

## O CONCEITO DE IDOSO PARA FINS PENAIS

**Idoso-Vítima x Idoso-Agente de Infrações Penais:  
É Legítima a Diversidade do Critério de Identificação?**

Reis Friede  
**Fundamentação e Motivação  
das Medidas Liminares**

Toru Yamamoto  
**Reflexões sobre a Indústria  
da Pirataria e Impunidade**

Paulo Fontes  
**Investigação Criminal pelo  
MP: Discussão dos Principais  
Argumentos em Contrário**

Luiza Cristina Frischeisen  
**Medidas Alternativas na Reforma  
do Processo Penal e sua Aplicação  
no Âmbito Federal**

■ <b>Medidas Alternativas na Reforma do Processo Penal no Brasil e Alguns Aspectos de sua Aplicação pelo Ministério Público Federal no Âmbito da Justiça Federal</b>	<b>3</b>
<i>Luiza Cristina Fonseca Frischeisen</i>	
■ <b>Investigação Criminal pelo Ministério Público: Discussão dos Principais Argumentos em Contrário</b>	<b>10</b>
<i>Paulo Gustavo Guedes Fontes</i>	
■ <b>Fundamentação e Motivação do Pronunciamento Judicial Relativo às Medidas Liminares</b>	<b>14</b>
<i>Reis Friede</i>	
■ <b>Idoso-vítima e Idoso-agente: Legitimidade da Distinção</b>	<b>16</b>
<i>Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior</i>	
■ <b>Breves Reflexões sobre a Indústria da Pirataria e Impunidade</b>	<b>20</b>
<i>Toru Yamamoto</i>	

## Expediente

### Coordenação:

Valtan Furtado  
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

### Supervisão:

Adriana Zawada Melo  
amelo@prsp.mpf.gov.br

### Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva

### Diretoria Executiva:

Célia Delgado  
Paulo Jacobina  
Juliano Balocchi Villa-Verde de Carvalho

### Administração :

Ângela Maria Oliveira

### Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR:

#### Presidente:

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

#### Vice-Presidente:

Ubiratan Cazetta

#### Diretor Cultural:

João Carlos de Carvalho Rocha

#### Impressão:

Millennium Editora

#### Tiragem: 2.700

#### Internet: [www.pedrojorge.org.br](http://www.pedrojorge.org.br)

Realização:



Apoio:



Código ISSN: N° 1519-3802  
Os artigos são de inteira  
responsabilidade de seus autores.

## ■ **Medidas Alternativas na Reforma do Processo Penal no Brasil e Alguns Aspectos de sua Aplicação pelo Ministério Público Federal no Âmbito da Justiça Federal**<sup>1</sup> ■

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen  
Procuradora Regional da República – 3ª Região

I-Introdução.

II-O sistema constitucional e legal relativo às infrações consideradas de menor potencial ofensivo.

III- Da transação penal.

IV- Da suspensão condicional do processo.

V- Transação penal e suspensão condicional do processo como mitigações ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e o papel do Ministério Público.

VI- Da aplicação das penas restritivas de direitos como substitutivas das privativas de liberdade.

VII - Questões atinentes à aplicação da transação penal ou da suspensão condicional do processo quanto o autor do crime é agente político ou servidor público e/ou o bem jurídico resguardado é público.

VIII.- Algumas observações sobre a aplicação das medidas alternativas e das penas restritivas de direitos no âmbito da jurisdição federal.

IX –Conclusões.

### *I - Introdução*

O Brasil desde meados dos anos 90 vem modificando a sua legislação processual penal visando a sua modernização para alcançar maior efetividade no âmbito da justiça criminal.

Neste novo quadro normativo foram delineadas as regras relativas às chamadas infrações de menor potencial ofensivo, que passaram a contar com a possibilidade de aplicação de institutos como a conciliação civil e a transação penal, permitindo-se, também, para crimes não considerados graves a suspensão condicional do processo.

A aplicação dos institutos acima mencionados deve se dar no âmbito dos chamados Juizados Especiais Criminais.

