos da máfia e a contribuição desta para a definição de crime organizado, os conflitos de natureza criminológica e a resistência ao reconhecimento do fenômeno, bem como a evolução da legislação brasileira sobre o tema, até a final incriminação.

PALAVRAS-CHAVE: máfia; crime organizado; associação criminosa.

Abstract: This study addresses the evolution of organized crime definition and the need for their criminality, from the manifestations of collective criminal offenses. It examines the Mafia concept and its contribution to the definition of organized crime, the conflicts of criminological nature and the resistance to recognition of the phenomenon as well as the evolution of Brazilian legislation, until its final incrimination.

KEY WORDS: mafia; organized crime; criminal association.

Sumário: 1. Introdução. 2. Origem e definição de máfia em contraponto ao de crime organizado. 3. Crime organizado. 3.1. Definição e histórico na legislação brasileira. 3.1.2. A Lei n. 9.034/1995 e a Lei n. 10.217/2001. 3.1.3. A Convenção de Palermo. 3.1.4. Uma abordagem criminológica. 3.1.5. A Lei n. 12.694/2012. 3.1.6. A Lei n. 12.850/2012. 3.2. Noção e características. 4. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O fenômeno da criminalidade organizada ainda impressiona e alcança repercussão nacional e internacional, mas já não se re-

vela como novidade. A evolução legislativa e dos órgãos de persecução criminal não caminha com a mesma velocidade, que se mostra, especialmente, cambiante. No Brasil, começam a surgir novas técnicas de investigação e de repressão, mais apropriadas a essa forma de criminalidade, caracterizada por ser difusa e desprovida de vítimas individualizadas.

A Lei n. 12.850/2013 inovou na regulamentação da matéria, pois, depois de superar paixões dogmáticas e criminológicas, trouxe a organização criminosa para o campo do ilícito penal, amenizando os debates minimalistas. Para compreensão dessa evolução paradigmática, faz-se uma contextualização, com o exame da origem e da definição de máfia em contraponto ao crime organizado, passando-se pelo estudo histórico da legislação brasileira e, também, por uma análise criminológica, com delineamento das características, requisitos e *modus operandi* da criminalidade organizada.

Busca-se, pois, estabelecer e justificar um marco conceitual que possa orientar os operadores do Direito, no que diz respeito à manifestação da criminalidade pós-moderna sem precedentes, compreendendo sua compatibilidade com as premissas de um Direito Penal que prima pelas garantias individuais.

2. Origem e definição de máfia em contraponto ao crime organizado

O tema *máfia* desperta confusão, pois muitos transpõem o conceito sociológico para um conceito criminológico ou jurídico. É também frequente a utilização dos termos *máfia* e *crime organizado* como sinônimos, o que não é acertado.

De fato, a terminologia máfia já foi associada à superelite surgida na Sicília ocidental, que passou a ser reconhecida como *La cosa nostra*, confundida com a linha correspondente que

surgiu nos Estados Unidos. Pode-se dizer que, hoje, a *máfia* equivale à criminalidade regional siciliana, *camorra* à criminalidade regional napolitana e *'ndranbghbeta* à criminalidade da região da Calábria. É possível ainda falar em máfia chinesa, turca, colombiana, russa e assim por diante, todos contidos na designação máfia. A dificuldade de definição de seus contornos ganha outros ingredientes, quando admitimos que designa também *lobbies*, associações secretas, uma relação entre política, negócios e criminalidade, corrupção, clientelismo, fraudes eleitorais, entre outras práticas (LUPO, 2002, p. 13).

Com relação à etimologia do termo, as versões também diferem. Atribui-se o termo, em parte, ao idioma italiano, francês e árabe, etc.

Lupo aponta para a posição doutrinária, seguida pelos estudiosos da Ciência Política, da Economia e da Sociologia, ao afirmar que: “[...] a máfia funciona como uma Organização Criminosa a qual possui laços com as instituições do Estado, com as empresas capitalistas, com o sistema financeiro e com a política.” (LUPO, 2002, p. 1).

A máfia é uma instituição organizada que atua à margem do Estado, ou melhor, da legalidade. A atividade dos mafiosos concentra-se nas seguintes áreas: (1) proteção a fazendeiros e a comerciantes do interior; (2) interferência nos agentes públicos com o objetivo de participar dos negócios do Estado, como licitações; (3) influência sobre os funcionários do Estado na tentativa de orientar as suas tomadas de decisão; (4) contrabando, que envolve as mais diversas mercadorias; (5) crimes de pistolagem; e (6) tráfico de drogas. (LUPO, 2002, p.1).

Quanto à formação da criminalidade organizada, é possível verificar a sua existência desde as mais remotas aglomerações humanas, conforme destaca Heleno Cláudio Frago, citado por Steffanie Berkenbrock Lopes:

As associações ilícitas desde tempos remotos preocupavam os governantes, por motivos puramente políticos, ou seja, pelo perigo da sedição ou conjuração. Um texto de Marciano, inserto no *Digesto* (Lei n. 47, título 22,1) refere-se à proibição de confrarias ou sodalícios, e, de modo geral, de congregações ilícitas (*illicitum collegium*). [...] Desde a Idade Média, já havia registro das denominadas conventícolas. Esse nome designava, a princípio, reuniões eclesiásticas, tendo passado a corresponder a associações de homens armados, com o propósito de praticar saques, depredações e outros crimes, sendo objeto de severa repressão. (FRAGOSO apud LOPES, 2013, p. 14).

No entanto, do ponto de vista histórico, elas passam a efetivamente se formar nas duas últimas décadas do século XVI, “[...] conhecido como a era de ouro do crime organizado, devido ao crescimento alarmante das atividades de piratas e corsários nos mares do Caribe.” (BILYNSKYJ, 2012, p. 3).

É importante destacar que, no tocante à origem do vocábulo máfia, não há unanimidade:

Para Jean Ziegler, o termo surgiu pela primeira vez na região meridional da Sicília, no final do século XVI, significando ‘bravura’ e ‘coragem’, além de ‘autoconfiança’ e ‘arrogância’. Posteriormente, no final do século XIX, os ‘homens de honra’ contratados pelos senhores feudais para defenderem a ilha do reino de Nápoles criaram sociedades secretas que adotaram o nome ‘máfia’ (Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia. Tradução Manuela Torres. Lisboa: Terramar, 1999, p. 44). Em sentido contrário, Pino Arlacchi entende que a palavra é uma criação literária do século passado e sequer fazia parte do vocábulo da época do ideal ‘sicilianista’, pois até hoje os verdadeiros ‘mafiosos’ são conhecidos como *unomini d’onore* (Adeus à Máfia: as confissões de Tommaso Buscetta. Tradução de Roberto Cattani e Luca Wataghin. São Paulo: Ática, 1997, p. 31). (SILVA, 2014. p. 3).

Uma característica marcante do fenômeno mafioso é a estruturação em graus hierárquicos, inspirada na família comum, como informa Paulo Francisco Muniz Bilynskyj (2012, p. 3), mencionando Frank Shanti. A estruturação familiar presta-se também para vincular a fidelidade dos membros, de modo que a iniciação de um membro exige um juramento de honra à Família, com ‘F’ em maiúsculo, pois a família de sangue fica subordinada a essa outra (MONTROYA, 2007, p. 4).

a) A posição central da família: na sociedade chinesa, o sentido estrito do termo família pode ser ampliado com um significado que vai além do círculo familiar ou, ainda mais, até abranger o povoado natal (bairro urbano, por extensão) e o grupo étnico. Para os chineses, a família reagrupa seus membros de sangue e seus aliados. Pode-se dizer que, para eles, existe filiação e afiliação. A família assim concebida dispõe de um espaço para que sua autoridade e seus negócios prosperem em um distrito ou bairro. (MONTROYA, 2007, p. 1).

Historicamente, cabe mencionar as Tríades Chinesas como a mais antiga das estruturas que evidenciam a criminalidade organizada, já que datam do ano de 1644, originando-se a partir de um movimento popular destinado a expulsar invasores do império Ming, destacando que, após a proibição do comércio do ópio na China, o que foi incentivado inicialmente pela Companhia Britânica das Índias Orientais, as tríades passaram a explorar referido mercado (SILVA, 2014, p. 3).

Na Espanha, na mesma época, evidencia-se o movimento que ficou conhecido como bandoleirismo, “que consistia numa espécie de protesto social contra a miséria na qual viviam os indivíduos das classes menos privilegiadas.”(LOPES, 2013, p. 15).

No Japão, o relevo é conferido a Yakuza, que remonta ao século XVIII, dedicando-se à exploração de diversas atividades ilícitas,

tais como cassinos, tráfico de mulheres, drogas, armas, lavagem de dinheiro, etc. No entanto, atividades lícitas também eram desenvolvidas, pois detinham várias casas noturnas, agências de publicidade, que funcionavam como máscara para suas verdadeiras atividades (SILVA, 2014, p. 4).

A máfia italiana inicialmente desponta na proteção a fazendeiros e comerciantes, tendo em vista que, no século XIX, o país era uma região ruralista, marcada pela existência de grandes latifúndios:

[...] a organização conhecida modernamente como Máfia teve início como movimento de resistência contra o rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto, abalando a secular estrutura agrária da Sicília, reduzindo privilégios feudais e limitando poderes [...] (SILVA, 2014, p. 4).

Os ditos *unomini d'onore*, os homens de honra, eram contratados por fazendeiros italianos para proteger a sua propriedade e, posteriormente, para formar associações secretas: as máfias. Como assaltos a gados e saques em fazendas eram comuns, surgiram pessoas que passaram a oferecer proteção aos fazendeiros e, com o passar dos tempos, esta proteção passou a se organizar, prestando uma atividade de segurança e proteção também aos comerciantes urbanos (SILVA, 2014, p. 4).

O Estado italiano desenvolveu-se e, com o capitalismo, surgiram outros horizontes, já que o país deixa para trás a vivência unicamente rural. Nesse cenário, sobreveio um novo estágio da máfia, mais desenvolvido e organizado, com novas influências e relação de cooperação com os agentes estatais, e o que se observa é que houve uma efetiva cooperação entre os sujeitos envolvidos, mas o objetivo é um só: lucro (OLIVEIRA, 2005, p. 18).

Na América, mais especificamente nos Estados Unidos, o surgimento da criminalidade organizada ocorreu na década de

1920, a partir do momento em que se proibiu irrestritamente a comercialização do álcool, quando, alguns grupos, chamados de *gangs*, passaram a se dedicar ao contrabando de bebidas, agindo com base na organização e na estabilidade (SILVA, 2014, p. 7). No momento em que se verificou a migração de italianos para os Estados Unidos, surgiu a Máfia ítalo-americana, que atuava em diversas áreas do crime.

Na Rússia, ao final do século XIX, apareceu uma organização mais tradicional, a *Vor V Zakone*, criada na Sibéria para atuar especialmente na prática de extorsão, tráfico de mulheres, corrupção, desvio de dinheiro público e roubos variados (LOPES, 2013, p. 16).

No Brasil, a origem da criminalidade organizada remonta ao final do século XIX e ao início do século XX, relacionando-se com o movimento do *Cangaço*, que envolvia pessoas organizadas hierarquicamente que, sob o comando de Lampião (Virgulino Ferreira da Silva), saqueavam vilas e pequenas cidades e praticavam extorsão. Com o passar dos anos, outras condutas foram surgindo, e, na década de 1980, destacaram-se a infração penal ligada ao jogo do bicho, mas também grupos organizados e especializados em roubos a bancos. Mais recentemente, surgiu o *Novo Cangaço*, uma modalidade, cuja manifestação consistiu basicamente na tomada de cidades interioranas para o roubo de bancos e de armas, subjugando as frágeis forças policiais locais, valendo-se de armamento pesado, violência e sequestro de populares. Sobre o fenômeno das organizações criminosas no Brasil:

Outras organizações mais recentes e violentas emergiam nas penitenciárias na cidade do Rio de Janeiro nas décadas de 1970 a 1980: a 'Falange Vermelha', formada por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos, nasceu no presídio da Ilha Grande, entre 1967 e 1975; o 'Comando Vermelho', uma evolução da 'Falange Vermelha', comanda-

do por líderes do tráfico de entorpecentes, surgiu no presídio Bangu 1 em meados da década de 1970; o 'Terceiro Comando', uma dissidência do 'Comando Vermelho', foi idealizado no mesmo presídio, em 1988, por presos que não concordavam com a prática de sequestros e com a prática de crimes comuns nas áreas de atuação da organização; a ADA ('Amigos dos Amigos') surgiu durante os anos 1990, aliando-se ao 'Terceiro Comando' e, 1998, na tentativa de minimizar a influência do 'Comando Vermelho'; o 'Terceiro Comando Puro', criado no Complexo da Maré em 2002, resultou da extinção do 'Terceiro Comando', após o assassinato do seu líder. A partir dos anos 1990, grupos parapoliciais (milícias), igualmente com perfil de organizações criminosas, passaram a atuar nas favelas cariocas, com a suposta finalidade de expulsar as facções criminosas que controlavam o tráfico no local.

No Estado de São Paulo, em meados da década de 90 (sic), surgiu no presídio de segurança máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté a organização criminosa denominada 'PCC – Primeiro Comando da Capital', com atuação criminosa diversificada em diversos Estados. Além de patrocinar rebeliões e resgates de presos, o 'Primeiro Comando da Capital' também atua em roubos a bancos e a carros de transporte de valores, extorsões de familiares de pessoas presas, extorsão mediante sequestro e tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, com conexões internacionais. Para a hegemonia de seu poder, seus membros não poupam esforços para assassinar membros de facções rivais, fora e dentro dos estabelecimentos prisionais (SILVA, 2014, p. 9-10).

A peculiaridade do fenômeno no Brasil é a sua ligação com o sistema penitenciário, cujas características criaram um ambiente propício para a origem de movimentos organizados. Mira-se nos exemplos de Ilha Grande, no Rio de Janeiro, onde conviviam presos políticos e criminosos comuns, como em São Paulo, onde as precárias condições das prisões fizeram surgir nos presos, inicialmente vinculados pelo ideal de respeito e de dignidade, um

sentimento de revolta que os uniu para a prática de ilícitos. O lema paz, justiça e liberdade é representativo desse movimento, responsável por rebeliões e pela busca de condições dignas para o cumprimento da pena, o que acabou sendo o pano de fundo para arregimentar os presos em uma organização maior, voltada para o mundo do crime. Sem o mesmo reconhecimento glamoroso, a fórmula repetiu-se em outros estados no contexto de opressão e de más condições carcerárias. Nem a criação de presídios federais tem conseguido quebrar a coluna vertebral dessas organizações, que conseguem manter a linha de comunicação entre os presos e o meio externo. Talvez o isolamento geográfico, em um país de dimensões continentais, possa prejudicar o desenvolvimento dessas atividades criminosas.

Observando a origem da máfia, conforme destacado no presente tópico, percebe-se a existência de ligação com diversos movimentos populares, fato que facilitou – e até disseminou – a sua existência, subsistência e própria aceitação pela comunidade. Destaca-se, em relação a esses movimentos, que eles se valem de argumentos dignificantes para conquistar apoio popular, como a proteção contra os abusos do Estado, ou mesmo a assunção de serviços, principalmente públicos, aos quais o cidadão não tem acesso. A estratégia é se rebelar contra o Estado em defesa do indivíduo fragilizado, criando uma espécie de Estado paralelo. Todavia, esses movimentos não almejam verdadeira transformação de natureza social, nem tomada do poder. Ao contrário, como parasitas precisam da manutenção do *status quo*, pois vivem exatamente dos vácuos de atuação e da ineficiência estatal.

É importante, contudo, diferenciar *máfia* de *organização criminosa*, muito embora a legislação brasileira não o faça, já que combate tanto a organização criminosa comum, quanto a mafiosa.

A respeito da diferença entre *máfia* e *organização criminosa*:

Uma das principais características do crime organizado é sua habilidade para expandir-se em novas atividades e áreas geográficas sempre que surge a necessidade ou que seus requerimentos exigem.

Essa particularidade também se aplica à máfia, mas, como já se viu, esta possui características especiais como, por exemplo, um sistema normativo infracultural, que privilegia valores específicos e determinados estilos de comportamento (honra, amizade, solidariedade, *omertà* e a violência como instrumento para ascender socialmente) que apresentam, como maior risco, a possibilidade de infiltração no sistema político-administrativo.

O crime organizado tem adotado a forma de uma empresa e de uma economia submersa e paralela, que atrai jovens devido à carência de desenvolvimento econômico, social e educacional e, principalmente, como consequência do desemprego, oferecendo a possibilidade de obter lucros rapidamente. (MONTROYA, 2007, p. 67).

Não há que se fazer confusão também com o que se convencionou chamar de gangues, que tiveram expressivo desenvolvimento nos Estados Unidos.

Uma gangue pode ser definida como uma associação de jovens que se diferenciam de outros grupos pela sua participação rotineira em atividades delituosas, com uma liderança desenvolvida, com maior formalismo, com uma identificação mais clara com respeito a lugares e empresas e com maior grau de deliberação na condução de seus crimes. (MONTROYA, 2007, p. 86).

É crucial mencionar igualmente o que se entende por milícia, que não se confunde nem com crime organizado, nem com máfia. A milícia particular corresponde a um agrupamento armado e estruturado de civis que pretendem promover, considerando a incompetência do Poder Público para agir em tais áreas, a restauração da segurança em locais controlados pela criminalidade. Sobre o tema, Masson pontua que:

Para tanto, seus integrantes apresentam-se como verdadeiros ‘heróis’ de uma comunidade carente e fragilizada, e como recompensa são remunerados por empresários e pelas pessoas em geral.” (MASSON, 2014, p. 345).

Nesse sentido, a legislação brasileira, ao tipificar a organização criminosa, promoveu a reestruturação na incriminação de outras formas de associação. Assim, o crime de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal) foi alterado para exigir que se configure com o agrupamento de três ou mais componentes, unidos para a prática de crimes. Antes, seriam necessários pelo menos quatro membros. O *nomen juris* atribuído também passou a ser associação criminosa, no lugar de *quadrilha ou bando*. A denominação é mais apropriada aos dias de hoje, porque a expressão quadrilha ou bando homenageia as primeiras manifestações de crime praticados em grupo no Brasil, notadamente os bandoleiros, expressivamente representados no fenômeno do cangaço, como mencionado. Igualmente, tipificou-se a conduta de constituição de milícia privada (art. 289 do Código Penal), evidenciando a necessária distinção, não só da associação, mas, sobretudo, da organização criminosa.

3. O crime organizado

A criminalidade organizada representa uma ameaça à sociedade e ao Estado Democrático de Direito, considerando o alto grau de lesividade das infrações penais cometidas, bem como a influência que exerce dentro do próprio Estado (LIMA, 2014, p. 473).

3.1. Definição e histórico na legislação brasileira

3.1.1. Lei n. 9.034/1995 e Lei n. 10.217/2001

O artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.034 de 1995 (revogada pela Lei n. 12.850 de 2013) definia e regulava meios de prova e pro-

cedimentos investigatórios relacionados às infrações referentes a ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Inexistia definição legal, de modo que a sua incidência restringia-se às quadrilhas (conforme antiga redação do artigo 288 do CP) e às associações criminosas previstas no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006 (associação para o tráfico), e, também, no artigo 2º da Lei n. 2.889/1956 (associação para o genocídio).

Considerando a opção adotada para a caracterização da organização criminosa, percebe-se que são considerados alguns requisitos específicos, e não os delitos aos quais a organização se dedica a executar. A partir disso, foi possível enfrentar efetivamente essa espécie de criminalidade, porque qualquer delito poderia ser processado de acordo com o que apregoava a Lei n. 9.034/1995.

À época, surgiu uma crítica, considerando a aplicabilidade da lei, em razão dos critérios presentes em seu artigo 1º: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.” (BRASIL, 1995, grifo nosso). A crítica dirigia-se à equiparação de tratamento envolvendo quadrilhas que praticavam pequenos e médios crimes, àquelas dedicadas unicamente ao crime organizado, ou seja, grandes organizações. Silva apontou que:

[...] esse critério restringiu a aplicação do conceito de crime organizado em relação a determinados casos, nos quais os delitos praticados por pessoas desvinculadas de bandos ou quadrilhas possam configurar-se como ‘crime organizado’, comprometendo assim a punibilidade desses indivíduos. (SILVA, 2014, p. 21).

Embora se tivesse desenvolvido uma interpretação que permitisse superar o problema apontado, é forçoso reconhecer que a disciplina expressa no texto legal, tal qual faz a novel lei, afasta esse tipo de confusão e permite maior segurança jurídica.

A Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001, alargou a noção antes existente, alterando a redação do artigo 1º da Lei n. 9.034, que passou a ser assim redigido: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios *que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.*” (BRASIL, 1995, grifo nosso). Não obstante, a conceitual persistiu e, de acordo com a doutrina: “Mais uma vez o legislador deixou de expressar o que vem a ser organização criminosa, avançando timidamente [...].” (LIMA, 2014, p. 21).

Percebe-se que, no que toca à definição propriamente dita, inexistia qualquer noção oriunda da legislação. Sobre o ponto, assim nos manifestamos:

Não se podem adotar paradigmas conceituais estranhos à realidade brasileira, porque embasados em experiências diversas. O modelo da máfia é insuficiente para a realidade brasileira, porque os movimentos mafiosos são inexistentes no Brasil, nos moldes em que concebidos em outros países. Se não se buscar o formato de um modelo próprio, haverá sempre um déficit conceitual.

É de se considerar, também, que o desenvolvimento de uma noção sobre a criminalidade organizada meramente baseada na luta, guerra ou combate endurece o sistema penal, impedindo uma política criminal progressista de segurança coletiva, ao mesmo tempo em que se aumenta a intervenção penal, como instrumento apenas repressivo.

Não existe definição de organização, associação criminosa, crime ou criminalidade organizada no Direito brasileiro, expressões que são retiradas de instrumentos normativos diversos da Lei n. 9.034/95, que cuida da matéria. (OLIVEIRA, 2011, p. 45).

Sobreveio entendimento que apregoava a aplicação do conceito dado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime

Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) que, no entanto, foi rechaçado, conforme explanação a seguir.

3.1.2. Convenção de Palermo

A comunidade internacional vivenciava a problemática causada pelas organizações criminosas, notadamente as que se dedicavam à prática do tráfico de drogas, de modo que a partir de problemas comuns, iniciou-se uma mobilização global para enfrentamento da questão, que culminou num documento orientador ao qual o Brasil aderiu. No direito interno, só se iniciou a preocupação em relação ao tema com a pressão internacional. A Convenção de Palermo é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, e foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.015 de 2004. No artigo 2º de tal diploma, há uma definição:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; (BRASIL, 2004).

O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu recomendação a fim de que tal definição fosse utilizada. Isso pode ser depreendido no tópico 2.a da Resolução n. 3 de 2006:

2. Para os fins desta recomendação, sugere-se:

a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o ‘grupo crimino-

so organizado' aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2006).

O que embasou a possibilidade de importação da definição de associação criminosa existente na Convenção de Palermo foi o fato de que o artigo 5º, §2º da Constituição Federal estabelece que o rol de garantias não se esgota nesse dispositivo, possibilitando o reconhecimento de outros previstos em consonância com os ditames da Constituição Federal ou consignados em tratados que o Brasil subscreveu. A ratificação do tratado por meio de decreto traz as disposições para o direito interno, emprestando-lhes valor cogente dentro da hierarquia das leis.

No que toca à adoção do conceito apregoado pela Convenção de Palermo, inúmeras críticas sobrevieram, já que, considerando o princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, não se pode cogitar a criminalização de conduta que não está especificamente prevista em lei: não há crime sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Admitir que um tratado internacional defina o conceito de organização criminosa atinge frontalmente o referido princípio e a CRFB/1988 (artigo 5.º, XXXIX), além de fragilizar a soberania nacional, ao admitir que a atividade legiferante seja exercitada por outros que não os representantes do povo brasileiro.

Com efeito, admitir que tratados internacionais possam definir crimes ou penas significa tolerar que o Presidente da República possa, mesmo que de forma indireta, desempenhar o papel de regulador do direito penal incriminador. Fosse isso possível, esvaziar-se-ia o princípio da reserva legal, que, em sua garantia da *lex populi*, exige obrigatoriamente a participação dos representantes do povo na

elaboração e aprovação do texto que cria ou amplia o *ius puniendi* do Estado brasileiro. (LIMA 2014, p. 476).

Se, na doutrina, a posição crítica foi predominante, na jurisprudência nacional o posicionamento restou dúbio. No Supremo Tribunal Federal, teve ressonância a insurgência doutrinária, postando-se aquela Corte pela necessidade de lei em sentido formal para se reconhecer a organização criminosa, conforme se depreende do HC 96.007/SP, bem como do HC 108.715/RJ, que têm semelhante teor.

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (BRASIL, 2013a)

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (BRASIL, 2014).

Todavia, esse não é o entendimento sufragado no Superior Tribunal de Justiça, admitindo-se as balizas constantes da Convenção de Palermo como parâmetro para o reconhecimento de organização criminosa.

5. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que ‘a conceituação de organização criminosa se encontra definida no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, que entende por grupo criminoso organizado, ‘aquele estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material’ (HC 171.912/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe de 28.09.11). (BRASIL, 2013b).

Ainda nesse sentido, outros julgados do Superior Tribunal de Justiça: RHC 29.126/MS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2012, *DJe* 12/03/2013) e HC 163.422/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, *DJe* 15/02/2012.

A conclusão do STF foi no sentido de que a definição de organização criminosa não poderia ser extraída da Convenção de Palermo, por implicar violação ao princípio da reserva legal ou da estrita legalidade (artigo 5º, XXXIX, da CFRB/1988). Essa interpretação tem sua razão de ser, porque colhida noutra contexto. Explica-se. Na Lei de Lavagem de Dinheiro, há a necessidade da prática de crime anterior (crime antecedente) e o rol de crimes previstos para esse fim consagra a possibilidade da associação criminosa. No entanto, inexistia no ordenamento interno tal previsão, isto é, a organização criminosa como tipo legal de crime.

Por isso e, nesse aspecto, correta a interpretação emprestada.

Entretanto, noutro norte, é preciso reconhecer que a Convenção de Palermo não criminalizou a conduta e nem poderia fazê-lo, em virtude da soberania dos países-parte. Poderia, como fez, traçar linhas mestras orientadoras de cada país para o reconhecimento do fenômeno, criminalizando-o ou não. A opção brasileira, num primeiro momento, não foi a de criminalizar a conduta, por questões culturais, dogmático-criminológicas, mas, principalmente, políticas. Com o passar do tempo, com o aprimoramento das atividades criminosas, o contexto nacional mudou e as circunstâncias mencionadas foram superadas.

A ausência de tipo penal não afastava a aplicação da Convenção de Palermo como sugerido pelo CNJ. Acontece que, a convenção, repita-se, não tipificou a conduta, nem estabeleceu pena, consignou apenas diretrizes, como uma espécie de norma geral, para que os países-parte, soberanamente cuidassem da matéria. A inércia brasileira quanto à tipificação não impedia que a definição fosse usada no direito interno para outros fins, como o probatório. Foi assim que caminhou o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a definição não como tipo legal de crime, mas para outros fins. Caso contrário, nessa modalidade não se poderia falar em crime de lavagem de dinheiro. Certo, porém, é que não se poderia condenar alguém pela prática de um ilícito não contemplado na legislação interna. O dissenso perde razão de ser com a novel lei e a discussão pretoriana deve cessar, porque, agora, há expressamente a incriminação da organização criminosa, afastando o questionamento conceitual.

3.1.3. Abordagem criminológica

Conforme se observa, sempre houve dificuldade em se definir o fenômeno da criminalidade organizada. É importante destacar a existência de movimentos que negam a ocorrência do crime ou da criminalidade organizada, o que mostra uma das características de fenômenos novos, como pontua Juarez Cirino da Silva. Importante destacar a presença de duas concepções

acerca de crime organizado, uma com um discurso que se refere à criminologia americana e a outra, com o discurso italiano:

Na verdade, existem dois discursos sobre crime organizado estruturados nos pólos americano e europeu do sistema capitalista globalizado: o discurso americano sobre *organized crime*, definido como conspiração nacional de etnias estrangeiras, e o discurso italiano sobre *crimine organizzato*, que tem por objeto de estudo original a Mafia siciliana. O estudo desses discursos pode contribuir para desfazer o mito do crime organizado, difundido pela mídia, pela literatura de ficção, por políticos e instituições de controle social e, desse modo, reduzir os efeitos danosos do conceito de crime organizado sobre os princípios de política criminal do direito penal do Estado Democrático de Direito. (SANTOS, 2002, p. 1).

Quando se menciona a criminologia americana, encontra-se o termo *organized crime*, com o fito de se referir à:

[...] reunião de vários delitos mais ou menos indefinidos e atribuídos a empresas que operavam num mercado que se tornou ilícito, em virtude da lei seca (*Volstead Act*, de 1920)” (OLIVEIRA, 2011, p. 32)

O discurso objetiva estigmatizar grupos sociais étnicos, na tentativa de deslocar a responsabilização da criminalidade para outro grupo social e cultural que não o norte-americano:

[...] o comportamento criminoso não seria uma característica da comunidade americana, mas de um submundo constituído por estrangeiros, aqueles maus cidadãos que ameaçavam destruir a comunidade dos bons cidadãos. (SANTOS, 2002, p. 2).

Trata-se de uma visão xenófoba, que preconiza que o crime organizado, composto especialmente por italianos, age de forma a disseminar a desorganização social, minando o modo de viver americano.

Com base nessas noções, doutrinadores como Juarez Cirino dos Santos (2002) e Eugenio Raúl Zaffaroni (1996) prescrevem que a definição de criminalidade organizada concretiza-se como um mito ou uma categoria frustrada, ou seja, uma verdadeira ficção que apenas se presta a promover a redução ou a supressão de garantias fundamentais. Assim se argumenta, porque tal noção, segundo os mencionados autores, esvaziar-se-ia propriamente no conceito de bando ou quadrilha, crimes que se encontram tipificados nos códigos penais já existentes: “Na verdade, os fenômenos atribuídos ao crime organizado seriam explicáveis pela própria dinâmica do mercado, através da constante criação de novas áreas de produção, circulação e consumo ainda não disciplinadas pela lei.” (SANTOS, 2002, p. 3). Não obstante, Juarez Cirino dos Santos (2002, p. 3) reconhece que a noção de *organized crime* exerce função política, já que promove legitimação no que concerne à repressão interna de minorias étnicas nos Estados Unidos.

Ao abordar o discurso italiano, há menção à atividade da máfia, abrangendo associações ou estruturas empresariais responsáveis pela realização de atividades ilícitas e lícitas (SANTOS, 2002, p. 4), e se afirma que tal equivaleria a uma quadrilha aprimorada, com atividades relacionadas ao Poder Público.

Na busca de delimitações sobre o tema, Luiz Regis Prado conceitua criminalidade organizada como:

um fenômeno social, econômico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea, análogo ou relacionado a outros fenômenos, tais como o terrorismo, a criminalidade política e econômico-financeira. (PRADO, 2013, p. 3-5).

No seu escrito, mais à frente, esse mesmo autor adota a posição de Rômulo de Andrade Moreira, para dizer que o conceito

de crime organizado amolda-se ao de organização criminosa, como sendo:

[...] uma estrutura criminosa formada por um número razoável de integrantes, ordenados de forma estável e duradoura, tendo como finalidade precípua a prática de um determinado ilícito penal, continuamente, utilizando-se quase sempre do mesmo *modus operandi*, além da violência e da alta tecnologia bélica. (PRADO, 2013, p. 3-5).

Sem embargo das posições contrárias ao reconhecimento do fenômeno, parece que restaram ultrapassadas na medida em que a realidade fática impressionou o mundo real, promovendo transformações, principalmente legislativas. As elucubrações acadêmicas, nesse particular, não serviram à práxis. Com efeito, não se pode negar existência ao crime organizado, tendo em vista que tal fenômeno promove alteração no mundo naturalístico. De fato, delinear uma definição é missão tormentosa, considerando o dinamismo do fenômeno e as particularidades de cada país ou continente no âmbito social, cultural, econômico. No entanto, não mais se trata de um mito, considerando especialmente a legislação brasileira – Lei n. 12.850/2013, e a categoria não mais pode ser tida como frustrada.

Curial se faz distinguir crime organizado de organização criminosa.

Acontece que crime organizado é o resultado da atividade delituosa, é um estado, é um fenômeno, é uma manifestação de fato e conjuntural, que só existe na presença de uma organização criminosa. Portanto, o busílis é definir esta e não aquele. (OLIVEIRA, 2011, p. 39).

Também já não se podia reduzir a criminalidade organizada à tipologia atinente a *quadrilha ou bando*, tipo denominado

por associação criminosa, após alteração realizada pela Lei n. 12.850/2013. A criminalidade organizada apresenta características próprias, entre as quais se destaca a estabilidade:

A estabilidade proporciona haver estruturas de hierarquia que lembram os sustentáculos de empresas. Enquanto as divergências nas quadrilhas levam à migração de seus elementos para outra quadrilha, na organização de cunho criminoso, tal fenômeno provocaria a ruptura da estrutura, sendo que há mecanismos internos para que isso seja evitado, como a intimidação ou a lei do silêncio (*omertá*). [...].

Hassemer aponta como características da criminalidade organizada, as seguintes: é cambiante, pois segue as tendências dos mercados; compreende infrações penais sem vítimas imediatas, mas difusas; intimida vítimas, quando existentes; é transnacional; usa meios de disfarce e simulação. (OLIVEIRA, 2011, p. 34-36).

Dessa forma, constata-se que, a despeito da divergência existente, o cenário brasileiro, com a superveniência da Lei n. 12.850/2013, responsável por definir organização criminosa e dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, a referida discussão perde um pouco a razão de ser, por constituir fenômeno reconhecido pelo legislador. Contudo, o que animava os opositores para a tipificação permanece, transmutando-se o desafio da seara legislativa para a judiciária, de modo a encontrar o ponto médio que represente o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, à luz do ideário de um Estado Democrático de Direito.

3.1.4. A Lei n. 12.694/2012

A Lei n. 12.694 foi publicada em 24 de julho de 2012, com vigência a partir de 23 de outubro de 2012, em virtude da vaca-

tio legis de noventa dias, prevista no artigo 10 da lei. Referida lei trata da formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas e trouxe, no artigo. 2º, um conceito no seguinte sentido:

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2012).

Trata-se, pois, do primeiro diploma legal que definiu organização criminosa no panorama jurídico nacional.

Ocorre que a mencionada definição teve curta vida útil (LIMA, 2014, p. 377), já que em 02 de agosto de 2013 foi publicada a Lei 12.850, definindo organização criminosa e dispendo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

3.1.5. A Lei n. 12.850/2013

Publicada em 2 de agosto de 2013, a Lei n. 12.850, conforme previsto no artigo 27, entrou em vigor decorridos quarenta e cinco dias de sua publicação oficial. Esse diploma foi responsável por introduzir novo conceito de organizações criminosas, presente no artigo 1º, §1º:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais

cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013c).

Analisando o conceito de organização criminosa constante do artigo 2º da Lei n. 12.694/2012, com a nova definição presente no artigo 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, é possível notar três diferenças fundamentais. A primeira delas diz respeito ao número de pessoas para a configuração de organização criminosa, pois a Lei n. 12.694/2012 exigia pelo menos três pessoas, ao passo que a Lei n. 12.850/2013 exige quatro ou mais pessoas. Constatando-se a presença de uma associação de três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, configura-se o crime de associação criminosa previsto na nova redação do artigo 288 do CP, que há de ser utilizado como soldado de reserva (LIMA, 2014, p. 478). Esse requisito objetivo também diverge do proposto na Convenção de Palermo, que propugnava pelo reconhecimento da associação criminosa composta por três ou mais pessoas.

Outra distinção digna de nota concerne ao objetivo. Para a Lei n. 12.694/2012, a associação deveria almejar vantagem de qualquer natureza por meio da prática de crimes, cuja pena máxima fosse igual ou superior a quatro anos ou de caráter transnacional. Por sua vez, a Lei n. 12.850/2013 exige a obtenção de vantagem de qualquer natureza por meio da prática de infrações penais (e não apenas crimes), cuja pena máxima seja superior, e não igual, a quatro anos.

É interessante esse aspecto no que tange ao Direito brasileiro. A princípio, só se imagina um *pactum sceleris* para a obtenção de lucro econômico. Mas a fórmula intrincada de manifestação do crime organizado nem sempre assim se manifesta. Acontece que, por vezes, é interessante ao grupo criminoso a ocupação de postos na Administração Pública, ou na iniciativa privada que proporcionem grande margem de influência. Isso se deve

à viabilização das atividades-fim criminosas ou simplesmente para criar uma couraça que promova uma blindagem protetora de seus agentes. Do ponto de vista probatório, é importante não criar peias e a forma aberta do proveito de qualquer natureza revela-se mais apropriada, sem que com isso se coloque em xeque qualquer tipo de garantia individual.

Por fim, cabe pontuar a distinção ligada à natureza jurídica. O artigo 1º, §1º, c/c o artigo 2º da Lei n. 12.850/2013, veiculam tipo penal incriminador, ao contrário da noção oriunda da Lei n. 12.694/2012, já que sequer havia cominação de pena – tratava-se, tão-somente, de uma forma de prática de crimes hábil a submeter o agente a certos gravames, como, por exemplo, a submissão ao RDD (Regime Disciplinar Diferenciado).

A Lei n. 12.850/2013 tipifica a conduta de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, fixando pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas (LIMA, 2014, p. 477).

Considerando a superveniência da Lei n. 12.850/2013, que contempla uma definição de organização criminosa distinta da presente na Lei n. 12.694/2012, possibilita-se o questionamento se os dois conceitos distintos de organizações criminosas coexistem ou se subsiste um conceito único, proveniente da lei posterior.

Apesar de existir posição minoritária no sentido de que subsistem dois conceitos distintos de organizações criminosas, um incidente para a formação do juízo colegiado (Lei n. 12.694/2012) e outro para aplicação das técnicas especiais de investigação (Lei n. 12.850/2013), a posição que deve prevalecer por se revelar a mais acertada, é no sentido de que a Lei n. 12.850/2013 revogou parcialmente a Lei n. 12.694/2012, especificamente no que se refere ao conceito de organizações criminosas. A solução decor-

re da aplicação da regra de solução de conflito aparente de leis penais no tempo, isto é, a lei posterior revoga ou derroga a lei anterior. Presume-se que a lei nova deva ser mais consentânea com as necessidades sociais e mais atenta às questões de natureza técnica. Portanto, a lei nova tende a ser melhor:

[...] como se trata de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, parece-nos que o novel conceito de organização criminosa constante do art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13, revogou tacitamente o art. 2º da Lei nº 12.694/12, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

[...]

Subsiste, pois, a possibilidade de formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, tal qual disposto no art. 1º da Lei nº 12.694/12. Porém, para fins de conceituação de organizações criminosas, há de ser utilizada a definição constante do art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13, que revogou tacitamente o disposto no art. 2º da Lei nº 12.694/12. (LIMA, 2014, p. 479-480).

3.2. Noção e características

Conforme já destacado, o artigo 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 traz o conceito e a tipificação de organização criminosa, mas o estudo de suas características é essencial para a completa compreensão do tema, já que se trata de fenômeno não só social, mas também econômico, político e cultural (LOPES, 2013, p. 24). A ideia fundamental parte do pressuposto de que:

[...] defrontamo-nos sempre com uma estrutura organizacional, que transcende o mero ‘ajuntamento de indivíduos’, estando baseada na associação de suas vontades livres e conscientes, dirigidos a um objetivo comum ilícito, com base em uma hierarquia e divisão de tarefas, possuindo como mote

o raciocínio da alta lucratividade com baixo custo e investimento recuperável a curto prazo, podendo contar com a corrupção de agentes públicos. (CUNHA, 2011, p. 6).

Inúmeras características podem ser apontadas, mas aprofundaremos apenas em algumas.

De início, é importante termos em mente que um dos aspectos mais relevantes do fenômeno em estudo é a capacidade de acumulação de poder econômico de seus integrantes, já que, por atuar na prática de ilícitos, auferem lucros exorbitantes. Também se destaca o alto poder de corrupção, fato que é consequência direta da acumulação de riqueza, e esta, por sua vez, desencadeia a conhecida lavagem de dinheiro, já que, como há renda obtida ilicitamente, é necessário legalizar o lucro (SILVA, 2013, p. 11).

Considerada o ponto mais vulnerável das organizações criminosas, a necessidade de tornar lícito os lucros fabulosos obtidos com as práticas delituosas representam um problema delicado para as organizações, pois os mecanismos de reciclagem são aqueles mais perceptíveis pelas autoridades para combatê-los. (SILVA, 2013, p. 12).

Igualmente se verifica que, as organizações criminosas fazem valer a lei do silêncio em razão do alto poder de intimidação que elas exercem sobre seus membros e, até mesmo, sobre pessoas estranhas a elas, já que, em sua maioria, são marcadas pelo abuso da violência. A estruturação hierárquica das organizações criminosas também se evidencia, considerando a notada divisão de tarefas existente em referidos grupos: “Ainda a estrutura piramidal das organizações criminosas e sua relação com a comunidade são apontadas como características do fenômeno.” (SILVA, 2013, p. 14).

De maneira objetiva, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 15-16) traça os elementos caracterizadores essenciais de uma organização criminosa, mencionando ser necessário, por questões de política criminal, um número mínimo de quatro pessoas, estruturalmente ordenadas, pautadas pela divisão de tarefas, almejando a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou de caráter transnacional.

Verifica-se que as organizações criminosas têm um *modus operandi* semelhante ao de empresas:

Elas operam como verdadeiras empresas, com objetivos criminosos, funcionando em moldes empresariais, explorando o crime como se fosse um empreendimento lícito; esta criminalidade se superpõe à tradicional ou clássica [...]. (OLIVEIRA, 2005, p. 35).

Nesse ponto, é salutar fazer referência à noção de macrocriminalidade e microcriminalidade, enquadrando-se o crime organizado na primeira acepção:

O que chamamos de macrocriminalidade é primafacialmente o crime organizado, à semelhança de empresas que, combina pessoas, capitais e tecnologia para consecução de determinados fins, sob a direção de um chefe, que se equipara a um empresário em sentido próprio. Aí não se trata de mais crime episódico, cometido por agentes isolados – ou eventualmente ligados – porém, de verdadeiras sociedades delinquentiais, tendo por base, essencialmente à divisão de trabalho entre os seus integrantes, exatamente como se passa nas empresas econômicas legítimas. (SILVA apud OLIVEIRA, 2007, p. 6).

[...]

A microcriminalidade é aquela resultante do clima de adversidades e mesmo violência que impregna a desvairada socieda-

de de consumo, suscitando injustiças sociais e desigualdades econômicas, sendo sempre mais visível e diz respeito aos delitos corretivos, violentos ou não, que, isoladamente, em todas as camadas sociais, acontecem de dia e de noite, durante todas as horas (latrocínio, homicídio, lesões corporais, roubo, furto, estupro, ameaça, estelionato, calúnia, injúria etc.). Inescondível, contudo, que existe uma significativa associação entre a microcriminalidade violenta e a miséria socioeconômica, substanciando um cenário opressor e de verdadeira segregação moral. (FERNANDES apud OLIVEIRA, 2007, p. 12-13).

A noção de macrocriminalidade ora apresentada distingue-se, pois, da criminalidade clássica, também conhecida como microcriminalidade, notadamente pelo fato de atingir bens transindividuais, e de apresentar a característica de ser mais refinada e técnica (OLIVEIRA, 2007, p. 14). Além disso, ela não incide em vítimas individualizadas, mas produz o que se denomina vitimização difusa, a incidir sobre o Estado ou sobre comunidades, como esclarece Hassemer, mencionado por Maria de Fátima Meira Barbosa de Oliveira (2007, p. 15).

Aliás, Hassemer prefere a expressão criminalidade de massas para designar um fenômeno que se opõe ao do crime organizado. Entende ele que o primeiro fenômeno se relaciona a um clima generalizado de medo do crime. Assim exemplifica:

[...] compreende, há muito tempo, arrombamento de apartamentos, roubo de outros tipos de violência contra os mais fracos nas ruas, furto de automóveis e bicicletas, nas grandes cidades o abuso de drogas. Já a criminalidade organizada apareceria somente quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais. (HASSEMER, 1993, p. 65-66).

A microcriminalidade seria representada por esse incremento da criminalidade de massas, que não pode autorizar a mitiga-

ção de garantias individuais, já que se trata de manifestação conhecida e abrangida pelo Direito Penal clássico. O sentimento de insegurança não deve autorizar alterações legais sob o discurso de enfrentamento ao crime organizado. São coisas distintas. É possível dizer que, para Hassemer, o crime organizado insere-se nessa noção de macrocriminalidade. Calha tratamento legislativo apropriado para essa manifestação diversa, órfã de tratamento legislativo e para a qual o arcabouço existente é inadequado, porque concebido para outras situações.

Portanto, o que se observa é que, na criminalidade organizada, que se apresenta como integrante da macrocriminalidade, inexistente um sujeito passivo determinado, já que a coletividade como um todo é atingida, o que evidencia a sua periculosidade diante das dimensões e da quase irreparabilidade dos danos causados, considerando a dificuldade de atuação estatal (CUNHA, 2011, p. 7).

Especificamente no que toca ao *modus operandi*, as organizações criminosas se pautam pela atuação de profissionais especializados, que agem sob liderança.

Também se destacam outras características da criminalidade organizada: a infiltração de agentes no Estado, a baixa visibilidade de danos, o alto grau de operacionalidade, a velocidade quanto a mudanças e adaptações (CUNHA, 2011, p. 8).

Existem, assim, vários critérios evidenciadores da manifestação de uma associação criminosa. Aqueles que melhor a evidenciam, parecem ter sido percebidos por Luigi Ferrajoli (2003, p. 81), ao tomar as manifestações de poder de uma organização criminosa para identificá-la. Assim, pode ser tida como organização criminosa aquela que manifesta uma forma de poder abertamente criminal; a de crime de grande poder econômico; a de crime de poder público.

O *poder do crime* manifesta-se nas organizações conhecidas tradicionalmente como expressões de movimentos mafiosos, expandindo as mais diversas práticas de crime, normalmente no vácuo regulatório do Estado (tráfico, prostituição, jogos), com a nota da transnacionalidade.

O *poder econômico* decorrente do espaço fértil proporcionado pela corrupção, incrementada pelo advento da globalização, viabilizando a apropriação de recursos e destruição do meio ambiente, saúde da população, exploração do trabalho e dos recursos naturais.

O *poder público* expressa-se pela corrupção e pela apropriação da coisa pública, não raramente coligado com a criminalidade de poder econômico. E compreende, também, aqueles crimes praticados pela polícia com abuso de poder. Há, não só um desvio social, mas um desvio institucional.

4. Conclusão

Pelo que se percebe, o direito interno brasileiro vai construindo seu caminho, ao mesmo tempo em que trilha em direção à edificação do tratamento da criminalidade organizada. Não há fórmula preconcebida que possa ser importada e implementada como modelo à realidade brasileira. Eis o ingrediente desafiador: compreender a manifestação de crime organizado no Brasil, concebendo um tratamento legislativo apropriado.

Todavia, o exemplo internacional não pode ser desprezado, porque, a despeito de também ser impreciso, no que diz respeito à máfia, exporta suas características também para as manifestações de crime organizado no Brasil. Há, assim, uma contribuição para a compreensão do fenômeno (crime organizado) e de sua expressão (associação criminosa), esta sim, alvo de tratamento legal, para fins probatórios e para fins de incriminação.

Sob a perspectiva do Direito positivo, a incriminação da organização criminosa representou um passo importante, guindando o Direito brasileiro a uma posição de simetria com os demais países que regulamentavam o tema. Não só isso, pois significa também que se admite a convivência de práticas ilícitas tradicionais com outras de formato mais recente, sendo que o ordenamento não contemplava um instrumental de natureza material ou processual adequado para lidar com o novo fenômeno. Como nessa matéria tudo é muito fluido e movediço, não há trabalho acabado, e a busca pelo aperfeiçoamento é uma constante, até em nome de uma segurança jurídica que guarneça satisfatoriamente as garantias individuais.

Para a construção da noção brasileira de crime organizado, partiu-se de concepções que tinham dificuldade em reconhecer a sinalização internacional para o enfrentamento da criminalidade organizada. Isso ocorreu porque o país não enxergava os problemas comuns que afligiam a comunidade internacional. No entanto, o fenômeno da globalização, com o desprezo das fronteiras formais, envolve também o Brasil. A posição brasileira no cenário geopolítico internacional, como potência regional ou como aspirada potência global, impede que se adote a posição da indiferença. Nesse contexto, não foi possível resistir por muito tempo às pressões externas, o que culminou na adesão à Convenção de Palermo. Como as manifestações internas de crime organizado acabam por esbarrar em laços com o próprio Estado, era conveniente a permanência no limbo, tal como sucedeu com as primeiras versões legais que trataram de lavagem de dinheiro e de crime organizado, pois cuidaram de uma categoria sem defini-la. Por isso, a importância da influência do contexto externo. A Convenção de Palermo, então, foi o marco que significou a possibilidade de, internamente, reconhecer-se o formato nacional de manifestação da criminalidade organizada, diverso das práticas de terrorismo ou de crimes contra a humanidade, mas amoldadas ao feitiço brasileiro, dirigidas à exploração do tráfico de drogas e, substancialmente, à corrupção.

À força, foi preciso superar as posições dogmático-criminológicas refratárias ao reconhecimento do fenômeno para, em transição, reconhecê-lo como existente no Direito positivo apenas para fins probatórios até, enfim, criminalizar-se a conduta associativa, distinguindo-a de manifestações menos lesivas como a associação criminosa, antiga formação de quadrilha e a associação para o tráfico, de modo a reconhecer uma identidade própria, colocando o Brasil no mesmo patamar legal em que se encontram os países que lidam com o fenômeno. Edifica-se, assim, o alicerce para a construção de um Direito apropriado à realidade brasileira, ao tempo em que também são lançadas as bases sólidas para o desenvolvimento de um Direito comum, de expressividade internacional, sem descurar de sopesar tratamento adequado e preservação de direitos e garantias individuais.

5. Referências

BILYNSKYJ, Paulo Francisco Muniz. Crime organizado e o tratamento legislativo brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3250, 25 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21856>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1948. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17492.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htmimpres%C3%A3o.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 12.850, 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 10 set. 2014. [2013c]

BRASIL. Senado Federal. Parecer aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 150, de 23 de março de 2006. Brasília, DF, 7 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=23405&tp=1>>. Acesso em: 5 out. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 150, de 23 de março de 2006. Dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/8236.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 162.957/MG, Sexta Turma, Rel.: Min. Og Fernandes, Brasília, DF, 4 dez. 2012. *DJe*, 18 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000295902&dt_publicacao=18/02/2013>. Acesso em: 3 out. 2016. [2013b]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 101369, Primeira Turma, Rel.: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 25 out. 2011. *DJe*, 28 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1590338>>. Acesso em: 3 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 96007/SP, Primeira Turma, Rel.: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 jun. de 2012. *DJe*, 8 fev. 2013a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>>. Acesso em: 3 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 108.715, Primeira Turma, Rel.: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 24 de setembro de 2013. *DJe*, 29 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5964468>>. Acesso em: 3 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial simplificada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 3, de 30 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12083-recomenda-no-3>>. Acesso em: 10 set. 2014.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Criminalidade organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias*. Ponto Urbe, 2011. Disponível em: <<https://pontourbe.revues.org/1752>>. Acesso em: 3 out. 2016.

ENDO, Igor Koiti. *O crime organizado e os procedimentos para a sua investigação no Brasil*. 2006. 120 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/514/510>>. Acesso em: 4 out. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Criminalità e globalizzazione*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 79-89, jan./mar. 2003.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Rogério Filippetto de. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JESUS, Mauro Zaque de. *O crime organizado: a nova face da criminalidade*. *Revista Judice*, Cuiabá, n. 6, ano II, maio/ago., 2000. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judicejud6cri-morg.htm.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial penal comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

LOPES, Steffanie Berkenbrock. *O combate ao crime organizado: ponderações sobre a Lei 12.850/2013*. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/35575/79.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 out. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUPO, Salvatore. *História da Máfia: das origens aos nossos dias*. Tradução de Ivaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2002.

LUPO, Salvatore. *A máfia na Itália e no Brasil: fenômenos similares?* São Paulo: Unesp, 2002. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/020/20res_oliveira.htm>. Acesso em: 2 ago. 2014.

MASI, Carlo Velho. *O discurso político-criminal sobre o crime organizado no Brasil*. *Direito & Justiça*, v. 40, n. 2, p. 171-180, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17344/11147>>. Acesso em: 21 out. 2014.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3.

MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado: aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013c.

PRADO, Luiz Regis. *Associação criminosa: crime organizado (Lei 12.850/2013)*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, p. 1-35, dez. 2013.

OLIVEIRA, Maria de Fátima Meira Barbosa de. *A macrocriminalidade econômica: uma abordagem acerca da lavagem de dinheiro e alguns mecanismos de repressão*. Itajaí, junho/2007. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Maria%20de%20Fatima%20Meira%20Barbosa%20de%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2014.

OLIVEIRA, Paulo César de. *O crime organizado no Brasil*. 2005. 47 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Educação e Ciências Humanas de Anicuns, Goiás, 2005. Disponível em: <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/crime%20organizado%20no%20brasil.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

SANTOS, Daniel Lin. *Organizações criminosas: conceitos no decorrer da evolução legislativa brasileira*. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 22 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48208&seo=1>>. Acesso em: 25 out. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. Palestra proferida no 1o Fum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCRIM, de 14 a 17 de maio de 2002, em Ribeirão Preto, SP. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/crime_organizado.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850*. São Paulo: Atlas, 2014.

Artigo recebido em: 07/06/2016

Artigo aprovado em: 16/09/2016

DOI:

119 - 137

Artigo

**COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO NOS
CRIMES DE MÃO PRÓPRIA À LUZ DA
TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

DANIEL PIOVANELLI ARDISSON

COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO NOS CRIMES DE MÃO PRÓPRIA À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

COAUTHORSHIP AND COMPLICITY IN CRIMES DEFINED IN BRAZIL AS 'BY
OWN HAND' FROM THE VIEW OF THEORY OF DOMAIN OF THE FACT

DANIEL PIOVANELLI ARDISSON

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
danpiovanelli@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo apresenta uma releitura teórica e jurisprudencial da coautoria e da participação nos crimes de mão própria. Partindo da análise teórica da distinção entre coautoria e participação, é feita uma caracterização da forma como tal distinção é abordada nos crimes de mão própria. Em seguida, após uma explanação sobre a teoria do domínio do fato e seu objetivo, os crimes de mão própria e, mais especificamente, a diferenciação entre a coautoria e a participação nos referidos crimes serão abordados à luz da teoria exposta, de modo a realizar uma possível sistematização entre a teoria, que não abordava o assunto de modo específico, e a jurisprudência, cujo casuísmo buscava preencher as lacunas deixadas.

PALAVRAS-CHAVE: coautoria e participação; crimes de mão própria; teoria do domínio do fato.

ABSTRACT: This paper presents a theoretical and pragmatical rereading of coauthorship and complicity in crimes defined in Brazil as 'by own hand'. Based on the theoretical analysis of the distinction between coauthorship and complicity, it is made a characterization of how this distinction is discussed in crimes 'by own hand'. Then, after an explanation of the theory of domain of the fact and its purpose, crimes 'by own hand' and, more specifically, the differentiation between coauthorship and complicity in these crimes is discussed in the light of the theory exposed in order to perform a possible systematization between the theory, which did not address the matter in such specific way, and the judicial precedents, whose casuism sought to fill the gaps left.

KEY WORDS: coauthorship and complicity; crimes 'by own hand'; theory of domain of the fact.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O concurso de pessoas. 2.1. A teoria monista. 2.2. As teorias distintas de autor e partícipe. 3. Teoria do domínio do fato. 4. Os crimes de mão própria. 5. Aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes de mão própria. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Os delitos em geral aceitam um sem número de formas de execução. Assim, quando várias pessoas concorrem para sua

prática, há o que se conhece por concurso de agentes, também chamado de concurso de pessoas ou codelinquência (JESUS, 1998, p. 119).

Todavia, nem toda contribuição receberá a mesma punição, eis que se deve diferenciar entre aquela principal – sem a qual possivelmente o delito não teria ocorrido (autoria) – e aquela acessória – cuja ausência não impediria a conclusão da prática delituosa, ainda que por modo diverso (participação).

Para a classificação das condutas segundo sua relevância na prática e consumação do delito, tem sido utilizada a teoria do domínio do fato, de acordo com a qual (co)autor é todo aquele que tem o controle da ação delituosa, dominando-a durante o seu percurso e decidindo sobre seu início, meio de execução e interrupção (JESUS, 1999, p. 17).

Atualmente, doutrina e jurisprudência discutem sobre a possibilidade da ocorrência de tais contribuições, principal e acessória, nos delitos de mão própria, definidos como os delitos em que o agente, para ser autor, deve realizar a conduta típica pessoalmente, não podendo valer-se de pessoa interposta (SALES, 1993, p. 118).

Não se aceitava, em regra, a coautoria nos delitos de mão própria, afirmando-se inclusive que, caso dois agentes realizassem o verbo núcleo do tipo delitivo de mão própria, cada um cometeria um delito distinto – ainda que incluídos formalmente no mesmo tipo penal –, não se comunicando as condutas praticadas em conluio (SALES, 1993, p. 119). Já a participação era aplicada sem qualquer reserva (SALES, 1993, p. 120).

Os tribunais superiores brasileiros, não obstante, têm utilizado seja a coautoria (BRASIL, 1996), seja a participação (BRASIL, 2006) no delito de falso testemunho, previsto no

art. 342 do CPB e considerado, quase unanimemente, um delito de mão própria (NUCCI, 2007, p. 1085).

Tal posicionamento jurisprudencial demanda uma reanálise doutrinária dos institutos até aqui enunciados, finalidade essa a que se propõe o presente trabalho. Os esclarecimentos aqui realizados, a par de buscarem o reencontro entre a doutrina e jurisprudência, pretendem adequar os elementos de teoria do delito relativos ao concurso de pessoas e aos crimes de mão própria à realidade, concorrendo para a sistematização fático-legal da matéria penal.

2. O concurso de pessoas

O concurso de pessoas é tema recorrente na análise do delito e tem origens que remontam a Roma. É o que diz Giuseppe Maggiore (2000, p. 93), segundo quem o mérito da primeira tentativa de sistematização competiu aos italianos do período medieval romano. Diz o autor que os romanos não possuíam um regime geral para o concurso de pessoas.

Todavia, ditavam suas regras segundo as necessidades específicas de punição dos diversos tipos de delito.

Coube aos glosadores a primeira construção jurídica sobre a teoria da coparticipação. É o que afirma José Cerezo Mir (2007, p. 1.076), para quem o legislador espanhol, ao editar o Código Penal, utilizou-se de doutrinas extraídas dos juristas italianos da Baixa Idade Média, de grande difusão por toda a Europa no período compreendido entre os séculos XVII e XIX.

No Brasil, o Código Penal de 1890, bem como seu antecessor, separava os agentes do delito entre autores e cúmplices, por meio de uma fórmula parcialmente rígida de separação das condutas específicas praticadas, de forma que,

por exemplo, quem executasse a conduta típica seria autor e quem fornecesse instruções para sua execução seria cúmplice (BATISTA, 2008, p. 3-7).

Tal fórmula foi abrandada pelo Código Penal de 1940, que tratou do concurso de pessoas em apenas três artigos, 25, 26 e 27, aos quais se somava o artigo 45 – que tratava da participação de somenos importância (BATISTA, 2008, p. 14-15). O dispositivo legal embasou-se na teoria da equivalência dos antecedentes, desenvolvida por Franz Von Liszt (2006, p. 351), segundo a qual quem dá causa à consumação do tipo é autor e quem lhe impõe apenas uma condição é cúmplice.

A reforma penal realizada em 1984 promoveu, segundo Nilo Batista (2008, p. 25-26), considerável aprimoramento à doutrina do concurso de pessoas. Entre elas, encontra-se a expressa menção à teoria monista, prevista no artigo 29 do Código Penal de 1940.

2.1. A teoria monista

Conforme ensina José Flávio Braga Nascimento (1999, p. 50), pela teoria monista, quando praticado um delito, todos aqueles que dele participaram são considerados agentes e, por conseguinte, passíveis de punição, constituindo cada conduta uma parte do todo, que é o evento delituoso.

Todavia, exceções há em que o próprio Código Penal prevê cada uma das condutas praticadas, ainda que em conluio, em tipos autônomos, de forma que não haverá coautoria nem participação, mas autoria em crimes distintos por meio de ação conjunta (NUCCI, 2007, p. 275).

É o que se vê no Código Penal de 1940, pelo qual a testemunha que presta falso testemunho responde pelo delito pre-

visto no artigo 342, enquanto quem dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem ilícita à testemunha responde pelo delito previsto no artigo 343.

Por tal motivo, diz-se que o Código Penal Brasileiro, apesar de ter adotado a teoria monista, fê-lo de maneira abrangida, havendo hipóteses em que a punição se dará por tipos penais distintos. Convencionou-se, assim, denominar esta teoria de *monista temperada* (PRADO, 2007, p. 160).

2.2. As teorias distintivas de autor e partícipe

Estabelecido o sistema legal tipológico aplicável ao concurso de pessoas, cumpre esclarecer as teorias que tratam da diferenciação, nem sempre de fácil constatação, entre (co) autores e partícipes.

Para tanto, a doutrina define teoricamente, fazendo uso dos tipos penais encontrados na parte especial do Código, quem deve ser considerado autor do crime, já que o conceito de partícipe, além de previsto no artigo 29, § 1º, do Código Penal Brasileiro é constatado residualmente, ou seja, será considerado partícipe todo aquele que, concorrendo para a prática do delito, não o faça como (co)autor.

Analisando cada um dos vários critérios relativos à autoria, Luiz Regis Prado assim se manifesta:

- a) Conceito unitário ou monista – autor é todo aquele que contribui de modo causal para a realização do fato punível [...]
- b) Conceito restritivo ou objetivo-formal de autor – autor é aquele que realiza ação típica (ou alguns de seus elementos) prevista na lei penal [...]

c) Conceito extensivo de autor – funda-se na teoria da *conditio sine qua non*, sendo autor aquele que concorre de qualquer modo para o resultado. Não distingue entre coautoria e participação [...]

d) Conceito subjetivo de autor – para as teorias subjetivas, autor é aquele que age com *animus auctoris auctoris* (quer o fato como próprio) e partícipe aquele que o faça com *animus socii* (quer o fato como algo alheio, de outro). Seu primordial defeito consiste em que não dá relevância à realização da conduta típica [...]. (PRADO, 2007, p. 161).

Esses conceitos foram abandonados por boa parte da doutrina brasileira e estrangeira ao longo do tempo, salvo raras exceções (NUCCI, 2009, p. 355), compostas por doutrinadores ainda fiéis à teoria restritiva, ou objetivo-formal. Passou-se a adotar, em contrapartida, a teoria do domínio do fato, criada por Welzel, para a diferenciação entre autores e partícipes.

3. Teoria do domínio do fato

Welzel introduziu no concurso de pessoas a teoria do domínio do fato fazendo uso dos conceitos restritivo e objetivo-subjetivo de autor. Segundo ele, autor seria quem tem o controle final do fato, “[...] domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (‘se’, ‘quando’, ‘onde’, ‘como’ etc.)” (JESUS, 1999, p. 17).

Dedicando um livro inteiro à teoria, Damásio E. de Jesus (1999, p. 17) diz que o (co)autor, agindo no exercício do controle da ação, difere-se do partícipe, “[...] que não tem o domínio do fato, apenas cooperando, induzindo, incitando etc”.

Tal doutrina, que assenta sua base preponderantemente em critério objetivo-subjetivo, verificável somente caso a caso, é adotada atualmente no Brasil e em outros países pela dou-

trina majoritária, como se vê em Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 439-441), Francisco Muñoz Conde (1988, p. 196), José Cerezo Mir (2007, p. 1083), Santiago Mir Puig (2007, p. 338-342), Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 288), Beatriz Vargas Ramos (1996, p. 32-35), Luiz Regis Prado (2007, p. 161), Jesus (1999, p. 18) e Nilo Batista (2008, p. 73).

Assim, levada em consideração a teoria do domínio do fato para a análise das diversas formas de (co)autoria, poder-se-ia falar em autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata), autoria intelectual, autoria mediata e coautoria (reunião de autorias), esta última dividindo-se ainda entre coautoria direta e coautoria parcial ou funcional (JESUS, 1999, p. 18-26).

Autor propriamente dito é aquele que realiza materialmente (no plano fático) a conduta. É quem tem o domínio sobre a execução da figura típica.

Difere-se do autor intelectual, que realiza o planejamento da ação delituosa, “[...] constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta.” (JESUS, 1999, p. 19).

Já autor mediato, também chamado de “sujeito de trás”, é aquele que se vale de interposta pessoa para a prática do ato criminoso. É ele quem possui o domínio do fato e controla a ação do “instrumento” (JESUS, 1999, p. 19-20).

Caso esses autores ajam em conluio na prática da conduta delituosa, ter-se-á, então, a coautoria. Esta nada mais é que uma reunião de autorias. Nessa hipótese:

[...] o co-autor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o verbo, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. (JESUS, 1999, p. 21).

Cabível ainda a distinção entre coautoria direta, em que todos os executores realizam a conduta descrita no tipo penal, e a coautoria funcional, em que há a divisão de tarefas, ou seja, “[...] os atos executórios do *iter criminis* são distribuídos entre os diversos autores, de modo que cada um é responsável por uma parte do fato, desde a execução até o momento consumativo.” (JESUS, 1999, p. 22-23).

Afora os casos acima arrolados, há também as hipóteses autônomas de participação, ocasião em que o agente “[...] só possui o domínio da *vontade* da própria conduta, tratando-se de um ‘colaborador’, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime.” (JESUS, 1999, p. 26).

A divisão dos agentes, portanto, dá-se não só pela gravidade do desígnio, mas também da conduta praticada, de forma que será considerado (co)autor aquele que tiver pleno conhecimento e domínio sobre o delito, e participe quem nele atuar sem consciência de todo o desfecho esperado, circunstando com sua ação (omissão) o tipo penal.

Expostas as hipóteses de (co)autoria e de participação cabíveis perante a aplicação da teoria do domínio do fato, cumpre verificar as peculiaridades que definem os delitos de mão própria, a fim de que, em seguida, estes sejam estudados frente àquela.

4. Os crimes de mão própria

De acordo com Sheila Jorge Selim de Sales (1993, p. 100), “de mão própria” é a qualificação que se dá ao delito quan-

do analisado do ponto de vista da execução da conduta pelo sujeito ativo. Aqui, cabe lembrar que há clara distinção entre o sujeito ativo de um delito e seu autor. É o que ressalta Beatriz Vargas Ramos:

[...] não se pode confundir as noções de ‘autor’ e de ‘sujeito ativo’ do delito. O sujeito ativo do delito é o sujeito que pratica a ação típica – o que não quer significar seja o mesmo responsável penalmente. Um inimputável pode ser sujeito ativo, embora não possa ser autor. O autor do delito é a pessoa que, além de praticar a ação típica, o faz antijurídica e culpavelmente. (RAMOS, 1996, p. 27).

Ramos (1996, p. 150) conceitua os crimes de mão própria como aqueles cuja prática depende da atuação pessoal do sujeito-agente (ou, poder-se-ia dizer, sujeito ativo). Já Sales (1993, p. 118) ensina que tais delitos são aqueles cuja “[...] configuração do fato punível se encontra vinculada à execução pessoal da conduta típica”. Neste caso, o traço marcante em sua conceituação seria a especial exigência de que a conduta tipificada “[...] se desenvolva pela própria atividade do sujeito ativo [...]”.

A definição de tais crimes, todavia, se encontra em parte defasada. É o que se vê da leitura de Nilo Batista (2008, p. 96), que apesar de ter passado a adotar a teoria do domínio do fato para a conceituação e diferenciação dos autores e partícipes do delito, ao tratar dos crimes de mão própria afirma que “[...] tem aplicação irrestrita um puro critério formal-objetivo”, critério esse, como já visto, abandonado pela doutrina e jurisprudência dominantes no Brasil.

Não somente isso, a análise doutrinária dos crimes de mão própria possui uma inconsistência, que pode ser vista, por exemplo, na passagem extraída de Sales, citando Manuel José Gomes Benitez:

[...] os tipos penais de mão própria, assim como os tipos penais especiais, também realizam restrições ao círculo de agentes, 'porém a restrição não se deduz da exigência de especiais características pessoais no sujeito, e sim da exigência de que atue pessoal ou fisicamente'. *Assim, a classificação de tipos penais ora examinada não se faz tendo em vista a delimitação do círculo possível de sujeitos ativos no tipo penal, através da exigência de uma qualidade especial. Diversamente, de quanto ocorre ao classificar-se os tipos penais em comuns e especiais, ao agrupar-se os tipos penais de mão própria, tem-se em vista a exigência ou não da execução pessoal do fato pelo agente, nas figuras delitivas na Parte Especial do Código Penal.* (BENITEZ *apud* SALES, 1993, p. 120-121, tradução e grifo nossos)¹.

Segundo a emérita professora, o único fator distintivo dos delitos de mão própria seria a exigência de que o autor atue pessoal ou fisicamente, pelo que se exige a acumulação dos conceitos de autor e sujeito ativo do delito, não sendo possível a atuação por meio de interposta pessoa, também conhecida por autoria mediata.

Não obstante, a leitura dos tipos penais apontados pela doutrina como enunciadores de crimes de mão própria indica que além de o autor ter de agir pessoalmente, ele deve preencher os requisitos circunstanciais ou pessoais exigidos pelo tipo penal.

É o que se vê, por exemplo, no art. 124, segunda parte, do Código Penal (BRASIL, 1940), que trata do crime de consentimento para realização de aborto. Nesta hipótese, como somente a gestante pode exarar o consentimento, além da exigência de atuação física ou pessoal – não é possível a autoria mediata –, o sujeito ativo deve possuir a característica

¹ Do original: “[...] pero la restricción no se deduce de la exigencia de especiales características personales en el sujeto, sino de La exigencia de que actúe personal o fisicamente”.

enunciada pelo tipo, ou seja, ser a gestante em que se praticará o aborto (condição pessoal do sujeito ativo).

Tal se vê também no art. 342 do Código Penal (BRASIL, 1940), que trata do delito de falso testemunho. Neste caso, não basta a atuação pessoal do sujeito ativo, já que nem todo mundo pode sê-lo. Faz-se imprescindível que o responsável (sujeito ativo) por fazer afirmação falsa, calar ou falsear a verdade seja a própria testemunha (condição pessoal), e não um terceiro, como, por exemplo, seu procurador, ainda que receba poderes para tanto.

Essa característica se repete por todos os tipos penais que mereçam, de fato, a qualificação de delitos de mão própria. Destarte, não basta que o sujeito ativo pratique a ação pessoalmente, o que representa mera redundância do próprio conceito de autor-executor. É imprescindível também que preencha as características exigidas pelo tipo penal, em regra condições pessoais específicas elementares do crime (v.g. testemunha no falso testemunho, grávida no consentimento de aborto etc.), sem o que não poderá ser considerado sujeito ativo do crime de mão própria em espécie analisado.

5. Aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes de mão própria

Como já visto, à luz da teoria do domínio do fato, dominante na doutrina e jurisprudência atuais, são coautores do delito não somente aqueles que realizam com perfeita subsunção as condutas descritas no tipo penal (autores-executores), mas sim todos aqueles que concorrem para a prática delitosa com domínio imperativo (ou estruturante) sob todos os elementos do delito (ou grande parte deles).

É o que observa Damásio E. de Jesus (1999, p. 18-19), em passagem já exposta alhures, segundo a qual a par dos au-

tores-executores (executores materiais) e dos autores mediatos (que não podem cometer delitos de mão própria), há também os autores estritamente intelectuais.

Destarte, a existência de coautoria nos delitos de mão própria faz-se compatível com a própria evolução das teorias distintivas da coautoria e da participação, em especial com a assunção da teoria do domínio do fato, pois ao lado do autor executor, que será ao mesmo tempo autor e sujeito ativo do delito de mão própria, como conceitualmente exigido, poderá haver um coautor intelectual, situação nominada por Jesus (1999, p. 26) de *coautoria complexa*.

É o que se pode extrair da seguinte situação hipotética: um acusado promete pagar a advogado elevada quantia, caso este consiga absolvê-lo. O advogado acredita que para conseguir absolver seu cliente terá de coordenar o depoimento das testemunhas arroladas, primos distantes do acusado e que não presenciaram o fato, de forma a desacreditar, caso necessário, o depoimento de alguns vizinhos que passaram pelo local quando do delito.

Assim, instrui os primos do acusado a dizerem, perante o magistrado, caso determinado sinal seja dado, que outrem praticara o delito, o que só ocorrerá caso as demais testemunhas prestem depoimentos que atuem contra o acusado. Desse conluio, contudo, não decorre qualquer pagamento de dinheiro, nem qualquer ameaça.

Quando da audiência, uma testemunha profere depoimento favorável à acusação, e os primos do acusado, em vista do sinal exarado pelo advogado, falseiam a verdade, motivo pelo qual aquele – autor de fato do delito – é absolvido judicialmente.

Tem-se aí uma situação que, caso analisada sob o foco do critério formal-objetivo (restritivo de autor) ou, ainda, sob a

utilização de conceito equivocado de crime de mão própria, geraria evidente ineficácia e desproporção penal.

O advogado – que não promoveu o oferecimento de qualquer vantagem às testemunhas, nem as intimidou – não poderia responder como autor ou partícipe dos delitos previstos no art. 343 e 344 do Código Penal. Ele responderia, segundo a teoria monista, pelo delito previsto no art. 342 do Código Penal.

Assim, se viesse a lume o falso, caso aplicado o critério formal-objetivo, e não a teoria do domínio do fato aos crimes de mão própria, o advogado, apesar de ter coordenado toda a conduta delitativa, e embora seja, quiçá, o maior responsável por sua prática (autor intelectual e estruturante), responderia como partícipe, e os primos do acusado, que nada lucraram com a conduta e que possuem uma relação pessoal de afeto com o acusado que a motiva, seriam punidos como autores do crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Tal situação estaria em desacordo com a parte final do *caput* do artigo 29 do Código Penal, segundo o qual: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade.*” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Considerando que as condições pessoais elementares do tipo são comunicáveis, a teor do art. 30 do Código Penal (BRASIL, 1940), no caso acima, ainda que o advogado não seja a testemunha, à luz daquele dispositivo ele pode ser considerado como tal para fins de caracterização do concurso de pessoas, sendo, assim, passível de punição como coautor intelectual pelo delito de falso testemunho.

Ademais, a aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes de mão própria, dado tal panorama, não só é possível como também recomendável, já que permite punição mais coerente e proporcional e, por conseguinte, atua como elemento de intensificação da efetividade da legislação penal, promovendo uma correção na especificidade que esses crimes possuem.

É o que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que se lê no trecho da decisão transcrita a seguir, em que foi negado recurso ordinário em *habeas corpus*, que visava ao trancamento de ação penal contra advogado, coautor em delito de falso testemunho:

[...] 4. O recorrente foi denunciado como incurso no art. 342, §1º, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, porque, na qualidade de advogado, ao atuar na defesa de um determinado cliente, teria instigado duas testemunhas a prestar ‘depoimentos mendazes de modo convincente’. ‘Também orientou-os a depor de modo a não despertar as suspeitas do juiz que presidia a audiência, dizendo a ele que não deveriam olhar para o réu nem para ele, Pedro Luiz, enquanto estivessem depondo’.

5. Como bem colocado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko V de Castilho, às fls. 99, a denúncia descreve não apenas simples solicitação, ou sugestão ao advogado para a prática do falso testemunho. A conduta que lhe é imputada foi extremamente ativa, no sentido de convencer as testemunhas a mentir e como depor para não despertar suspeitas.

6. Vê-se, pois, que o fato comporta pormenores a serem apurados em investigação probatória, não se justificando, por isso mesmo, o trancamento do *persecutio criminis*. (BRASIL, 1996)

Ressalte-se que a hipótese acima exposta, bem como a solução utilizada, apesar de editadas levando em consideração o delito de falso testemunho (art. 342 do Código Penal) em vista da farta jurisprudência a ele relacionada, podem ser estendidos a todos os tipos penais passíveis de serem qualificados como de mão própria.

Tal se deve porque a teoria do domínio do fato, e, consequentemente, a coautoria intelectual, podem ser utilizadas indistintamente em todos os delitos de mão própria (apesar da escassa menção jurisprudencial às demais espécies), haja vista a perfeita harmonia entre as condições específicas desses delitos e a teoria em análise.

Outrossim, a condição de partícipe nos delitos de mão própria, que era reconhecida pela doutrina mesmo antes da aceitação da teoria em tela, continua sendo possível, caso o agente delitivo não tenha o domínio do fato, promovendo simplesmente um auxílio ao autor ou, ainda, induzindo-o ou o instigando à prática criminosa.

Feita uma reanálise de tais delitos em relação à doutrina tradicional, e utilizada a teoria do domínio do fato como método de determinação da gravidade da conduta delitiva, percebe-se que é perfeitamente possível a existência de coautoria e de participação em crimes de mão própria, uma vez que a exigência específica de execução material pelo sujeito ativo (também autor do delito), aquele descrito pelas elementares pessoais específicas do tipo, não impede que outros autores haja, ainda que exclusivamente intelectuais, com condutas por vezes mais repreensíveis à luz do Direito Penal, e que podem ser igualmente punidos tendo em vista a comunicação dessas condições.

6. Conclusão

Como visto, a aplicação da teoria do domínio do fato para a análise do cabimento da coautoria e da participação aos crimes de mão própria representa nada mais do que a inevitável evolução da doutrina penal. Além de já aplicada aos crimes em geral, ela permite a readequação do sistema às peculiaridades inerentes àquelas espécies delitivas.

Lado outro, a fórmula acima exposta possui também o mérito de permitir que a responsabilização de todos aqueles que contribuíram para o delito se dê de modo mais condizente com a regra enunciada pelo *caput* do artigo 29 do Código Penal (BRASIL, 1940), a fim de que cada qual responda pelo delito na medida da reprobabilidade de sua conduta, seja como (co)autor, seja como partícipe.

Por fim, cabe lembrar que a jurisprudência já a vinha adotando, ainda que não explicitamente, no julgamento de casos atinentes a crimes de mão própria, como se viu no trecho do acórdão acima transcrito. Assim, a aplicação do critério do domínio do fato permitirá que a solução jurisprudencial das peculiaridades dos delitos em voga em face do sistema penal vigente se dê de maneira mais fundamentada e argumentativa, embasada em uma regra geral válida, e não na análise casuística da possibilidade ou não de coautoria ou de participação em cada figura típica específica.

7. Referências

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 2 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n. 45.733 – SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Qualia Barbosa, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça*, 13 mar. 2006, p. 380. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=608086&sReg=200501147766&sData=20060313&formato=PDF>. Acesso em: 2 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas corpus n. 74395-1 – SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 10 de dezembro de 1996. *Diário da Justiça*, 7 mar. 1997, p. 5421. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102580>>. Acesso em: 2 jul. 2012.

CONDE, Francisco Munóz. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão. In: *Coleção História do Direito Brasileiro*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal: el delito. La pena. Medidas de seguridad e sanciones civiles*. Tradução de José J. Ortega Torres. 2. ed. Santa Fé de Bogotá/Colômbia: Temis, 2000. Vol. II.

MIR, José Cerezo. *Derecho Penal: parte general*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. *Concurso de Pessoas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

PUIG, Santiago Mir. *Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do Concurso de Pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

Artigo recebido em: 27/02/2013
Artigo aprovado em: 22/04/2014

DOI:

141 - 185

Artigo

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DIANTE DAS NOVAS
MEDIDAS CAUTELARES NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE ACTING TOWARDS THE NEW
PROTECTIVE MEASURES ON BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDING

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Ceará, Brasil

jbsrf3@yahoo.com.br

RESUMO: Partindo de uma abordagem eminentemente analítica, com enfoque nos aspectos mais relevantes que a novel Lei nº 12.403/2011 trouxe para o processo penal brasileiro, este trabalho analisa, em breves linhas, as principais mudanças operadas no Código de Processo Penal brasileiro pela reforma introduzida pela supracitada lei, destacando especialmente a influência de tais modificações na atuação do Ministério Público brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Lei nº 12.403/2011; Ministério Público.

ABSTRACT: From an approach eminently analytical, focusing the most relevant aspects that the new 12.403/2011 Act brings to Brazilian criminal procedure, this work analyses, in short lines, the main changes operated on Brazilian Criminal Procedure Code by the reform introduced from the previously cited law, specially emphasizing such modification influence in Brazilian Public Prosecution Service acting.

KEY WORDS: Criminal Procedure; 12.403/2011 Act; Public Prosecution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções gerais acerca das modificações trazidas pela Lei nº 12.403/2011. 2.1 Da nova sistemática relativa à prisão preventiva. 3. Da proporcionalidade na imposição de qualquer medida cautelar. 3.1. Da vedação à proteção deficiente. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Na data de 04 de julho do ano de 2011, após tramitação de uma década nas casas congressuais nacionais do Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, entrou em vigor a Lei nº 12.403/2011, promovendo profundas alterações na sistemática das prisões e da liberdade provisória. Entre outras modificações, cuidou de institucionalizar diversas alternativas ao cárcere,

conforme se pode perceber pela modificada redação dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal (CPP).

Qualquer análise minimamente razoável da reforma introduzida pela novel legislação deve partir da premissa de que nosso Estatuto Processual Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, foi editado em pleno período do assim denominado Estado Novo, período de governo ditatorial de Getúlio Vargas, caracterizado pela excessiva centralização de poderes, circunstância que se refletia na Constituição Federal da época (1937), cognominada de “Polaca”, de inspiração marcadamente fascista, outorgada e de cunho autoritário e policialesco, atributos que acabaram se espraiando pelo CPP elaborado à época. Nestes mais de 70 anos desde sua promulgação, já passamos por três ordenamentos jurídico-constitucionais (1946, 1967 e 1969) até alcançarmos a atual Constituição Federal de 1988, razão por que vários artigos do vigente Código de Processo Penal foram revogados, explícita ou implicitamente. Outrossim, o CPP passou por mais de 40 alterações no decorrer desse período e, não obstante a aplicação do princípio da supremacia da Constituição e as diversas modificações legislativas levadas a efeito, ainda se podiam constatar várias falhas e incoerências na sistemática processual penal, especialmente na disciplina da prisão cautelar e da liberdade provisória.

Por essa razão, em janeiro do ano de 2001, foram apresentados ao Congresso Nacional 08 Projetos de Lei pelo Poder Executivo, com o intuito de modernizar e racionalizar a prestação jurisdicional no âmbito processual penal. Tais propostas foram elaboradas por Comissão de Juristas constituída pelo então Ministro da Justiça José Carlos Dias no ano de 2000, que contava, em sua composição, com nomes como Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrónio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Sca-

rance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

As mudanças legais iniciaram-se com a vigência da Lei nº 10.258/2001, oriunda do Projeto de Lei nº 4.210/2001, que alterou o art. 295 do CPP, passando este a prescrever que, entre outras coisas, na hipótese de não haver estabelecimento específico para o preso especial, este deverá ser recolhido em cela em separado do mesmo estabelecimento destinado aos presos comuns (art. 295, § 2º, CPP). Depois, entrou em vigor a Lei nº 10.792/2003, originária do Projeto de Lei nº 4.204/2001, que trouxe importantes modificações no tocante ao interrogatório do acusado. Cinco anos mais tarde, com a promulgação das Leis nºs 11.689/2008 (advinda do PL nº 4.203/2001), 11.690/2008 (oriunda do PL nº 4.205/2001) e 11.719/2008 (originária do PL nº 4.207/2001), novas alterações foram introduzidas no tocante ao procedimento do Tribunal do Júri, no título concernente às provas e em relação ao procedimento comum, respectivamente. Após a publicação das mencionadas leis, quando já se pensava que as reformas pontuais findariam, em face da aprovação, no Senado Federal, do Projeto de Lei de um novo CPP (Projeto de Lei do Senado Federal - PLS 156/2009), veio a lume a Lei nº 12.403/2011, originária do Projeto de Lei nº 4.208/2001 (posteriormente reenumerado, no Senado Federal, para Projeto nº 111/2008), advindo dos trabalhos daquela Comissão citada no parágrafo anterior.