A legislação brasileira atual prevê ainda a substituição das penas privativas de liberdade de até 04 anos por penas restritivas de direitos quando o crime não for cometido com grave ameaça ou violência.

Os institutos da transação e da suspensão condicional do processo são formas de introdução de elementos de justiça consensual no âmbito do sistema de justiça criminal e trazem também mitigações ao princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal, dando também à vítima do delito a possibilidade de atuar de forma mais ampla na defesa de seus interesses.

Os Juizados Especiais (seja no âmbito cível como no penal) são considerados hoje instrumentos essenciais para o acesso à justiça e resolução rápida e efetiva dos conflitos.<sup>2</sup>

O trabalho fará uma apresentação do sistema normativo brasileiro sobre os crimes de pequeno potencial ofensivo e os institutos da transação e da suspensão condicional do processo e, em especial, apontará alguns aspectos da aplicação de tais medidas alternativas pelo Ministério Público Federal no âmbito da Justiça Federal.

### *II - O sistema constitucional e legal relativo às infrações consideradas de menor potencial ofensivo*

A Constituição Federal brasileira que foi promulgada após a redemocratização do país em 05 de Outubro de 1988<sup>3</sup> previu em seu artigo 98, inciso I, que a União, o Distrito Federal e os Estados da federação criariam juizados especiais formados por juízes de carreira ou de carreira e leigos<sup>4</sup>, que julgariam causas de natureza cível de menor complexidade e também os crimes considerados de menor potencial ofensivo, já estabelecendo que deveriam prevalecer os procedimentos oral e sumaríssimo, prevendo a possibilidade da transação e o julgamento de eventuais recursos por grupos de juízes que atuam em primeiro grau (as chamadas turmas recursais) e não em Tribunais.

A Constituição Federal inovou ao permitir que os chamados Juizados Especiais julgassem os crimes considerados de pequeno potencial ofensivo, pois relativamente às causas<sup>5</sup> cíveis, mesmo antes da Constituição de 1988, já havia legislação que regulamentava o que era chamado de juizado especial de pequenas causas, que veio a ser substituída por nova sistemática a partir da Constituição de 1988.

Entretanto, somente em 26/09/1995 com a edição da Lei 9.099<sup>6</sup> restou definido o que seriam crimes de pequeno potencial ofensivo, possibilitando a criação dos juizados especiais criminais no âmbito das Justiças Estaduais<sup>7</sup> e também estabelecendo as regras para a aplicação das chamadas medidas alternativas: a conciliação civil, a transação penal e suspensão condicional do processo (que embora não seja aplicada aos crimes de pequeno potencial ofensivo está regulada na mesma legislação).

Em 18/03/1999, através da emenda constitucional nº 22, o artigo 98 da Constituição Federal foi modificado para que ficasse expresso que lei federal trataria da criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal<sup>8</sup>.

A Lei nº 9.099/95 em seu artigo 61 considerava como de pequeno potencial ofensivo infrações penais (contravenções e crimes) que a lei cominasse pena máxima não superior a 01(um) ano, excetuando-se os casos em que a lei previsse procedimento especial<sup>9</sup>. Entretanto, com a Lei nº 10.259 de 12/07/2001 (que resultou da modificação no artigo 98 da Constituição Federal,

já mencionada acima) que estruturou a criação dos Juizados Especiais Federais<sup>10</sup>, houve modificação no conceito de infração de pequeno potencial ofensivo que passou a ser aquela para a qual a lei estabelece pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

A Lei nº 9.099/95 inovou também ao criar em seu artigo 89 a possibilidade da suspensão condicional do processo para os crimes cujo penal mínima não ultrapasse 01 (um) ano.