Tal diploma legal veio para dar nova disciplina, especialmente, ao título referente às prisões e à liberdade provisória, institucionalizando a criação de diversas alternativas cautelares ao cárcere. Importante ressaltar que, não obstante tenham sido modificados apenas 32 (trinta e dois) dispositivos do CPP pela Lei nº 12.403/2011, pode-se verdadeiramente afirmar que,

a partir da entrada em vigor da novel normatização, há um novo sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal, com impactos significativos na atividade dos operadores do Direito que militam na área penal, em especial o membro do Ministério Público, *dominus litis*, com monopólio constitucionalmente assegurado da ação penal de iniciativa pública. A ideia era, de fato, remodelar por completo a regulação da prisão e da liberdade, tão prejudicada, no tocante à sistemática, por conta das diversas alterações por que passou o CPP, em seus mais de 70 anos de existência.

O presente trabalho tece breves comentários acerca de como deverá ser a atuação do Ministério Público diante desse novo sistema, inaugurado pela Lei nº 12.403/2011, que teve como um dos seus principais objetivos a redução do número de presos provisórios no Brasil (que conta com aproximadamente 200 mil presos cautelares), afastando o que midiaticamente se denominou de “cultura da prisão” para instituir e reforçar a prevalência da liberdade do acusado no curso do processo. A par das inegáveis melhorias que a novel legislação trouxe no que concerne ao tratamento sistemático das prisões e da liberdade no sistema processual penal pátrio, o Ministério Público, mais do que qualquer outra carreira jurídica (pois a ele incumbe não apenas a prevalência da titularidade da ação penal de iniciativa pública, mas também a fiscalização da eficácia e da jurisdicionalidade de todo e qualquer tipo de procedimento tendente a efetivar o *jus puniendi* estatal) deve ser vigilante para que a nova lei não sirva (indevida e injustamente, pois não veio a lume com esse intuito) de veículo para fomentar a impunidade, mas sim para dar maior efetividade e dinamicidade ao processo penal.

A partir dessas premissas, iniciamos a seção 2, analisando, da forma mais detalhada possível para os objetivos da presente obra, as diversas alterações levadas a efeito pela no-

vel legislação, com seus principais reflexos na atuação dos operadores do Direito em geral e, em especial, no trabalho realizado pelos membros do Ministério Público. Ainda na referida seção (subseção 2.1), em face das relevantes modificações trazidas pela Lei nº 12.403/2011 no tocante à sistemática das infrações passíveis de prisão preventiva, algumas considerações mais específicas acerca desse tipo de prisão cautelar também não passaram despercebidas.

Na seção seguinte (3), analisamos a aplicação do princípio da proporcionalidade, que deve nortear a imposição das medidas cautelares agora regulamentadas pela nova normatização, com especial destaque para a vertente positiva de referido preceito, a saber, a vedação da proteção deficiente (*Ünterma verbot*, para a doutrina alemã, da qual deita raízes tal concepção), a impedir uma atuação estatal que não ampare eficazmente os bens jurídicos protegidos pelos novos institutos recém-regulamentados. Na seção 4, encontram-se as considerações finais da presente obra, esperando-se contribuir para uma melhor compreensão acerca das diversas modificações introduzidas no sistema jurídico-processual penal pátrio pela aludida lei.

A correta aplicação dos princípios trazidos a lume pela Lei nº 12.403/2011 não será automática e dependerá muito da vigilância não apenas do Ministério Público, mas de todos os operadores do Direito, na busca de um ponto de equilíbrio entre a exigência constitucional de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade (também fundamentada na Constituição Federal de 1988) de proteção eficiente da sociedade, fomentando-se maior efetividade do sistema persecutório em prol da segurança da coletividade.

2. Noções gerais acerca das modificações trazidas pela Lei nº 12.403/2011

No regramento abordado pelo Código de Processo Penal de 1941, havia uma dicotomia no tocante à situação a que poderia estar sujeito o investigado/acusado no curso da investigação criminal e/ou no decorrer do processo judicial penal: prisão provisória ou em liberdade. Com a reforma introduzida pela Lei nº 12.403/2011, esse sistema maniqueísta foi superado, dando lugar a um outro, polimorfo, no dizer de Norberto Avena (2011, p. 5), que se distingue pela multi-cautela, visto que submete o agente imputado a um terceiro *status*, que não o priva de sua liberdade, mas também não a permite irrestritamente. Estamos nos referindo à sujeição do indivíduo às medidas cautelares diversas da prisão, agora previstas nos artigos 319 e 320 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 1941).

Em resumo, pode-se afirmar que, após a reforma inaugurada pela Lei nº 12.403/2011, existem três tratamentos diferentes possíveis ao agente que está sob investigação criminal ou respondendo a processo judicial penal, a saber:

- a) permanecer em liberdade pura e simples (com o compromisso apenas de comparecer aos atos do processo para os quais for convocado);
- b) submeter-se a quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão elencadas nos supratranscritos arts. 319 e 320 do CPP, alterados pela Lei nº 12.403/2011, que restringirão diversos aspectos de seu direito à liberdade, embora não o suspendam totalmente, como nas prisões cautelares;
- c) sujeitar-se a quaisquer das modalidades de prisão provisória existentes no ordenamento processual penal (prisão preventiva ou prisão temporária).

Assim nos ensina Andrey Borges de Mendonça:

Em síntese, houve uma diversificação das medidas cautelares passíveis de serem aplicadas, afastando-se, assim, do modelo bipolar até então vigente, em que, diante do *periculum libertatis*, o juiz somente poderia ou manter o réu preso ou conceder-lhe liberdade provisória, com tênues vínculos. Para superar essa lógica maniqueísta, de tudo ou nada, foram previstas medidas alternativas à prisão, que poderão ser aplicadas quando forem suficientes para neutralizar o *periculum in mora*, ou seja, o risco à ordem pública, à conveniência da instrução criminal e o risco de fuga (art. 282, inc. I). Assim, evita-se a decretação da prisão preventiva, que fica resguardada realmente como *ultima ratio*. Sem a existência destas outras medidas cautelares alternativas seria praticamente inviável estabelecer a excepcionalidade da prisão preventiva (um dos maiores objetivos da reforma introduzida pela Lei 12.403/2011).

Estas medidas estão disciplinadas no Capítulo V, intitulado “Das outras medidas cautelares” e estipuladas especialmente no art. 319 do CPP, que estabelece as medidas cautelares diversas da prisão. (MENDONÇA, 2011, p. 426).

Vale ressaltar que, ao elencar as nove medidas cautelares, o CPP, em sua nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011, nomeou-as de “medidas cautelares diversas da prisão”, em claro indicativo de que a reforma determinada pela lei institucionalizou a natureza de medida cautelar da prisão processual, ratificando posicionamento há muito referendado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. Isso é particularmente relevante em virtude de representar uma confirmação de que devem ser respeitados, para a perfeita caracterização da prisão cautelar, os requisitos inerentes às medidas cautelares pessoais em geral, a saber:

- a) *periculum libertatis* (ou *periculum in mora*): perigo que a liberdade plena do investigado/acusado traz para a efetividade do processo penal, em face da ordem pública e da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal;
- b) *fumus comissi delicti* (ou *fumus boni juris*): existência de indícios suficientes de autoria e a prova da existência do delito.

Outro aspecto importante a ser destacado, ainda no tocante à prisão provisória, é o fato de não mais subsistir de maneira autônoma, após a reforma pela Lei nº 12.403/2011, a possibilidade de alguém ser mantido preso em virtude de flagrante delito. Assim, para que permaneça o agente sob segregação, deve o magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos necessários à decretação desta, insertos nos arts. 312 e 313 do CPP, e não seja suficiente ou adequada, no caso concreto, a aplicação de quaisquer das demais medidas cautelares diversas da prisão previstas na novel redação dos arts. 319 e 320 do Estatuto Processual Penal pátrio (art. 310, II, do CPP).

Desta feita, se a prisão em flagrante prende, mas não é hábil para manter o indivíduo encarcerado, então a interpretação lógica a que se chega é que tal instituto perdeu sua natureza jurí-

dica de prisão cautelar, subsistindo como tal, no ordenamento jurídico-processual penal brasileiro, apenas a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP, entre outros que a ela fazem menção no Código) e a prisão temporária (prevista na Lei nº 7.960/89). A primeira possibilita a segregação do indivíduo antes do advento da sentença penal condenatória, com o intuito amplo de garantir o resultado final da demanda processual penal; já a segunda também pode ser classificada como de natureza cautelar em virtude de seu intuito de tutela das investigações criminais, quando se constatar que a prisão do investigado é imprescindível para a realização de diligências consideradas necessárias ao sucesso do inquérito instaurado.

É por essa razão que entendemos correto o posicionamento de que o membro do Ministério Público, ao deparar com um comunicado de prisão em flagrante (que deve obrigatoriamente lhe ser remetido pela autoridade policial, com as informações previstas no art. 306, *caput*, do CPP), deve analisar se estão presentes os requisitos ensejadores da decretação da prisão preventiva do flagrado (previstos nos arts. 312 e 313) e, em caso positivo (se não for suficiente e adequada a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão), desde já requerer a conversão do flagrante em prisão preventiva.

Não sendo cabível a conversão do flagrante em prisão preventiva, seja porque suficiente e adequada para tutelar os interesses da sociedade no processo penal a imposição de uma (ou algumas) das medidas cautelares diversas da prisão (nos termos do art. 282, I e II, do CPP), seja porque se verifique, sem necessidade de maiores incursões probatórias, que o agente praticou o fato sob o pálio de alguma excludente de ilicitude (art. 310, § único do CPP), deve o Ministério Público pugnar, respectivamente, pela liberdade provisória do infringente, condicionada ao cumprimento de uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão, ou pela liberdade provisória vinculada apenas

ao comparecimento do agente aos atos do processo, quando intimado/citado para tanto.

O Ministério Público do Estado do Ceará, inclusive, já institucionalizou referido entendimento, por meio da Recomendação nº 011/2011/PGJ/GAB, de 7 de julho de 2011, nos seguintes termos:

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTICA

RECOMENDACAO N. 011/2011/PGJ/GAB

A PROCURADORA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, com observância no art. 129, inciso III, da Constituição Federal e no uso de suas atribuições legais, previstas nos arts. 10, inciso XII, 27, parágrafo único, inciso IV, da lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (LONMP) e art. 26, inciso XXII, da Lei Complementar Estadual nº 72/2008, publicada no DOE nº 240, de 16 de dezembro de 2003 (LOEMPCE), formula aos membros do Ministério Público do Estado do Ceará, com atuação na área criminal, a presente RECOMENDAÇÃO,

CONSIDERANDO a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares até então inexistentes;

CONSIDERANDO que o Ministério Público, além de titular da ação penal pública, é responsável pela fiscalização da lei, conforme disposto no artigo 129, I, da Constituição Federal e artigo 257 do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO que a Lei 12.403/2011 tem natureza processual e, por isso, aplicação imediata, alcançando inclusive aos processos e aos inquéritos que já estão em andamento, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO que a prisão preventiva só poderá ser decretada, de regra, nos crimes dolosos apenados com reclusão e que tenham pena máxima abstrata cominada superior

a 04 (quatro) anos, conforme dispõe o artigo 313, I, do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO que o efeito coercitivo do flagrante não mais se prolonga no tempo, conforme dispõe o artigo 310 do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO que o cumprimento das medidas cautelares necessita de fiscalização, posto que só assim se assegura a efetividade das mesmas;

RECOMENDA:

1) ao Promotor de Justiça com atuação na área criminal que solicite, mediante ofício, vistas dos autos dos processos que apresentam réus presos, seja por força de prisão preventiva, seja decorrente de prisão em flagrante delito;

2) uma vez de posse do processo, o Promotor de Justiça, percebendo que o réu se encontra preso por força de flagrante delito ou prisão preventiva, por crime cuja pena máxima abstrata cominada seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos e não sendo o caso das situações previstas nos incisos II e III do artigo 313 do Código de Processo Penal, deve requerer, se for o caso, a conversão do flagrante ou da preventiva em medida(s) cautelar(es) prevista(s) no artigo 319 do Código de Processo Penal, ou solicitar o imediato relaxamento da prisão;

3) uma vez de posse do processo, estando o réu preso por força de flagrante delito, por crime cuja pena máxima abstrata cominada seja superior a 04 (quatro) anos, o Promotor de Justiça deve requerer, se for o caso, a conversão do flagrante em prisão preventiva, ou a sua substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es) prevista(s) no artigo 319 do Código de Processo Penal;

4) uma vez de posse do processo, estando o réu preso por força de prisão preventiva, por crime cuja pena máxima abstrata cominada seja superior a 04 (quatro) anos, o Promotor de Justiça deve analisar se é o caso de requerer a conversão em outra(s) medida(s) cautelar(es) prevista(s) no artigo 319 do Código de Processo Penal, ou a manutenção da preventiva;

5) ao receber o auto de prisão em flagrante, entendendo ser o caso de imposição de medida(s) cautelar(es) ou prisão preventiva, o Promotor de Justiça deve, de logo, apresentar o requerimento;

6) ao solicitar pela imposição de medida(s) cautelar(es) urgente(s) ou, vislumbrando que o contraditório possa trazer perigo de ineficácia da medida, o Promotor de Justiça deverá requerer ao juiz a imposição da(s) mesma(s) *inaldita altera pars*;

7) o CAOCRIM deverá encaminhar ao Delegado-Geral, a todas as delegacias de polícia da capital e aos membros do Ministério Público, a RECOMENDAÇÃO no 05/CAOCRIM/2011, cabendo aos Promotores de Justiça, como Órgãos de Execução, fiscalizar o seu cumprimento;

8) o Promotor de Justiça com atuação nas comarcas do interior deverá encaminhar ao delegado de polícia da comarca onde oficia a RECOMENDAÇÃO nº 05/CAOCRIM/2011, bem como fiscalizar o seu cumprimento.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.

Dado e passado no Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Ceará, nesta cidade de Fortaleza, aos 07 de julho de 2011 (CEARÁ, 2011).

Faz-se mister admitir que, entre o instante em que o indivíduo recebe a voz de prisão em flagrante e o recebimento, pelo magistrado, do respectivo auto de prisão, existe uma segregação do agente, que decorre da prisão em flagrante. No intuito de esclarecer a natureza jurídica da prisão em flagrante, correntes opostas surgiram na doutrina. A primeira delas, defendida, entre outros, por Norberto Avena (2011, p. 8-9) e Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 182), afirma que a prisão em flagrante tem natureza de medida pré-cautelar, com duração limitada no tempo a um evento expressamente previsto em lei que, na hipótese, é o recebimento do respectivo auto pelo juiz e a adoção de alguma das medidas previstas no art. 310 do CPP, entre elas, a prisão preventiva (esta sim, de natureza tipicamente cautelar).

Outra linha de pensamento diz-nos que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de mero ato administrativo (sendo, por conseguinte, uma prisão administrativa); não pode, assim, ser classificada como prisão processual acautelatória, dado que seu objetivo seria apenas garantir a detenção do agente a fim de que o magistrado, posteriormente, decida se é o caso de se decretar a prisão preventiva. Assevera Walter Nunes da Silva Júnior:

O que ocorre com a prisão em flagrante é, tão somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser levada, ou não, à prisão. Com isso, se quer dizer que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito se constitui e justifica apenas a detenção, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão em flagrante, definir se a prisão preventiva deve, ou não, ser decretada (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 880, *apud* LIMA, 2011, p. 182).

Há também aqueles que defendem a natureza jurídica da prisão em flagrante como modalidade de medida cautelar, ao lado da prisão preventiva e da prisão temporária. Argumentam que, com a comunicação do flagrante ao magistrado, a prisão em flagrante já cumpriu suas finalidades e deverá, para subsistir como prisão, ser necessariamente convertida em outra espécie de prisão cautelar, na dicção da novel redação do art. 310, II, do CPP, sendo, desta feita, uma espécie de medida cautelar como as demais prisões cautelares, independentemente até de sua homologação judicial. É a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência¹ pátrias, defendida, entre outros, por Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 464) e Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 134).

1 Vejam-se, *verbi gratia*, no Supremo Tribunal Federal (STF), os seguintes precedentes: *Habeas Corpus* (HC) n° 98.862/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23/06/2009, DJe de 22/10/2009; HC n° 93.056/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16/12/2008, DJe de 14/05/2009; e HC n° 89.501/GO, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/12/2006, DJU de 16/03/2007, p. 43.

De nossa parte, entendemos que, não obstante a prisão em flagrante, em virtude de exceção prevista na própria dicção constitucional (art. 5º, LXI, da CF/1988), dispensar a submissão ao princípio da reserva de jurisdição, podendo ser efetuada até por qualquer do povo (art. 301 do CPP), o que a caracteriza como prisão de natureza administrativa, não se pode negar o seu caráter cautelar (e não apenas pré-cautelar), dado que projeta, necessariamente, consequências na relação processual que posteriormente se formará no juízo criminal. Por isso, em verdade, é perfeitamente cabível afirmar-se que a prisão em flagrante, embora possua inicialmente natureza administrativa, transmuda-se, após o seu recebimento pelo magistrado, em prisão de natureza processual (podendo ser classificada, inicialmente, como uma prisão penal cautelar administrativa, levando-se em consideração a sua origem extrajudicial). Tal entendimento comunga parcialmente com as conclusões da tese explicitada no parágrafo anterior e é defendida também, especificamente, por José Frederico Marques (2000, p. 25).

Outra modificação trazida pela novel normação foi a expressa previsão (art. 282, § 6º, do CPP) da excepcionalidade da decretação da prisão preventiva em face das demais medidas cautelares restritivas que não impliquem privação de liberdade. Desta feita, deve o membro do Ministério Público, antes de requerer a prisão preventiva, e o magistrado, antes de decretá-la, verificarem, à luz dos princípios da necessidade e da adequação previstos no art. 282, I e II, se não é cabível a aplicação ao caso de nenhuma das demais medidas cautelares diversas da prisão previstas nos arts. 319 e 320.

Uma alteração também importante levada a efeito pela Lei nº 12.403/2011 foi a prescrição de que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida requerida e/ou imposta, deve-se respeitar o princípio do contraditório como requisito prévio à imposição de medidas cautelares de nature-

za pessoal pelo Poder Judiciário. Obviamente que tal exigência deve respeitar o postulado da razoabilidade e ser compatível com a medida a ser imposta, não sendo cabível, por exemplo, como condição para decretação de uma prisão temporária ou preventiva (art. 282, § 3º, do CPP). É por essa razão que o membro do Ministério Público, ao deparar com a necessidade de se requestar ao Judiciário uma medida cautelar restritiva de natureza pessoal, deverá analisar detidamente se a exigência do contraditório prévio é compatível, não representando perigo de ineficácia da medida, se obedecido, hipótese na qual deve o promotor de Justiça ou o procurador da República requerer expressamente (com a devida fundamentação, por óbvio) ao magistrado a imposição da medida sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*).

Outra inovação trazida a lume pela Lei nº 12.403/2011 foi a vedação ao magistrado de, *ex officio*, decretar a imposição de quaisquer medidas cautelares na fase inquisitorial (investigativa), seja a prisão preventiva, seja qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, que somente serão possíveis nessa fase mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Segundo a nova redação dada ao art. 282, §§ 2º e 4º, c/c o art. 311, ambos do CPP, somente quando já existir processo judicial poderá o juiz decretar, de ofício, quaisquer medidas cautelares restritivas de caráter pessoal.

Tal norma vem ao encontro do princípio acusatório adotado expressamente pela Constituição Federal de 1988, que no art. 129, I, tornou privativa do Ministério Público a interposição das ações penais de iniciativa pública, que exige que a relação processual penal somente pode ser iniciada por meio de provocação de pessoa competente para deduzir a pretensão punitiva em Juízo (*ne procedat iudex ex officio*). De fato, a característica essencial do princípio acusatório é a nítida separação entre os órgãos encarregados da acusação, da defesa e do julgamento.

Com base nessa premissa, deve o magistrado, portanto, abster-se de praticar atos de ofício no período em que se compreende a fase inquisitorial, sob pena de sérios prejuízos ao princípio da imparcialidade que deve nortear os atos emanados do Poder Judiciário. Desta feita, antes do começo do processo, não cabe ao juiz exercer qualquer função, de ofício, que possa ser compreendida como uma colaboração à acusação. Reservado ao magistrado está, nesse momento, a atuação apenas quando provocado e para tutelar liberdades fundamentais, como a inviolabilidade do domicílio, a intimidade, a vida privada, bem como a liberdade de ir, vir e permanecer. Não obstante, uma vez acionada a jurisdição por denúncia do Ministério Público ou queixa-crime do indivíduo ofendido, a autoridade judiciária competente mune-se de poderes inerentes à jurisdição criminal mesma, estando autorizado, assim, a impor medidas cautelares até mesmo de ofício, na hipótese de verificar a necessidade e adequação da tutela para salvaguardar a prova, o resultado útil do processo penal ou a própria segurança da coletividade.

Como se percebe, a atuação do Ministério Público durante a fase investigativa criminal foi fortalecida pela reforma efetuada pela Lei 12.403/2011, pois somente a partir de seu requerimento ou da autoridade policial (ou do ofendido, no caso de ação penal de iniciativa privada), estará autorizado o Poder Judiciário a decretar quaisquer medidas cautelares restritivas de natureza pessoal (dentre elas, as prisões cautelares). E, mesmo no caso em que a medida supra seja requerida em representação da autoridade policial dirigida diretamente ao juiz, deve o membro do Ministério Público ser obrigatória e previamente ouvido antes da apreciação judicial, face à sua condição de titular exclusivo da ação penal pública e de fiscal da eficácia e jurisdicionalidade de todo e qualquer procedimento que vise a efetivar o *jus puniendi* estatal. E mais: nas ações penais de iniciativa pública, na hipótese de o Ministério Público manifestar-se contrário à efetivação da(s) medida(s) cautelar(es)

pleiteada(s) pela autoridade policial, ela(s) não deverá(ão) ser deferida(s) pelo Poder Judiciário. Tal ordem de ideias recebe o apoio, na doutrina pátria, dentre outros, de Renato Brasileiro de Lima, nos seguintes termos:

Questão pouco debatida na doutrina diz respeito à possibilidade de decretação de medidas cautelares de natureza pessoal, aí incluída a prisão cautelar, durante a fase investigatória, em virtude de representação da autoridade policial, porém sem a prévia oitiva do Ministério Público.

De acordo com o art. 129, inc. I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Essa titularidade também diz respeito a todas as demais medidas de natureza cautelar. Com efeito, devido ao caráter instrumental das medidas cautelares em relação à ação principal, devem elas ser pleiteadas pelo próprio titular da ação de acordo com a estratégia processual considerada eficiente e adequada para viabilizar a ação principal. Assim, a nosso ver, só pode se admitir o manejo das medidas cautelares por parte daquele que esteja na legítima condição de parte para o processo principal.

(...)

Com a titularidade privativa da ação penal pública por parte do Ministério Público e a conseqüente adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, inc. I), nenhuma outra autoridade detém legitimidade para postular medida cautelar para fins de instrumentalizar futura ação penal pública. Assim, no caso de representações da autoridade policial noticiando a necessidade de adoção de medidas cautelares para viabilizar a apuração de infração penal, ou até mesmo para assegurar a eficácia de futuro e eventual processo penal, é cogente a manifestação do órgão ministerial, a fim de que seja avaliado se a medida sugerida é (ou não) necessária e adequada aos fins da apuração da infração (LIMA, 2011, pp. 45-46)².

² Ver também, no mesmo sentido: MENDONÇA, 2011, pp. 67-68; OLIVEIRA, 2011, pp. 501-502.

Prosseguindo o estudo acerca das modificações ao sistema processual penal brasileiro trazidas pela Lei 12.403/2011, percebemos que esta permitiu ao assistente de acusação a elaboração de requerimento pela imposição de medidas cautelares de natureza pessoal, no curso do processo judicial. De fato, em consonância com a jurisprudência assente dos Tribunais Superiores (em especial STF e STJ), os poderes outorgados ao assistente de acusação, na ação penal de iniciativa pública, eram restritos àqueles previstos no art. 271 do CPP. Assim, não lhe era permitido, na sistemática anterior à Lei 12.403/2011, requerer a prisão preventiva. Não obstante, agora tal possibilidade está prevista expressamente no art. 311 do CPP, sendo extensiva às outras medidas cautelares diversas da prisão em virtude do disposto no art. 282, § 2º. Embora esse parágrafo não faça menção expressa à figura do assistente jurídico ao tratar da legitimidade para requerer a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal (pois se refere textualmente apenas a “requerimento das partes”), o mesmo art. 282, § 4º, prescreve expressamente a legitimidade do assistente para, nas hipóteses de descumprimento de medida cautelar de natureza pessoal diversa da prisão, requerer a sua substituição, cumulação com outra medida ou conversão em prisão preventiva. Logicamente que, sendo assegurada ao assistente de acusação essa faculdade, também lhe é possível manejar requerimento pela imposição de medidas cautelares de natureza pessoal distintas da prisão, pois não seria razoável que pudesse pugnar pela prisão preventiva e não pela aplicação das demais medidas cautelares diversas da prisão, quando, por comando legal expresso (art. 282, § 6º, do CPP), a prisão preventiva, via de regra, somente pode ser decretada quando não for cabível a aplicação das demais cautelares alternativas.

Depreende-se, neste azo, que, mais uma vez, o princípio acusatório foi privilegiado pela novel legislação, dado que legitimou, para o requerimento de imposição de medidas cautelares de natureza pessoal, apenas quem detinha interesse jurídico na

efetivação de referidas medidas, a saber, os titulares das ações penais (no caso das de iniciativa pública, o Ministério Público, e nas de iniciativa privada, o querelante), além do assistente de acusação (no caso das ações penais de iniciativa pública) e da autoridade policial (somente na fase investigativa, legitimidade esta, como vimos em linhas anteriores, condicionada à oitiva do Ministério Público previamente à apreciação judicial).

Tal ordem de pensamento recebe o beneplácito, na doutrina pátria, dentre outros, de Andrey Borges de Mendonça, a saber:

Segundo a nova disciplina introduzida pela Lei 12.403/2011, no curso das investigações o juiz não pode decretar a medida de ofício e dependerá sempre de provocação do Ministério Público ou de representação do Delegado. Por sua vez, na fase judicial, poderá ser decretada a medida de ofício, pelo juiz, ou por “requerimento das partes”, ou seja, pelo MP ou, se tratando de ação privada, também pelo querelante. (...)

O assistente da acusação não é mencionado expressamente, mas parece-nos que pode solicitar as medidas cautelares na fase judicial. Realmente, veja que o art. 311 do CPP agora faz menção expressa que o assistente possui legitimidade para solicitar a prisão preventiva. Se possui para a mais grave medida, deve ser concedida a possibilidade para as demais medidas, menos gravosas. Ademais, se o assistente é considerado *parte* acessória do MP na ação pública, enquadra-se na expressão “requerimento das partes”, indicada no art. 282, § 2º (MENDONÇA, 2011, pp. 61-62).³

Outra alteração importante referendada pela Lei 12.403/2011 foi a obrigação, agora expressa, de a autoridade policial comunicar a prisão em flagrante de qualquer pessoa, bem como o local em que esta se encontre, não apenas ao magistrado e à

³ Ver, no mesmo sentido: AVENA, 2011, p. 10; LIMA, 2011, p. 45.

família do preso ou a pessoa por este indicada, conforme já se previa na redação anterior à novel legislação, mas também ao Ministério Público (art. 306 do CPP). Referida comunicação já era levada a efeito em vários Estados da Federação (inclusive no Ceará), por força de leis locais, e justifica-se em virtude de o Ministério Público ser o *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública e, com mais razão, por ser o órgão encarregado constitucional e legalmente da fiscalização da jurisdicionalidade dos atos estatais, dentre eles, os tendentes a efetivar o *jus puniendi* do Estado.

No tocante ao instituto da liberdade provisória, a novel legislação trouxe a expressa possibilidade de ser condicionada ao cumprimento de uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão previstas no alterado art. 319 do CPP (art. 321 do CPP). Ressalte-se que, não obstante a referência, no aludido art. 321, ao art. 319 do Código de Processo Penal, obviamente que a medida cautelar de proibição de afastamento do país, prevista no art. 320, também pode ser condicionante da liberdade provisória, face a sua similitude com a medida cautelar prevista no art. 319, IV, do CPP (proibição de afastar-se da Comarca). Ora, se é possível ao magistrado condicionar a concessão da liberdade provisória ao cumprimento da medida cautelar de proibição de ausentar-se da Comarca, com mais razão é cabível condicionar referida benesse legal à não ausência do indivíduo do país.

Em virtude disso, o membro do Ministério Público, vislumbrando, a partir de um juízo de necessidade/adequação (art. 282, I e II, do CPP), que é o caso de se condicionar a liberdade provisória do indivíduo a uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão, deve requerê-lo de imediato ao Poder Judiciário, especialmente na fase inquisitorial (notadamente quando o promotor de Justiça ou procurador da República for comunicado da prisão em flagrante), quando é vedado ao magistrado impor tais medidas cautelares de ofício.

A Lei 12.403/2011 também modificou os critérios a serem utilizados para se caracterizar uma infração como afiançável ou inafiançável (arts. 323 e 324 do CPP). De fato, sob o pálio da redação legislativa anterior, entendia-se que eram afiançáveis, em uma interpretação *a contrario sensu* do disposto no art. 323, I, do CPP, os delitos cujas penas mínimas cominadas fossem iguais ou inferiores a dois anos. Com a novel redação dada aos arts. 323 e 324 do Digesto Processual Penal pátrio, a quantidade de pena cominada ao delito deixa de ser parâmetro para se estabelecer a afiançabilidade ou inafiançabilidade de um crime, podendo-se concluir que, em tese, poderá ser concedida fiança independentemente da pena mínima atribuída no tipo penal incriminador. Desta feita, tomando-se como norte aspectos relacionados ao delito em si, temos que não é cabível fiança apenas nos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos, bem como nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 323 do CPP). Também não é possível a concessão de fiança (nos termos do art. 324 do CPP): para aqueles que, no mesmo processo, houverem quebrado fiança anteriormente concedida ou desobedecido, sem justo motivo, quaisquer das condicionantes a que se reportam os arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal; os que se encontrarem sob prisão civil ou militar; na hipótese de se encontrarem presentes os pressupostos autorizadores da decretação de prisão preventiva (art. 312 do CPP). Mais uma vez, em atenção ao princípio acusatório insculpido na Carta Magna de 1988 (art. 129, I), deve o membro do Ministério Público ser previamente ouvido quando houver requerimento para a concessão de fiança (se não for o próprio Ministério Público seu autor), exceção feita aos casos em que é facultada a concessão de fiança pela autoridade policial (delegado de Polícia).

De fato, a despeito da redação do art. 333⁴ do CPP, que preceitua a desnecessidade de o Ministério Público ser previamente ouvido acerca da concessão de liberdade provisória com fiança, entendemos que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico-processual penal leva-nos a uma outra conclusão. Sim, pois se, por um lado, a dispensa de prévia oitiva do Ministério Público justifica-se na hipótese de fiança concedida pela autoridade policial, pela necessidade de celeridade na concessão da liberdade, por outro lado, nada justifica a prescindibilidade da prévia oitiva do órgão acusador no caso de fiança concedida pela autoridade judiciária. Se este tem 48 (quarenta e oito) horas para se manifestar acerca da concessão da liberdade provisória com fiança (art. 322, § único, c/c art. 335, ambos do CPP), deve abrir vista ao Órgão Ministerial para se manifestar em 24 (vinte e quatro) horas. A oitiva do promotor de Justiça ou procurador da República em nada prejudicará a agilidade na concessão da fiança, pois deve ser ouvido dentro do prazo legal de 48 horas.

Além disso, desde a fase inquisitorial até a prolação da sentença, a classificação provisória do crime objeto das investigações e posterior processo criminal é prerrogativa do Ministério Público, nas ações penais de iniciativa pública, pela sua condição de *dominus litis* nesses casos, o que poderá ter influência direta na determinação do valor da fiança. Imaginemos, seguindo exemplo ventilado por Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 356), a hipótese de o juiz fixar uma classificação do delito e, com esteio em tal classificação, fixar o valor a título de fiança. Sem a prévia oitiva do Órgão Ministerial, é possível a existência de divergências na aludi-

⁴ Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente. (BRASIL, 1941).

da classificação, surgindo a necessidade de reforço da fiança, dado que a classificação do delito que deve prevalecer, para fins de fixação do valor a título de fiança, é, via de regra, aquela indicada pelo Ministério Público (pelo menos até a prolação da sentença). Desta feita, para se evitar incidentes posteriores que provavelmente prejudicariam a celeridade do processo criminal respectivo, melhor abrir vista para oitiva prévia do *Parquet* do que haver a necessidade de alteração do valor da fiança.

Outrossim, a liberdade provisória concedida pelo magistrado não o é somente mediante fiança, ao contrário daquela que pode ser concedida pela autoridade policial. Neste caso, a concessão de fiança pelo delegado de Polícia, mesmo tendo sido ampliado seu leque de abrangência, aplicando-se agora para delitos de até quatro anos de pena cominada (art. 322, *caput*, do CPP), traz em seu bojo uma necessária dicotomia: ou há a concessão da fiança ou se mantém o indivíduo preso. No caso da fiança concedida pelo magistrado, este terá um amplo espectro de situações que poderão ser analisadas, podendo aquele conceder liberdade provisória condicionada à aplicação cumulativa de medidas cautelares (art. 282, § 1º, do CPP). De fato, com esteio no princípio da adequação, ao juiz será facultado conceder liberdade provisória mediante a incidência das mais diversas medidas, aplicando, isolada ou conjuntamente, as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no novel art. 319 do CPP, cumulando-as ou não com fiança (art. 319, § 4º, do CPP).

Assim, fácil é depreender-se que excluir o órgão do Ministério Público, *dominus litis* exclusivo da ação penal de iniciativa pública, da participação nessa sistemática de adequação é ferir mortalmente o próprio princípio acusatório e relegar o MP a um papel de simples espectador da persecução criminal, mormente na fase inquisitorial, quando, na verdade,

o *Parquet* é o destinatário último das investigações levadas a efeito no inquérito policial e único legitimado a propor a ação penal de iniciativa pública. Perceba-se que a própria interpretação sistemática também nos leva invariavelmente a essa conclusão, dado que, conforme preceitua o art. 282, § 2º, do CPP, a decretação das medidas cautelares pelo magistrado, na fase de investigações, somente pode ser feita mediante provocação do Ministério Público ou de representação da autoridade policial. Ora, se o juiz deve ouvir o Órgão Ministerial quando da concessão de medida cautelar originária, deve ouvi-lo também no caso da medida cautelar substitutiva. Isto é particularmente importante porque pode haver situações em que o Ministério Público entenda a conduta tida inicialmente por delituosa como atípica ou que seja caso de arquivamento do inquérito policial por outros motivos. Em tais situações, fácil é antever-se os problemas que adviriam da concessão, pelo Poder Judiciário, de medidas cautelares sem a oitiva do *Parquet*.

Assim, repita-se, deve o Ministério Público, até mesmo por sua condição constitucionalmente atribuída de titular único da ação penal de iniciativa pública, ser obrigatória e previamente ouvido quando da concessão de liberdade provisória mediante fiança pelo magistrado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, permitindo-se, com isso, a decisão do juiz no prazo legal de 48 (quarenta e oito) horas.

A Lei 12.403/2011 também promoveu uma readequação dos parâmetros a serem considerados para a concessão de fiança, bem como dos valores a serem cobrados a esse título, por meio das prescrições insertas nos incisos I e II do art. 325 do CPP. Desta feita, quando a pena máxima cominada ao delito for de até quatro anos de prisão, a fiança deverá ser fixada entre os limites de 01 (um) a 100 (cem) salários mínimos (art. 325, I, do CPP); quando a pena máxima comi-

nada ao delito for superior a quatro anos de prisão, a fiança deverá ser estabelecida entre os limites de 10 (dez) e 200 (duzentos) salários mínimos (art. 325, II, do CPP). Não obstante, circunstâncias concernentes à situação econômica do réu/investigado podem ocasionar a dispensa do pagamento da fiança (art. 325, § 1º, I, do CPP), a redução do seu valor em até 2/3 (art. 325, § 1º, II, do CPP) ou o aumento do respectivo *quantum* em até 1.000 (mil) vezes (art. 325, § 1º, III, do CPP). Interessante observar que essa possibilidade de majoração do valor da fiança em até mil vezes, se incidente sobre o valor máximo de 200 salários mínimos, pode perfazer uma quantia a título de fiança, em valores atuais, de R\$ 144.800.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões e oitocentos mil reais). Esse patamar, embora possa parecer, por um lado, divorciado da realidade nacional, por outro, justifica-se para determinados crimes graves que, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, eram considerados inafiançáveis em virtude de seu apenamento mínimo acima de dois anos, e agora, tornaram-se afiançáveis face à abolição do critério “quantidade de pena cominada” para a definição da afiançabilidade ou não do delito. Ademais, vale ressaltar que não apenas a elevação, mas também a redução do valor da fiança devem ser balizadas pela condição econômica do afiançado (art. 325, § 1º, do CPP). Assim, a cifra de R\$ 144.800.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões e oitocentos mil reais) pode ser exorbitante para a maioria da população brasileira, mas pode não o ser para determinado acusado face a sua condição econômica ou mesmo tendo em consideração o ganho auferido com a atividade criminosa. Outrossim, importantíssimo lembrar que um dos objetivos da fiança é o ressarcimento do dano causado à vítima, para onde deve ser destinado parte do valor pago a esse título, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 336 do CPP).

Essa readequação dos valores que podem ser impostos a título de fiança foi importante, pois deu ao Ministério Público

uma nova ferramenta para combater crimes que envolvem a subtração de grandes cifras (como, *verbi gratia*, os de corrupção ativa e passiva e os denominados crimes do colarinho branco). De fato, um requerimento ministerial pela imposição de fiança bem feito e no momento certo pode significar uma real garantia para o processo criminal, no tocante ao ressarcimento dos danos causados à vítima (que, nestes casos, muitas vezes são os cofres públicos), permitindo a devolução, caso haja condenação, dos valores que lhe foram indevidamente subtraídos. Relevante ressaltar que tal circunstância é particularmente importante se levarmos em consideração que, na maioria dos delitos supracitados, há o envolvimento de agentes com grande poderio econômico e até político (e, por conseguinte, com vastos recursos para dificultar o rastreamento dos lucros do crime) e, se não houver a garantia da fiança, muito provavelmente o *quantum* indevidamente auferido com a atividade delituosa nunca será devolvido a quem de direito.

Ainda no tocante à fiança, percebe-se que a nova Lei 12.403/2011 promoveu uma verdadeira revitalização do instituto no âmbito do processo penal brasileiro. Assim, pode-se afirmar que, nas hipóteses em que se afigura cabível a liberdade provisória, a regra é a concessão desta: com fiança (ou, ao menos, com as condições inerentes insertas nos arts. 327 e 328 do CPP, naqueles casos em que seja impossível ao acusado/indiciado, por razões econômicas, arcar com o ônus financeiro da fiança, nos termos do art. 350, também do Estatuto Processual Penal pátrio); com a aplicação de alguma das medidas cautelares diversas da prisão insertas nos arts. 319 e 320 do CPP, quando necessárias e adequadas ao caso concreto; ou com a incidência de ambas (fiança e outra medida cautelar diversa da prisão), conforme o permite o § 4º do art. 319 do CPP.

Realmente, a antiga redação do § único do art. 310 do CPP previa a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança, condicionada apenas a termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando o juiz, após oitiva do Ministério Público, não verificasse, a partir do auto de prisão em flagrante, a ocorrência de quaisquer das hipóteses que autorizariam a concessão da prisão preventiva. Com a extinção dessa hipótese, tal espécie de liberdade provisória sem fiança ficou restrita aos casos em que se verifique ter o agente praticado o delito sob o pálio de alguma excludente de ilicitude (art. 310, § único, do CPP, com a redação conferida pela Lei 12.403/2011). A regra é, quando cabível, a concessão de liberdade provisória:

- a) com fiança apenas (ou, ao menos, com as condições inerentes a esta insertas nos arts. 327 e 328 do CPP, nas hipóteses em que o agente não possa arcar com o ônus financeiro da fiança);
- b) sem fiança, mas com alguma outra medida cautelar diversa da prisão; ou
- c) com fiança e outra medida cautelar diversa da prisão, em aplicação cumulativa.

O raciocínio acima defendido encontra eco na melhor doutrina pátria, *in verbis*:

1) A antiga redação do art. 310, parágrafo único, do CPP, tratava de hipótese de liberdade provisória sem fiança, por meio da qual o juiz, após ouvir o Ministério Público, podia conceder ao preso liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando verificasse, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de quaisquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312).

Essa hipótese de liberdade provisória sem fiança foi inserida no Código de Processo Penal por meio da Lei 6.416,

de 24 de maio de 1977, e acabou por reduzir o instituto da fiança a uma quase absoluta inutilidade. Como se denota da própria exposição de motivos da Lei 6.416/77, a criação desse regime de liberdade provisória sem fiança não teve qualquer preocupação com direitos e garantias individuais dos acusados, mas sim com os graves problemas de superlotação carcerária já existentes à época. (...).

(...).

Como se percebe, embora a inserção desse parágrafo único ao art. 310 do CPP pela Lei 6.416/77 tenha sido imprescindível em face da nova ordem constitucional, essa alteração fez com que a fiança passasse de instituto central no regime da liberdade provisória a servir apenas para pouquíssimas situações concretas, ficando superada, e para alguns inclusive tacitamente revogada, pela liberdade provisória do antigo parágrafo único da art. 310 do CPP. Essa incongruência e desproporcionalidade fica ainda mais patente quando se verifica que os vínculos a que o agente ficava submetido com tal liberdade provisória eram menores que aqueles a que fica submetido o agente afofinçado (CPP, arts. 327 e 328).

Por esses motivos, e objetivando valorizar a fiança, a Lei 12.403/11 pôs fim à liberdade provisória sem fiança do antigo parágrafo único do art. 310 do CPP, outrora cabível quando o juiz verificasse a inocorrência das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. De fato, a nova redação do art. 310, parágrafo único, refere-se à liberdade provisória sem fiança apenas para as hipóteses em que o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições dos incs. I a III do art. 23 do CP.

Fica claro, assim, que houve uma preocupação por parte da Lei 12.403/11 em encerrar a absurda contradição de ser o indiciado por crime menos grave posto em liberdade mediante o pagamento de fiança, enquanto que o acusado por crime mais grave era solto sem fiança, com a única obrigação de comparecer a todos os atos do processo, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. Basta ver, nessa linha de revitalização da fiança, que houve uma diminuição das hipóteses de crimes inafiançáveis - nova

redação do art. 323 do CPP-, significando que, doravante, a intenção é fazer da liberdade provisória com fiança, cumulada (ou não) com medida cautelar diversa da prisão, a regra (LIMA, 2011, pp. 395 e 397);

2) Podemos até prosseguir na antiga classificação doutrinária que denomina a aludida liberdade provisória [prevista na novel redação do art. 310, § único, do CPP] de *vinculada* (ao processo), expressão pouco técnica, mas, agora, útil para a distinção da providência com as demais cautelares do art. 319 e art. 320, ambos do CPP, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente, incluindo a fiança.

Então, adotando-se tais diretrizes, poderíamos traçar o seguinte quadro das liberdades provisórias:

a) liberdade provisória *em que é vedada a fiança*: cabível sempre após a prisão em flagrante, com a obrigatória imposição de qualquer das cautelares do art. 319 e do art. 320, CPP, *com exceção da fiança*, quando não for necessária a prisão preventiva e quando for expressamente proibida a imposição daquela (fiança- art. 323 e art. 324);

b) liberdade provisória *com* fiança: cabível sempre após a prisão em flagrante e quando não necessária a preventiva. Será imposta, obrigatoriamente, a fiança, além de outra cautelar, se entender necessário o juiz;

c) liberdade provisória *sem* fiança: cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com a imposição de qualquer outra medida cautelar, por julgar o juiz desnecessária a fiança;

d) liberdade provisória *vinculada*, ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único) (OLIVEIRA, 2011, pp. 573-574)⁵.

5 Itálicos do original.

2.1. Da nova sistemática relativa à prisão preventiva

A novel regulação normativa trazida a lume pela Lei 12.403/2011 modificou, ainda que parcialmente, a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal no tocante às infrações que admitem a prisão preventiva. A partir da vigência da nova lei supracitada, admite-se essa forma de prisão cautelar:

- a) Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, I, do CPP). A prisão preventiva será cabível em relação aos crimes dolosos aos quais seja cominada pena máxima superior a quatro anos de prisão. Vale ressaltar que não importa, neste caso, se a pena é de reclusão ou de detenção, alterando-se, assim, o sistema anterior à vigência da Lei 12.403/2011, que, ressalvadas exceções legalmente previstas, somente permitia este tipo de custódia cautelar para os delitos apenados com a pena de reclusão. Em virtude de tal inovação legislativa, a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará exarou a Recomendação nº 011/2011/PGJ/GAB, de 07 de julho de 2011, por meio da qual uniformizou o entendimento no sentido de que o membro do Ministério Público, ao se deparar com casos nos quais o agente esteja detido em virtude de prisão em flagrante ou prisão preventiva pela prática de delito cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a quatro anos, deve analisar, à luz dos arts. 282, I e II, c/c o art. 312 do CPP, se é o caso de manter a prisão preventiva, converter a prisão em flagrante em preventiva ou aplicar quaisquer das demais medidas cautelares alternativas à prisão, apresentando desde já requerimento no tocante a quaisquer dos entendimentos cabíveis.
- b) Nos casos de condenação anterior do agente por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do Código Penal pátrio (art. 313, II, do

CPP). Trata-se de hipótese em que se permite a prisão preventiva do indivíduo reincidente em crime doloso. Nesta situação, como não existe nenhuma restrição no tocante à pena máxima cominada ao crime, conclui-se logicamente que não incide o disposto no art. 313, I, sendo o dispositivo ora sob análise uma exceção à regra legal disposta no inciso anterior. Assim, admite-se, neste caso, a decretação da prisão preventiva mesmo que o crime cometido esteja sujeito à pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos de prisão. Como se trata de crime doloso, irrelevante igualmente, para os fins deste dispositivo, se a pena cominada é de reclusão ou detenção.

- c) Nas hipóteses de crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III, do CPP). Anteriormente à vigência da Lei 12.403/2011 e das alterações por ela promovidas, esta hipótese estava parcialmente prevista no hoje revogado art. 313, IV, do CPP, que, combinado com a exegese do *caput* do mesmo preceito legal, estatuiu a possibilidade de decretação de prisão preventiva no tocante aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Na atual disposição do inciso III do artigo 313 (CPP), não há referência expressa ao caráter doloso do delito, e nem o há no *caput* do aludido dispositivo. Com isto, a novel redação distingue-se da normatização anterior e também da textualidade dos incisos I e II, dado que, nestes, existe expressa referência à natureza dolosa dos delitos a que se referem. Surge, então, uma questão: teria o legislador tido a intenção de permitir, nestes casos do inciso III do art. 313 do CPP, a prisão preventiva também no tocante a crimes culposos? A despeito da interpretação que se pode inicialmente extrair deste dispositivo, entendemos que, nas situações elencadas no aludido inciso III, não se coaduna a imposição de prisão

preventiva com a prática de crimes culposos, até mesmo em virtude da referência que o dispositivo legal faz, neste azo, a crime que envolver violência doméstica e familiar contra as pessoas hipossuficientes nele elencadas. De fato, se o art. 313, III, pressupõe a prática de delito envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, sendo a prisão preventiva decretada a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é óbvio que referido crime só pode ter sido praticado de forma dolosa, pois se estamos tratando de violência de gênero, deve restar caracterizada a consciência e a vontade do agente de atingir uma das vítimas vulneráveis ali discriminadas, bem como sua intenção dolosa de descumprir as medidas protetivas de urgência, o que não se configura nas hipóteses de delitos culposos⁶.

- d) Quando houver dúvida acerca da identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo, na presente hipótese, o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (art. 313, § único, do CPP). Trata-se, neste passo, de forma de segregação com o intuito de viabilizar a identificação da pessoa investigada. Face ao caráter excepcional desta modalidade de prisão preventiva, ela somente deve ser levada a efeito após o insucesso das diligências efetuadas no intuito de se colherem informações sobre a identificação do detido. Em consonância com o art. 313, § único, *in fine*, do CPP, uma vez efetuada a identificação do indiciado/acusado, este deve ser imediatamente liberado, salvo se por outro motivo se justificar a manutenção de seu cárcere. *Data vênia* as nobres opiniões em contrário, entendemos que, como a lei

⁶ No mesmo sentido: LIMA, 2011, pp. 257-258; AVENA, 2011, p. 11; MENDONÇA, 2011, p. 246.

não faz distinção e pode haver situações excepcionais relativas à falta de identificação do infrator, o que pode acabar acarretando a inviabilização do esclarecimento dos fatos e a própria existência do processo, é possível a decretação da preventiva, na hipótese em apreço, tanto em relação a crimes dolosos quanto culposos⁷.

- e) Em caso de descumprimento injustificado de quaisquer das obrigações impostas em virtude de outras medidas cautelares alternativas à prisão. Como se depreende do disposto nos arts. 312, § único, e 282, § 4º, a desobediência injustificada às medidas cautelares alternativas à prisão autoriza o magistrado a substituí-las por outras medidas, a cumulá-las com outras cautelares e, se isso não for adequado e suficiente para tutelar os bens mencionados no art. 282, I, do CPP, a decretar a prisão preventiva do indiciado ou acusado. Existe certa polêmica na doutrina no tocante à possibilidade dessa conversão em prisão preventiva, nas hipóteses de medidas cautelares impostas em situações que, por não estarem expressamente contempladas no art. 313 do CPP, não ensejariam, em tese, a imposição daquela modalidade de prisão cautelar. Não obstante as nobres opiniões em sentido diverso, entendemos que o descumprimento injustificado das medidas cautelares impostas autoriza, em qualquer caso, a decretação da prisão preventiva, desde que não seja suficiente e adequada, no caso concreto, a substituição da medida descumprida por outra ou sua cumulação com outra ou mais medidas cautelares, mesmo que não se trate de situação prevista expressamente no art. 313, sob pena de, na prática, a imposição das medidas cautelares diversas da prisão resultar inócua, desprestigiando a própria aplicação da lei.⁸

7 No mesmo sentido: MENDONÇA, 2011, p. 250.

8 No mesmo sentido: AVENA, 2011, p. 12; MENDONÇA, 2011, pp. 292-299; OLIVEIRA, 2011, p. 545. Em sentido contrário: LIMA, 2011, pp. 251-252.

Ainda no tocante à prisão preventiva, a novel legislação ainda instituiu a prisão preventiva na modalidade *domiciliar* (arts. 317 e 318 do CPP), consistente no recolhimento do indiciado/acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar mediante autorização judicial. É cabível tal modalidade de cumprimento da prisão preventiva nos seguintes casos: a) quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos de idade; b) quando o indiciado/acusado for extremamente debilitado por motivo de doença grave; c) quando o agente for imprescindível para os cuidados especiais a pessoa menor de 6 (seis) anos ou com deficiência; d) quando o agente for gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gestação ou sendo esta de alto risco.

3. Da proporcionalidade na imposição de qualquer medida cautelar

No estudo e aplicação das medidas cautelares restritivas, existe uma constante tensão entre os objetivos do processo penal. Por um lado, a criação de garantias em benefício do acusado, estabelecendo-se limitações ao exercício do *jus puniendi* estatal, por intermédio da construção de um sistema normativo que assegure, ao indivíduo, garantias contra o abuso por parte do Poder Público. Por outro lado, há o interesse pela efetividade do processo penal, na busca da proteção adequada a valores também constitucionalmente estabelecidos. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, ou *regra da proporcionalidade*, como o prefere Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, pp. 25-26), deve ser encarado precisamente como “a pedra de toque”, a fim de auxiliar a interpretação ótima a se atingir no equilíbrio entre os bens jurídicos envolvidos.

É de sabença geral que o princípio da proporcionalidade possui assento constitucional, seja em decorrência do Estado Democrático de Direito e do princípio do devido processo legal, em sua acepção substancial (art. 5º, LIV, da CF/1988), seja em

virtude da própria estrutura dos direitos fundamentais, autênticos mandados de otimização, ou, ainda, do caráter objetivo dos direitos humanos.

Tal qual toda medida restritiva de direitos fundamentais, as medidas cautelares de que ora se trata deverão obedecer ao princípio da proporcionalidade. Tal princípio servirá de norte à aplicação de toda e qualquer medida cautelar de cunho pessoal, principalmente as privativas de liberdade. Sendo assim, em toda oportunidade na qual uma medida desse tipo for desproporcional ou desarrazoada, não existirá cautelaridade, mas sim caráter punitivo no tocante ao excesso, tornando-a írrita.

De acordo com a mais hodierna doutrina, o princípio da proporcionalidade deve ser compreendido em dois âmbitos: o negativo, consistente na proteção contra o excesso; e o âmbito positivo, de proibição da ineficiência, também denominado de vedação à proteção deficiente.

Sobre o aspecto da proibição do excesso, é importante afirmar que, no contexto particular das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias, qualquer limitação, levada a efeito por tal norma ou com base nela, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (na medida certa). Em outros termos, a fim de que a medida seja proporcional, faz-se mister que supere a referida “prova”, indicando ser uma medida adequada, necessária e proporcional. Vale ressaltar, desde já, que há uma ordem necessária na apreciação de cada aspecto em que se subdivide a proibição do excesso: primeiramente, a medida deve ser adequada, à vista das finalidades almejadas. Uma vez preenchido tal requisito, deve-se analisar o princípio (ou subprincípio, no caso) da necessidade. E, finalmente, constatada a obediência aos dois princípios anteriormente referidos, parte-se para a aferição da proporcionalidade em sentido estrito.

No subtópico a seguir, faremos uma análise um pouco mais detalhada acerca da vertente positiva do princípio da proporcionalidade (a vedação da proteção deficiente), tema ainda pouco tratado na doutrina pátria, mas de fundamental importância não apenas para a compreensão da correta aplicação das medidas cautelares instituídas no Processo Penal brasileiro pela Lei 12.403/2011, mas também do próprio princípio da proporcionalidade em si.

3.1. Da vedação à proteção deficiente

O princípio da proporcionalidade não está restrito à proteção contra excessos, em uma análise meramente negativa, como mencionado anteriormente. No dizer de Luís Virgílio Afonso da Silva,

outra questão terminológica a ser resolvida refere-se ao uso do conceito de *proibição de excesso*, visto que muitos autores tratam a regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. Ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra *excesso* dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a *omissão* ou contra a *ação insuficiente* dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por *proibição de insuficiência*. O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o *excesso* estatal já é razão suficiente para abandonar o uso

sinônimo de *regra da proporcionalidade e proibição de excesso* (SILVA, 2002, pp. 26-27).⁹

Desta feita, nesse contexto de proteção objetiva dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade passa a ser considerado também como proibição de insuficiência (parafra-seando o culto doutrinador acima citado), entendida a expressão como vedação à insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado. Em outros termos, o Poder Público apenas estará obedecendo ao princípio da proporcionalidade quando, além de não estipular limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais (vertente negativa do aludido princípio), também promover o cumprimento e a proteção eficiente e completa dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente (vertente positiva do princípio em questão). Na realidade, são dois lados da moeda do mesmo fenômeno. Ressalte-se que o próprio STF já reconheceu, em várias ocasiões, a proibição à proteção deficiente como vertente positiva do princípio da proporcionalidade.¹⁰ Sendo estreme de dúvidas que referido princípio tem assento na própria Constituição Federal de 1988, faz-se mister que, em atenção ao princípio da supremacia das normas constitucionais e ao princípio da força normativa da Constituição, seja aplicado em sua inteireza, a saber, em seus dois aspectos, por todos os Poderes do Estado na proteção dos direitos fundamentais que devem ser salvaguardados no Processo Penal.

Isso posto, ao legislador é vedado estabelecer medidas incapazes de tutelar eficazmente os bens jurídicos a serem protegidos pelas medidas cautelares. Devem ser previstas

9 Itálicos do original.

10 Ver, a título de exemplo, os seguintes precedentes: RE nº 418.376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio (Rel. p/ o Acórdão Min. Joaquim Barbosa), j. em 09/02/2006, DJU de 23/03/2007; ADIn nº 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02/05/2007, DJe de 26/10/2007, p. 28; ADIn nº 1.800/DF, Rel. Min. Nelson Jobim (Rel p/ o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski), j. em 11/06/2007, DJe de 28/09/2007, p. 26; ADIn nº 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. em 29/05/2008, DJe de 28/05/2010, p. 134.

medidas cautelares aptas a bem e efetivamente proteger os bens jurídicos indicados no art. 282, I, do CPP, de modo a evitar que o acusado/investigado atrapalhe a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal e pratique infrações penais. Nesse contexto, ao nos depararmos com a novel redação dada ao art. 313, I, do CPP, percebemos que o legislador descurou, sob certa medida, do princípio da proporcionalidade, em sua vertente positiva, ao vedar, de maneira excessivamente ampla, a prisão preventiva para praticamente todos os delitos cujo apenamento máximo seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos de prisão.¹¹

De igual modo, também o Poder Executivo, em cumprimento à vedação de proteção deficiente, deve envidar todos os esforços no sentido de implementar medidas a fim de que seja factível a proteção adequada aos bens e valores a serem salvaguardados pelas medidas cautelares no Processo Penal. Destarte, deve ser estabelecida uma estrutura eficaz para a correta e efetiva fiscalização do cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão, adquirindo-se, *verbi gratia*, equipamentos de monitoração eletrônica, sob pena de se tornar inócua a aplicação de tais medidas.

E, finalmente, também ao Poder Judiciário, ao interpretar e aplicar as medidas cautelares alternativas à prisão no caso concreto, não é facultado desconsiderar a vertente positiva do princípio da proporcionalidade e conferir uma proteção deficiente em face dos riscos a que eventualmente estejam submetidos os bens jurídicos objeto de proteção no art. 282, I, do CPP. Se, porventura, o magistrado impuser uma medida cautelar que se revele absolutamente inócua no caso concreto, estará também descumprindo o princípio da proporcionalidade, em sua vertente positiva. Desta feita, ao concretizar as diversas medidas alternativas à prisão, o Poder Judiciário

¹¹ No mesmo sentido: MENDONÇA, 2011, p. 58.

somente pode (e deve) aplicar medida que seja de molde a proteger eficazmente uma das finalidades indicadas no art. 282, I. *Verbi gratia*, se não houver, no caso concreto, a mínima possibilidade de uma regular fiscalização acerca de uma medida cautelar aplicada, esta será totalmente ineficaz para coibir os perigos elencados no aludido art. 282, I. Nessa situação, o magistrado não deve decretar tal medida, sob pena de impor uma restrição que, na prática, mostrar-se-á absolutamente ineficaz e inadequada para salvaguardar aqueles bens jurídicos supracitados e, além disso, violará o princípio da proporcionalidade em seu aspecto positivo. Face à nova sistemática estabelecida para as medidas cautelares no Processo Penal, o juiz apenas poderá decretar uma medida cautelar quando esta proteger adequada e eficazmente os bens jurídicos que devem ser objeto de tutela pelo Processo Penal. De igual maneira, a vedação à proteção deficiente deve ser uma preocupação diuturna do intérprete, na tentativa de se alcançar o sentido dos vários dispositivos insertos no CPP pela Lei 12.403/2011.

Nesse contexto, é de fundamental importância a atuação do Ministério Público, não apenas como *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública, mas também, e especialmente, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988), entre os quais se enquadram os bens jurídicos que o Processo Penal visa a tutelar (art. 282, I, do CPP).

O *Parquet* deve, pois, tomar todas as providências cabíveis dentro de sua esfera de atribuições, judiciais ou extrajudiciais¹², no intuito de evitar e de reprimir qualquer conduta dos Poderes Públicos (especialmente do Executivo e do Ju-

12 Ações civis públicas (ACPs) para obrigar o Poder Executivo a aparelhar melhor seus órgãos de fiscalização das aludidas medidas cautelares; Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) no mesmo sentido; Ações de Improbidade contra os Administradores Públicos que teimem em não efetivar os mecanismos de controle das mencionadas cautelares; recursos no âmbito do processo criminal).

diciário) que fira, no âmbito da aplicação das medidas cautelares no Processo Penal, o princípio da proporcionalidade, não apenas em seu aspecto negativo, mas também (e especialmente), em seu aspecto da vedação de proteção deficiente. Ao contrário, os interesses jurídicos mais caros ao tecido social (e cuja proteção é o objetivo primordial do Processo Penal) serão relegados a uma salvaguarda tão somente formal e, por conseguinte, inefetiva.

4. Conclusão

Não foram poucas as alterações promovidas pela Lei 12.403/2011 na sistemática das prisões e da liberdade provisória no Direito Processual Penal brasileiro. Com o intuito de modernizar e racionalizar os institutos da prisão cautelar e da liberdade provisória, criaram-se várias outras medidas alternativas à prisão, deixando esta, via de regra, como a *ultima ratio* em termos de medidas cautelares pessoais no Processo Penal pátrio. Institucionalizou-se, como principiologia balizadora da aplicação de tais medidas (dentre elas, a prisão cautelar), a obediência ao princípio da proporcionalidade (art. 282, I e II, do CPP), devendo o aplicador da lei verificar a necessidade e a adequação da medida ao caso concreto. Instituiu ainda a incapacidade de a prisão em flagrante manter a custódia do flagrado, devendo, para tanto, ser necessariamente (se presentes os pressupostos e circunstâncias para tal e sendo insuficientes e inadequadas quaisquer das demais medidas cautelares – art. 312, c/c art. 310, II, e c/ o art. 313, todos do CPP) convertida em prisão preventiva (art. 310, II, do CPP).

A novel legislação instituiu também novos e mais rígidos requisitos para os delitos cuja prática pode ensejar a decretação de prisão preventiva (art. 313, do CPP), bem como atribuiu legitimidade exclusiva ao Ministério Público e à au-

toridade policial para, na fase inquisitorial, requerer ao Poder Judiciário a aplicação das medidas cautelares de cunho pessoal (entre elas, a prisão; vale lembrar que, no caso de representação da autoridade policial diretamente ao Juiz, o MP deve ser obrigatoriamente ouvido antes da apreciação judicial). Durante o processo criminal, a legitimidade para requerer a aplicação de tais medidas é do Ministério Público, do querelante (na hipótese de ação penal de iniciativa privada) e do assistente de acusação, podendo ainda ser impostas de ofício pelo Magistrado (art. 282, §§ 2º e 4º, c/c o art. 311, ambos do CPP). E nessa toada foram as demais modificações já comentadas no decorrer do presente trabalho.

Tais mudanças certamente causam impacto na atuação dos operadores do Direito, em especial do Ministério Público, pela sua condição de titular exclusivo da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, da CF/1988) e de fiscal da jurisdicionalidade e da efetividade de qualquer ato tendente a efetivar o *jus puniendi* do Estado. Referida instituição restou, sob certos aspectos, fortalecida com a reforma, mas seus membros devem estar em constante atenção, dado que diversos mecanismos alternativos à prisão foram criados (e, em tese, são salutares), mas, na realidade, a estrutura estatal ainda não está (com honrosas exceções) preparada para a fiscalização de tais medidas alternativas, sem o que a eficácia e efetividade destas restarão inviabilizadas na prática, relegando ao desprezo a proteção aos bens jurídicos a que tais medidas se propõem a salvaguardar (art. 282, I, do CPP) e ferindo mortalmente o princípio da proporcionalidade (em sua vertente positiva, de proibição de proteção deficiente) que a própria reforma institucionalizou como baliza para a aplicação das medidas cautelares no Processo Penal.

A correta interpretação e aplicação das diversas mudanças operadas pela Lei 12.403/2011 deve ser uma luta constante da

instituição ministerial, a fim de que as modificações realmente venham para modernizar e dinamizar o Processo Penal pátrio e não sirvam para fomentar uma proteção deficiente da sociedade, já tão carente em termos de segurança pública no Brasil.

5. Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal esquematizado*. 3. ed. (material suplementar). São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *DOU*, Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

_____. Decreto-Lei nº 3.689. Institui o Código de Processo Penal. *DOU*, Brasília, 13 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

_____. Lei 12.403. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 04 mai. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3.510/DF, Rel.: Min. Carlos Ayres Brito, Brasília, DF, 29 de maio de 2008. *DJe*, 28 maio 2010, p. 134. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3.112/DF, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 02 de maio de 2007. *DJe*, 26 out. 2007, p. 28. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.800/DF, Rel.: Min. Nelson Jobim (Rel p/ o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski), Brasília, DF, 11 de junho de 2007. *DJe*, 28 set. 2007, p. 26. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* (HC) nº 98.862/SP, Rel.: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 23 de junho de 2009. *DJe*, 22 out. 2009a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* (HC) nº 93.056/PE, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2008. *DJe*, 14 maio 2009b. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* (HC) nº 89.501/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. *DJU*, 16 mar. 2007, p. 43.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 418.376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio (Rel. p/ o Acórdão Min. Joaquim Barbosa), Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2006. *DJU*, 23 mar. 2007.

CEARÁ. Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Recomendação nº 011/2011/PGJ/GAB, 07 de julho de 2011. *Diário de Justiça Eletrônico do Estado do Ceará (DJe-CE)*, 08 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/servicos/recomendacoes/recomendacoes.asp>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas, SP: Millennium, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. 1. ed. São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, nº 798, 2002, p. 23-50.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

Artigo recebido em: 30/01/2014

Artigo aprovado em: 07/01/2015

DOI:

189 - 243
Artigo

**ASPECTOS JURISPRUDÊNCIAIS
ATUAIS DA LEI N° 11.343/06**

PEDRO HENRIQUE RODRIGUES ALVIM

ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS ATUAIS DA LEI Nº 11.343/06

ACTUAL JURISPRUDENTIAL ASPECTS OF LAW Nº 11.343/06

PEDRO HENRIQUE RODRIGUES ALVIM

Servidor do Ministério Público de Minas Gerais
pedrohalvim@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar as disposições da Lei nº 11.343/06 à luz da jurisprudência mais atualizada acerca de cada ponto controvertido do ato normativo. O estudo parte da análise da legislação e posterior jurisprudência, e delinea, em cada um dos tópicos, tema específico da legislação, com os desdobramentos jurisprudenciais de vários Tribunais do país. Sua abordagem doutrinária, até por delimitação do objeto, somente ocorrerá em relação às considerações gerais da Lei nº 11.343/06 e em pontos específicos que possam gerar dúvidas, de modo bastante conciso.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.343/06 – tráfico de drogas – alterações jurisprudenciais.

ABSTRACT: This study aims to examine the provisions of Law nº 11.343/06 in the light of more updated about each disputed point of law normative act. The study starts from an analysis methodology and subsequent case law that embase or question, develops into topics that are outlined on each one, specific subject of legislation, jurisprudential developments of the various courts of the country. His doctrinal approach, even for delimitation of the object, only occur in relation to general considerations of Law No. 11.343/06, and in addition, at specific points that may raise doubts, and very concise.

KEYWORDS: Law nº 11.343/06 – drug trafficking – jurisprudential changes.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações gerais a respeito da Lei nº 11.343/06. 3. Inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. 4. Tráfico privilegiado é crime hediondo? 5. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 6. Incompatibilidade entre os artigos 33, §4º, e 35, da Lei nº 11.343/06. 7. Continuidade normativo-típica da conduta prevista no artigo 12, §2º, III, da Lei nº 6.368/76. 8. Subsidiariedade do tipo do artigo 37 em relação ao do artigo 35 da Lei nº 11.343/06. 9. Crime do artigo 33 pode absorver o do artigo 34, da Lei nº 11.343/06. 10. Súmula 501, do Superior Tribunal de Justiça. 11. Temática das drogas no Projeto de Novo Código Penal. 12. Conclusão. 13. Referências.

1. Introdução

Tema que não perde a atualidade é o relacionado às drogas. Os profissionais que militam nas áreas da saúde, direito e

segurança pública lidam diuturnamente com questões relacionadas a esse assunto.

Nosso ordenamento jurídico conta com legislação relativamente recente para enfrentar essa temática, a Lei nº 11.343 de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

O objetivo do presente estudo é analisar detalhadamente a contribuição jurisprudencial feita a partir da Lei nº 11.343/06, criando um compilado que auxiliará o profissional militante na área criminal do Direito a lidar com temas relacionados a essa lei.

Contudo, a Lei de Drogas não esgotou a normatização, havendo várias lacunas, além de regras contrárias aos preceitos constitucionais. Parte-se, então, do problema da falta de completude normativa da Lei nº 11.343/06, ou mesmo da inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos.

A metodologia do trabalho que ora se apresenta tem viés descritivo-comparativo-argumentativo, partindo de uma análise da legislação até a posterior jurisprudência. O conteúdo aqui exposto é fruto de longo e vigoroso trabalho de pesquisa e busca de julgados com conteúdo relevante nos sítios dos principais Tribunais do país.

É importante ressaltar que o objetivo da presente pesquisa é oferecer uma coletânea de julgados e entendimentos quanto à Lei de Drogas. Desse modo, até por delimitação do objeto, no presente estudo não serão analisadas as teorias que envolvem os posicionamentos colidentes apontados, mas será demonstrado que há dissídio, seja doutrinário, seja jurisprudencial, a fim de alertar o leitor sobre a multiplicidade de entendimentos emanados de um mesmo diploma normativo.

O estudo iniciará a partir de considerações gerais da atual Lei de Drogas, a Lei nº 11.343/06. Adiante, as análises serão pontuais, de temas controvertidos específicos relacionados aos crimes previstos na Lei de Drogas.

O primeiro desses temas controvertidos diz respeito à antiga previsão legal de que os condenados por crime de tráfico de drogas deveriam cumprir totalmente sua pena em regime fechado. Mesmo após a mudança legislativa que determinou a alteração da redação, tornando obrigatório apenas o cumprimento em regime inicial fechado e possibilitando a progressão de regime, tal ato normativo ainda gera debates doutrinários e jurisprudenciais, havendo, na atualidade, o entendimento de que os condenados por tráfico de drogas podem iniciar o cumprimento de pena em regime diverso do fechado.

O tópico seguinte analisa o debate acerca da hediondez ou não do chamado tráfico de drogas privilegiado. O tema encontra-se longe de estar pacificado, havendo decisões contraditórias entre os diversos órgãos jurisdicionais, inclusive dentro do próprio STJ.

Em seguida, o trabalho aborda a temática relativa à possibilidade, ou não, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em caso de condenação por tráfico de drogas. Esse é um dos pontos menos controvertidos após promulgação de Resolução por parte do Senado Federal.

Analisar-se-á, também, questão ligada ao entendimento jurisprudencial acerca da incompatibilidade entre o chamado tráfico privilegiado e a associação para o tráfico. A jurisprudência entende atualmente que o sujeito não pode ser condenado, ao mesmo tempo, por tráfico privilegiado e associação para o tráfico.

Adiante, será exposto julgado que aborda a continuidade delitiva existente entre a conduta prevista no artigo 12, §2º, III,

da Lei nº 6.368/76, já revogada. Argumenta-se que, mesmo não havendo tipificação idêntica à antiga na atual Lei de Drogas, o fato continua típico.

Outro ponto específico diz respeito à subsidiariedade do tipo do artigo 37, da Lei nº 11.343/06, em relação ao do artigo 35, da mesma lei. Entendem os Tribunais que, se o sujeito está associado para a prática do tráfico de drogas, a colaboração como informante é absorvida pela associação.

Também abordando a absorção de crimes, será mostrado que há entendimento no sentido de que o crime de tráfico de drogas pode absorver o do artigo 34 da Lei nº 11.343/06.

O penúltimo tópico será destinado à recente súmula do Superior Tribunal de Justiça, nº 501, que acabou com celeuma recorrente no âmbito doutrinário e jurisprudencial relacionada à possibilidade ou não de combinação das Leis nº 6.368 e 11.343.

Para concluir, faz-se breve exposição do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que pretende ser o Novo Código Penal. Será abordado sucintamente como a temática relacionada ao uso de drogas está sendo normatizada.

2. Considerações gerais a respeito da Lei nº 11.343/2006

A Lei nº 11.343/2006 surgiu a partir do Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2002. Seu artigo 75 revogou as leis anteriores que tratavam do tema, quais sejam, as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02. Logo, para compreender o que aborda a nova Lei de Drogas, é importante entender as leis anteriores, em seus erros e acertos. Conforme ensina Luís Flávio Gomes,

A Lei que ora se comenta rompe com as anteriores (6.368/76 e 10.409/2002), na medida em que se ocupa, mais deti-

damente, com atividades voltadas à prevenção do uso de drogas (...). Além disso, são apresentadas as atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas [...].

Importante destacar que, diversamente do que ocorria em relação à Lei 10.409/2002, a nova Lei traz uma nítida distinção entre usuário e dependente [...].

Durante a vigência da Lei 10.409/2002 operou-se uma grande confusão entre usuário e dependente. Para se compreender a gravidade do problema, cita-se o tratamento compulsório, destinado seja para usuários, seja para dependentes. Estudos demonstram que a maioria das pessoas que experimentaram ou que fazem uso eventual de droga não se torna necessariamente dependentes (GOMES, 2007, p. 24).

A Lei nº 6.368/76, primeiro ato que abordou o tema, era dividida em cinco capítulos: da prevenção, do tratamento e da recuperação, dos crimes e das penas, do procedimento criminal e das disposições gerais. Assim, ela informava em seu artigo 1º: “*É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito ou uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*”. (BRASIL, 1976, itálico nosso).

Isaac Sabbá Guimarães (2004, p. 23), ao comentar a antiga lei, afirmava que ela trazia normas de compromisso que envolviam as pessoas físicas e jurídicas, estabelecendo normas compromissórias entre todos, que se tornam responsáveis pelas ações de prevenção.

A Lei nº 10.409/02 manteve, em seu artigo 2º, o dever de que todas as pessoas colaborassem para a prevenção e repressão:

É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar

na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica (BRASIL, 2002).

Após sua leitura, é possível inferir que a lei de 2006, objeto do presente estudo, traz nova abordagem a respeito da prevenção ao uso de drogas, sobremaneira com a criação do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), mudando o eixo preventivo – que é, inclusive reforçado – para o poder público.

A mudança trazida com a nova Lei já era, antes dela, abordada pela doutrina, ao comentar, à época, a ainda vigente Lei 10.409:

A lei tem como *thelos* a conscientização de todos os cidadãos sobre a importância da política criminal de prevenção da produção, do tráfico e do uso indevido de substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, impondo às pessoas físicas ou jurídicas o dever de colaboração. *No entanto, esta regra de dever-ser, observada à luz da teoria geral do direito, vai padecer de eficácia, tal como já se constatava na vigência da Lei 6.368/76 (art. 1º).* É que, quanto às pessoas físicas, a lei não exerce a coercibilidade, deixando de impor qualquer sanção pela falta de colaboração. Por outras palavras, o cidadão deve colaborar, livre e voluntariamente.

Já as pessoas jurídicas poderão submeter-se a sanções de caráter administrativo (corte de auxílios e de subvenções oficiais que estejam recebendo, bem como de autorização para funcionamento) quando, injustificadamente, negarem-se a colaborar com os preceitos da lei (GUIMARÃES, 2004, p. 131-132, grifo nosso).

A política de combate às drogas, antes da Lei nº 11.343, estava fadada ao fracasso, uma vez que a Lei nº 6.368 era muito antiga e defasada em vários aspectos.

A lei de 2002, que poderia servir para atualizar o âmbito normativo quanto ao tema, já nasceu condenada ao insucesso, devido ao longo período de tramitação – mais de 11 anos –, além de ter sofrido vários vetos em sua redação inicial pela Presidência da República, o que a tornou um texto confuso e impreciso, conforme ressaltado por Flávio Cardinelli Oliveira Garcia (2004).

Comparando as leis de 1976 e de 2002, ensina Luís Flávio Gomes:

Continha o projeto aprovado [que culminou na Lei nº 10409/2002] boas novidades como o reconhecimento do princípio da progressão de regime, a distinção entre traficante e usuário de drogas, etc. De todas, destaca especial merecimento a pretensão de acabar definitivamente com a pena de prisão para o usuário de drogas. O Presidente da República, no entanto, diante de tantas incorreções e absurdos técnicos acabou vetando cerca de 30% do projeto e mantendo em vigor grande parte da antiga Lei 6.368/76.

Conclusão: tudo da lei precedente que não foi revogado pela posterior continuou vigente. Com isso, passou a legislação brasileira sobre drogas a ser o resultado de uma justaposição entre a Lei anterior (6.368/76) e a Lei posterior (10.409/2002). E aqui estava o problema: criou-se uma verdadeira colcha de retalhos, que significava obviamente mais insegurança para o cidadão. (GOMES, 2007, p. 117).

Dentre algumas alterações trazidas pela Lei nº 11.343, podemos abordar a mudança do termo *substâncias entorpecentes* por *drogas*. Luciana Andrade Maia (2006) afirma que:

o legislador adequou o texto normativo à tendência mundial, que utiliza tal palavra como um mal a ser combatido. Por “drogas” deve-se entender como a substância contida na portaria do Ministério da Saúde, que traz um rol de substâncias nocivas ao ser humano e, por isso, proibidas. Havendo a retirada de uma substância desse diploma normativo ocorre a *abolitio criminis* (abolição do crime).

Ainda sobre essa mudança, ensina Luís Flávio Gomes:

Drogas, de acordo com o conceito legal, são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União (parágrafo único do art. 1º). Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco.[...]

Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco [...] (GOMES, 2007, p. 26).

E, continua o autor, ao abordar a política criminal de drogas que inspirou a Lei nº 11.343:

Na década de 90 ficou bem acentuada a prevalência de dois diversos discursos acerca dos rumos a serem dados para a questão das drogas no Brasil. Um deles apregoava que a redução da oferta e da demanda poderia e deveria ocorrer por meio da intervenção penal. Visava a total abstinência, ou seja, um mundo sem drogas. *War on drugs* era a visão preponderante.

O outro, diversamente, tratava do tema a partir de uma linha prevencionista, voltada para atividades relativas à redução de danos. Apareceram preocupações com moderação e controle do abuso. Buscava um distanciamento de respostas meramente repressivas, principalmente em razão da estigmatização do usuário ou do dependente decorrente da sua passagem pelo sistema penal.

A nova Lei, nitidamente, abarca as duas tendências. A proibicionista dirige-se contra a produção não autorizada e o

tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente [...].

Trata-se, portanto, de uma importante mudança ideológica [...] (GOMES, 2007, p. 27).

Outra alteração trazida pela Lei nº 11.343 foi a nítida mudança no tratamento do usuário de drogas. Tradicionalmente, nosso ordenamento jurídico tratou superficialmente o usuário como criminoso, sem se atentar para as peculiaridades de cada caso concreto. Pela lei de 1976, o usuário era punido com detenção de 06 meses a 02 anos, além de multa. Isso não foi substancialmente alterado pela lei de 2002.

Com a Lei de 2006, extinguiu-se a possibilidade de se prender o usuário, sequer quando estiver em flagrante. O sujeito é encaminhado à Delegacia, ou aos Juizados Especiais Criminais, onde será feito termo circunstanciado. Isso já era cogitado quando da Lei de 2002, mas foi vetado à época (GOMES, 2007, p. 115-117).

Sendo assim, para que possamos adentrar com minúcias para o campo prático, núcleo do presente estudo, mister entender os aspectos centrais da Lei nº 11.343/06, como a impossibilidade, prevista no art. 44, de se converter a pena de prisão em restritiva de direitos. Isso será detalhado adiante, assim como a previsão contida no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que determina que o regime inicial de cumprimento da pena seja o fechado.

Outro aspecto, e que já teve precocemente sua inconstitucionalidade declarada de forma difusa, foi a impossibilidade, prevista no artigo 44, de se conceder liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 33, caput e §1º, 34 a 37 da

lei¹. Por delimitação do objeto de estudo, não abordaremos mais detidamente este ponto, por entendermos que essa ce-leuma doutrinária e jurisprudencial não é tão atual quanto os outros temas que serão abordados.

Devido à grandeza do tema, que envolve disposições contidas em outros dispositivos legais, é dedicado, na sequência, tópico específico para melhor digressão a respeito do regime inicial de cumprimento da pena no caso de condenação por crime de tráfico de drogas.

3. Inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90

A Lei nº 8.072/90 dispõe sobre os crimes hediondos. Com o objetivo de melhor compreender seu significado, ensina Alberto Silva Franco (2006):

O crime hediondo está inserido como uma das obrigações constitucionais de criminalização (inc. XLIII do art. 5º da CF). Crime com tal denominação jurídica não tem antecedente no Direito Penal brasileiro, nem origem em Direito Penal alienígena. Além disso, a expressão *crime hediondo* é totalmente estranha ao discurso criminológico. Cuida-se, portanto, de nomenclatura penal sem passado, não demarcada com precisão pelo legislador constituinte e carente de explicitação, nos seus elementos de composição, por par-

1 Vide, por exemplo, HC 104339: Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida.

(HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012). Cabe mencionar que a posição não é pacífica sequer dentro do próprio STF, uma vez que, por exemplo, no caso deste julgado, o Ministro Luis Fux votou pela constitucionalidade do artigo 44, da Lei nº 11.343.

te do legislador infraconstitucional. Por que um crime se torna hediondo? Essa é a indagação fulcral que demanda resposta. Não basta recorrer aos dicionários da língua portuguesa para desvendar a área de significado do conceito de hediondez. Definir a partir daí o que seja crime hediondo é um mero exercício de tautologia. Não é essa a missão do legislador penal; ela é bem outra. Sua obrigação, diante de bem jurídico necessitado de tutela penal, consiste em descrever as ações mais significativas que possam ofendê-lo, cominando sanções punitivas a quem as infringir.

(...)

Ora, no tema em tela, o legislador penal não abriu rumo na direção da noção de crime hediondo porque não chegou a ter sobre ele uma só palavra pensada. E não lhe faltavam dados para construir esse conceito (gravidade objetiva do fato, meios e modos de execução, finalidade iluminadora da ação, o *animus lucri faciendi*, etc.) , nem para fixar a espécie e a quantidade da pena cominada. Em lugar de preencher os elementos de formatação da nova categoria penal, o legislador preferiu utilizar-se de um mecanismo seletivo de todo inapropriado: a etiqueta pregada em tipos já existentes ou posteriormente reformulados no ordenamento penal. (FRANCO, 2006).

Criticando, no ano de 2006, a forma como foi feita a delimitação de crimes hediondos, continua o ilustre Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A Lei nº 8.072/90, com as alterações produzidas pelas Leis nºs 8.930/94 e 9.677/98, representa a consagração do processo de rotulagem seguido pelo legislador penal que dispensou o juiz da verificação da estrutura tipológica e o relegou à tarefa extremamente singela de observar se o delito debitado ao agente faz parte, ou não, do rol legal. A pré-indicação de tipos delitivos, sem a delimitação conceitual da hediondez, provoca um grau de acentuada rigidez no enquadramento fático e faz o juiz envergar uma verdadeira camisa de força (...).