Portanto, o sistema brasileiro admite duas medidas alternativas pelas quais poderá o autor do delito deixar de responder à ação penal:

1) nas chamadas infrações de pequeno potencial ofensivo, que por definição legal são aqueles nos quais a pena máxima não superar 02 anos ou multa quando poderá haver a TRANSAÇÃO PENAL<sup>11</sup> e

2) para os demais delitos cuja pena mínima não ultrapassar 01 ano poderá haver a SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

Ressalve-se que no sistema brasileiro, as hipóteses nas quais pode se dar a transação penal ou a suspensão condicional do processo, suas condições e objetivos estão estabelecidos na Lei nº 9.099/95 e tais medidas não são um direito do acusado, mas uma faculdade do Ministério Público que deverá verificar se a aplicação das medidas alternativas conduz à melhor solução do conflito penal em questão.

Nos próximos itens serão abordadas mais especificamente as condições para a realização das chamadas medidas alternativas.

### III - Da transação penal

Como já dito anteriormente, a regra geral para aplicação da transação penal é que a pena máxima imputada ao crime seja de 02 anos ou multa.

Para que seja possível a transação é necessário também que o acusado não tenha sido condenado anteriormente à pena privativa de liberdade por sentença definitiva, não tenha sido beneficiado nos 05 anos anteriores por outra transação, não tenha antecedentes, devendo ser analisados ainda características pessoais do autor da infração e ainda os motivos e circunstâncias em que aquela foi praticada.

Na legislação brasileira, a referida regra permite a transação penal em crimes como desobediência (desobedecer à ordem de funcionário público), falsidade de atestado médico, alguns crimes ambientais como impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação, abandono de função pública sem motivo, dano, entre outros.

Para os delitos que comportam transação não haverá prisão em flagrante, inquérito policial (instrumento pelo qual a polícia colhe as provas de autoria e materialidade do delito) ou investigação preliminar, mas tão somente o oferecimento de

termo circunstanciado pela autoridade policial ou oferecimento imediato de proposta de transação pelo Ministério Público e o processo deve orientar-se pelos critérios da oralidade,

informalidade, economia processual e celeridade, objetivando sempre a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

*“...todo sistema extremamente rígido que não prevê saídas possíveis para harmonização da aplicação da lei, na justa medida necessária para a proteção do bem jurídico violado, acaba criando possibilidade de interpretação da lei e práticas dentro do sistema para aliviar a sua aplicação.”*

É certo também que a transação deve ser homologada em Juízo e poderá haver além do eventual ressarcimento do dano, a aplicação de penas restritivas de direitos ou multas. Tais penas não geram antecedentes criminais<sup>12</sup>.

Existem hipóteses de crimes específicos que têm regras próprias como os delitos de trânsito previstos na Lei nº 9.503 de 23/09/1997 e os delitos ambientais previstos na Lei nº 9.605 de 12/02/1998 para aplicação das medidas alternativas.

Na hipótese do autor do delito não cumprir os termos da transação o Ministério Público poderá oferecer denúncia (realizar a imputação) contra o mesmo, não podendo, entretanto, haver conversão das

condições da transação em pena privativa de liberdade de forma automática.

### IV - Da suspensão condicional do processo

Como já mencionado o sistema jurídico brasileiro também prevê a possibilidade da suspensão condicional do processo quando a pena mínima não for maior do que 02 anos<sup>13</sup>. A suspensão do processo se fará pelo período de 2 a 4 anos, período durante o qual o acusado terá que cumprir as condições estabelecidas pelo Ministério Público entre aquelas estabelecidas na lei.

O sistema brasileiro admite a suspensão do processo em crimes como o contrabando e descaminho (pena de 01 a 04 anos), apropriação indébita (pena de 01 a 04 anos) e crimes ambientais como causar dano direto ou indireto à unidades de conservação (pena de 01 a 05 anos).

Quando o delito comporta proposta de suspensão condicional do processo, o Ministério Público deve oferecer a denúncia e se entender cabível fará a oferta da suspensão condicional do processo ao acusado que poderá aceitá-la ou não. Caso o acusado aceite a proposta, o processo será suspenso.

Entre as condições para a suspensão condicional do processo estão a reparação do dano se houver possibilidade, proibição de frequentar determinados locais, proibição de ausentar-se do local sem autorização do juiz, comparecimento em juízo para informar e justificar atividades, entre outras.