O emprego do processo de colagem de etiquetas, em lugar de um enunciado categórico dos elementos de estrutura típica, provocou além de sérias distorções jurídicas um significativo incremento punitivo em relação à maioria dos tipos catalogados como hediondos ou equiparados a hediondos. Com isso, o sistema de cominação de penas, que provinha do velho Código Penal e retratava a sociedade brasileira de sessenta e cinco anos atrás, entrou em colapso, perdendo sua coerência ideológica e sua lógica interna. A falta de um equilibrado balanceamento na indicação legal dos preceitos sancionatórios dos tipos que receberam o terrível invólucro de crime hediondo ou assemelhado possibilitou punições desproporcionadas, incoerentes, absurdas. A morte cruel de um homem qualquer, sem lenço nem documento, será punida, como homicídio qualificado, com a pena mínima de doze anos de reclusão. Se essa mesma morte ocorrer no contexto de uma extorsão mediante seqüestro, o mínimo passará a ser de vinte e quatro anos de reclusão. Desse modo, a vida de um ser humano que possui patrimônio avultado vale o dobro da vida de uma pessoa simples, sem posses... Já o estupro — ou seja, a violência sexual contra a mulher — está equiparado na quantidade punitiva — seis anos de reclusão, no mínimo — ao atentado violento ao pudor, mesmo que os atos libidinosos sejam inexpressivos, como se as duas infrações penais tivessem igual gravidade objetiva e dimensão social equivalente. Ainda, em igual nível punitivo — dez anos de reclusão, no mínimo — podem ser apenados tanto quem falsifica produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais quanto quem falsifica xampu para caspas, esmalte de unhas, batom ou água sanitária. O peculato, a concussão e a corrupção passiva, crimes graves praticados contra a Administração Pública, são punidos, no mínimo, com dois anos de reclusão, ao passo que a pena mínima, cominada para o tráfico ilícito de drogas, delito equiparado ao crime hediondo, tem seu mínimo legal em três anos de reclusão e nesse limite mínimo incluem-se tanto os traficantes de alta perigosidade como os que trazem consigo drogas para uso próprio; como os pequenos intermediários na compra e venda de tóxicos, os chamados *aviõeszinbos*; como, até mesmo, as mulheres que transportam

quantidades mínimas de drogas a seus maridos, amantes ou companheiros, presos em estabelecimentos prisionais. E se tudo isso não fosse suficiente para demonstrar a verdadeira barafunda que a legislação sobre crimes hediondos provocou em todo o sistema de punições, a menção ao delito de lesão corporal gravíssima evidencia uma vez mais a ilimitada irresponsabilidade do legislador penal. O autor de lesão corporal idônea a produzir a incapacidade permanente para o trabalho, a perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou ainda deformidade permanente, continua a ser apenado, no mínimo, com dois anos de reclusão, de acordo com o ultrapassado Código Penal brasileiro... (FRANCO, 2006).

Contra-pondo-se à visão de Alberto Silva Franco, há os que valorizam o endurecimento penal feito com a Lei dos Crimes Hediondos:

Já nos anos 80 a criminalidade avançava a olhos vistos, com os grandes centros urbanos como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, dentre outros, sendo obrigados a conviver com altos índices de homicídios qualificados, latrocínios, estupro e roubos a banco.

A sociedade brasileira esperava providências importantes no sentido de coibir o crime.

O grande foro de debates à época foi, sem dúvida, a Assembleia Nacional Constituinte que teve a grande oportunidade de dar a resposta que a sociedade brasileira merecia no sentido de endurecer a lei penal e estabelecer políticas criminais adequadas para punir com mais severidade criminosos truculentos que praticassem crimes hediondos e com características de perversidade.

Mas a pretensão da sociedade tornou-se frustrada quando os constituintes disseram “não” à pena de morte e à prisão perpétua, que realmente impediriam o avanço dos crimes de altíssima potencialidade.

O tempo passou, a Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e a criminalidade avançou a níveis assustadores. Nossa Carta Fundamental já está para completar 20 anos e o crime tornou-se uma duríssima realidade.

Aumentaram os homicídios qualificados, estupros, extorções mediante seqüestro, e ainda surgiram “novidades” do final do século, como ações do crime organizado e o domínio dos traficantes de drogas. E nestes quase 20 anos, a sociedade não está tendo a resposta que merece ter por parte do Estado para combater o crime.

Muito pelo contrário: o legislador pátrio admitiu as chamadas penas alternativas, o sursis processual, o livramento condicional, enquanto a sociedade agoniza nas mãos de marginais truculentos, clamando por uma política criminal de “tolerância zero”.

A única lei que ainda mantém o criminoso perigoso cumprindo pena em regime fechado – a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) – desejam alguns reformulá-la ou revogá-la incitando sua inconstitucionalidade, enquanto nossas crianças são retiradas do convívio familiar por sequestradores e a sociedade brasileira continua sendo “refém” de traficantes e do crime organizado (FARABULINI, 2004).

Divergências ideológicas à parte, para o presente estudo importa que a Lei nº 8.072 não aborda em seu artigo 1º que o crime de tráfico de drogas é hediondo; contudo, em seu artigo 2º, o equipara a tal²: “os crimes hediondos, a prática da tortura, o *tráfico ilícito de entorpecentes* e drogas afins e terrorismo são insuscetíveis de:” (BRASIL, 1990, itálico nosso), e elenca, na sequência, uma série de regramentos penais e processuais diferenciados para tais crimes.

2 Importante salientar que a equiparação do crime de tráfico aos hediondos não surgiu com a Lei nº 8.072, mas sim com a Constituição Federal de 1988, que dispõe, em seu artigo 5º, inciso XLIII, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (BRASIL, 1988).

Dentre tais regramentos, a redação original, datada de 1990, trazia em seu artigo 2º, §1º, que a pena por crime prevista neste artigo seria cumprida integralmente em regime fechado.

Por delimitação do objeto, não adentraremos na celeuma que envolveu tal norma³. De todo modo, o que nos importa, no presente estudo, é destacar que, no ano de 2007, a Lei nº 11.464 alterou a redação do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que passou a dispor que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida *inicialmente* em regime fechado”. (BRASIL, 2007, *itálico* nosso).

A mudança legislativa gerou a primeira impressão de fim de toda a discussão doutrinária e jurisprudencial envolvendo a possibilidade de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.

Ora, se anteriormente o condenado tinha que cumprir integralmente sua reprimenda em regime fechado, a partir da lei de 2007 o único requisito seria que o início da execução se desse em regime fechado, podendo ocorrer normalmente a progressão de regime, nos moldes da Lei nº 8.072/90.

3 Em 2006, foi editada a Súmula Vinculante nº 26, que assim dispõe: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. Ela teve como precedente, dentre outros, a seguinte jurisprudência: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

Contudo, tal mudança ficou longe de extirpar dissídios em torno da execução penal. Sobretudo durante o ano de 2012, consolidou-se a jurisprudência do STF e do STJ possibilitando que o condenado por tráfico de drogas tenha como regime inicial de cumprimento de pena o semiaberto.

Vamos aos julgados do STF, divulgados no Informativo 670:

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 1

O Plenário julgou prejudicado habeas corpus, afetado pela 1ª Turma, em que discutida a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Na espécie, os pacientes foram condenados, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes privilegiado, a penas inferiores a oito anos de reclusão. Alegava a defesa que, de acordo com a regra geral prevista no Código Penal, caberia a imposição de regime inicial semiaberto e que, portanto, a norma impugnada atentaria contra o princípio da individualização da pena. Ocorre que os pacientes estariam, atualmente, em livramento condicional, daí a perda superveniente de objeto do presente writ.

HC 101284/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-101284)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 2

Em seguida, o Plenário iniciou julgamento de habeas corpus em que também se debate a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. No caso, o crime de tráfico perpetrado pelo paciente, que resultara em reprimenda inferior a oito anos de reclusão, ocorrera na vigência da Lei 11.464/2007, que instituíra a obrigatoriedade de imposição de regime de pena inicialmente fechado a crimes hediondos e assemelhados. O Min. Dias Toffoli, acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, concedeu a ordem, para alterar o regime inicial de pena para o semiaberto. Incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na parte em que contida a obrigatoriedade de fi-

xação de regime fechado para início de cumprimento de reprimenda aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Inicialmente, o relator destacou que o juízo de piso, em análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, estabelecera a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, no total de seis anos de reclusão e 600 dias-multa. Ademais, fixara regime inicial fechado exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou que não teriam sido referidos requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Assim, entendeu desnecessário o revolvimento fático-probatório para concluir-se pela possibilidade da pretendida fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 3

Ressaltou que a Corte, ao analisar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), declarara incidenter tantum a inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedada a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico. Ponderou que a negativa de substituição, naquele caso, calcara-se exclusivamente na proibição legal contida no referido art. 44, sem qualquer menção às condições pessoais do paciente, o que não seria possível. Afirmou que o legislador facultaria a possibilidade de substituição com base em critérios objetivos e subjetivos, e não em função do tipo penal. Ressaltou que se a Constituição quisesse permitir à lei essa proibição com base no crime em abstrato, teria incluído a restrição no tópico inscrito no art. 5º, XLIII, da CF. Desse modo, a convalidação de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração, mas em razão de critérios aferidos concretamente, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. Sublinhou que, à luz do precedente citado, não se poderia, em idêntica hipótese de tráfico, com pena privativa de liberdade superior a quatro anos — a impedir a possibilidade de

substituição por restritiva de direitos —, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda se desse em regime inicialmente fechado, como preconizado pelo § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Consignou que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 4

Assinalou que, a partir do julgamento do HC 82959/SP (DJe de 1º.9.2006), o STF passara a admitir a possibilidade de progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos, tendo em conta a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Frisou que essa possibilidade viera a ser acolhida, posteriormente, pela Lei 11.464/2007, que modificara a Lei 8.072/90, para permitir a progressão. Contudo, estipulara que a pena exarada pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados seria, necessariamente, cumprida inicialmente em regime fechado. Concluiu que, superado o dispositivo adversado, deveria ser admitido o início de cumprimento de reprimenda em regime diverso do fechado, a condenados que preenchessem os requisitos previstos no art. 33, § 2º, b; e § 3º, do CP.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 5

Os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, em divergência, indeferiram a ordem. O Min. Luiz Fux registrou que a restrição, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, em relação a crimes hediondos, seria opção legislativa. Aludiu que o Judiciário, nesse campo,

deveria ter postura minimalista e respeitar a orientação do legislador ordinário, visto que, no Estado Democrático de Direito, a supremacia seria do parlamento. A primazia judicial, por sua vez, só se instauraria em vácuo legislativo, o que não seria o caso. Apontou que o constituinte originário preocupara-se com os delitos perturbadores da higidez estatal. Por esse motivo, a Constituição estabelecera que a lei consideraria crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tráfico ilícito de entorpecentes. Advertiu acerca da gravidade do tema, razão pela qual o legislador constitucional elegeu o tráfico de drogas como delito a merecer especial proteção de lei. Articulou que, se a Constituição não permitiria a liberdade em si, na forma de graça, anistia ou fiança, a lei ordinária poderia atuar na escala de valoração da pena, que também abarcaria seu regime de execução. Assim, a lei discutida não seria inconstitucional, apenas atenderia a mandamento da Constituição no sentido de tratar de modo especial o crime de tráfico. Deduziu que a proibição legal justificar-se-ia em razão da presunção de periculosidade do crime e de seu agente, a merecer maior rigor. Enfatizou que, do contrário, haveria estímulo à conduta.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 6

Discorreu, por outro lado, que a execução penal em regime fechado faria parte do contexto da repressão penal, eleita pelo Estado como eficiente para combater delito que preocupava especialmente o constituinte originário. Ademais, entendimento diverso levaria à conclusão de que o art. 33, § 2º, a, do CP, a exigir o cumprimento de pena superior a oito anos em regime inicialmente fechado, seria também inconstitucional, bem como todas as penas mínimas. Ressurtiu que o tratamento legal dado a essa espécie de crime não objetivaria que o cidadão cumprisse a pena em regime fechado, mas teria por escopo a inibição da prática delitiva. Assim, as penas graves e o regime inicial igualmente severo fariam parte dessa estratégia de prevenção. O Min. Marco

Aurélio acrescentou que assertiva no sentido de que o preceito em voga seria inconstitucional levaria, de igual modo, à conclusão de que a prisão provisória por trinta dias, na hipótese de crimes hediondos, seria incompatível com a Constituição. Da mesma maneira, seria necessário inferir-se quanto aos requisitos para progressão de regime no que concerne aos crimes da Lei 8.072/90. Estatuiu que o princípio da individualização da pena deveria ser contextualizado, e que aquele que cometesse crime de menor gradação não poderia ter o mesmo regime inicial de cumprimento de pena relativo a quem perpetrasse delito de maior gravidade, como os crimes hediondos. Após, deliberou-se suspender o julgamento para aguardar o voto dos demais Ministros.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

O STJ, seguindo o entendimento do STF, também se manifestou, no informativo 507, a respeito do tema:

DIREITO PENAL. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DE PENA. TRÁFICO DE DROGAS.

É possível a fixação de regime prisional diferente do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas. O STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e por aqueles a eles equiparados, como é o caso do tráfico de drogas. Precedentes citados do STF: HC 111.247-MG, DJe 12/4/2012; HC 111.840-ES, DJe 2/2/2012 ; do STJ: HC 118.776-RS, DJe 23/8/2010, e HC 196.199-RS, DJe 14/4/2011. REsp 1.285.631-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, julgado em 24/10/2012.

Inicialmente, cumpre destacar que o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, de maneira difusa. A respeito do controle difuso de constitucionalidade, ensina Pedro Lenza que:

Como regra geral, os efeitos de qualquer sentença valem somente para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide.

No momento em que a sentença declara que a lei é inconstitucional (controle difuso realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito. Produz, portanto, efeitos retroativos. Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão: a) inter partes e b) ex tunc. (LENZA, 2012, p. 274).

Logo, a princípio, ainda que o STF tenha se decidido pela inconstitucionalidade do regime inicial fechado de cumprimento pena para os condenados por crime de tráfico de drogas, o ponto prático relevante é que isso não vincula os demais magistrados. Há registros de Comarcas que não têm seguido o posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Vide, nesse sentido, estes Acórdãos provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que reafirmam a não oponibilidade *erga omnes* das decisões do STF, e mantêm as condenações por tráfico com regime inicial fechado:

0447692-05.2012.8.19.0001 - APELACAO

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTOPERCENTE (ARTIGOS 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM APLICAÇÃO DO REDUTOR DO §4º DO ARTIGO 33 NO SEU GRAU MÁXIMO (2/3), BEM COMO FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO POR NEGATIVA DE AUTORIA E FRAGILIDADE DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE - ACERVO PROBATÓRIO FARTO E SUFICIENTE A ENSEJAR O DESFECHO CONDENATÓRIO. A JURISPRUDÊNCIA É PACÍFICA

NO SENTIDO DE IMPRIMIR EFICÁCIA PROBATÓRIA AO TESTEMUNHO POLICIAL, SUFICIENTE A ESCORAR, EM LINHA DE PRINCÍPIO, EVENTUAL DECRETO CONDENA-TÓRIO (TJERJ, SÚMULA 70). OS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO REALIZARAM CAMPANA E AVISTARAM O EXATO MOMENTO EM QUE O APELANTE COMERCIALIZAVA OS ENTORPECENTES, QUE, DIGA-SE DE PASSAGEM, ERAM DIVERSIFICADOS (MACONHA, COCAÍNA E CRACK). ACUSADO QUE NÃO ERA MERECEDOR, SEQUER, DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, BEM COMO DO REGIME MAIS BRANDO. ENTRETANTO, À MÍNGUA DE RECURSO MINISTERIAL, NO PONTO, NADA HÁ QUE SE FAZER NESTE GRAU DE JURIS-DIÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.(...) 12 - Por último, no que tange ao regime esta relatoria não desconhece as recentes decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado. *É sabido que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 11.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, entendendo que se deve observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal. Entretanto, data máxima venia, esta relatoria comunga do entendimento de que o crime de tráfico ilícito de drogas permanece assemelhado aos hediondos, merecendo, destarte, um tratamento mais rigoroso e, por expressas disposições legais, deve ser cumprido inicialmente em regime fechado, como bem fixado na sentença, vedando-se qualquer outra modalidade mais branda.* 13 - Todavia, diante da lamentável realidade favorável que se estabeleceu para o apelante, em que foi agraciado com a minorante do artigo 33, §4º e com o regime aberto outra alternativa não me resta senão a de manter a reprimenda, especialmente à vista de ausência de recurso ministerial, no ponto. 14- Desprovemento do recurso. DES. JOSE MUINOS PINEIRO FILHO - Julgamento: 15/10/2013 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL (Itálico nosso).

0045225-84.2013.8.19.0001

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS POLICIAIS APTOS A ENSEJAR SENTENÇA CONDENATÓRIA - SÚMULA 70 DO TJRJ - CONDENAÇÃO MANTIDA - CORRETA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. (...) *Regime fechado, nos termos da lei. Declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 2º §1º da lei 8072/90 não tem efeito erga omnes.* Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a uma, porque há expressa vedação legal no artigo 44 da Lei 11343/06 e por não se vislumbrar qualquer inconstitucionalidade na vedação contida nas normas descritas nos artigos 33, § 4º e 44, da Lei 11.343/06. Além disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal não tem efeito erga omnes, já que incidental a declaração e a duas, porque não estão presentes os requisitos exigidos pelo artigo 44-CP. DESPROVIMENTO DO APELO. DES. M.SANDRA KAYAT DIREITO - Julgamento: 15/10/2013 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL (Itálico nosso).

Logo, de tudo o que foi exposto neste tópico, é possível concluir que a decisão acerca do regime inicial de cumprimento de pena, no caso de condenação por tráfico de drogas, tem a delimitação legal, que a obriga a ser no regime fechado. Contudo, tal determinação legal está longe de apaziguar o tema, considerando as decisões do STF e do STJ que negam essa obrigatoriedade.

4. Tráfico privilegiado é crime hediondo?

O §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, dispõe que

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o

agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Tal causa de diminuição de pena ficou conhecida como tráfico privilegiado, e seria essa figura, tal como a do *caput* do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, crime equiparado a hediondo?

A jurisprudência do STJ tem sedimentado o entendimento de que a figura do tráfico privilegiado não é um tipo penal autônomo. Logo, mesmo que imputada a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, permanece o caráter hediondo da conduta. Vejamos alguns julgados provenientes do STJ:

DIREITO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME NO TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). A partir da vigência da Lei 11.464/2007, que modificou o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990, exige-se o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime no caso de condenação por tráfico de drogas, ainda que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. O art. 2º da Lei 8.072/1990 equiparou o delito de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, dispondo, no § 2º do mesmo artigo, que a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos no *caput*, somente poderá ocorrer após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. *Por sua vez, o tipo penal do tráfico de drogas está capitulado no art. 33 da Lei 11.343/2006, que, em seu § 4º, estabelece que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Constata-se, de plano, da leitura desses dispositivos, que o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990 não excluiu de seu rol o*

tráfico de drogas quando houver a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Se assim o quisesse, poderia o legislador tê-lo feito, uma vez que a redação atual do dispositivo, conferida pela Lei 11.464/2007, é posterior à vigência da Lei 11.343/2006. Outrossim, observa-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 elenca, como requisitos necessários para a sua aplicação, circunstâncias inerentes não à conduta praticada pelo agente, mas à sua pessoa — primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa. Dessa forma, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, pois a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização. Precedentes citados do STF: AgRg no HC 114.452-RS, Primeira Turma, DJe 8/11/2012; do STJ: HC 224.038-MG, Sexta Turma, DJe 27/11/2012, e HC 254.139-MG, Quinta Turma, DJe 23/11/2012. REsp 1.329.088-RS, **Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/3/2013 (Itálico nosso).**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO, ANTE A INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DECISÃO AGRAVADA, QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. De acordo com a orientação jurisprudencial pacífica do STJ, “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não é suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hedion-

dos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o ‘tráfico privilegiado’ tipo autônomo. Assim, em casos tais, não podem ser considerados - como requisito objetivo para a obtenção de benefícios da execução penal - os prazos estabelecidos para os crimes comuns” (STJ, HC 219.960/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 05/12/2011). II. Tal entendimento foi ratificado, por unanimidade, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (REsp 1.329.088/RS, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR), processado segundo o rito do art. 543-C do CPC, em sessão realizada no dia 13/03/2013.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RHC 29.954/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 30/09/2013).

Da análise dos julgados, é possível inferir que o STJ traz alguns argumentos para sustentar o entendimento de que o tráfico privilegiado é crime hediondo.

O primeiro deles faz referência ao fato de a Lei n° 8.072 ter sido alterada pela Lei n° 11.464/07, posterior à Lei de Drogas, que é de 2006. Logo, entende o STJ que, se o legislador quisesse ter excluído do rol dos crimes equiparados a hediondo o de tráfico privilegiado, poderia tê-lo feito expressamente, mas não o fez.

Outro argumento diz respeito ao fato de que as condicionantes trazidas no §4º, do artigo 33, se referem não ao fato criminoso, mas sim à pessoa que o praticou. Logo, ele não tem por base a menor periculosidade da conduta, a ensejar reconhecimento do afastamento da hediondez, mas sim razões de política criminal, simples opções legislativas.

Por fim, alega que a causa de diminuição de pena do §4º não cria um tipo penal autônomo, continuando a ocorrer o crime de tráfico de drogas, que é, sim, equiparado a hediondo.

Para fins de análise, foram transcritos somente dois julgados do STJ, sendo o primeiro deles retirado do Informativo 519, do STJ. Para tornar menos prolixo o estudo, não foram colacionadas mais jurisprudências, contudo simples análise no sítio do STJ poderá confirmar a orientação jurisprudencial massiva daquela corte no sentido aqui abordado.

Contudo, a despeito de tal entendimento do Superior Tribunal, há Egrégios Tribunais de Justiça que não se coadunam com esse posicionamento.

Podemos, por exemplo, transcrever alguns julgados provenientes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, onde há julgamentos que afastam a hediondez do tráfico privilegiado e outros, no entanto, que entendem que tal modalidade não perde seu caráter de equiparado a hediondo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS PRESTADOS SOB O CRIVO DO CONTRADI-TÓRIO - VALOR PROBANTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - - DESCLASSIFICAÇÃO - POSSE PARA CONSUMO PESSOAL - IMPOSSIBILIDADE - TRÁFICO PRIVILEGIADO - REGIME MODIFICADO.

(...)

-Não sendo o tráfico privilegiado equiparado a hediondo, deve ser observado, no que tange ao regime prisional, o disposto no art. 33 do CP. (Des. Agostinho Gomes De Azevedo)

(...) (Des. Sálvio Chaves) (Apelação Criminal 1.0024.12.054100-8/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em

17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - - FIXAÇÃO DO REGIME DIVERSO DO FECHADO - POSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO E, DE OFÍCIO, REESTRUTURADA E REDUZIDA A REPRIMENDA, ALTERADO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO E SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

(...)

Vv.: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESTINAÇÃO MERCANTIL DUVIDOSA - PARCO ACERVO PROBATÓRIO - DECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA - ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/06.

Vv.: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ART.33, § 4º, DA LEI 11.343/06 - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - REGIME INICIAL FECHADO. - *A causa de diminuição de pena prevista no art.33, §4º da Lei 11.343/06 não retirou o caráter hediondo do delito*, sendo cabível a esta figura todas as disposições contidas na Lei 8.072/90, inclusive no que se refere ao regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena. (Apelação Criminal 1.0687.12.005320-6/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OBSCURIDADE - INOCORRÊNCIA - REEXAME DA MATÉRIA ANALISADA NO ARESTO COMBATIDO - IMPOSSIBILIDADE - DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06) - DELITO NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO - DECISÃO DO STF NO RESP 1.329.088/RS SEM EFEITO VINCULANTE - EMBARGOS REJEITADOS.

(...)

- A jurisprudência dominante entende que o delito de tráfico ilícito de drogas, com a redução de pena prevista no §4º,

do art.33, da Lei de Tóxicos, *não está incluído como crime hediondo ou equiparado*, como descrito no art. 1º, da Lei 8.072/90, que contém rol taxativo, posicionamento do qual, atualmente, me filio.

- A decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no REsp nº 1.329.088/RS, que entendeu pela manutenção da natureza hedionda nos delitos de tráfico privilegiado, não possui efeitos erga omnes (mas, tão somente, inter partes), não sendo, portanto, vinculante.
- Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração-Cr 1.0480.12.005122-6/003, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

Analisando os julgados acima, é possível compreender que há divergência de posicionamento entre as 5ª e 7ª Câmaras Criminais do Tribunal mineiro, entendendo a primeira que não perde o caráter hediondo o tráfico privilegiado, enquanto a última considera que, como não há a figura do tráfico privilegiado no rol do artigo 1º, da Lei nº 8.072/90, que seria taxativo, não haveria que se falar em tráfico privilegiado equiparado a hediondo.

Assim, há de se concluir que, a despeito da uniformização da jurisprudência feita pelo STJ, o entendimento não se encontra pacificado.

5. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Questão menos tormentosa que a abordada no tópico anterior diz respeito à possibilidade de se converter, no caso de condenados por tráfico de drogas, a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A redação original do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Contudo, o STF, no HC 97256, declarou a inconstitucionalidade de tal vedação:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou

restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente.

(HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333).

Todavia, a despeito da decisão supra, o fato é que tal declaração de inconstitucionalidade não tinha oponibilidade *erga*

*omnes*⁴. Dessa forma, os demais tribunais podiam deixar de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aplicando a vedação legal.

Pondo fim a tal celeuma, o Senado Federal promulgou⁵ a Resolução nº 05 em 15 de fevereiro de 2012, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos”, do §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

Vejamos, então, alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para compreender como o tema é atualmente abordado:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA USO PRÓPRIO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS PRESTADOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO - VALOR PROBANTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - TRÁFICO PRIVILEGIADO - APREENSÃO DE RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA (MACONHA E COCAÍNA) - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO - CABIMENTO - CUSTAS PROCESSUAIS - ISENÇÃO - ACUSADO ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 10, INCISO II, DA LEI ESTADUAL Nº 14.939/03 - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

(...)

- Afastada a hediondez do delito previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, é possível a fixação do regime prisional

4 Para comentários sobre o controle difuso de constitucionalidade, vide tópico 2 do presente trabalho.

5 Ao Senado Federal compete, privativamente, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988). Para aprofundamento do tema, vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 1028p.

diverso do fechado, assim como a *substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos*, conforme orientação do Incidente de Uniformização de Jurisprudência de nº. 1.0145.09.558174-3/003, julgado pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça.

(...)- Recurso provido em parte. (Des. Agostinho Gomes De Azevedo) V.V.P.

EMENTA: TRÁFICO DE DROGAS - CRIMES HEDIONDOS - INCOSTITUCIONALIDADE §§ 1º E 2º DA LEI 8.072/90 - ART. 33 §§ 2º E 3º DO CP - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - REGIME ABERTO - POSSIBILIDADE - REQUISITOS PREENCHIDOS - PARCIAL DIVERGENCIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Des. Sálvio Chaves) (Apelação Criminal 1.0210.12.002624-5/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUSÊNCIA DE PROVAS CABAIS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - IN DUBIO PRO REO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06 - REMESSA DOS AUTOS À COMARCA DE ORIGEM PARA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI 9.099/95 EM FAVOR DO AGENTE. ARTIGO 383, §2º DO CPP E SÚMULA Nº. 337 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO. (...) Declarada a inconstitucionalidade da regra do artigo 44 da Lei 11.343/2006, *a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas deve seguir os requisitos do Código Penal.* Se o acusado foi assistido por Defensor Dativo, faz jus à isenção das custas processuais, pois beneficiado pela Lei Estadual 14.939/03. (Apelação Criminal 1.0459.12.002948-1/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) (Itálico nosso).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA E MATERIALIDADE INEQUIVOCAMENTE DE-

MONSTRADAS E NÃO QUESTIONADAS - DOSIMETRIA - INCONFORMISMO MINISTERIAL - POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DE DROGA QUANDO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E, CONCOMITANTEMENTE, NA ESCOLHA DA FRAÇÃO REDUTORA DECORRENTE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DAS PENAS PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06 - NE BIS IN IDEM - PRECEDENTES DO STJ - CONSEQUENTE EXASPERAÇÃO DAS REMIENDAS - NECESSIDADE - APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA INJUSTIFICADO - AJUSTE - NECESSIDADE - REGIME PRISIONAL - RECRUDESCIMENTO - DESCABIMENTO - DECOTE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE - BENEFÍCIO RECOMENDÁVEL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

IV - Outrossim, apesar de a Lei de Tóxicos atual ter passado a proibir expressamente a substituição da pena (arts. 33, §4º e 44), o STF, no julgamento do HC n.º 97. 256/RS, decidiu serem inconstitucionais alguns dispositivos da aludida Lei, dentre os quais os que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas, motivo pelo qual *devem ser examinados concretamente os requisitos subjetivos necessários para conversão da pena, os quais, in casu, indicam ser o benefício socialmente recomendável*, conforme consignado na sentença combatida.

V - Recurso ministerial provido em parte. (Apelação Criminal 1.0223.12.003510-8/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/10/2013, publicação da súmula em 30/10/2013) (Itálico nosso).

Assim, não há dúvidas de que, na atualidade, não há que se falar mais em vedação à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, no caso de condenação por tráfico de drogas.

6. Incompatibilidade entre os artigos 33, §4º, e 35, da Lei nº 11.343/06

Outra questão para análise, com entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diz respeito à impossibilidade de que seja reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, quando o sujeito é condenado, na mesma ocasião, por tráfico de drogas (artigo 33) e associação para o tráfico de drogas (artigo 35).

Vejamos julgado do Informativo nº 517, do STJ:

DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 NO CASO DE RECONHECIMENTO DE ASSOCIAÇÃO DE QUE TRATA O ART. 35 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. **É inaplicável a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na hipótese em que o réu tenha sido condenado, na mesma ocasião, por tráfico e pela associação de que trata o art. 35 do mesmo diploma legal.** A aplicação da referida causa de diminuição de pena pressupõe que o agente não se dedique às atividades criminosas. Cuida-se de benefício destinado ao chamado “traficante de primeira viagem”, prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação a este de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico um “meio de vida”. Desse modo, verifica-se que a redução é logicamente incompatível com a habitualidade e permanência exigidas para a configuração do delito de associação, cujo reconhecimento evidencia a conduta do agente voltada para o crime e envolvimento permanente com o tráfico. REsp 1.199.671-MG, **Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26/2/2013.**

O §4º, do artigo 33, prevê causa de diminuição de pena no crime de tráfico de drogas, desde que, dentre outras condicionantes, o agente não se dedique a atividades criminosas.

O raciocínio utilizado no julgado é o seguinte: como pode o sujeito ser condenado por associação para o tráfico de drogas (artigo 35, da Lei nº 11.343/06), que exige os requisitos de estabilidade e permanência⁶, e ter reconhecida a causa de diminuição, sob o argumento de que ele não se dedica a atividades criminosas?

Logo, o operador do Direito deve ficar atento, ao lidar com casos desse tipo, pois, se constatada a estabilidade e a permanência, a fim de reconhecer a ocorrência da associação para o tráfico, fica claro que ele se dedica a atividades criminosas, não podendo incidir a causa de diminuição de pena do §4º, do artigo 33.

O posicionamento do STJ tem sido repetido nos Egrégios Tribunais. Vide, por exemplo, o seguinte julgado do TJMG:

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PRELIMINARES - INÉPCIA DA DENÚNCIA, NULIDADE DA SENTENÇA E ILEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - REJEIÇÃO - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

6 Quanto à exigência do reconhecimento da estabilidade e permanência como requisitos para a associação para o tráfico, vide, por exemplo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PROVA INSUFICIENTE - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ANIMUS ASSOCIATIVO NÃO DEMONSTRADO - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. (...) 02. *Para configurar o crime de associação para tráfico, mister a comprovação do dolo caracterizador do tipo - animus associativo - ou seja, a reunião de duas ou mais pessoas com a finalidade de cometerem, reiteradamente ou não, qualquer das condutas típicas previstas no art. 33, caput e § 1º, formando, seus autores, uma verdadeira societas sceleris com estabilidade e permanência, sem o que a absolvição é de ser decretada.* (Apelação Criminal 1.0105.08.247119-1/001, Relator(a): Des.(a) Fortuna Grion, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/10/2013, publicação da súmula em 31/10/2013) (Itálico nosso).

Preliminares:

(...)

-Havendo provas suficientes de que os réus, com estabilidade e permanência, com nítida divisão de tarefas, praticavam o tráfico de drogas, não há falar em absolvição pela prática de crimes inculpidos nos artigos 33, caput, e 35, caput, da Lei n.º 11.343/06.

(...)

-A condenação pelo crime de associação para o tráfico tem como embasamento a dedicação dos réus às atividades criminosas de forma organizada. Deste modo, por óbvio, a benesse do tráfico privilegiado não pode ser deferida aos recorrentes, pois não preenchidos os requisitos objetivos do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06

-Recursos não providos (Apelação Criminal 1.0647.07.073697-8/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/10/2013, publicação da súmula em 30/10/2013).

7. Continuidade normativo-típica da conduta prevista no artigo 12, §2º, III, da Lei nº 6.368/76

Assim dispunha a Lei nº 6.368/76, antiga Lei de Drogas:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

(...)

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

(...)

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.
(BRASIL, 1976, *itálico* nosso)

O fato de não ter havido a reprodução da redação grifada acima na lei de 2006 gerou a discussão sobre a *abolitio criminis* em relação a esse tipo penal.

Contudo, no intuito de uniformizar a jurisprudência, o STJ divulgou o seguinte julgado no seu Informativo nº 527:

DIREITO PENAL. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 12, § 2º, III, DA LEI 6.368/1976.

O advento da Lei 11.343/2006 não implicou *abolitio criminis* quanto à conduta prevista no art. 12, § 2º, III, da Lei 6.368/1976, consistente em contribuir “de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Isso porque, apesar da revogação do referido dispositivo legal, o tipo penal nele contido subsiste em diversos artigos da Lei 11.343/2006. De fato, é certo que a Lei 11.343/2006 não repetiu literalmente o texto do inciso III do § 2º do artigo 12 da Lei 6.368/1976. Entretanto, a nova lei trouxe a previsão dos crimes de financiamento e custeio para o tráfico (art. 36), de colaboração como informante (art. 37) e, ainda, introduziu, no seu art. 33, § 1º, III, a ideia de que incorrerá nas mesmas penas do art. 33, *caput* (tráfico), aquele que consinta que outrem utilize bem de qualquer natureza de que tenha a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ainda que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas. *Assim, em uma interpretação sis-*

temática, deve-se concluir que a conduta prevista no inciso III do § 2º do art. 12 da Lei 6.368/1976 continua típica na vigência da Lei 11.343/2006, ainda que desdobrada em mais de um artigo da nova lei. Ademais, observe-se que a regra contida no art. 29 do CP também afasta a alegação de descriminalização da conduta em análise, pois quem contribui, de qualquer modo, para o crime, incide nas penas a este cominadas na medida de sua culpabilidade. Precedentes citados: REsp 1.113.746-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2011; e HC 142.500-RJ, Sexta Turma, DJe 17/10/2011. HC 163.545-RJ, **Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 25/6/2013 (Itálico nosso).**

Assim, analisando o teor do julgado, é possível concluir que, a despeito de não ter havido a reprodução idêntica da redação, não houve *abolio criminis* quanto aos fatos narrados, que continuam normatizados em dispositivos esparsos da Lei nº 11.343/06, como os artigos 36, 37 e 33, §1º, III.

8. Subsidiariedade do tipo do artigo 37 em relação ao do artigo 35 da Lei nº 11.343/06

Os artigos 35 e 37, da Lei nº 11.343/06, assim dispõem:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o delito previsto no artigo 37 tem caráter subsidiário em relação ao do artigo 35. Logo, se o agente participa de organização criminosa ligada ao tráfico e, dentro desse contexto, colabora como informante, não resta caracterizado o delito do artigo 37, mas tão somente o do artigo 35, uma vez que há a consunção, absorção daquele por este. Assim, para que fique caracterizado o delito do artigo 37, o agente deve simplesmente colaborar como informante, não tendo qualquer outro vínculo com a organização criminosa.

Neste sentido, veja-se o seguinte julgado, publicado no Informativo do STJ nº 527:

DIREITO PENAL. SUBSIDIARIEDADE DO TIPO DO ART. 37 EM RELAÇÃO AO DO ART. 35 DA LEI 11.343/2006.

Responderá apenas pelo crime de associação do art. 35 da Lei 11.343/2006 – e não pelo mencionado crime em concurso com o de colaboração como informante, previsto no art. 37 da mesma lei – o agente que, já integrando associação que se destine à prática do tráfico de drogas, passar, em determinado momento, a colaborar com esta especificamente na condição de informante. A configuração do crime de associação para o tráfico exige a prática, reiterada ou não, de condutas que visem facilitar a consumação dos crimes descritos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006, sendo necessário que fique demonstrado o ânimo associativo, um ajuste prévio referente à formação de vínculo permanente e estável. Por sua vez, o crime de colaboração como informante constitui delito autônomo, destinado a punir específica forma de participação na empreitada criminosa, caracterizando-se como colaborador aquele que transmite informação

relevante para o êxito das atividades do grupo, associação ou organização criminosa destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006. O tipo penal do art. 37 da referida lei (colaboração como informante) reveste-se de verdadeiro caráter de subsidiariedade, só ficando preenchida a tipicidade quando não se comprovar a prática de crime mais grave. De fato, cuidando-se de agente que participe do próprio delito de tráfico ou de associação, a conduta consistente em colaborar com informações já será inerente aos mencionados tipos. A referida norma incriminadora tem como destinatário o agente que colabora como informante com grupo, organização criminosa ou associação, desde que não tenha ele qualquer envolvimento ou relação com atividades daquele grupo, organização criminosa ou associação em relação ao qual atue como informante. Se a prova indica que o agente mantém vínculo ou envolvimento com esses grupos, conhecendo e participando de sua rotina, bem como cumprindo sua tarefa na empreitada comum, a conduta não se subsume ao tipo do art. 37, podendo configurar outros crimes, como o tráfico ou a associação, nas modalidades autoria e participação. Com efeito, o exercício da função de informante dentro da associação é próprio do tipo do art. 35 da Lei 11.343/2006 (associação), no qual a divisão de tarefas é uma realidade para consecução do objetivo principal. Portanto, se a prova dos autos não revela situação em que a conduta do paciente seja específica e restrita a prestar informações ao grupo criminoso, sem qualquer outro envolvimento ou relação com as atividades de associação, a conduta estará inserida no crime de associação, o qual é mais abrangente e engloba a mencionada atividade. Dessa forma, conclui-se que só pode ser considerado informante, para fins de incidência do art. 37 da Lei 11.343/2006, aquele que não integre a associação, nem seja coautor ou participe do delito de tráfico. Nesse contexto, considerar que o informante possa ser punido duplamente – pela associação e pela colaboração com a própria associação da qual faça parte –, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, revela indevido *bis in idem*, punindo-se, de forma extremamente severa, aquele que exerce função que não pode ser

entendida como a mais relevante na divisão de tarefas do mundo do tráfico. HC 224.849-RJ, **Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11/6/2013.**

9. Crime do artigo 33 pode absorver o do artigo 34, da Lei nº 11.343/06

O artigo 34, da Lei nº 11.343/06, assim dispõe:

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, *maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto* destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa (BRASIL, 2006, itálico nosso).

Esse artigo tipifica a conduta daquele que possui maquinário ou aparelho destinado ao tráfico. Nesse caso, o STJ entendeu que, dependendo do contexto em que o tráfico de drogas é praticado, o crime previsto no artigo 34 pode ser absorvido pelo do artigo 33. A Quinta Turma do Superior Tribunal entendeu que a prática de mais de uma conduta no mesmo contexto não configura concurso de crimes, por se cuidar de ato preparatório ou sequencial do dolo principal do agente.

O ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do recurso especial abaixo transcrito que discutiu o tema, apontou que os dois dispositivos são muito parecidos, inclusive com a repetição de diversos verbos. Ele destacou que a doutrina esclarece a natureza subsidiária do tipo descrito no artigo

34, razão pela qual deve ser absorvido pelo crime de tráfico, ressalvadas situações excepcionais.

O ministro concluiu que a prática do artigo 33 da Lei de Drogas absorve o delito do artigo 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta.

Segue julgado do STJ que se refere a esse entendimento:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.196.334 - PR (2010/0097420-8)

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE MAQUINÁRIO. ASSOCIAÇÃO. ARTS. 33, 34 E 35 DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DECOTE DE CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. INCIDÊNCIA DE REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA MESMA LEI. PLEITOS INVIÁVEIS NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS NORMAS VIOLADAS. RECURSO ESPECIAL COM MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 2. PEDIDOS QUE DEMANDAM REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DA PROVIDÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI N. 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. POSSE DE INSTRUMENTOS. CRIME MEIO. 4. BALANÇA DE PRECISÃO E SERRA CIRCULAR. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. OBJETOS PRÓPRIOS DO CRIME DE TRÁFICO. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

(...)

3. Há nítida relação de subsidiariedade entre os tipos penais descritos nos arts. 33 e 34 da Lei 11.343/2006. De fato, o tráfico de maquinário visa proteger a “saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida”, ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato

preparatório. Portanto, a prática do art. 33, caput, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. No caso, referida análise prescindir de reexame de fatos, pois da leitura da peça acusatória, verifica-se que a droga e os instrumentos foram apreendidos no mesmo local e num mesmo contexto, servindo a balança de precisão e a serra/alicata de unha à associação que se destinava ao tráfico de drogas, não havendo a autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de bis in idem.

4. Salutar aferir, ademais, quais objetos se mostram aptos a preencher a tipicidade penal do tipo do art. 34 da Lei de Drogas, o qual visa coibir a produção de drogas. A meu ver, deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sob pena de a posse de uma tampa de caneta – utilizada como medidor –, atrair a incidência do tipo penal em exame. Relevante, assim, analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. No caso dos autos, além de a conduta não se mostrar autônoma, verifico que a apreensão de uma balança de precisão e de um alicate de unha não pode ser considerada como posse de maquinário nos termos do que descreve o art. 34 da Lei de Drogas, pois referidos instrumentos integram a prática do delito de tráfico, não se prestando à configuração do crime de posse de maquinário.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para excluir a condenação dos recorrentes Márcia Regina Millezi e Francisco Luís Alves de Lima pela prática do delito do art. 34 da Lei de Drogas. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Julgamento: 19/09/2013. DJE: 26/09/2013.

10. Súmula 501, do Superior Tribunal de Justiça

Recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou nova súmula que veda a combinação de leis em crimes de tráfico de drogas. Sua redação é a seguinte:

É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

O dissídio ocorre porque a Lei nº 6.368/76 estabelecia para o crime de tráfico uma pena de 3 a 15 anos de prisão, mas sem causa de diminuição da pena. A Lei nº 11.343/06 fixou uma pena maior para o traficante, de 5 a 15 anos de prisão, mas criou causa de diminuição (§4º, do artigo 33) de um sexto a dois terços se o réu for primário, tiver bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Ocorre que, no mesmo delito de tráfico (artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e artigo 12 da Lei nº 6.368/76), a lei nova em relação à antiga se tornou mais gravosa em um aspecto e, ao mesmo tempo, mais benéfica em outro. Surgiu, então, a dúvida: se um indivíduo foi condenado, com trânsito em julgado, na pena mínima da lei antiga, que é de 3 anos (na lei nova é de 5 anos), pode esse indivíduo ser beneficiado apenas com a minorante do dispositivo da lei nova?

No STJ, a Sexta Turma entendia ser possível a combinação de leis a fim de beneficiar o réu⁷. Ao unificar o entendimento

⁷ Vide, por exemplo, HC 102544/SP:

CONSTITUCIONAL – PENAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO

das duas Turmas penais, entretanto, prevaleceu na Terceira Seção⁸ o juízo de que não podem ser mesclados dispositivos

33, §4º DA LEI 11.343/2006 – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA PARA APLICAR RETROATIVAMENTE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 22, § 4º, DA LEI 11; 343/06. CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PELO ABERTO, DESDE O INÍCIO E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência ao comando constitucional e legal existente nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. Se o crime foi cometido antes da vigência da atual Lei Antidrogas, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser compatível com análise das circunstâncias judiciais e o *quantum* da pena privativa de liberdade imposta.

4. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.

5. Ordem concedida para aplicar retroativamente a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/e, de ofício, substituir o regime inicial de cumprimento da pena pelo aberto e a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Julgamento em 03 de junho de 2008.

8 Vide, por exemplo, HC 86797/SP, da Quinta Turma do STJ, que nega a combinação de leis:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O ACUSADO OU SENTENCIADO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º., § 2º. DA LEI 8.078/90. PRECEDENTES DO STJ E STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.

mais favoráveis da lei nova com os da lei antiga, pois ao fazer isso o julgador estaria formando uma terceira norma.

A tese consolidada é de que a lei pode retroagir, mas apenas se puder ser aplicada na íntegra. Caberá ao magistrado singular, ao juiz da vara de execuções criminais ou ao tribunal estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado, sem a possibilidade, todavia, de combinação de normas.

3. Na linha da melhor hermenêutica jurídica, tem-se que o conjunto é que compõe a norma e todos os seus preceitos precisam conviver em harmonia e devem ser aplicados de maneira ordenada, sob pena de aquela (norma) perder a sua natureza de ordenação racional.

4. Na hipótese, o § 4o. faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

5. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica interna do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.

6. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2o. do CPB e 5o., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado.

7. O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82.959-7/SP, decidiu ser inconstitucional o § 1o. do art. 2o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, o que autoriza o deferimento do writ para afastar a proibição ao benefício com fundamento no referido dispositivo legal.

8. Ordem parcialmente concedida, mas apenas para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer o paciente, bem como para afastar a proibição de progressão de regime prisional, cuja análise do preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos deverá ser feita nos termos do art. 112 da LEP 11 de março de 2008 (Data do Julgamento).

11. Temática das drogas no Projeto de Novo Código Penal

O Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012, promete revolucionar o Direito Penal do país, ao condensar todo o direito material penal em um só diploma. Dessa forma, em uma mesma lei, teríamos todos os crimes já abordados pelo atual Código, bem como, por exemplo, os crimes contra o idoso, os crimes ambientais e os relacionados a drogas.

Quanto a estes, o Projeto de Lei prevê um capítulo, dentro do Título VII, que vai do artigo 212 ao 224. Talvez a questão mais polêmica de tal Anteprojeto seja a disposição contida no artigo 212, §2°:

Não há crime [de tráfico] se o agente:

I – adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para *consumo pessoal*;

II – semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para *consumo pessoal* (BRASIL, 2012, *itálico nosso*)

No momento da feitura do presente trabalho, o referido Projeto ainda está em tramitação, na fase de recebimento de emendas perante as Comissões. Dessa forma, não é possível precisar se a proposta, da forma como foi colocada acima, permanecerá no texto do novo código. O fato é que, se continuar, a descriminalização do uso de drogas será um grande avanço na política estatal de controle de drogas, focalizando-se a atenção dos poderes constituídos no traficante e no usuário dependente.

12. Conclusão

A despeito de haver determinação legal acerca do regime inicial de cumprimento de pena no caso de condenação por cri-

me de tráfico de drogas, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de fazer a dosimetria individualizando a pena, observando caso a caso as normas do Código Penal que tratam do regime inicial de cumprimento de pena. É possível, em um caso concreto, nos depararmos com sentenças que condenam em tráfico e delimitam o regime inicial semiaberto.

Concluiu-se, na sequência, que é pacífico o entendimento de que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos casos de condenação por tráfico de drogas. Outro ponto, menos pacífico, diz respeito à hediondez do tráfico privilegiado. O STJ entende que é, sim, hediondo, contudo tal posicionamento não é fielmente reproduzido nos Tribunais dos Estados.

Questões mais específicas foram abordadas, como o entendimento de que é incompatível a condenação por associação para o tráfico e por tráfico privilegiado no mesmo contexto; ou como o entendimento de que a conduta prevista no artigo 12, §2º, III, da revogada Lei nº 6.368/76, continua típica, mesmo não havendo reprodução literal de seu conteúdo.

Demonstrou-se, também, que o tipo previsto no artigo 37, da Lei nº 11.343/06, é subsidiário em relação ao do artigo 35, da mesma lei, e que, dependendo do contexto, o crime do artigo 33, da Lei de Drogas, pode absorver o do artigo 34 (que diz respeito ao maquinário), da mesma lei.

A súmula nº 501, do STJ, resolveu anterior e acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da combinação de leis em matéria penal. Tal súmula sedimentou o entendimento de que é cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11.343/06, desde que na íntegra. Ou seja, não é possível a combinação de leis. Fez-se também breve apresentação do Projeto do Novo Código Penal e do tratamento de atipicidade penal que – a princípio – será dado ao usuário de drogas.

Espera-se que as argumentações expostas não percam a utilidade, pois, mesmo que a jurisprudência mude, os entendimentos anteriores servem como base de argumentação e, até mesmo, como razão de novas mudanças.

13. Referências

BRASIL. Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 236/2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Senado Federal. Resolução nº 05, de 15 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC nº 29954/MS, Rel.: Min. Assusete Magalhães, Brasília, DF, 10 de setembro de 2013. *DJe*, 30 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 102544/SP, Rel.: Min. Jane Silva, Brasília, DF, 03 de junho de 2008. *DJe*, 20 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 163545/RJ, Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 25 de junho de 2013. *DJe*, 01 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 86797/SP, Rel.: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 11 de março de 2008. *DJe*, 07 abr. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 224849/RJ, Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 11 de junho de 2013. *DJe*, 19 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1196334/PR, Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. *DJe*, 26 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1199671/MG, Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2013. *DJe*, 06 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1285631/SP, Rel.: Min. Sebastião Reis Junior, Brasília, DF, 24 de outubro de 2012. *DJe*, 19 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1329088/RS, Rel.: Min. Sebastião Reis Junior, Brasília, DF, 13 de março de 2013. *DJe*, 26 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 501, Brasília, DF, 23 de outubro de 2013. *DJe*, 28 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 104339, Rel.: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 10 de maio de 2012. *DJe*, 06 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82959, Rel.: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. *DJe*, 1º set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 97256, Rel.: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. *DJe*, 16 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 101284/MG, Rel.: Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 14 de junho de 2012. *DJe*, 27 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 111840/ES, Rel.: Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 14 de junho de 2012. *DJe*, 17 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2009. *DJe*, 22 dez. 2009.

FARABULINI, Ricardo. Crimes Hediondos: Breves considerações sobre a Lei 8.072/90. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 19, nov 2004. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847>. Acesso em: 30 de outubro de 2013.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, volume 2.

FRANCO, Alberto Silva. *Crime hediondo: um conceito-fantasma à procura de um legislador penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.161, p. 12-13, abr. 2006.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *O fracasso da Lei nº 10.409/02. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4998>>. Acesso em: 1º de novembro de 2013.

MAIA, Luciana Andrade. Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06). In: *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6552/Nova-Lei-de-Drogas-Lei-11343-06>>. Acesso em: 30 de outubro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.12.054100-8/001. Relator: Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo. Belo Horizonte, 17 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0079.11.003389-5/001. Rel.: Des. Júlio César Lorens. Belo Horizonte, 22 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ape-
lação Criminal nº 1.0105.08.247119-1/001. Rel.: Des. Fortu-
na Grion. Belo Horizonte, 22 de outubro de 2013. *DJe*, 31
out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ape-
lação Criminal nº 1.0210.12.002624-5/001. Rel.: Des. Agosti-
nho Gomes de Azevedo. Belo Horizonte, 17 de outubro de
2013. *DJe*, 25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ape-
lação Criminal nº 1.0223.12.003510-8/001. Rel.: Des. Eduar-
do Brum. Belo Horizonte, 23 de outubro de 2013. *DJe*, 30
out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ape-
lação Criminal nº 1.0459.12.002948-1/001. Rel.: Des. Sávio
Chaves. Belo Horizonte, 17 de outubro de 2013. *DJe*, 25 out.
2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ape-
lação Criminal nº 1.0647.07.073697-8/001. Rel.: Des. Corrêa
Camargo. Belo Horizonte, 23 de outubro de 2013. *DJe*, 30
out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ape-
lação Criminal nº 1.0687.12.005320-6/001. Rel.: Des. Júlio
César Lorens. Belo Horizonte, 22 de outubro de 2013. *DJe*,
25 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Em-
bargos de Declaração nº 1.0480.12.0051226/003. Rel.: Des.
Cássio Salomé. Belo Horizonte, 17 de outubro de 2013. *DJe*,
25 out. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos: Comentários, Jurisprudência e prática à luz da Lei 10.409/02*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0447692-05.2012.8.19.0001. Rel.: Des. José Muinos Pineiro Filho. Rio de Janeiro, *DJe*, 15 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0045225-84.2013.8.19.0001. Rel.: Des. M. Sandra Kayat Direito. Rio de Janeiro, *DJe*, 15 out. 2013.

Artigo recebido em: 27/11/2013

Artigo aprovado em: 11/08/2014

DOI:

247 - 280
Artigo

**O VALOR PROBATÓRIO DO
INQUÉRITO POLICIAL**

LUIZ HENRIQUE NOGUEIRA ARAÚJO MIRANDA

O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

PROBATIONARY VALUE OF POLICE INVESTIGATION

LUIZ HENRIQUE NOGUEIRA ARAÚJO MIRANDA

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

lhmiranda.lui@gmail.com

RESUMO: O inquérito policial é um instrumento de investigação preliminar criado pelo Decreto Imperial nº 4.824/1871; hoje está previsto nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal. O objetivo primevo e fundamental do inquérito é apontar indícios e somente indícios de autoria e materialidade delitivas de um determinado crime, para que, se necessário, o Ministério Público, titular da ação penal, venha a oferecer a denúncia em face do investigado. Busca-se, por meio deste artigo, realizar uma análise doutrinária do Inquérito Policial, o sistema processual penal no qual este está inserido, bem como verificar em que medida os atos produzidos nesta fase preliminar podem ser formadores do convencimento do julgador, capaz de, com base em sua livre convicção, proferir uma decisão condenatória em desfavor do réu.

PALAVRAS-CHAVE: processo; sistema inquisitivo; sistema acusatório; inquérito policial; valor probatório.

ABSTRACT: The police inquiry is a preliminary research tool created by imperial decree at 4.824/1871 that today is referred to in Articles 4 to 23 of the Code of Criminal Procedure. The primal and fundamental purpose of the survey is to point out evidence and only evidence of authorship and materiality of a particular criminal offense, so that if necessary, the prosecutor, head of the criminal action, will offer in the face of the complaint investigated. One aim, through this, perform a doctrinal analysis of the police inquiry, the criminal justice system of which it is part, and determining the extent to which acts produced at this preliminary stage may be forming the conviction of the judge, able to in its free conviction, utter a judgment of conviction against the defendant.

KEYWORDS: process; inquisitive system; adversarial system; police inquiry; evidentiary value.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O inquérito policial. 3. Das provas. 3.1. Prova processual penal. 3.2. O ônus da prova. 3.3. Meios de prova. 3.4. Provas repetíveis e irrepetíveis. 4. Sistema de avaliação da prova. 4.1. Sistema da íntima convicção ou da prova livre. 4.2. Sistema das provas legais. 4.3. Sistema da persuasão racional. 5. Sistemas processuais penais. 5.1. Sistema acusatório. 5.2. Sistema inquisitivo. 5.3. Sistema misto. 6. O valor probatório do inquérito policial. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

O modelo de investigação realizado hoje no Brasil recebe muitas críticas doutrinárias por ainda estar inserido no obsoleto sistema inquisitivo de processo. Durante toda a evolução histórica processual brasileira, o inquérito policial se manteve estagnado, não garantidos ao investigado sequer os princípios fundamentais expressamente previstos na Constituição da República de 1988, quais sejam: o contraditório e a ampla defesa.

Mitigar tais princípios na atualidade é desconsiderar todo o processo evolutivo que tivemos durante anos e retroceder à época das inquisições. Garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa é direito de qualquer pessoa, em qualquer tipo de processo ou procedimento. Se assim não o fosse, não estariam previstos na Constituição da República de 1988 como direitos e garantias fundamentais. Desta feita, é inadmissível que se permita investigar uma pessoa, sem oportunizar a esta qualquer tipo de defesa prévia.

Não obstante, ao juiz competente, conforme determina o Código de Processo Penal no seu artigo 155, é permitido decidir conforme sua livre convicção, podendo basear-se nos elementos colhidos em sede de investigação, se estes não forem as únicas provas dos autos.

Ora, nada mais fácil que contornar a taxatividade do artigo. Nada incomum é a infeliz prática de condenação com base nas provas do inquérito, acobertadas por simples testemunhos repetidos em juízo.

A interpretação feita no artigo 155 do Código de Processo Penal deve ser realizada de forma sistemática, confrontando-a com o Direito na sua totalidade, o que significa dizer,

conjugando-a com outras normas, com princípios e costumes acolhidos pelo Estado, de maneira a dar-lhe um sentido que encontre consonância com os postulados de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, restará demonstrado que o inquérito policial, para fins de prova na esfera criminal, tem um valor relativo, não devendo ser por certo elemento suficiente para uma sentença condenatória.

2. O inquérito policial

O conceito de inquérito policial é uniforme em toda a doutrina brasileira, sendo definido como um procedimento administrativo, informativo, preparatório para a ação penal, que busca apontar indícios de autoria delitiva e materialidade delitiva para que o Ministério Público, ou o particular, possa propor a denúncia (Ministério Público) ou a queixa (ofendido).

Quanto à sua natureza jurídica, podemos dizer que é administrativa, pois se trata de um procedimento realizado por um órgão Estatal, não possuindo vínculo direto com o Poder Judiciário, não podendo ser considerada, de fato, uma atividade jurisdicional.

Além de administrativo, o inquérito policial possui algumas características marcantes, por ser sigiloso, inquisitivo e escrito.

No que tange ao sigilo, este está expresso no artigo 20 do Código de Processo penal, que determina que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Pela letra da lei, usando-se da interpretação gramatical, extrai-se que o sigilo no inquérito policial se dá ou pela existência de um inconveniente na elucidação dos fatos ou pelo interesse da sociedade. Inexistindo ambas as situações, a au-

toridade que preside o inquérito poderá permitir o acesso de qualquer interessado na consulta aos autos.

Lado outro, o sigilo supracitado não é absoluto, uma vez que, inexistindo inconvenientes à elucidação dos fatos ou ao interesse da sociedade, nada impede que a autoridade policial permita acesso a quem manifestar interesse em analisá-los.

Vale ressaltar que para os advogados o acesso aos autos do inquérito é amplo e irrestrito, conforme preceitua o artigo 7^a da Lei nº 8.906/94¹, que lhes permite até fazê-lo sem procuração, ainda que conclusos.

Porém, na prática não é o que se vê. Atualmente o que é autorizado para consulta são apenas os documentos já juntados aos autos, ou seja, o que ainda não foi para os autos não é de livre acesso para o advogado. Desta forma, fica o defensor impossibilitado de verificar vários dos elementos informativos colhidos durante o inquérito, simplesmente por não estarem disponíveis nos autos do inquérito policial.

Quanto ao caráter inquisitivo, podemos afirmar que este se dá pela ausência do contraditório no processo administrativo, em que o acusado se torna objeto de investigação, bem como pela discricionariedade que possui a autoridade policial de realizar todas as investigações necessárias à elucidação do fato, realizar as diligências que julgue necessário e requerer as diligências. Portanto, impossibilitar o contraditório e a ampla defesa durante a fase de inquérito é atestar o seu caráter inquisitorial.

1 Lei 8.906/94, art. 7º - “São direitos do advogado: [...] XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

Por fim, dizemos que o inquérito policial deve ser escrito, uma vez que não há possibilidade de se fazer apenas registro oral, pois as peças são elaboradas com o intuito de dar base a uma futura ação penal, explicitando as provas colhidas durante toda a investigação, devendo ser, inclusive datilografados e rubricados pela autoridade judicial.²

No que tange a competência para a presidência do inquérito policial, usualmente cabe à autoridade policial, isso porque, em alguns casos, esta será definida por lei. Assim dispõe Tourinho Filho:

A quem cabe a presidência do inquérito? Normalmente à autoridade policial. Em alguns casos, não. Vejam-se, a propósito: a) o art.41, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8625, de 12-2-1993); b) o art. 43 e respectivo parágrafo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; c) a Súmula 397 do Supremo Tribunal Federal; d) o art.33 da Lei Complementar n.35, de 14-3-1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional); e) o art.58 do Regimento Interno do STJ. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 68)

Portanto, é cediço que o inquérito, precipuamente, tem por competente a polícia judiciária, presidido pela autoridade policial. Em casos específicos, este poderá ser instaurado e conduzido por outros órgãos estatais, desde que previsto pela norma jurídica vigente.

O início do inquérito policial dependerá da natureza do crime em questão. Isso porque a instauração do inquérito será de ofício, se tratar de ação penal pública incondicionada; porém, se o crime for de ação penal pública condicionada a representação, ou de

² Art. 9º do Código de Processo Penal: “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, realizadas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

ação penal privada, a autoridade policial dependerá da representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Lado outro, tratando-se de prisão em flagrante delito, a peça inaugural do inquérito policial será o próprio auto de prisão em flagrante.

Ressalta-se também que, em casos de infrações de menor potencial ofensivo, nos quais a pena máxima cominada no tipo penal não ultrapasse 2 (dois) anos, não é necessário o processamento de um inquérito, podendo a autoridade policial elaborar apenas um Termo Circunstanciado de Ocorrência, o famoso TCO.

Quando a notícia do crime chega à autoridade policial, esta deverá realizar as diligências previstas no artigo 6º do Código de Processo Penal.

As regras ali elencadas são taxativas, visto que o verbo utilizado no *caput* é “deverá”, porém, na prática se vê o contrário. As regras impostas pelo artigo 6º do código de processo penal são de cunho meramente exemplificativas, uma vez que fica a cargo da discricionariedade da Autoridade realizá-las ou não.

Ainda sobre a discricionariedade em realizar as diligências, Fernando da Costa Tourinho Filho afirma:

Dispondo o art. 6º do CPP sobre o que poderá fazer a Autoridade Policial ao tomar conhecimento da prática de uma infração penal, pode parecer dever ela realizar todas as diligências ali referidas. Obviamente não é assim. Tudo dependerá da natureza da infração e do caso concreto. Se esta ou aquela infração exigir tais ou quais providências, deverão elas ser realizadas [...]. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 84).

O artigo 7º do Código de Processo Penal permite ainda que a autoridade policial faça uma simulação dos fatos, para verificar com mais clareza o modo como fora realizada aquela infração

penal, “desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”³. Assim segue Guilherme de Souza Nucci:

Reconstituição do crime: em casos específicos, como ilustram os homicídios e suas modalidades tentadas, pode tornar-se importante fonte de prova, até mesmo para aclarar ao juiz e aos jurados, no Tribunal do Júri, como se deu a prática da infração penal. A simulação é feita utilizando o réu, a vítima, e outras pessoas convidadas a participar, apresentando-se, em fotos e esquemas, a versão oferecida pelo acusado e a ofertada pelo ofendido ou outras testemunhas. Assim, visualizando o sítio dos acontecimentos, a autoridade judiciária, o representante do Ministério Público, e o defensor poderão formar, com maior eficácia, suas convicções. (SOUZA NUCCI, 2008, p. 96).

Conforme preceitua o artigo 9º do Código de Processo Penal, as peças do inquérito policial deverão ser reduzidas a escrito, datilografadas e rubricadas pela autoridade policial.⁴

Quanto à conclusão do inquérito policial, este deverá terminar no prazo de 10 dias, em caso de indiciado preso em flagrante ou preventivamente, ou em 30 dias em caso de indiciado solto, conforme preceitua o artigo 10 do Código de Processo Penal.⁵

3 Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

4 Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

5 Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade

Na ótica da prisão temporária, Guilherme de Souza Nucci aduz:

O Cômputo do prazo de prisão temporária: cremos que se inclui no montante estipulado neste artigo para a prisão preventiva (quando houver flagrante, não cabe falar em prisão temporária), pela própria natureza cautelar dessa modalidade de prisão. Note-se que a prisão temporária possui prazo de 5 dias, prorrogáveis por outros 5, totalizando 10, exatamente o que é previsto para um indiciado ficar preventivamente preso durante o inquérito, antes da denúncia. E mais: a possibilidade de decretação da prisão preventiva durante a investigação foi inserida na lei, quando inexistia a temporária. Atualmente, dispondo a polícia judiciária desta última, cremos estar praticamente encerrada a possibilidade de se decretar a preventiva durante o inquérito, salvo raríssimas exceções (como, por exemplo, quando já houver elementos suficientes para a direta decretação da preventiva de pessoa solta para, em seguida, haver o oferecimento de denúncia, dispensando-se a temporária). Em se tratando de crime hediondo, no entanto, ela é de 30 dias (que se pode tornar 60) em 10 dias, logo não há cabimento para a decretação da preventiva, ao final da temporária. Simplesmente, deve-se considerar inexistente a prisão preventiva decretada no inquérito da pessoa já detida por 30 ou 60 dias, em virtude de prisão temporária. (SOUZA NUCCI, 2008, p. 100-101).

Existem ainda outros prazos para conclusão do inquérito como o da Lei ° 5010/66, que organiza a Justiça Federal de primeira instância (prazo de 15 dias, prorrogável por mais 15 se necessário), o da Lei [de Tóxicos] n° 11.343/2006 (30 dias indiciado preso e 90 indiciado solto), o da Lei n° 1.521/51 dos Crimes Contra a Economia Popular (prazo de 10 dias), o do Processo Penal Militar (prazo de 40 dias indiciado solto e 20 se preso,

poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

prorrogável por mais 20 se necessário) e quando se tratar dos crimes de competência originária dos Tribunais, previstos na Lei nº 8.038/90 (prazo de 15 dias).

Concluídas todas as diligências e apuradas todas as provas necessárias à elucidação do fato, deverá a autoridade judicial fazer um relatório, nos próprios autos, de tudo quanto houver averiguado nas investigações, remetendo-os, por fim, ao juiz competente.

Remetidos os autos ao juiz competente, este abrirá vista ao Ministério Público, que poderá utilizar-se ou não dos autos do inquérito policial para a propositura da denúncia. Se este servir de base para a denúncia, deverão os autos do inquérito acompanhá-lo⁶. Se não subsidiar minimamente a denúncia, deverá ser requerido o seu arquivamento.

Ante o exposto, fica clara a disponibilidade do inquérito policial, não sendo esta um requisito para a propositura da ação penal, uma vez que, havendo provas suficientes e idôneas que sustentem a acusação, nada impede que a fase do inquérito seja superada.

É vedado à autoridade policial mandar arquivar os autos do inquérito policial⁷. Isso porque à autoridade policial cabe somente a presidência do inquérito, ou seja, realizar diligências, requerer diligências e colher os elementos informativos para a ação penal. Assim entende Tourinho Filho:

Vimos que a finalidade precípua do inquérito consiste em apurar a infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal seja o Ministério Público, seja o particular, possa exercer o *jus accusationis*. À Polícia Civil (ou Judici-

6 Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

7 Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

ária, como diz o Código) cumpre colher os elementos de informação. Não cabe à Autoridade Policial dizer p. ex., que o indiciado não agiu em legítima defesa, estado de necessidade, que não se houve com culpa etc. Não deve, enfim, a Autoridade Policial apreciar os autos do inquérito policial e sobre eles emitir um juízo de valor. A opinião delicti cabe ao titular da ação penal e não aquele que se limita, simplesmente, a investigar o fato infringente da norma e quem tenha sido o seu autor. Por isso mesmo não pode, em qualquer circunstância, determinar o arquivamento dos autos do inquérito. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 106).

Portanto, para os crimes de ação penal pública incondicionada, o arquivamento dos autos do inquérito só poderá ser requerido pelo membro do Ministério Público.

Já nos crimes de ação penal privada, o inquérito policial poderá ser arquivado quando o titular da ação penal não intentá-la.

Ressalta-se que, mesmo ordenado o arquivamento pelo Juiz, por falta de elementos para a propositura da ação penal pelo Ministério Público, a autoridade policial, se ciente de novas provas, poderá desarquivar os autos do inquérito e realizar novas investigações⁸, isso porque o despacho que determina o arquivamento do inquérito não faz coisa julgada.

Portanto, verificamos que o inquérito policial poderá ser arquivado somente por requerimento do Ministério Público, que é o titular da ação penal, e por determinação do juiz titular, ficando a autoridade policial a cargo apenas de presidência e condução do inquérito. Quando se tratar de ação penal privada, os autos do inquérito poderão ser arquivados se o titular

8 Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

da ação não intentá-la⁹. Surgindo novas provas, a autoridade policial presidente do inquérito poderá mandar desarquivar os autos do inquérito para a realização de novas investigações e novas diligências.

3. Das provas

3.1. Prova processual penal

A prova processual penal é de suma importância para o processo penal, pois é através dela que as partes poderão demonstrar a veracidade de suas afirmações e levar o julgador a proferir a sentença a seu favor.

Outrossim, para que o juiz venha a proferir uma sentença condenatória, é necessário que este tenha certeza da materialidade, bem como da autoria delitiva. Será neste ponto que a prova processual penal terá sua maior relevância, uma vez que, só através dela, o julgador poderá ter a convicção que necessita para dar seu pronunciamento. Ainda sobre o juiz da causa, este deverá se manter afastado da produção da prova, já que é assegurado no artigo 5º, inciso LII, da Constituição da República de 1988 o princípio do juiz natural e da imparcialidade do juiz.

Quanto a esse tema, leciona Capez:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados

⁹ Art. 19. Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto. (CAPEZ, 2003, p. 251).

A prova é o meio pelo qual se busca a verdade dos fatos, a verdade processual, a certeza e a veracidade das alegações. Nicola Framarino dei Malatesta reflete:

As provas são um modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade. [...] A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza. (MALATESTA, 2013, p. 101).

Quanto à finalidade da prova, esta será utilizada para demonstrar um ponto de vista, confirmar uma tese, buscando-se sempre a verdade atingível ou possível, para convencer o juiz da causa a dar o seu provimento favorável.

Esclarece Tourinho Filho:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido pelo Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então, de que ocorreram desta ou daquela maneira. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 523).

Portanto, vimos que a prova nada mais é que um meio pelo qual se tentará se estabelecer a verdade processual dos fatos, para que o julgador, através da sua livre apreciação, possa

chegar a uma conclusão acerca da existência ou não dos fatos narrados no processo penal.

Desta feita, o objeto da prova é todo fato ainda não elucidado pelas partes, ou seja, o objeto da prova é o fato a ser apurado.

Em outras palavras, objeto da prova é toda circunstância sobre a qual recai uma incerteza e que precisa ser elucidada ao juiz para o deslinde da causa.

3.2. O ônus da prova

O Código de Processo Penal brasileiro adotou a regra do *actori incumbit probatio*, ou seja, é responsável pela produção da prova aquele que alega.¹⁰

Lado outro, o artigo 156 abre uma faculdade ao juiz da causa, que poderá, mesmo antes da ação penal, requerer a produção antecipada das provas consideradas urgentes e relevantes, ou até mesmo, durante a instrução, determinar a realização de diligências para ajudar na definição de um ponto relevante ainda não esclarecido.

Guilherme de Souza Nucci aduz:

Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir a prova, o que ocorre quando alega,

10 Art. 156 A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. (NUCCI, 2008, p. 344).

Portanto, vimos que o ônus da prova cabe a quem fizer a alegação, porém tal preceito não é absoluto, visto que o Juiz poderá requerer a produção antecipada de provas ou a realização de diligências para dirimir dúvidas quanto a um fato relevante e duvidoso.

3.3. Meios de prova

Meios de prova são todas as formas de produção probatória em direito admitidas, que possam servir para elucidação de um fato ainda indefinido em busca da verdade processual. Segundo Tourinho Filho,

É tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, informação da vítima, reconhecimento, tudo são meios de prova”. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 524).

Os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos, devendo somente ser levados em consideração pelo juiz aqueles que forem lícitos, salvo os favoráveis à defesa e as provas derivadas da ilícita, no caso de ausência denexo de causalidade ou presença de fonte independente.

Depois de realizado o estudo dos meios de prova, cabe a nós analisarmos as espécies de prova que se encontram elencadas no Código de Processo Penal nos artigos 158 a 239.

O rol de provas existente no Código de Processo Penal é meramente exemplificativo, visto que mitigar um meio de produção de prova em desfavor de quaisquer que sejam as partes litigantes do processo seria uma violação aos princípios da ampla defesa e da verdade real.

Porém a liberalidade na produção probatória não é absoluta, pois existem algumas restrições legais como a exigência de corpo de delito para infrações que deixarem vestígios e a vedação daquelas provas obtidas por meio ilícito etc. (CAPEZ, 2003).

As principais espécies de prova estão subdivididas no Código de Processo Penal em três blocos distintos, sendo elas a testemunhal, a documental e a pericial.

A prova testemunhal é colhida através da declaração de uma pessoa arrolada pela acusação (Ministério Público ou querelante) ou pela defesa, que é requisitada para prestar informações sobre determinado fato que tenha presenciado ou do qual tenha apenas o conhecimento. A produção da prova testemunhal deve ser acompanhada por um juiz, pelo advogado e pelo Promotor de Justiça, observando-se sempre o princípio do contraditório e da ampla defesa.

No tocante às provas periciais, estas se encontram elencadas nos artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal.

A perícia é um exame realizado por peritos oficiais ou pessoas idôneas, que possuem conhecimento técnico acerca da situação, feita sobre os vestígios da infração, podendo ela ser direta ou indireta, com o objetivo de comprovar (provar) a veracidade de certo fato ou circunstância.

A perícia direta é aquela realizada imediatamente sobre os vestígios da infração. Já a perícia indireta é aquela feita sobre documentos.

Por fim, tem-se a análise dos documentos, que são nada mais nada menos que escritos. Os documentos são qualquer instrumento representativo de um fato, podendo ser uma car-

ta, um traslado, uma fotografia, uma pintura, um CD, DVD, ou até mesmo um vídeo.¹¹

3.4. Provas repetíveis e irrepetíveis

As provas repetíveis são aquelas que podem e devem, no decorrer do processo, ser repetidas, reproduzidas, confirmadas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Trata-se das provas que não se esvaem pelo tempo, como, por exemplo, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas e documentos. Nesta ótica se vai Aury Lopes Jr:

[...] as provas de cunho renováveis, ou repetíveis, como a testemunhal, reconhecimentos etc, para ingressarem no mundo valorativo do processo e serem consideradas na sentença, devem ser reproduzidas em juízo, com a participação da defesa e acusação, levando em consideração a forma de produção dessas provas e assegurados as garantias constitucionais. (LOPES JR., 2008, p. 279).

Já as provas irrepetíveis ou não renováveis são aquelas que não têm a possibilidade de ser repetidas em juízo, que, se não produzidas de pronto, correm o risco de se perderem com o tempo. Sobre as provas irrepetíveis, preceitua Aury Lopes Jr.:

As provas não-repetíveis ou não-renováveis são aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. Na grande maioria dos casos, trata-se de provas técnicas que devem ser praticadas no curso do inquérito policial e cuja realização não pode ser deixada para um momento ulterior, já na fase processual. (LOPES JR., 2008, p. 281-282).

11 Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Desta forma, as provas repetíveis, para que sejam valoradas em sede de sentença, deverão ser reproduzidas na fase processual; já as provas não repetíveis, conforme preceitua o artigo 155 do Código de Processo Penal, poderão ser utilizadas para embasar uma decisão judicial, visto que, se não forem realizadas de pronto, perderão validade pelo passar do tempo.

4. Sistemas de avaliação da prova

Após a fase de produção probatória, vem a última etapa da instrução criminal, que é a fase de avaliação das provas. Trata-se de um trabalho meticuloso realizado pelo julgador, em que este deverá ou deveria, afastado de pré-julgamentos, atribuir um valor às provas, para então proferir sua decisão de mérito.

Os sistemas de avaliação das provas passaram por diversas fases, amoldando-se à sociedade e ao Direito vigente em cada período. São três os principais sistemas, comentados em seguida.

4.1. Sistema da íntima convicção ou da prova livre

Neste sistema, o julgador não é obrigado a fundamentar a sua decisão. O juiz analisa a prova como lhe convier, podendo até julgar sem embasamento probatório. É uma decisão partida da convicção íntima do juiz, sem a necessidade de fundamentar a sentença.

Neste sentido, entende o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho:

Segundo esse sistema, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levaram a proferir a decisão. O Juiz

atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo provas nos autos. Ele decide de acordo com a sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentar a decisão. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 537).

Tal sistema se encontra em desconformidade com a Constituição da República de 1988, que prevê em seu artigo 93, inciso IX, a fundamentação das decisões:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sobe pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 537).

Porém, este ainda é utilizado no que tange ao tribunal do júri, onde os jurados, pessoas do povo, possuem a discricionariedade de julgar conforme a sua livre convicção, sem necessidade de fundamentação de sua decisão. Sobre o tema leciona Souza Nucci:

É o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto. (SOUZA NUCCI, 2008, p. 339).

Tal estrutura é característica do sistema inquisitorial de processo, uma vez que não há sequer a garantia da fundamentação da decisão; o juiz poderá decidir com base no que achar pertinente, inclusive em provas e conhecimentos extra-au-

tos, abrindo um leque enorme para julgamentos pautados de parcialidade e prejulgamentos subjetivos intimistas.

4.2. Sistema das provas legais

O sistema das provas legais é completamente oposto ao da íntima convicção. Trata-se de um modelo em que o julgador está adstrito às provas existentes nos autos.

Assim leciona Tourinho Filho:

Abolido o sistema da íntima convicção, surgiu o das provas legais, que suprimia ou restringia a faculdade de apreciação das provas. Trata-se de sistema diametralmente oposto ao da íntima convicção. Enquanto naquele o legislador demonstra sua desconfiança no Juiz, neste (íntima convicção) há inteira e absoluta confiança. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 537).

Neste sentido, a lei exigia que os fatos fossem provados de maneira determinada, prevendo até o valor da prova e os requisitos da prova. Sobre o tema coaduna Tourinho Filho:

O conhecido brocardo *testis unus testis nullus* (um só testemunho não tem valor probatório) tinha, no sistema das provas legais, inteira aplicação. Os códigos de Processo Civil e Penal, ainda guardam lembranças do sistema das provas legais. Assim, p. ex., não vale apenas a prova testemunhal nos contratos cujo valor ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País (art. 401 do CPC). O art.62 do CPP exige, como prova da morte do indiciado ou réu, a certidão de óbito, e, nos crimes que deixam vestígios, o exame de corpo de delito, direto ou indireto, é de rigor, sob pena de nulidade, *ex vi* do art. 564, III, b, do CPP. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 538).

Portanto, conforme visto, o sistema das provas legais ainda possui aplicação no que tange a Processo Penal e Processo Civil, quando da exigência de um meio probatório para determinadas situações.

4.3. Sistema da persuasão racional

O sistema da persuasão racional também é conhecido como sistema da livre convicção, e é hoje o procedimento de avaliação das provas adotado pelo Código de Processo Penal. Neste sistema são admitidos todos os meios de provas, tendo o juiz inteira liberdade para avaliar as provas produzidas. Lado outro, não é facultado ao juiz proferir decisão com base em conhecimentos extra-autos. Desta forma, o magistrado formará sua livre convicção, sempre com base nas provas produzidas e sempre fundamentando sua decisão.

Sobre o sistema da livre persuasão, leciona Tourinho Filho:

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coactar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, como acontecia com o sistema das provas legais, está o sistema da livre convicção ou do livre convencimento. De modo geral, admitem-se todos os meios de prova. O juiz pode desprezar a palavra de duas testemunhas e proferir sua decisão com base em depoimento de uma só. Inteira liberdade tem ele na valoração das provas. Não pode julgar de acordo com conhecimentos que possa ter extra-autos. Não se inclui nessas restrições o uso das máximas da experiência, produto do *quod plerumque accidit* – do que normalmente acontece. Se o Juiz tiver conhecimento da existência de algum elemento ou circunstância relevante para o esclarecimento da verdade, deve ordenar que se carregiem para os autos as provas que se fizerem necessárias. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 538).

Portanto, trata-se de um sistema em que o juiz, ao apreciar a prova, poderá avaliá-la de forma livre e afastá-la, desde que a sentença tenha fundamento em outras provas judiciais.

5. Sistemas processuais penais

São três os sistemas processuais penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro: O sistema inquisitivo ou inquisidor, o sistema acusatório e o sistema misto ou acusatório formal.

5.1. Sistema acusatório

O sistema acusatório é marcado por assegurar garantias e princípios inerentes ao acusado, bem como por ter as funções de investigar, acusar e julgar bem definidas e distribuídas a diferentes órgãos do poder público. Assim Tourinho Filho aponta os traços mais marcantes deste sistema:

- a) o contraditório, como garantia político-jurídico do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo sem provocação da parte (ne procedat iudex ex officio – o Juiz não pode dar início ao processo por sua própria vontade); e) o processo pode ser oral ou escrito, f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois ‘non debet licere actori, quod reo non permittitur’ (não deve ser lícito ao autor o que não é permitido ao réu) g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado. Presentemente, a função acusadora, em geral cabe ao Ministério Público, mas o fato de a acusação ser conferida também, ao ofendido, nos casos previstos em lei ou a qualquer do povo

como na hipótese de impeachment, não desnatura o processo acusatório. (TOURINHO FILHO 2008, p. 34).

Conforme aduz Aury Lopes Junior,

O sistema acusatório, remonta ao Direito Grego, em que havia a participação direta do povo quanto do exercício da acusação, neste viés a acusação era popular para crime considerados graves e quanto feito por uma pessoa aos menos graves tinha cunho particular. (LOPES JR., 2006).

Hoje a função de acusar pertence em regra ao Estado, que a confere ao órgão do Ministério Público, nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada a representação.

O sistema acusatório de processo é visto hoje como o modelo ideal a ser implantado no Brasil. Diferente do que é dito em algumas doutrinas, hoje o sistema de processo penal brasileiro é o inquisitorial, mas com traços de acusatório. São diversos os artigos que remontam ao sistema inquisitivo de processo no nosso Código de Processo Penal. O sistema acusatório é o que mais se aproxima daquele proposto por um Estado Democrático de Direito, pois nele são assegurados aos acusados em geral direitos e garantias a eles inerentes.

Diferente do processo acusatório, em que há garantias e liberdades processuais, o processo inquisitório segue a mão oposta, pois nele há uma supressão de direitos do acusado, bem como as funções acusatória e julgadora se encontram concentradas em uma só pessoa, o juiz.

5.2. Sistema inquisitivo

O processo inquisitivo é marcado pela supressão de direitos e garantias ao acusado. Neste sistema processual, o juiz

da causa possui a discricionariedade de iniciar a ação, acusar e julgar, ou seja, é este que irá dar início, de ofício, ao processo, bem como poderá colher as provas e, ao final, aplicar pena ao acusado, exercendo a função julgadora. Preceitua Tourinho Filho:

O processo do tipo inquisitório é a antítese do acusatório. Não há o contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras da igualdade e liberdades processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este parece em uma situação de tal subordinação que se figura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 35).

Tratando-se de inquérito policial, pode-se dizer que este é absolutamente inquisitivo, pois, no seu procedimento, não se observam direitos e garantias do acusado, como do contraditório e da ampla defesa. No procedimento de inquérito, o acusado é objeto da investigação e sobre ela nada pode alegar.

Até mesmo as diligências requeridas pela defesa durante a investigação poderão ser aceitas ou não, conforme a discricionariedade da autoridade policial.

Outrossim, as provas produzidas durante o inquérito não são judiciais, são meros indícios, e sobre estes não há oportunidade de defesa por parte do indiciado. Não obstante, a autoridade policial possui discricionariedade para realizar todas as investigações necessárias à elucidação do fato, realizar as diligências que julgue necessário, bem como requerer as medidas, tudo nas mãos de somente um órgão estatal.

Portanto, trata-se de um sistema completamente contrário ao Estado Democrático de Direito, um sistema fechado, antiquado e que fere de morte os preceitos trazidos na Constituição da República de 1988.

5.3. Sistema misto

Trata-se de um sistema processual híbrido que abrange tanto o sistema acusatório quanto o inquisitivo.

Neste sentido preceitua Tourinho Filho:

Finalmente o processo de tipo misto. Desenvolve-se em três etapas: a) a investigação preliminar, a cargo da Polícia Judiciária, sob a orientação do Ministério Público; b) instrução preparatória, a cargo do Juiz Instrutor; e c) fase do julgamento. Das duas primeiras não participa a Defesa. Na fase do Julgamento, o processo se desenvolve *contradictoirement*. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 35-36)

Mirabete segue a mesma premissa:

O sistema misto, ou sistema acusatório formal, é constituído de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo contraditório (de julgamento). [...] no direito contemporâneo o sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local e se subdivide em duas orientações, segundo a predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão. (MIRABETE, 2003, p. 41).