As mesmas restrições impostas à transação existem para a suspensão condicional do processo e a suspensão pode ser revogada se o acusado no curso da mesma cometer outra infração ou não cumprir as obrigações assumidas (hipótese na qual haverá a continuidade da ação penal).

*V - Transação penal e suspensão condicional do processo como mitigações ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e o papel do Ministério Público*

No Brasil, pode se dizer que a regra geral antes da Lei nº 9.099/95 era o princípio da obrigatoriedade no exercício do Ministério Público, existindo fato típico, indícios de autoria e materialidade e não havendo nenhuma das causas da extinção da punibilidade, deveria ser oferecida a ação penal<sup>15</sup>.

Entretanto, todo sistema extremamente rígido que não prevê saídas possíveis para harmonização da aplicação da lei, na justa medida necessária para a proteção do bem jurídico violado, acaba criando possibilidade de interpretação da lei e práticas dentro do sistema para aliviar a sua aplicação.

Interessante trazer aqui o exemplo muito real do crime de descaminho e contrabando<sup>16</sup> de pequeno valor durante meados da década de 80 e 90 (até a lei 9.099/95 surgir).

Durante o período acima referido era comum que pequenos comerciantes em excursões empreendessem viagem até a cidade de Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, Brasil<sup>17</sup>, fronteira com Ciudad del Leste, Paraguai, para adquirir mercadorias de procedência estrangeira. Havia uma cota permitida para esses produtos, acima dessa cota dependendo do produto, seria cometido o crime de contrabando (produto proibido no Brasil) ou descaminho (produto permitido, mas para o qual não se estava pagando os tributos devidos). Essas pessoas eram conhecidas como sacoleiros e traziam em suas bagagens produtos que variavam entre 500 e 1000 dólares.

Como não havia ainda o instituto da suspensão condicional do processo, muitos representantes do Ministério Público Federal requeriam o arquivamento dos inquéritos policiais instaurados, o que era homologado por grande parte dos Juízes, com o argumento que tais crimes seriam insignificantes. Ou seja, como não havia previsão legal do que era crime de pequeno potencial ofensivo e, tampouco, uma saída legal para que houvesse uma punição adequada para tais crimes, criou-se uma saída através de invocação do princípio da insignificância (ou delito de bagatela)<sup>18</sup> e interpretação das normas existentes.

Com a edição da Lei nº 9.099/1995 passou-se a aplicar àqueles mesmos delitos a suspensão condicional do processo com o oferecimento da denúncia que deixava de ser oferecida antes (o crime de contrabando ou descaminho prevê pena mínima de 01 ano e máxima de 04 anos quando realizado por meio terrestre).

Outro crime também de competência federal e sob o exercício da ação penal pelo Ministério Público Federal é a operação de rádio sem autorização legal. O sistema de concessões para operação de rádios no Brasil é federal e regulado a partir

da Constituição Federal por duas leis diversas, uma para as chamadas rádios comunitárias e outras para as chamadas rádios comerciais.<sup>19</sup>

Há controvérsia entre os operadores da justiça criminal sobre qual lei que deve ser aplicada ao crime de operar rádio sem devida autorização legal, se dispositivo legal (que prevê pena de 01 a 02 anos) pelo qual seria possível a transação penal ou dispositivo legal que impõe pena mais rigorosa (02 a 04 anos) e pelo qual não seria possível a aplicação sequer da suspensão condicional do processo..

É interessante notar que, embora, não haja total concordância entre os operadores do sistema de justiça criminal em aplicar a pena mais branda<sup>20</sup>, muitos membros do Ministério Público Federal optam pela imputação na legislação mais branda

E que comporta a transação penal, pois acreditam que isso trará mais eficiência para a solução do conflito do que a propositura de uma ação penal que terá que seguir seu curso até a sentença final (ainda que neste caso seja possível, em tese, a substituição da pena restritiva de liberdade por penas restritivas de direitos).

Faço referência a tais episódios para demonstrar que é necessário ter alternativas no sistema normativo para o princípio da obrigatoriedade da ação penal em sua forma absoluta, do contrário, será a prática jurídica consolidada através de decisões Reiteradas dos Tribunais (jurisprudência) ou decisões no âmbito dos órgãos colegiados do Ministério Público que iram dar uma saída aos impasses do sistema.

Assim, a suspensão condicional do processo e a transação penal do processo são mitigações trazidas pela lei 9.099/1995 ao princípio da obrigatoriedade. E é neste sentido que o Ministério Público também não está obrigado a oferecer a transação ou a suspensão condicional do processo como não está obrigado a oferecer a denúncia, há uma margem para o exercício da discricionariedade, cujos parâmetros são fixados pela lei.<sup>21</sup>

Durante algum tempo após a edição da Lei nº 9.099/1995 discutiu-se o Ministério Público estava obrigado a oferecer a suspensão condicional do processo e a transação ou se poderia deixar de fazê-lo em alguns casos desde que declinasse as razões.

Finalmente, após vários debates em processos diversos, o Supremo Tribunal Federal acabou por fixar entendimento

que cabe ao Ministério Público a titularidade para a propositura da suspensão condicional e para a transação penal, não cabendo ao Juiz fazê-lo em substituição ao Ministério Público.<sup>22</sup>

Ressalve-se que aqui não estamos falando na opção de deixar de oferecer a denúncia e também de não oferecer a transação ou a suspensão condicional do processo, esse permissivo não está previsto aqui, decorrendo daí a utilização da expressão

*“...para o sistema brasileiro, que é fortemente ancorado nos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal (...), a solução encontrada pela Lei nº 9.099/1995, ou seja, de estabelecer os critérios e os parâmetros dentro os quais poderá ser oferecida a transação ou a suspensão condicional do processo, é bastante adequada e garante também critérios isonômicos de aplicação dos institutos...”*

obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regrada.<sup>23</sup>

Creio que para o sistema brasileiro, que é fortemente ancorado nos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal (decorrentes do princípio da legalidade), a solução encontrada pela Lei nº 9.009/1995, ou seja, de estabelecer os critérios e os parâmetros dentre os quais poderá ser oferecida a transação ou a suspensão condicional do processo, é bastante adequada e garante também critérios isonômicos de aplicação dos institutos em um país com tradição de direito positivo com raízes no sistema continental (romano-germânico) e que como uma federação conta com sistemas de justiça criminais estaduais e federal.<sup>24</sup>

Por outro lado, cabe às cortes nacionais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal uniformizar os entendimentos no âmbito da legalidade e da constitucionalidade respectivamente.

#### *VI - Da aplicação das penas restritivas de direitos como substitutivas das privativas de liberdade*

Além dos institutos da transação relacionado aos delitos definidos como de pequeno potencial ofensivo e a suspensão condicional do processo que é outra medida alternativa aplicada aos processos que tramitam em juizados especiais ou seguem o rito previsto na Lei nº 9.099/1995, a legislação penal brasileira prevê ainda para os crimes apenados com até 04 anos de reclusão<sup>25</sup> e preenchidos alguns requisitos fixados em lei a substituição das penas privativas de liberdade pelas penas restritivas de direitos.

A possibilidade da substituição das penas privativas de liberdade de até 04 anos por penas restritivas de direito e/ou multa foi inovação introduzida pela Lei 9.714 de 25/12/1998 na parte geral do Código Penal.

A aplicação das penas restritivas de direitos em substituição às penas restritivas de liberdade poderá ser feita em quase todos os crimes dolosos desde que a pena não supere os 04 anos, o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa<sup>26</sup>. Para os crimes culposos não há fixação para um teto de pena.

Para a aplicação das penas restritivas<sup>27</sup> de direitos será necessário também que o réu não seja reincidente em crime doloso e que as circunstâncias do delito e as características do acusado façam crer que a substituição será suficiente como punição.

Na hipótese da substituição das