Diz-se misto, pois, durante a fase de investigação, que ocorre através dos inquéritos, é utilizado o sistema inquisi-

sitivo, em que não há participação da defesa. Depois de concluídas as investigações, inicia-se uma fase preparatória do processo penal, para que só então, na fase processual, recebida a denúncia ou a queixa, a defesa possa se valer do contraditório e da ampla defesa.

O problema deste sistema é acreditar que, na fase de instrução processual, haverá um sistema acusatório puro, o que de fato não ocorre.

6. O valor probatório do inquérito policial

Delinear o valor probatório do inquérito policial é determinar o grau de admissibilidade das provas obtidas durante esta fase precedente à ação penal, que é o inquérito.

Quanto ao tema, alguns doutrinadores apontam que o inquérito policial é apenas uma instrução, e desta forma as provas produzidas nesta fase deveriam ser confirmadas em juízo. Outros argumentam que o caráter inquisitivo do inquérito policial o impossibilita de ter algum valor probante, tratando-se apenas de uma peça informativa; há também aqueles que defendem sua utilização plena na sentença penal condenatória.

Quanto à primeira hipótese, Rangel leciona o que se segue:

A resposta, para nós, a esta indagação, encontra-se na própria natureza jurídica acima mencionada, bem como na essência do princípio da verdade processual, sem olvidar o sistema de provas adotado pelo Código: livre convicção. [...] É cediço que o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas (cf. Art. 155 do CPP, com redação da Lei 11.690/08), não podendo ser criada nenhuma regra de imposição sobre a apuração e descoberta da verdade, senão a prevista dentro

dos limites da prova (cf. Arts. 5º, LVI, da CRFB c/c 155 do CPP). Porém, a valoração dos elementos colhidos na fase do inquérito somente poderá ser feita se em conjunto com as provas colhidas no curso do processo judicial, pois, sendo o inquérito, meramente, um procedimento administrativo, de característica inquisitorial, tudo o que nele for apurado deve ser corroborado em juízo. O inquérito, assim, é um suporte probatório sobre o qual repousa a imputação penal feita pelo Ministério Público, mas que deve ser comprovada em juízo, sob pena de se incidir em uma das hipóteses do art. 386 do CPP. [...] A lei veda, expressamente, que o juiz condene o réu com base apenas nas provas (rectius= informações) colhidas durante a fase do inquérito policial, sem que as elas sejam corroboradas no curso do processo judicial, sob o crivo do contraditório, pois a “instrução” policial ocorreu sem a cooperação do indiciado e, portanto, inquisitorialmente. (RANGEL, 2009, p. 75-76).

Outrossim, ao completar seu raciocínio, Rangel aponta:

A expressão “exclusivamente” não pode autorizar o interprete a pensar que, se há provas no IP e há provas no curso do processo o juiz possa fundamentar sua sentença com base nas duas fases (policial e judicial). A sentença deve ser motivada com base nas provas existentes no processo judicial. Não pode e não deve o juiz se referir, em sua fundamentação, as informações contidas no IP, salvo as informações cautelares, não repetíveis e antecipadas. (RANGEL, 2009, p. 76).

De forma contrária entende Muccio, ao afirmar que as provas obtidas em fase de inquérito podem sim ser utilizadas pelo juiz:

É comum, tanto na doutrina como na jurisprudência, sustentar que o juiz não pode condenar só com a prova do inquérito, porque nele não se observa o contraditório, pois

é sigiloso e inquisitivo, postergando-se a ampla defesa, uma vez que as provas também são colhidas pela autoridade policial e não por um juiz de direito, sendo apenas de conteúdo informativo, cuja finalidade é fornecer os elementos necessários ao titular da ação penal (ministério Público ou ofendido), para que ele possa exercê-la. [...] Adotado o princípio do livre convencimento, é evidente que o juiz pode, para firmá-lo valer-se da prova colhida no inquérito, ainda que na fase judicial não seja reproduzida. (MUCCIO, 2009, p. 204-205).

Acredita Muccio que não há óbice para o juiz sustentar sua decisão em elementos colhidos em fase de investigação preliminar, uma vez adotado no Brasil o princípio do livre convencimento. Outrossim, Muccio aponta que as provas ir-repetíveis e antecipadas possuem plena validade probante para o juiz da ação penal.

A prova pericial, portanto, feita na fase inquisitorial por órgão oficial do Estado, sendo de natureza técnica, tem plena validade, muito embora possa ser infirmada por outra prova, inclusive por outro laudo. Mas, ainda que possível, não será refeita na fase judicial, haja vista seu caráter definitivo, salvo na existência de motivo forte que deixa dúvida quanto à sua autenticidade ou às conclusões a que chegaram os peritos. (MUCCIO, 2009, p. 205).

Lado outro, há doutrinadores que defendem com vigor a não utilização do inquérito policial, retirando qualquer valor probatório dos atos produzidos em fase de inquérito. Sobre este posicionamento coaduna Aury Lopes Jr.: “Ademais, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção jurisdicional, tenham valor probatório na sentença.” (LOPES JR., 2009, p. 297).

O referido autor se mostra contrário ao valor probatório do inquérito, visto este ser de natureza administrativa e inquisitiva, colhido por uma autoridade administrativa sem intervenção judicial. Acredita Aury Lopes Jr. que o fato de o inquérito ser produzido pela própria administração pública quebra o princípio da imparcialidade do juiz, bem como o seu caráter inquisitorial transforma o processo penal em um “jogo de cartas marcadas”:

Quando se chega ao processo, então ilusoriamente acusatório e contraditório a verdade histórica já foi definida. Ao juiz cabe apenas aplicar o direito ao caso concreto, dizer a lei (juiz-boca-da-lei) que dever incidir, fazendo o famoso silogismo tão valioso para os modernos. [...] nessa estrutura inquisitória, o poder e o controle sobre a produção do saber se vêem diminuídos ou enfraquecidos pelo sistema acusatório, que chega tarde demais, quando todo o cenário já está montado. Quando entra em cena o (ingênuo) julgador, o cenário já está montando e o roteiro definido. Então lhe são apresentadas a “verdade histórica” e o juízo de fato, obtido na fase inquisitória, para que ele diga o direito aplicável ao caso. É exatamente esse problema do inquérito policial brasileiro, que ao integrar os autos do processo e poder ser utilizado como elemento de convencimento do julgador, acaba por transformar o processo penal num jogo de cartas marcadas, ou melhor, dadas a critério do investigador. Ingênuos são os juízes que com elas jogam sem dar-se conta disso... A situação no Brasil é ainda mais grave, na medida em que o sistema acusatório sequer chega na fase processual! Sim, pois o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, ao atribuir ao juiz, poderes instrutórios (até mesmo na fase pré-processual). (LOPES JR., 2009, p. 562-563, grifo do autor).

Mirabete, por sua vez, esclarece: “Como instrução provisória, de caráter inquisitivo, o inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal”. (MIRABETE, 2003a, p. 85).

Ante o exposto, podemos verificar que há posicionamentos diversos sobre a matéria, o que torna a sua definição controvertida. O legislador em 2008, ao realizar a reforma introduzida pela Lei nº 11.690/08, definiu no artigo 155 do Código de Processo Penal que o juiz não está impedido de decidir conforme as provas produzidas em fase de inquérito, desde que elas tenham natureza de cautelar, não repetíveis ou antecipadas.¹²

Portanto, verificamos as diversas controvérsias acerca do procedimento preliminar, que é o inquérito policial. Neste sentido, foi trazido à baila o posicionamento a favor do valor probatório do inquérito, ao argumento de que os atos são coerentes com o conjunto probatório do processo, podendo ser utilizados pelo juiz na decisão. Ficou também demonstrada a posição contrária à utilização das provas produzidas em inquérito, apontandose como a principal justificativa a não observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. E por fim foi apresentada a posição definida como mista, a qual permite a utilização do inquérito, se as provas obtidas durante a fase preliminar forem reproduzidas em juízo, ou se se tratar de provas cautelares e não repetíveis.

7. Conclusão

O inquérito policial é um procedimento administrativo, inquisitivo; por este motivo, possui uma mitigação no que tange aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o acusado se torna objeto de investigação, não possuindo direito às garantias constitucionais.

12 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 2008).

Neste viés a Constituição da República de 1988 estabelece no artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

Assim a própria Constituição estabelece o direito ao acusado, seja em processo judicial, seja em processo administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Não obstante, os princípios do contraditório e da ampla defesa estão inclusos nos direitos e garantias fundamentais e, desta forma, deveriam ser aplicados a todos os acusados, independente do processo ou do procedimento ao qual sejam submetidos.

A Constituição Federal, por meio dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, seria amplamente violada se uma prova, passível de ser judicializada, fosse antecipada para a fase extrajudicial, valendo, posteriormente, como meio de prova contra o acusado.

Desta forma, não se pode afirmar que o inquérito policial é um meio de produção probatório definitivo, visto que se trata apenas de um procedimento preparatório que possui como objetivo somente apontar indícios de materialidade delitiva e autoria delitiva para uma futura ação penal. Outrossim, o inquérito policial, nos moldes em que é realizado hoje, não respeita os preceitos básicos e indispensáveis previstos na Constituição, que são o contraditório e a ampla defesa.

Diante disso, insta salientar que não se deve utilizar o inquérito policial como fonte legítima de produção de provas, passíveis de substituir o contraditório, sem que aquelas se-

jam confirmadas em juízo. A função precípua do inquérito policial é produzir indícios e não provas.

Desse modo, o juiz competente, conforme determina o Código de Processo Penal no seu artigo 155, não pode fundamentar sua decisão somente nos elementos informativos colhidos em fase de inquérito, ressaltando-se as provas cautelares, antecipadas e as não repetíveis. As provas cautelares, antecipadas e as irrepetíveis ou não renováveis são aquelas que não têm a possibilidade de ser repetidas em juízo, ou seja, que devem ser produzidas de pronto, para evitar que pereçam com o tempo.

Assim, a interpretação do artigo 155 do Código de Processo penal deve ser feita de forma sistemática, confrontando-a com o Direito na sua totalidade, o que significa dizer conjugando-a com outras normas, com princípios e costumes acolhidos pelo Estado, de maneira a dar-lhe um sentido que encontre consonância com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

Destarte, conforme visto anteriormente, o sistema de avaliação de provas adotado pelo processo penal brasileiro é o do livre convencimento, mas isso não quer dizer que o juiz da causa possa utilizar-se de sua opinião ou vivência passada para integrar o conjunto probatório, muito menos possa utilizar-se de elementos informativos do inquérito policial para proferir uma sentença penal condenatória.

Para condenar o acusado, o juiz da causa deverá extrair sua convicção das provas produzidas em juízo, ou seja, aquelas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, respeitando o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988.

Não obstante, ainda na análise do artigo 155 do Código de Processo Penal, podemos perceber que o legislador, ao empregar a palavra “exclusivamente”, deu azo aos operadores do direito, se interpretado gramaticalmente, entenderem que o juiz da causa pode utilizar a prova colhida no inquérito policial, produzida em desconformidade com os princípios do contraditório e da ampla defesa, para fundamentar sua decisão.

Assim, não se deve interpretar que ao juiz é permitido utilizar toda e qualquer prova obtida em fase de inquérito, pois desta forma estaremos desconsiderando que vivemos em um Estado Democrático de Direito, cuja máxima é a valorização do homem frente ao Estado. Assim, devemos reestruturar o processo penal em direção a um processo garantista, moderno e sobretudo constitucional, em que, para uma condenação, deverá o juiz da causa se ater somente às provas judicializadas, ou seja, somente àquelas provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, o inquérito policial, para fins de prova na esfera criminal, tem um valor relativo, no que tange às provas repetíveis, devendo estas ser reafirmadas em juízo, caso contrário não será elemento suficiente para se condenar o acusado, mas apenas indícios de autoria delitiva ou materialidade delitiva para que o Ministério Público, ou o particular, possa propor a denúncia (Ministério Público) ou a queixa (ofendido). Desta forma as provas produzidas em fase de inquérito policial poderão ser utilizadas pelo juiz da causa para formação da sua decisão de mérito, se e somente se produzidas sob o crivo das garantias constitucionais estabelecidas, restringindo assim a decisão somente ao que foi produzido em contraditório. Desta forma nos aproximaremos mais do sistema acusatório de processo, em sintonia com a Constituição e os preceitos da sociedade moderna, beneficiando,

assim, o acusado, a justiça, e a própria atividade laborativa da polícia judiciária.

8. Referências

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Brasília, DF, 9 de junho de 2008. *DOU*, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 13 dez, 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação Criminal e Ação Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução: J. Alves de Sá. Adaptação para o português do Brasil: Servanda Editora. Campinas, São Paulo: Servanda, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUCCIO, Hidejalma. *Prática de Processo Penal: Teoria e Modelos*. São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Artigo recebido em: 09/06/2014

Artigo aprovado em: 07/11/2014

DOI:

285 - 330

Artigo

**ASPECTOS HISTÓRICOS DA PENA
DE MULTA E A REPERCUSSÃO
NO DIREITO BRASILEIRO**

CARLOS HENRIQUE GENEROSO COSTA

ASPECTOS HISTÓRICOS DA PENA DE MULTA E A SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

HISTORICAL ASPECTS OF THE FINE PENALTY
AND ITS REPERCUSSION IN BRAZILIAN LAW

CARLOS HENRIQUE GENEROSO COSTA

Advogado
Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil
generoso.carlos@gmail.com

RESUMO: Este artigo busca nas estruturas históricas, sobretudo nas legislações primitivas, no Direito Comparado e na legislação criminal brasileira, aparatos fundadores do instituto da pena de multa no Código Penal pátrio, que leva em consideração os comandos da Constituição da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. A revisitação histórica tem por escopo compreender o passado na busca de alicerces da legitimidade da pena de multa como alternativa à privação da liberdade, a partir do estudo da teoria de Eugênio Raul Zaffaroni em uma perspectiva histórica.

PALAVRAS-CHAVES: pena de multa; legislações primitivas; legislação brasileira; Constituição.

ABSTRACT: Look for the historic structures, especially in primitive laws in the comparative law and brazilian criminal law apparatus founding of the Brazilian Institute of Fine Penalty in the Penal Code that considers parental commands of the Constitution Federative Republic of Brazil and the Democratic State. The revisiting historical gets scope is to understand the past in search of the foundations of legitimacy Penalty Fine as an alternative to deprivation of liberty from the study of the theory of Eugenio Raul Zaffaroni in an historical perspective.

KEY WORDS: a fine; primitive laws; Brazilian laws; Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A pena de multa e a Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88). 3. Antecedentes primitivos. 4. Direito Medieval. 5. Direito Moderno. 5.1. Direito Comparado. 6. Pena de multa no Brasil. 6.1. Período Colonial. 6.2. Período Imperial. 6.3. Período Republicano. 6.3.1. Código Penal de 1940. 6.3.2. Código Penal de 1969. 6.3.3. Reforma penal de 1984. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

O artigo visa buscar, nas estruturas históricas, fundamentos que constituam aparatos suficientes para sustentar a legiti-

midade do instituto da pena de multa em uma ordem jurídica que se pretenda calcada no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para isso, a revisitação histórica de legislações primitivas, do Direito Comparado, bem como das codificações brasileiras, será utilizada com o fito de realizar a fusão de horizontes de sentido, de acordo com Gadamer (1999).

Tais legislações encontram amparo na própria busca de legitimidade penal, a partir da teoria do penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (1991), que constituirá o fundamento do presente estudo histórico sob as luzes da Constituição.

2. A pena de multa e a Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88)

Ao analisar o ordenamento jurídico pátrio, devemos ter como norte da interpretação os comandos normativos inseridos pela CR/88, já que ela constitui o cerne de toda a ordem jurídica do país.

Por assim dizer, estudaremos o instituto da pena de multa e os princípios jurídicos elencados pelo texto constitucional, já que vivemos em um período de perda da legitimidade do sistema penal (ZAFFARONI, 1991). Fato visivelmente percebido por um de seus sintomas, que é a perda da segurança de resposta estatal e, conseqüentemente, a progressiva perda de legitimidade das penas, sobretudo a privação da liberdade.

Por essa craveira, pergunta-se: seria a pena de multa a tão sonhada panaceia em substituição às penas privativas de liberdade?

É perceptível que o discurso jurídico-penal sobre a pena de multa como alternativa à privação da liberdade torna-se, de

certa maneira, falso quanto à sua própria legitimidade, se pensarmos, sobretudo, no princípio da personalidade da pena, nas palavras do penalista argentino:

A perversão do discurso jurídico-penal caracteriza-o como um ente que se enrosca em si mesmo de forma envolvente, a ponto de imobilizar freqüentemente seus críticos mais inteligentes, especialmente quando estes possuem alguma relação com a prática dos órgãos judiciais e com a necessidade de defesa concreta e cotidiana dos direitos humanos na operacionalidade desses órgãos. Desta maneira, a perversão é a característica que cristaliza a dinâmica discursiva do discurso jurídico-penal, apesar de sua evidente falsidade. (ZAFFARONI, 1993, p. 29).

O discurso emanado por nossos tribunais e pela doutrina clássica de que a pena de multa constitui alternativa à privação da liberdade não leva em conta a normatividade dos princípios jurídicos, no que concerne à intranscendência da pena, pois

[...] a responsabilidade penal é sempre pessoal ou subjetiva – própria do ser humano –, e decorrente apenas de sua ação ou omissão, não sendo admitida nenhuma outra forma ou espécie. (PRADO, 2007, p. 144).

Parafraseando Zaffaroni, esse discurso de alternativa à privação da liberdade nos enroscou de forma tão envolvente a ponto de imobilizar a nossa crítica, quando um simples argumento banal de que “qualquer um pode saldar tal pena” já resolveria a situação.¹

1 “É a mesma atitude assumida pelo ‘bom’ torturador, que se limita a cumprir sua tarefa como um ‘profissional’ correto, passando a responsabilidade ao órgão judicial e ao exercício do poder dos juristas: “Não me importa se o que faço é ético ou não. Não sou eu quem decide isso, e sim a instância que sanciona a lei. Eu me limito a cumprir o que ela ordena.” (ZAFFARONI, 1991, p. 84).

Nesse enfoque, vigora a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que providenciou a reforma na parte geral do Código Penal e inseriu profundas mudanças na pena de multa. Essa lei é anterior à CR/88, logo, devemos analisar a dogmática de tal pena sob a luz da Constituição, e o tempo, o chamado mecanismo da recepção constitucional, “[...] que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição.” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p.203).

Dessa forma, a legislação infraconstitucional deve estar em consonância com os princípios normativos da CR/88 que prevê, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”, ou seja, não permite que pessoa diversa do condenado cumpra uma pena que não lhe foi imputada.

Destarte, busca-se empreender um novo horizonte de sentido (GADAMER, 2005) sobre a dogmática penal constitucional, explorando os aspectos históricos, a fim de lançar uma hipótese que coaduna o Estado Democrático de Direito e a busca da legitimidade da aplicação da pena de multa com os princípios constitucionais.

3. Antecedentes primitivos

Há relatos da pena de multa na Bíblia.²

Se alguns homens pelejarem, e um ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, porém não havendo outro

2 “La justicia criminal se ejercita en nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre, las penas se imponen para que el delincuente expie su delito y la divinidad deponga su cólera, vuelva a ser propicia y a dispensar de nuevo su protección. Quizá en ningún pueblo se manifieste este momento con tanto rigor como en el pueblo hebreo.” (GUELLO CALLÓN, 1951, p. 58). Conforme o autor, no Direito Penal dos antiquíssimos povos do Oriente, Pérsia, Egito, China também estava presente a pena como mecanismo divino.

dano, certamente será multado, conforme o que lhe impuser o marido da mulher, e julgarem os juízes. (BÍBLIA, Êxodo, 21:22).³

Também há previsão no Alcorão:

Ó fiéis, não mateis animais de caça quando estiverdes com as vestes da peregrinação. *Quem, dentre vós, os matar intencionalmente, terá de pagar a transgressão, o equivalente àquilo que tenha morto, em animais domésticos, com a determinação de duas pessoas idôneas, dentre vós.* (ALCORÃO, 4:95, grifo nosso).

Percebe-se que a multa teve como antecedente histórico a composição (*compositio*), que era “[...] uma forma de concórdia estabelecida entre grupos ofendidos e ofensores [...] [que] facultou o surgimento da pena de multa, pois, nesse sistema, a ofensa podia ser retribuída com a entrega de um bem, usualmente gado, escravo, ou o próprio trabalho do ofensor.” (BRAGA, 1997, p. 14).

A composição era a compra da vingança privada, pois “o ofensor compra a impunidade ao ofendido, ou seus representantes, com dinheiro ou gado, armas, utensílios, [...]” (LYRA, 1958, p. 15).

Partindo do Direito Oriental, na região do crescente fértil já existia o registro do predomínio das práticas penais, sendo possível vislumbrar a importância das penas pecuniárias.

Em um dos primeiros códigos da humanidade, o Código de Hammurabi, de 1700 a.C., foi encontrada, em seu capítulo XII - Delitos e Penas, a previsão da pena pecuniária:

³ O livro do Êxodo está presente nas religiões católica, protestante e judaica.

Art. 203º – Se um nascido livre espanca um nascido livre de igual condição, deverá pagar uma mina.

Art. 204º – Se um liberto espanca um liberto, deverá pagar dez siclos. (HAMMURABI, 1700 a.C.).

Uma mina correspondia a 500 gramas de metal, e um siclo correspondia de 8 a 8,41 gramas de metal, assim definem Luiz Regis Prado (1993) e Antonio Carlos Wolkmer (2004).

No Direito Grego inexistia unidade, mas no Direito de Creta, Atenas e Esparta, pelo que se conhece de tal legislação, ela nos foi dada pelos oradores, poetas e filósofos.⁴

O Direito Penal dos helênicos constituiu a transição entre as legislações do Oriente e do Ocidente, e a vingança privada entre os gregos fora superada pela composição voluntária. Atribui-se ao arconte Dracon, no século VII a.C., a instituição de um tribunal que objetivava a substituição da vingança privada pela composição pecuniária (PRADO, 1993).

A pena pecuniária encontrava a sua máxima aplicação, pois o conceito de sanção estava indissolúvelmente ligado à necessidade da reparação do dano causado pelo ilícito. A cominação recaía sobre a grande maioria dos ilícitos penais, já que a pena detentiva era aplicada em exíguos casos. Relata-se que em determinada época a sanção pecuniária chegou a substituir delitos originariamente punidos com a morte (PRADO, 1993).

Conforme Luiz Regis Prado (2003), a sanção pecuniária nos delitos privados possuía caráter misto de pena e indenização, sendo o montante dividido entre o Estado e a vítima. A

⁴ “De los escasos datos que poseemos muy pocos provienen de las legislaciones, proceden en su mayoría de los filósofos, de los oradores, de los poetas y especialmente de los trágicos.” (CUELLO CALÓN, 1951, p. 68).

lei determinava os limites para a aplicação da multa, entretanto, naquela época, era possível a sua conversão em pena de privação da liberdade nos casos de insolvência.

Os romanos utilizaram-se da composição de caráter obrigatório como substituição da vingança privada. Foram encontrados fragmentos na Lei das Doze Tábuas, formulada no Período Arcaico Romano, por volta de 450 a.C., tábua sétima, artigos 9º e 12, que tratavam de delitos:

9. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses. [...]

12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deverá ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido for um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido for um escravo. (LEI DAS DOZE TÁBUAS, 450 a.C.).

Em Roma, existiam três espécies de pena: as corporais, as infamantes e as pecuniárias. Ao tempo do Império, 27 a.C., a pena de multa era usada para os crimes comuns, não se limitando o termo *pecunia à* moeda, mas era estendido a todo o patrimônio.

Quando aplicada a pena no seu limite máximo, ficava subordinada à confirmação popular, *provocatio ad populum*, feita pelos *Concilia Plebis Tributa*. Inicialmente, o poder do magistrado era ilimitado, mas a partir do século IV a.C. todas as penas foram subordinadas à confirmação popular. Além disso, havia a possibilidade de se subtrair a aplicação da pena mediante o exílio voluntário (PRADO, 1993).

Existiram peculiaridades próprias do Direito Romano: as multas excessivas eram nulas de pleno direito; o juiz poderia reduzi-las ou deixar de aplicá-las; elas não podiam ser convertidas em penas corporais; e os pobres estavam isentos.

No Direito dos bárbaros germânicos⁵ vigorava a vingança de sangue,⁶ *Blutrache*, que, com o fortalecimento do poder estatal, foi gradativamente substituída pela composição voluntária, depois tornou-se obrigatória. Era a compensação do dano com uma quantia em dinheiro, suprimindo, desse modo, a vingança privada.

A ofensa deixa de ser compensada com um sofrimento pessoal, convertendo-se em utilidade material que era taxada de modo proporcional à posição social da família. Em caso de inadimplemento, aplicavam-se penas corporais ou o ofendido readquiria o direito de vingança. Existia, também, a composição privada que era fixada pelos parentes e amigos da vítima através de contrato.

4. Direito Medieval

Um dos traços fundamentais da sociedade medieval era que a circulação de mercadorias era pouco assegurada pelo comércio, e os bens transmitiam-se por herança, testamento e, principalmente, pelo meio beligerante. A forma mais comum era a guerra, a rapina e a ocupação de terras, castelos e cidades (FOUCAULT, 2003).

5 “O antigo Direito Germânico oferece sempre a possibilidade, ao longo dessa série de vinganças recíprocas e rituais, de se chegar a um acordo, a uma transação. Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento, os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate. Não o resgate da falta, pois não há falta, mas unicamente dano e vingança. Nesse procedimento do Direito Germânico, um dos dois adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra. A interrupção da guerra ritual e o terceiro ato ou o ato terminal do drama judiciário no velho Direito Germânico.” (FOUCAULT, 2003, p. 57).

6 A vingança de sangue concedia à vítima e aos seus herdeiros o direito de vingar mortes ou lesões. Mais que um direito, era um dever, pois a família do ofendido se vingava do ofensor e de sua família, de modo que o delito instituiu uma verdadeira guerra entre famílias.

As ações e litígios judiciais eram uma maneira de fazer circular os bens. Assim, os poderosos controlavam os litígios judiciais impedindo que eles se desenvolvessem espontaneamente entre os indivíduos para que pudessem apossar-se dos bens (FOUCAULT, 2003, p. 64).

Naquela época, apareceu o mecanismo da infração, pois, a partir de então, o litígio não se desenrolava entre apenas dois indivíduos, mas tornava-se uma ofensa ao soberano. Desse modo, o indivíduo considerado culpado devia uma reparação não só à vítima, mas também ao soberano. Tal período caracterizou-se pelo mecanismo da multa e das grandes confiscações de bens (FOUCAULT, 2003, p. 67).

Luiz Regis Prado (1993) identifica que a *Lex Visigothorum*, assim como sua codificação ulterior sob o nome de *Fuero⁷ Juzgo*, representou uma profusão legislativa, sobretudo na Península Ibérica. A composição como pena emanava principalmente do Direito Germânico, como meio de suavizar e limitar a vingança privada. As sanções pecuniárias eram frequentes em diversos *fueros*, ante a própria impossibilidade de se manter uma unidade legislativa devido ao grande número de pequenos reinos (PRADO, 1993).⁸

Era comum a existência de *fueros municipales* que esquemáticamente previam o regime jurídico ao qual se subme-

⁷ *Fuero* é uma expressão latina que tem origem na palavra *forum*, que significa praça, lugar onde eram resolvidas as questões judiciais.

⁸ Aponta Eugenio Cuello Calón que a punição de ordem pecuniária se dava de diferentes formas: “La pena pecuniaria debía pagarla el culpable, pero en ciertas ocasiones deben pagarla por los delitos cometido por sus hijos bajo su potestad, pero esta responsabilidad del padre desaparece ya en el siglo XIII en muchos fueros leoneses y castellanos. El dueño de la casa es también responsable de los delitos cometidos por los que la habitan y por tanto de los hechos de sus criados y siervos. En muchos fueros hállase establecida la responsabilidad colectiva, de o que todos los habitantes de la ciudad o villa responden de los delitos cometido dentro de su término cuando no puede ser descubierto el verdadero autor; las disposiciones que se encuentran en muchas cartas limitando esta costumbre demuestran su gran difusión.” (CUELLO CALÓN, 1951, p. 114).

tiam os habitantes da cidade respectiva. Entre os quais, cita Luiz Regis Prado (1993), o *Fuero de Jaca*, 1063, que cominava, para a tentativa de homicídio, uma multa de 1.000 soldos,⁹ ao passo que, para o homicídio simples consumado, devia-se pagar a importância de 500 soldos.

5. Direito Moderno

Os séculos XVIII e XIX caracterizaram-se pela reelaboração teórica da lei penal através de autores como Beccaria, Bentham, Brisot, entre outros. Esses autores entendiam que o crime não deveria ter relação alguma com os aspectos morais ou religiosos. Para eles, o crime tornava-se uma ruptura com a lei estabelecida pelo poder político (FOUCAULT, 2003).

Entendia Michel Foucault (2003) que as leis deveriam retranscrever, em termos positivos, a lei natural, religiosa ou moral. Em suma:

Uma lei penal deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade. A lei define como repreensível o que é nocivo à sociedade, definindo assim negativamente o que é útil. (FOUCAULT, 2003, p. 81).

Em análise ao Direito Comparado, que sofreu influência direta das reflexões dos teóricos modernos, percebe-se a presença da pena pecuniária na legislação criminal de vários países como Alemanha, Argentina, França, Espanha, Portugal, entre outros que aqui não serão explorados.

5.1. Direito Comparado

No Código Penal Alemão, percebe-se a quantificação da pena em dias-multa em um mínimo de cinco e um máximo

9 Moeda antiga que podia ser em ouro, prata ou cobre.

de trezentos e sessenta. Determina-se a quantia de acordo com as circunstâncias pessoais e econômicas do autor. Será calculada pelo que o autor auferir por dia nos limites entre dois e dez mil marcos alemães¹⁰ (ALEMANHA, 1871).

Se o condenado não puder efetuar o pagamento imediato da multa, lhe será concedido um prazo para o pagamento, podendo saldá-la em parcelas. Não efetuando o pagamento, o condenado incorrerá na pena privativa de liberdade no importe diário de cada dia-multa, cumprindo, no entanto, minimamente um dia de privativa de liberdade (ALEMANHA, 1871).

No Código Penal Argentino, a pena de multa será determinada de acordo com a situação econômica do apenado. Em caso de inadimplência, poderá sofrer a privação da sua liberdade não excedente a um ano e meio. Antes da conversão, procura-se satisfazer a pena através de bens, salários e rendas; amortizar a pena através do trabalho; ou dividi-la em parcelas determinadas pelo tribunal (ARGENTINA, 1984).

Satisfazendo o pagamento da multa, o condenado estará livre. Quando praticado o delito com ânimo de lucro, nas sanções que cominam privativas de liberdade, poderá agregar-se a multa, ainda que não prevista no tipo penal, nesse caso, não excederá a noventa mil pesos, segundo o art. 22 Bis do Código Penal Argentino¹¹ (ARGENTINA, 1984).

O Código Penal Espanhol, já em sua exposição de motivos, estabelece o sistema de dias-multa para a pena pecuniária.

10 O Código Penal Alemão é de 1871, daí a determinação monetária em marcos, pois a introdução do euro na comunidade europeia data de 2002.

11 Art. 22 Bis. – Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aún cuando no este especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no este prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos. [...] (ARGENTINA, 1984).

Estabelece a responsabilidade penal subsidiária pelo inadimplemento da multa, conforme art. 35¹² (ESPANHA, 1995).

A lei penal espanhola fixa uma quantidade mínima de cinco dias e máxima de dois anos, entretanto, o limite máximo não se aplica quando a pena de multa for substitutiva de outra pena.

O *quantum* diário varia entre duzentas e cinquenta mil pesetas,¹³ deduzindo o tribunal, da situação econômica do réu, o seu patrimônio, bens, obrigações e responsabilidades familiares e demais circunstâncias pessoais, e fixando-se na sentença o tempo e forma de pagamento das cotas. A multa é estabelecida na proporção do dano causado, na proporção do delito ou no benefício alcançado pelo agente (ESPANHA, 1995).

Se o condenado não a satisfizer, ficará sujeito à responsabilidade penal subsidiária de um dia de privação de liberdade a cada dois dias-multa, que poderá cumprir-se através de arresto de fins de semana ou através de trabalhos prestados à comunidade. Nesse caso, cada dia de privação de liberdade corresponderá a um dia de trabalho. Em ambos os casos, a responsabilidade subsidiária não excederá a um ano (ESPANHA, 1995).

Quanto ao Código Penal Francês, vigora o sistema de dias-multa, que é pago à Fazenda Pública. O valor de cada dia-multa será fixado levando-se em conta os recursos e encargos do acusado, possuindo o limite não superior a

12 Artículo 35

Son penas privativas de libertad la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. (ESPANHA, 1995).

13 Hoje, aplica-se a pena em euros.

dois mil francos¹⁴ e 360 dias-multa. Admite-se a aplicação da sanção pecuniária a pessoas jurídicas, desde que a quantia máxima seja o quántuplo do previsto para pessoas físicas (FRANÇA, 1994).

O Código Penal Português também adota o sistema de dias-multa, com limites de 360 dias e 300 euros, quantificados em razão da situação econômica e financeira, e dos encargos pessoais do condenado (PORTUGAL, 2003).

O tribunal poderá autorizar, dependendo da situação econômica do condenado, o pagamento da multa dentro do prazo que não exceda a um ano ou permitir o pagamento em prestações. A falta de pagamento de uma das prestações resulta no vencimento de todas as outras (PORTUGAL, 2003).

Admite-se a substituição da multa por trabalho, desde que, a requerimento do condenado, possa ser substituída total ou parcialmente por dias de trabalho em oficinas, estabelecimentos ou obras do Estado ou de outras pessoas de direito público, ou em instituições particulares de solidariedade social (PORTUGAL, 2003).

Se a multa não for paga, será cumprida a prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, ainda que o crime não seja punido com a prisão. Se o condenado pagar no todo ou em parte, não ficará preso. Se o condenado provar que o não pagamento se deu em razão que não lhe possa ser imputável, a execução da prisão subsidiária será suspensa pelo período de 1 a 3 anos (PORTUGAL, 2003).

Há no Direito Português a possibilidade de que o tribunal atribua à vítima o montante da multa até o limite do dano

¹⁴ Aplica-se o euro.

causado. Dessa forma, o Estado fica sub-rogado no direito do lesado à indenização até ao montante do que tiver satisfeito (PORTUGAL, 2003).

Pela pesquisa no Direito Comparado, existem características no paradigma brasileiro, no que se refere à utilização do sistema de dias-multa e à determinação do *quantum*, que levam em conta as condições econômicas do condenado dentro do limite legal, bem como a possibilidade de parcelamento. Peculiaridades ínsitas ao Brasil que passam a ser analisadas pela própria história da pena de multa no Direito Brasileiro.

6. Pena de multa no Brasil

É pacífica na doutrina a divisão histórica do Direito Penal Brasileiro em três períodos: o Período Colonial, sob influência portuguesa; o Período Imperial; e o Período Republicano, conforme afirmam Bitencourt (2010), Nucci (2009) e Prado (2007).

6.1. Período Colonial

Antes do domínio português, a sociedade existente no Brasil era primitiva, e reinava a vingança privada como forma de resolução de controvérsias. Os habitantes aborígenes utilizavam-se do talião e da composição entre famílias.

Com a colonização portuguesa, as suas leis se impuseram, de forma que as práticas punitivas das tribos em nada influíram sobre a legislação criminal brasileira, fenômeno que ficou denominado de *bifurcação brasileira* (PRADO, 2007). Assim:

Na época do descobrimento, os portugueses encontraram a terra habitada por índios, que não possuíam um *Direito Penal* organizado e muito menos civilizado, aplicando-se penas aleatórias, inspiradas na vingança privada, além de se estabelecer, casualmente, algumas formas de composição. Muitas penalidades eram cruéis, implicando em (sic) tortura, morte e banimento. (NUCCI, 2009, p. 76).

Quando do descobrimento, vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V. Em 1521, foram substituídas pelas ordenações de D. Manuel I, as Ordenações Manuelinas. Ainda que ambas as legislações estivessem em vigor oficialmente, elas não eram eficazes na colônia, uma vez que o arbítrio dos donatários ditava as normas nas capitâneas hereditárias, conforme Luiz Regis Prado (1993).

Aplicou-se no Brasil, àquela época, as Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe II, em 1603, sobretudo o livro V, que tratava dos crimes e penas. Nele, já estava presente a pena pecuniária:¹⁵

TITULO XXIV

Do homem, que se vestir em trajos de mulher, ou mulher em trajos de homem, e do que trazem mascarar.

Defendemos que nenhum homem se vista, nem ande em trajos de mulher, nem mulher em trajos de homem, nem isso mesmo (3) andem com mascarar (4), salvo se fôr para festas, ou jogos que se houverem de fazer fora das Igrejas, e das Procissões.

15 Além da pena pecuniária, orientava-se por uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Previa-se pena de morte, açoite, amputação de membros, galé, degredo e penalidade arbitrária, que ficava a critério do julgador, já que inexistia o princípio da legalidade. Vigorou no Brasil por mais de dois séculos (BITENCOURT, 2010; PRADO, 2007).

[...]

E mais cada hum, a que o sobredito fôr provado, pagará dous mil réis para quem o accusar. (PORTUGAL, 1603).

A pena já figurava como principal e acessória. Tal legislação irá vigorar no Brasil até o advento do Código de 1830, constituindo a forma embrionária do Direito Penal Brasileiro.¹⁶

6.2. Período Imperial

A Constituição outorgada de 1824 já previa em seu art. 179, XVIII, a necessidade de elaboração do código criminal:

Art. 79. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. (BRASIL, 1824, grifo nosso).

Nesse período, dois projetos de código penal foram apresentados, o de Bernardo Pereira de Vasconcelos e o de Clemente Pereira, e encaminhados a uma comissão para análise e parecer, preferindo-se o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Apresentado em 16 de maio de 1827, determinava que a multa, em seu grau mínimo, corresponderia à décima parte do

16 Não obstante as Ordenações Filipinas sofreram duras críticas: que eram mera cópia das ordenações anteriores; conservavam leis já em desuso; deixaram orações cortadas e sem sentido, com obscuridades e antinomias; comportamentos incriminados em número excessivo, com tipos obscuros; penas desproporcionais e cruéis; as multas são cominadas para atender às exigências de política criminal, mas com evidente intuito de locupletar o fisco; admitem-se as provas semiplenas (PRADO, 2007).

rendimento líquido anual do condenado; em seu grau médio, à sexta parte; e em grau máximo, à terça parte. Ressalva-se a fixação excepcional em quantia certa (PRADO, 1993).

Assinala Luiz Regis Prado (1993) que a pena deveria atender às condições econômicas do réu, à sua capacidade física e à sua competência para o trabalho. Ante a impossibilidade de verificação direta, recorria-se ao juízo de árbitros e cogitava-se o pagamento compulsório nas prisões.

O Código Imperial de 1830 teve inspirações próprias que lhe dão o cunho de trabalho original e fazem dele notável monumento legislativo. Aparecia, pela primeira vez, o esboço do sistema dias-multa para a pena pecuniária. Nesse sentido, reconhece Eugenio Raúl Zaffaroni (2004) que o sistema de dias-multa é criação brasileira, sendo retomado muitos anos depois pela legislação nórdica sem mencionar esse importante antecedente legislativo:

Esse código também inspirou a legislação estrangeira como o Código Penal Espanhol de 1948, o Código Napolitano de 1819 e o Código Francês de 1810. Além disso, foi na América Latina o primeiro código penal independente e autônomo influenciando os países latino-americanos. (MESTIERI *apud* PRADO, 1993, p. 45).

Prescrevia o Código Criminal de 1830, em seu art. 55, que:

A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados poderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos, ou indústria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo. (BRASIL, 1830).

O código pretendia que a multa não fosse abusiva para o pobre e iníqua para o rico. Determinava o art. 56¹⁷ que os condenados que, podendo, não efetuassem o pagamento em oito dias, seriam recolhidos à prisão. Por outro lado, conforme art. 57,¹⁸ caso não tivessem recursos para pagamento, seriam condenados ao tempo na prisão com trabalho suficiente para obterem o montante fixado.

Esse código marca o período do Império (1822-1889), sendo substituído pelo Código Penal de 1890, que será mantido até a edição do Decreto-lei nº 2.848/40.

6.3. Período Republicano

O Período Republicano, que se inicia em 1889, foi marcado por inúmeros projetos para a criação de um código penal, já que o desconexo Código de 1890:

[...] apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. As críticas não se fizeram esperar e vieram acompanhadas de novos estudos objetivando sua substituição. (BITENCOURT, 2010, p. 78).¹⁹

17 Art. 56. As multas serão recolhidas aos cofres das Camaras Municipaes; e os condemnados que, podendo, as não pagarem dentro em oito dias, sejam recolhidos à prisão, de que não sahirão, sem que paguem. (BRASIL, 1830).

18 Art. 57. Não tendo os condemnados meios para pagar as multas, serão condemnados em tanto tempo de prisão com trabalho, quanto fôr necessario para ganharem a importancia dellas. (BRASIL, 1830).

19 Nesse “[...] meio-tempo, em razão da criação de inúmeras leis penais desconexas. Houve a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe (1932).” (NUCCI, 2009, p. 76). Os equívocos e deficiências do Código Republicano acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida Consolidação das Leis do Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932. (BITENCOURT, 2010, p. 78).

Elaborado por Batista Pereira, o Código Penal de 1890²⁰ foi o primeiro da República e tratou a multa na sua parte geral da mesma forma que o Código Penal de 1830. Determinava em seu art. 58:

A pena de multa consiste no pagamento ao Thesouro Público Federal ou dos Estados, segundo a competência respectiva, de uma somma pecuniaria, que será regulada pelo que o condemnado puder ganhar em cada dia, por seus bens, emprego, industria ou trabalho. (BRASIL, 1890).

Entretanto, na parte especial do código, as multas não obedeciam aquele critério, pois se fixava uma porcentagem sobre o valor pecuniário do bem jurídico lesionado em manifesta contradição com o que determinava a parte geral:

CAPITULO II

DO FURTO

Art. 330. Subtrahir para si, ou para outrem, coisa alheia movel, contra a vontade do seu dono:

§ 1º Si o objecto furtado for de valor inferior a 50\$000:

Penas – de prisão cellualar por um a tres mezes e *multa de 5 a 20 % do valor do objecto furtado*. (BRASIL, 1890, grifo nosso).

Ainda estabeleciam-se duas modalidades de multa por quantia determinada ou por quantia indeterminada, a última calculada pelo valor do dano causado. Tais modalidades eram previstas na violação dos direitos de patentes de invenção:

20 Tal código foi aprovado e publicado antes da Constituição de 1891.

SECÇÃO II

Da violação dos direitos de patentes de invenção e descobertas

Art. 351. Constitue violação dos direitos de patente de invenção e descoberta:

§ 1º Fabricar, sem licença do concessionario, os productos que forem objecto de uma patente de invenção ou descoberta legitimamente concedida.

[...]

Penas – multa de 500\$ a 5:000\$ em favor da Nação, e de 10 a 20 %, em favor do concessionario da patente, do valor do damno causado ou que se poderia cansar, e perda dos instrumentos ou aparelhos, os quaes serão adjudicados ao concessionario da patente, pela mesma sentença que condemnar o infractor.²¹ (BRASIL, 1890).

Outras vezes, a multa era determinada em função de um mínimo e de um máximo, como no delito do uso ilegal da arte tipográfica:

CAPITULO IX

DO USO ILLEGAL DA ARTE TYPOGRAPHICA

Art. 383. Estabelecer officina de impressão, lithographia, gravura, ou qualquer outra arte de reproducção de exemplares por meios mecanicos ou chimicos, sem prévia licença da Intendencia, ou Camara Municipal do logar, com declaração do nome do dono, anno, logar, rua e casa onde tiver de estabelecer a officina, ou o logar para onde for transferida depois de estabelecida:

Penas – de multa de 100\$ a 200\$000. (BRASIL, 1890, grifo nosso).

21 Perceba-se que aqui existe nítida relação com a pena de multa aplicada pelos gregos, pois a pena constitui mescla entre reparação paga ao Estado e a pessoa ofendida.

Ora, nenhuma dessas multas era regulada pelo comando do art. 58. A parte especial reformulou todo o sistema de aplicação da multa penal; quando não era fixada por quantia certa, recaía sobre o valor do dano causado ou sobre o bem jurídico protegido. Portanto, o legislador de 1890 cominou um preceito que não alcançou aplicabilidade alguma.

O código determinava a conversão da multa em prisão, caso o condenado não efetuasse o adimplemento. Entretanto, ficaria sem efeito, caso o condenado ou alguém por ele pagasse ou prestasse fiança idônea.²² De certa forma, o código equiparou o condenado que pode pagar e o não faz propositadamente ao condenado que não possui recursos.

Em 1913, Galdino Siqueira montou o projeto para o código penal. No Projeto de Código Penal Brasileiro - Título II - Das Penas, Capítulo I, ele simplesmente eliminou a multa do quadro das penas:

Art. 24. As penas estabelecidas neste Código são as seguintes:

- a) reclusão;
- b) detenção;
- c) prisão correccional;
- d) suspensão e perda de emprego público, com ou sem inhabilitação temporária para exercer qualquer cargo público;
- e) privação temporária da profissão ou indústria. (PRADO, 1993, p. 47).

22 Art. 59. Si o condemnado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quizer pagar dentro de oito dias contados da intimação judicial, será convertida em prisão cellullar, conforme se liquidar.

Paragrapho unico. A conversão da multa em prisão ficará sem effeito, eis que o criminoso, ou alguém por elle satisfazer, ou prestar fiança idonea ao pagamento da mesma. (BRASIL, 1890).

Ele argumentava que a pena de multa estava eivada do vício da desigualdade, que constituía impunidade para o rico e irrisão para o pobre. Vício que não desaparecia ao tornar o valor da multa proporcional às condições econômicas do condenado (PRADO, 1993).

Entretanto, como afirma Cezar Roberto Bitencourt (2010), ainda que o projeto fosse fruto de um dos maiores penalistas brasileiros de todos os tempos, ele não chegou a ser apreciado pelo Parlamento.

Em 1927, Virgílio Sá Pereira elaborou um projeto²³ no qual

23 Projeto de Código Criminal – resultante da Revisão do Projeto Criminal de 1928 – apresentado por Virgílio Sá Pereira.

Título II. Capítulo I. Seção II. Da Multa

Art. 53. A multa consiste em certa quantia que a sentença fixa, e o condenado paga ao município, ao Estado ou à União.

§1º Para aplicá-la, tomará o Juiz por ponto de partida uma unidade artificial, que será o dia-multa.

§2º Na fixação do dia-multa, considerar-se-á toda a renda mensal ou anual, do infrator, dela deduzindo-se o que razoavelmente baste à sua manutenção e à da família. A diferença se trata, considerando a renda por mês, ou por ano, e o quociente indicará o dia-multa.

§3º Assim fixado o dia-multa, será o mesmo multiplicado por tantas unidades – de um duzentos – quantos parecer ao Juiz corresponderem à gravidade da infração cometida e o resultado exprimirá, em mil réis, a multa aplicável.

§4º Seja qual for este montante, a multa, salvo o disposto no § seguinte, não passará de 30 contos de réis, nem descerá a menos de cinco mil réis.

§5º Na reincidência, não sendo substituída por pena mais grave, a multa será sucessivamente aumentada, a partir de dois, até atingir 10% da condenação anterior.

§6º O Juiz requisitará as informações e procederá às diligências necessárias à verificação da renda do infrator, mas se absterá de medidas que importem devassa.

Multa de Patrimônio Social – Art. 54. A multa onerará o patrimônio da sociedade ou empresa, que o condenado representar, quando tiver cometido o crime como seu representante.

Inexecução da Multa – Art. 55. Não se executará a multa contra aquele que não puder solvê-la sem contar pelo indispensável à própria subsistência e dos seus mas, não estando prescrita, a todo tempo será cobrada, sobrevindo a solvê-la. Na reincidência, as multas se cobrarão por junto, regulando-se pela da última a prescrição das anteriores.

§1º Aos que não puderem quitar – de uma só vez, permitirá o Juiz fazê-lo por parcelas, em prazos razoáveis, cujo total, porém, não poderá exceder a um ano.

§2º Se, após a sentença, os recursos do condenado, sensivelmente diminuírem, poderá o Juiz reduzir a multa, suavizar as prestações e dar maior espaço ao pagamento.

§3º O pagamento da multa poderá ser fixado mediante prestação de trabalho livre,

figurava a multa como pena principal e acessória, sendo concebida nos moldes do Anteprojeto Sueco de 1916, elaborado por Johan C. W. Thyren (PRADO, 1993).

Adotava o sistema dias-multa, determinando que o juiz, ao fixar o valor, deveria considerar a renda mensal ou anual do delinquente, deduzindo-se o necessário à sua própria manutenção, assim como da sua família. A diferença obtida indicaria o valor do dia-multa, e a quantia seria paga ao município, ao Estado ou à União.

Fixado o valor de cada dia-multa, o mesmo seria multiplicado pelas unidades entre um a duzentos, e o montante não poderia ultrapassar trinta contos de réis ou ser inferior a cinco mil réis. Na hipótese de reincidência, a multa seria aumentada a partir de dois até atingir dez por cento da condenação anterior.

Para que o magistrado auferisse a situação econômica do delinquente, criou-se o mecanismo das diligências judiciais, mas essas não poderiam ter o cunho de devassa.

O seu pagamento poderia ser feito mediante trabalho livre, em conta de particulares, do município, do Estado ou da União, desde que o salário ganho se aplicasse, simultaneamente, ao pagamento da multa e à subsistência do condenado e sua família.

por conta de particulares, do município, do Estado, ou da União, podendo o Juiz de maneira que o salário ganho, se aplique simultaneamente ao pagamento da multa e à subsistência do condenado e sua família.

§4º Os móveis, roupas e utensílios indispensáveis à vida doméstica do condenado, assim como os instrumentos de sua profissão ou trabalho, não respondem pela multa. A multa como pena alternativa – Art. 56. Quanto a lei alternativamente, cominar pena privativa da liberdade ou multa, poderá o Juiz comutá-los; mesmo porém, que não comine, a multa, como pena acessória, será imposta ao infrator que tiver agido por espírito de ganância, cobiça ou avareza.

Inconvertibilidade da multa – Art. 57. A multa não se converte noutra pena, extingue-se com a morte do condenado, ele não onera a sucessão. (PRADO, 1993, p. 48-49).

Facultava-se ao julgador parcelar ou diminuir a quantia, caso os recursos do condenado diminuíssem, bem como retificar a sentença para prorrogar ou diminuir o prazo de pagamento, desde que a prorrogação não excedesse a um ano.

A multa não poderia recair sobre móveis, roupas e utensílios indispensáveis à vida doméstica do condenado, nem sobre os instrumentos de sua profissão.

Uma peculiaridade do projeto foi a possibilidade de aplicação da pena de multa, ainda que não prevista como sanção no tipo penal, caso o infrator tivesse agido por espírito de ganância, cobiça ou avareza.

A multa não poderia se converter noutra pena, extinguindo-se com a morte do condenado, nem oneraria a sucessão. Quem, por ociosidade, não a pagasse cometeria contravenção penal, punida no art. 587 com internamento em casa de trabalho por três meses.²⁴

O projeto de Alcântara Machado²⁵ fixava a quantia mínima e

24 O não pagamento é apenas a causa ocasional que nos permite verificar a ociosidade do delinquente, o flagrante, por assim dizer, de contravenção de vadiagem, e ele é internado, não para que resgate a sua dívida, mas para que adquira hábitos de trabalho. (PRADO, 1993, p. 51).

25 Projeto de Código Criminal Brasileiro – Título IV – Capítulo I – Secção III – Da Pena de Multa:

Art. 40. Impor-se-á a pena de multa:

I – quando expressamente cominada;

II – quando a cobiça tiver sido o motivo determinante do crime, aplicando-se então a multa cumulativamente com a pena de outra natureza que na espécie a lei cominar.

§1º A sentença que impuser a pena de multa fixar-lhe-á a importância e marcará o prazo em que deve ser paga ao Tesouro Nacional, tudo de acordo com as condições econômicas do condenado e a maior ou menor gravidade do crime.

§2º A importância da multa não será inferior a 50\$000, nem superior a 100:000\$000, salvo:

I – quando, por lei, a multa consistir em percentagem sobre determinado valor, hipótese em que nenhum limite se admitirá;

II – quando a situação econômica do condenado autorizar a certeza de que, embora aplicada no máximo acima estabelecido, a multa não será eficaz, hipótese em que o juiz poderá aumentá-la até o triplo;

máxima da multa, salvo algumas exceções previstas na legislação (Art. 40, §2º, I, II, III).

A pena seria aplicada cumulativamente quando a cobiça fosse o motivo determinante do crime. A sentença fixaria a importância e o prazo para que fosse paga ao Tesouro Nacional, de acordo com as condições econômicas do condenado e com a maior ou menor gravidade do crime.

O pagamento poderia ser efetuado em parcelas que não deveriam exceder a 18 meses e mediante prestação de serviços em obras ou estabelecimentos públicos, reservando-se o necessário à manutenção do condenado e da sua família.

Previa-se a possibilidade de conversão da multa em prisão como meio de assegurar a sua execução. Contudo, ela ficaria sem efeito caso o condenado satisfizesse o valor ou garantisse com fiança idônea ou, ainda, prestasse garantia real do pagamento.

6.3.1. Código Penal de 1940

A pena de multa era prevista originariamente no art. 28, III, e consistia no pagamento em dinheiro da quantia fixada na

III – quando se tratar de reincidência específica, em que, se não for substituída por outra pena mais grave, a multa será aumentada até 20% da condenação anterior.

§3º A execução da pena de multa ficará suspensa, enquanto não se restabelecer o condenado a que tiver sobrevivendo doença mental.

Art. 41. A multa incobrável por motivo de insolvência converter-se-á, à razão de 10\$000 por dia, em detenção até 18 meses.

§1º Não prevalecerá, neste caso, o limite mínimo estabelecido no art. 40, §2º.

§1º Descontar-se-á, na mesma razão de 10\$000 por dia, o tempo da prisão preventiva.

§3º A conversão ficará sem efeito, uma vez que o condenado satisfaça o que estiver devendo a título de multa ou lhe garanta com fiança idônea ou garantia real o pagamento.

Art. 42. A requerimento do condenado poderá o juiz:

I – autorizar o pagamento em prestações periódicas, distribuídas de maneira que aquele se complete em prazo não maior de 18 meses;

II – permitir o pagamento, mediante a prestação de serviços em obras ou estabelecimentos públicos, reservado do salário quanto baste à manutenção do condenado e aos seus encargos de família. (PRADO, 1993, p. 50-51).

sentença que se dava em selo penitenciário, extinto pelo Decreto-lei nº 34, de 18 de novembro de 1966, que estabeleceu que a multa fosse recolhida aos cofres públicos.

O código não optou pelo regime que se relacionasse diretamente com a renda do condenado, utilizando-se do sistema fixo de cominação abstrata. Entretanto, para fixá-la, o juiz atendia a situação econômica do condenado e previa, em cada caso, o mínimo e o máximo da multa.

Deveria ser paga dentro de dez dias, após o trânsito em julgado da sentença, no entanto, por requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz poderia prorrogar o prazo por até três meses. Se o valor superasse mil centavos, o juiz poderia permitir que o pagamento se realizasse em cotas mensais no prazo de um ano, prorrogável por mais seis meses, desde que metade da quantia fosse paga ou fosse oferecida garantia de pagamento.²⁶

No que concerne ao pagamento, adotou-se dois recursos através do pagamento parcelado e da dilatação do prazo.²⁷ Previa-se a possibilidade da caução real (hipoteca ou penhor) ou fidejussória (fiança) quando necessário.

26 Art. 36. A multa deve ser paga dentro de dez dias, depois de transitar em julgado a sentença; todavia, a requerimento do condenado, e conforme as circunstâncias, o juiz pode prorrogar esse prazo até três meses. Parágrafo único. Excedendo a mil centavos a importância da multa, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em quotas mensais, dentro do prazo de um ano, prorrogável por seis meses, desde que metade da quantia tenha sido paga ou o condenado ofereça garantia de pagamento. (PRADO, 1993, p. 54).

27 Ao impor a multa ou por decisão posterior, o Juiz poderá, considerando a situação econômica do condenado, conceder um prazo ou autorizar o pagamento em quotas com cauções reais ou pessoais. O Juiz terá a faculdade de prescindir prudencialmente dessas cauções. Tais benefícios poderão ser revogados por falta de pagamento ou se melhorar sensivelmente a situação econômica do condenado. Art. 47. Poderá ser autorizada ao condenado a amortização da multa mediante trabalho livre não remunerado, a favor da Administração Pública. As autoridades competentes determinarão quais os trabalhos computáveis para esse efeito. (PRADO, 1993, p. 53).

A multa não poderia incidir sobre os recursos indispensáveis à sobrevivência do condenado e de sua família, mas poderia ser aumentada até o triplo, conforme arts. 37, §3º, e 43, parágrafo único. Ela era cominada cumulativa ou alternativamente nos delitos e isoladamente nas contravenções.

Se o condenado solvente frustrasse o pagamento das parcelas mensais, a multa poderia ser convertida em detenção, para os casos de crime, ou em prisão simples, para os casos de detenção.²⁸ Antes da conversão, o Ministério Público deveria promover a sua execução; restada impossível, converteria-se em prisão.

A conversão não era definitiva e podia ser revogada caso o condenado efetuasse o pagamento ou oferecesse alguma das garantias: real ou fidejussória. A conversão operava-se apenas se o condenado fosse solvente e efetuasse o pagamento.

Em 1977, a Lei nº 6.416 alterou os dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais, já que as quantias cominadas estavam em cruzeiros, o que sofreu diretamente o impacto da desvalorização da moeda (PRADO, 1993). Assim, a pena não passava de uma sanção insignificante.

Os limites máximos foram elevados para 1940, mas já não atendiam a finalidade da pena em reprimir delitos. A reforma penal de 1977 manteve a sistemática, renunciando ao

28 Art. 48. A multa não paga se converterá à razão de um dia de prisão por um dia de multa, sem prejuízo da faculdade que cabe ao Estado de executá-la nos bens do condenado. No caso de conversão, a prisão não excederá de um ano. O condenado poderá pagar a multa a qualquer tempo, descontando-se da mesma a parte proporcional à prisão cumprida. Quando a lei cominar conjuntamente as penas de multa e prisão, no caso de conversão se adicionará à prisão imposta a multa convertida. (PRADO, 1993, p. 54).

sistema dias-multa, o que implicou constantes reajustes dos valores monetários.²⁹

6.3.2. Código Penal de 1969

O Código Penal de 1969, época em que “[...] os militares, então no poder, editaram o Decreto-lei 1.004/69 que, no entanto, permaneceu em *vacatio legis* por cerca de nove anos, revogado que foi definitivamente pela Lei 6.578/78 [...]” (NUCCI, 2009, p. 76), introduziu consideráveis mudanças na pena de multa.

Estabelecia o mínimo de um dia-multa e o máximo de trezentos dias-multa. O dia-multa não poderia ser inferior ao salário mínimo diário ou superior ao décuplo de tal salário e deveria atender a situação econômica do condenado.

O juiz, atendendo a situação econômica do condenado, poderia conceder um prazo não inferior a três meses e não

29 Há que se observar uma incongruência: o Código Penal não adotava o sistema dias-multa, mas esse estava presente no Código Eleitoral e leis esparsas.

Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965), art. 286: A pena de multa consiste no pagamento, ao Tesouro Nacional, de uma soma de dinheiro que é fixada em dias-multa. Seu montante é, no mínimo, 1 (um) dia-multa e, no máximo, 300 (trezentos) dias-multa.

§1º O montante do dia-multa é fixado segundo prudente arbítrio do Juiz, devendo este ter em conta as condições pessoais e econômicas do condenado, mas não pode ser inferior ao salário mínimo diário da região, nem superior ao valor de um salário mínimo mensal.

§2º A multa pode ser aumentada até o triplo, embora não possa exceder o máximo genérico (*caput*) se o Juiz considerar que, em virtude da situação econômica do condenado, é ineficaz a cominada, ainda que no máximo, ao crime de que se trate. (PRADO, 1993, p. 58).

A Lei nº 6.369, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, prevê:

§1º O montante do dia-multa será fixado segundo o prudente arbítrio do Juiz, entre o mínimo de Cr\$ 25,00 (vinte e cinco cruzeiros) e o máximo de Cr\$ 250,00 (duzentos e cinquenta cruzeiros).

§2º Aos valores estabelecidos no parágrafo único do art. 2º da Lei 6.205, de 29 de abril de 1975.

§3º A pena pecuniária terá como referência os valores do dia-multa que vigorarem à época do fato. (PRADO, 1993, p. 58).

superior a um ano, contando-se do trânsito em julgado da sentença condenatória. Permitir-se-ia o seu pagamento em prestações mensais, no mesmo prazo, com ou sem garantias. Os benefícios seriam revogados se o condenado fosse impontual ou melhorasse as suas condições econômicas.

O legislador proibiu a utilização do salário mínimo como fator de correção monetária, substituindo-o por um valor de referência que era determinado anualmente por meio de decreto emanado do Poder Executivo, o Decreto-lei nº 83.398/79, que fixava o coeficiente de atualização monetária.

Luiz Regis Prado disserta sobre o anteprojeto, elaborado pelos juristas da época, que previa forma alternativa ao dias -multa, estabelecendo o alcunhado dia-rendimento:

O anteprojeto elaborado pelos Procuradores da Justiça Antônio Carlos Penteado de Moraes e Francisco Papaterra Limongi Neto e pelos Juízes José Luiz de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra e Manoel Pedro Pimentel, visando à substituição dos Títulos V e VI do Código Penal (Dec. - lei 1.004, de 21 de outubro de 1969), estabeleceu um critério especial de fixação da pena de multa: “Se, em virtude da situação econômica do réu, os critérios anteriores se mostrarem ineficazes, embora aplicado o máximo previsto, poderá o juiz substituir o dia-multa pelo dia-rendimento, decorrendo este do total bruto da declaração de renda do exercício anterior” (Art. 52, §2º). (PRADO, 1993, p. 63).

O pagamento da soma em dinheiro fixado na sentença se daria em benefício do Tesouro Nacional, estabelecendo-se um montante não inferior a um trigésimo do salário mínimo nem superior a um terço dele, podendo ser aumentado até o triplo, se ineficaz em relação à situação econômica do condenado. Estabelecia que a multa deveria se aplicar, ainda

que expressamente não cominada, caso o crime fosse praticado com o fim de lucro ou de cupidez.

Além da pena principal, a multa poderia substituir a detenção inferior a seis meses se o julgador entendesse que era o bastante para servir de advertência, desde que o agente fosse primário, de escassa ou nenhuma periculosidade, e tivesse, salvo impossibilidade econômica, reparado o dano antes da sentença.

Facultava-se o parcelamento da quantia, permitindo o desconto da remuneração de seu trabalho em obras públicas, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público. Previa-se a possibilidade da conversão da multa em detenção caso o condenado frustrasse o adimplemento, correspondendo um dia-multa a um dia de detenção, porém tal sistema não chegou a ser implantado.

6.3.3. Reforma penal de 1984

A multa como pena criminal decorre do delito ou da contravenção. Aqui, insere-se critério norteador entre a multa penal e as demais existentes no ordenamento jurídico pátrio,³⁰ ou seja, a pena pecuniária é toda diminuição de nossas riquezas sancionada pela lei como punição de um delito.

Pelo rigor técnico não se confunde a pena pecuniária com a pena de multa, como define a doutrina:

A prestação pecuniária, que é uma das penas restritivas de direitos que substituem a pena privativa de liberdade, obje-

30 Não constitui objeto deste trabalho discutir outras multas que não seja a criminal. João Roberto Parizatto (1996) leciona sobre as várias multas existentes no Direito Brasileiro.

to dos arts. 44 e 45 do CP, não se confunde com a pena de multa de que trata este art. 49. A prestação pecuniária destina-se à vítima, a seus dependentes ou entidades públicas ou privadas com fim social, tendo caráter primordialmente indenizatório, já a pena de multa destina-se sempre ao Estado, possuindo natureza punitiva. A prestação pecuniária, se descumprida injustificadamente, poderá ser convertida em pena privativa de liberdade (Art. 44, §4º, do CP); por sua vez, a pena de multa, se não paga, jamais poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, em face da redação do art. 51 do CP. (DELMANTO, 2010, p. 260).

O legislador, com a Lei nº 7.209/84 e a Lei nº 7.210/84, entendeu que deveria adotar para a multa penal o sistema de dias-multa, além da multa substitutiva para suprimir as penas privativas de liberdade de curta duração.

Determinou o art. 49 do CP/40 que “[...] a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.” O valor de cada unidade não poderá ser inferior a um trigésimo ou superior a cinco vezes o salário mínimo vigente ao tempo do fato (Art. 49, §1º). Na época da execução, o valor será atualizado pelos índices de correção monetária (Art. 49, §2º).

Deve-se realizar o pagamento dentro de dez dias, após o trânsito em julgado da sentença. O juiz, atendendo as circunstâncias e mediante requerimento do condenado, poderá permitir o pagamento em parcelas mensais (Art. 50, *caput* e art. 169 da LEP). A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nos casos do art. 50, §1º, a, b, c do CP/40. Determina o art. 50, §2º que “o desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família”.

Previu ainda o legislador a possibilidade de que a pena privativa de liberdade não superior a seis meses pode ser substituída por multa, observados os critérios do art. 44, II e III do CP/40, quais sejam: o réu não for reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem que essa substituição seja suficiente, respectivamente.

O Código Penal estabelece na parte especial, por vezes, a aplicação cumulativa da pena de multa, entretanto, existem exceções, no próprio código, ao critério dias-multa, estabelecido para a dosimetria da pena, assim, quer no código, quer em legislações extravagantes, encontramos critérios diferentes. Nesse sentido, alerta-nos Guilherme de Souza Nucci:

112. Exceções ao critério dia-multa: existem exceções a esse critério, estabelecidas em leis penais especiais e também no Código Penal. Exemplo deste último é o art. 244 (abandono material), que fixa a pena em salário mínimo (“Pena – detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País”). Quanto às leis especiais, podem-se mencionar as disposições da Lei 8.245/91 (Lei de Locações de Imóveis Urbanos), que prevê multa equivalente ao valor do último aluguel atualizado, ou a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), que trata da multa como percentual da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente da licitação fraudulenta. (NUCCI, 2010, p. 384).

Sendo assim, vejamos o art. 244 do Código Penal que é tratado sob a rubrica do abandono material:

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos

ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena – Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único – Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (BRASIL, 1940).

Quanto à execução, prescreve o art. 51 do CP/40 que, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa penal será considerada dívida de valor, aplicando-lhe as normas da legislação relativa à Fazenda Pública. Entretanto, sabemos que o art. 51 teve sua redação alterada pela Lei nº 9.268/96, que revogou os parágrafos que tratavam da conversão e revogação da conversão da pena de multa em privativa de liberdade. Assim, formaram-se dois posicionamentos a respeito da titularidade para a execução da pena de multa.

O primeiro posicionamento entende que a multa deve ser considerada dívida ativa da Fazenda Pública, não se procedendo mais a execução de acordo com os arts. 164 e seguintes da Lei de Execução Penal. Nesse sentido, há posicionamento da jurisprudência:³¹

31 PENAL. RECURSO ESPECIAL DO ART. 114 DO CP LAPSO DE 02 ANOS. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. PENAL E PROCESSO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 51 DO CP E 174 DO CTN. PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA. DÍVIDA DE VALOR. CARÁTER PENAL. APLICAÇÃO.

1. É firme nesta Corte o entendimento segundo o qual o advento da Lei 9.268/96, que alterou o artigo 51 do Código Penal, convertendo a pena de multa em dívida de valor, não lhe retirou o caráter penal, atribuído pela própria Constituição Federal (Art. 5º, XLVI, “c”, CF). Precedentes. (Resp. 1111584/RJ RECURSO ESPECIAL 2006/0225741-7, 6ª Turma STJ.)

TRIBUTÁRIO E PENAL. MULTA IMPOSTA EM PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 51 DO CÓDIGO PENAL (LEI Nº 9.268/96). A titularidade para promover a execução, visando a cobrança de dívida decorrente de condenação criminal, com a imposição cumulativa de multa, passou a ser da Fazenda Pública, sendo o Ministério Público parte ilegítima, para alcançar tal desiderato. (Art. 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.268/96). Precedente jurisprudencial. (BRASIL, 1998).

Desse modo, ocorre a perda de titularidade do Ministério Público para promover a execução, já que, de acordo com a Lei nº 6.830/80, que trata da dívida ativa da Fazenda Pública, a única legitimada é a própria Fazenda Pública, por meio de seus procuradores.³²

O Superior Tribunal de Justiça entende que a cobrança da multa não é do Ministério Público, mas da Procuradoria da Fazenda Estadual, quando a condenação emanar da Justiça Comum; e da Fazenda Nacional, quando imposta pela Justiça Federal (CAPEZ, 2008, p. 436-437). Nesse sentido, há o pacífico entendimento no STJ:

PROCESSO CIVIL – COBRANÇA DE MULTA PENAL: COMPETÊNCIA – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – ART. 105, I, LETRA “G”, DA CF/88.

32 Perfilham o mesmo entendimento Fernando Capez: “[...] entendemos correta a primeira posição, diante da redação do art. 51: ‘[...] aplicando-se-lhe as normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.’ Em outras palavras, aplicando-se a legislação tributária em tudo, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” (CAPEZ, 2008, p. 436); e Damásio Evangelista de Jesus: “Para nós, que adotamos a primeira corrente, a multa permanece com seu caráter criminal, subsistindo os efeitos penais da sentença condenatória. A execução é que se realiza em termos extra-penais.” (JESUS, 2001, p. 10).

1. A redação dada ao art. 51 Código Penal, pela Lei nº 9.268/96, não deixa dúvida de que a cobrança da multa penal incumbe à Procuradoria da Fazenda Estadual e não ao Ministério Público.
2. Conflito que não se estabelece com a Fazenda Nacional, por ser da alçada Estadual a cobrança.
3. Não há conflito, se o Promotor Público, embora com razão em princípio, pede providências à Fazenda Pública Federal.
4. Conflito de atribuições não conhecido. (BRASIL, 2001, p. 119).

Desse modo, segundo Fernando Capez (2008), a execução da pena de multa se dará nas seguintes fases:

- a) extrai-se a certidão de sentença condenatória, com o trânsito em julgado da sentença;
- b) formam-se autos apartados, nos quais se fará a execução;
- c) o Ministério Público requer a citação para que, no prazo de dez dias, efetue-se o pagamento;
- d) decorrido o prazo sem o pagamento ou manifestação do condenado, o escrivão deverá extrair certidão descrevendo o ocorrido;
- e) a certidão será remetida à procuradoria que fará a execução, nos termos da legislação tributária.

Entretanto, há posicionamento contrário que entende que o Ministério Público continua a ser o legitimado para a execução:

A Lei nº 9.268/96 não alterou a competência para a execução da pena de multa, como pode parecer à primeira vista. O processo executório, inclusive, continua sendo regulado pelos arts. 164 a 169 da LEP, que, propositalmente, não foram revogados.

A competência, portanto, para a execução da pena de multa continua sendo do Juiz das Execuções Criminais, bem como a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público correspondente. (BITENCOURT, 2002, p. 542).³³

Para essa corrente, o nome, título ou espécie da obrigação do condenado não é capaz de alterar a natureza jurídica da obrigação,³⁴ pois, a expressão dívida de valor, utilizada pela Lei nº 9.268/96 em vez de pena de multa, continua com a característica de sanção criminal decorrente do delito e, como tal, está disciplinada pelos princípios limitadores do *ius puniendi* (BITENCOURT, 2010).³⁵

Cezar Roberto Bitencourt (2010) elenca circunstâncias que demonstram a incongruência de inscrição da dívida ativa da pena de multa e da competência de execução da Fazenda Pública:

a) a dicção do art. 49, CP/40: “[...] multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença

33 Arremata Cezar Roberto Bitencourt: “A edição da Lei nº 9.268/96, que definiu a condenação criminal como ‘dívida de valor’, acabou sendo objeto de grande desinteligência da doutrina e jurisprudência nacionais, particularmente, sobre a competência para a execução da pena de multa e sua natureza jurídica. Uma corrente, majoritária, passou a entender que a competência passava a ser das varas da Fazenda Pública, além de a condenação dever ser lançada em dívida ativa. Outra corrente, minoritária, à qual nos filiamos, entende que nada mudou: a competência continuou com a vara das execuções criminais e a condenação à pena de multa mantém sua natureza de sanção criminal, além de ser juridicamente impossível inscrever em dívida ativa uma sentença penal condenatória. Ademais, a nova redação do dispositivo citado não fala em ‘inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública’. Ao contrário, limita-se a referir que são aplicáveis ‘as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.’” (BITENCOURT, 2010, p. 655).

34 Trata-se apenas de uma questão terminológica sem ruptura semântica quanto à sua natureza jurídica. (HESPANHA, 2003).

35 “O fundamento político-legislativo da definição da pena de multa como dívida de valor objetiva, somente, justificar a inconversibilidade da pena de multa não paga em prisão e, ao mesmo tempo, satisfazer os hermeneutas civis, segundo os quais ‘dívida de valor’ pode ser atualizada monetariamente.” (BITENCOURT, 2010, p. 256).

e calculada em dias-multa.” Pois a Lei nº 9.268/96 não revogou esse artigo, uma vez que a Lei Complementar 79/94, que criou o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), prevê como uma de suas receitas a pena de multa;³⁶

b) a competência concorrente dos Estados para legislar sobre a matéria, art. 24, I, CR/88. A competência dos Estados limita-se a suprir normas federais ou adicionar elementos à norma federal, (no entanto, em caso de conflito, permanece a legislação federal), assim as leis estaduais que destinam a arrecadação aos respectivos fundos estaduais são inconstitucionais, já que conflitam com a norma federal inserta no art. 49, CP/40 e com a Lei Complementar 79/94, que destina a arrecadação ao FUNPEN;³⁷

c) a Lei nº 9.268/96 não previu que a multa deveria ser inscrita como dívida ativa; se previsse tal situação, transformaria o título judicial (sentença condenatória) em título extrajudicial (dívida ativa) e, por fim, deslocaria o crédito do Fundo Penitenciário Nacional para o crédito comum, extraordinário da União;

d) a quem competisse inscrever como dívida ativa da União, já que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emitiu o parecer nº 1.528/97, afastando de suas atribuições por falta de previsão legal.

Conforme a doutrina de Sergio Shimura:³⁸

36 Art. 2º Constituirão recursos do FUNPEN: [...] V - multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado.

37 Afirma Bitencourt (2010), em uma análise desapassionada, que tal conduta configura improbidade administrativa e malversação das verbas públicas.

38 O autor concorda e reproduz as críticas exaradas por Bitencourt (2010).

[...] a locução 'será considerada dívida de valor' não quer significar que a pena pecuniária tenha se transmutado em sua natureza jurídica. Continua sendo pena, e não crédito tributário em favor da Fazenda Pública. (SHIMURA, 2001, p. 72).

Sergio Shimura (2001) tece críticas ao afirmar que, pelo princípio da legalidade, a sanção pecuniária decorre do delito, pois se equiparou tal pena à dívida de valor somente para atualização monetária e pelo rito processual mais célere para a cobrança.

Pelo princípio da personalidade da pena, apenas o condenado responderá pelo delito praticado, ou seja, não há que se aplicar o comando normativo dos arts. 1º e 4º da Lei nº 6.830/80, que determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, bem como o espólio, herdeiros ou sucessores do apenado (SHIMURA, 2001).³⁹

A titularidade para a execução continua a ser do *Parquet*, uma vez que decorre da função institucional do Ministério Público, insculpido no comando normativo constitucional do art. 129, I, competindo-lhe promover, privativamente, a ação penal pública (SHIMURA, 2001). Nesse sentido, cita o autor posição da jurisprudência:

Pena de Multa. Legitimidade do Ministério Público para promover a execução e competência do Juízo das Execuções Criminais. Exegese. Inteligência: art. 51 do CP, art. 81,

39 “[...] é bom lembrar que a exposição de motivos da Lei 9.268/96 em nenhum momento fez referência à mudança da natureza da multa não paga, com sendo uma dívida ativa da Fazenda Pública. Pelo contrário, afirmou e reafirmou que o então projeto visava unicamente facilitar a cobrança da multa criminal, através de um procedimento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal. Aliás, sequer há menção no texto da exposição de motivos às palavras ‘dívida ativa’, sinalizando claramente a intenção do proponente da alteração legislativa de não modificar a natureza da pena pecuniária por ocasião de sua execução forçada.” (SHIMURA, 2001, p.73).

II, do CP, art. 118, §1º, da LEP, Lei Federal 9.268/96. A Lei 9.268/96, que modificou o art. 51 do CP, imprimindo caráter de dívida de valor à sanção e determinando que a execução fosse disciplinada pela legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, não retirou do Ministério Público sua legitimidade para a propositura da execução penal, sendo competente para conhecer e decidir o processo executivo o Juízo das Execuções Criminais, mesmo porque, se ocorrer algum incidente na execução, o Juízo Fazendário não teria competência para solucioná-lo, a teor do art. 118, §1º, da LEP, e art. 81, II, do Estatuto Repressivo. (Ag em Execução 1.045.375/71, julgamento 03.02.1997, 15ª Câmara, rel. Geraldo Lucena, RJTA Crim 34/54). (SHIMURA, 2001, p. 78-79).

Pena de Multa. Legitimidade para a execução após a Lei 9.268/96. Atribuição do Ministério Público. Ocorrência. Inteligência: art. 51 do CP, art. 164, §2º, da LEP, Lei 9.268/96. A Lei 9.268/96, visando dar mais eficiência, celeridade e força executória à ação de cobrança, aplicou à ação de execução da pena pecuniária o mesmo regime processual da execução fiscal, sem, no entanto, revogar o art. 164 da LEP, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover a cobrança do valor da multa (Ag. em Execução 1.039.721/8, julgamento 28.01.1997, 14ª Câmara. Rel. Renê Ricupero, RJTA Crim 35/61). (SHIMURA, 2001, p. 78-79).

Para Sergio Shimura (2001), entendimento diverso proporcionaria inúmeros transtornos quando o condenado solvente frustrasse o pagamento, pois, nas hipóteses legais do art. 81, II, CP/40, que determina a hipótese em que o condenado não justificar o inadimplemento, o *sursis* deverá ser revogado; e do art. 118, §1º da LEP, que prevê que, quando o condenado não efetuar o pagamento, o sentenciado deverá regredir a regime mais rigoroso.

Nas hipóteses acima, havendo a intenção manifesta de frustrar a execução, será incompetente o juízo da Fazenda Pública de pronunciar-se a respeito da revogação do *sursis* ou

decretar a regressão do condenado ao regime mais rigoroso. Da mesma forma, a Fazenda Pública não poderia apreciar eventual preliminar em embargos à execução da ocorrência de prescrição (SHIMURA, 2001).

Nesse ínterim, posiciona-se o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através de seu grupo de câmaras criminais, que aprovou, por maioria, a Súmula nº 2: “A execução da pena de multa criminal deve ser proposta no juízo das execuções penais e terá o rito previsto para as execuções fiscais.” Conforme salienta Rogério Greco (2005), cabe ao Ministério Público, atendendo às normas da Lei de Execução Fiscal, propor a execução junto ao Juízo de Execução Penal.

Incontroverso é que a ausência de pagamento da pena de multa não autoriza em nenhuma hipótese a conversão da pena em privativa de liberdade, haja vista que um dos objetivos de tal pena é, justamente, evitar o cárcere.

7. Conclusão

O resgate histórico providencia a fusão de horizontes, de forma que a pecúnia já esteve atrelada às formas de pena, desde períodos antigos, como a legislação de Hammurabi, ocasião em que a infração penal transmutou-se como mecanismo de limitação da *vindicta*. Na Idade Média, a circulação de riquezas providenciou o mecanismo das tarifas; mais tarde, sob a influência dos teóricos modernos, a legislação de vários países foi influenciada pela pena pecuniária como alternativa à privação da liberdade.

As legislações alemã, argentina, espanhola, francesa e portuguesa têm em comum com o Código Brasileiro a fixação da pena em relação às condições econômicas do apenado. O sistema dias-multa é aplicável, também, pela Espanha, Por-

tugal e França, e, neste último, o pagamento é realizado à Fazenda Pública, como se realiza no sistema brasileiro.

A codificação pátria, a partir de Bernardo Pereira de Vasconcelos (Período Imperial), estabeleceu os contornos do sistema dias-multa, daí a origem embrionária desse instituto que foi introduzido em outros países europeus. Reconhece tal origem o próprio Eugênio Raul Zaffaroni, ou seja, o Código Criminal do Império de 1830 influenciou a dogmática atual, bem como o Direito Comparado.

Ainda que se atribua à legislação pátria a criação do sistema dias-multa, a sua aplicação hodierna permite, sobremaneira, o pagamento por qualquer pessoa, o que implica lesão à intranscendência da pena. Logo, o conflito aparente entre o artigo 5º, XLV e o artigo 5º, XLVI, c, ambos da Constituição, se lidos na sua literalidade através da interpretação puramente gramatical dos textos constitucionais.

Todavia, a pena de multa como meio alternativo à privação da liberdade bem como as restritivas de direito constituem mecanismos que potencializam o *status libertatis* do indivíduo. Por conseguinte, a sua legitimidade, buscada por Zaffaroni, decorre da historicidade penal brasileira e da própria necessidade de se aplicar a privação da liberdade em exíguos casos, apenas quando for adequada e necessária ao caso concreto.

Desta feita, o princípio da intranscendência da pena, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, resta afastado ante a própria normatividade que tal instituto possui no ordenamento jurídico brasileiro, já que esteve em todos os Códigos Penais desde o Império até a República, o que evidencia a legitimidade histórica da pena de multa no contexto brasileiro e sua aplicação na atualidade.

8. Referências

ALEMANHA. Código Penal, 1871. Disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2011.

ALCORÃO. Sura da mesa servida, verso 96. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/le000001.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2011.

ARGENTINA. Código Penal, 1984. Disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_ar.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2011.

BÍBLIA. Antigo Testamento. Êxodo, 21:22. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf/ex/21>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2 fev. 2010.

BRASIL. Código Criminal do Império, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 2 fev. 2009.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 set. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848/1940, alterado pela Lei nº 7.209/1984. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 2 fev. 2009.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/1980-1988/L7209.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 2 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 151285, 1ª Turma, Rel.: Min. Demócrito Reinaldo, Brasília, DF, 6 de outubro de 1998. *DJ*, 30 nov. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Atribuições n. 105/PB, Rel.: Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 18 de dezembro de 2000. *DJ*, 5 mar. 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo Saraiva, 2008.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1951.

DELMANTO, Celso; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida *et al.* *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ESPANHA. Código Penal, 1995. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoespanhol.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FRANÇA. Código Penal, 1994. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HAMMURABI. Código de Hammurabi. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 2 jul. 2009.

JESUS, Damásio de. Multa penal: Superior Tribunal de Justiça firma posição sobre competência e atribuição para a sua execução. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 9-11, jun./jul. 2001.

JIMÉNEZ de ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal: filosofia y ley penal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. (Tomo II)

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Verbete das Súmulas Criminais do TJMG aprovadas pelo Grupo de Câmaras Criminais, n. 2: *A execução da pena de multa criminal deve ser proposta no juízo das execuções penais e terá o rito previsto para as execuções fiscais*. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/sumulas/>. Acesso em: 2 set. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PARIZATTO, João Roberto. *Multas e juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: LED, 1996.

PORTUGAL. Código Penal, 2003. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/textos/codigoportugues.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas, 1603. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1184.htm>>. Acesso em: 2 jul. 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Pena de multa: aspectos históricos e dogmáticos*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Multa penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SHIMURA, Sergio. Execução da multa penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 71-80, jan./mar. 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Artigo recebido em: 20/06/2013.

Artigo aprovado em: 05/11/2014.

DOI:

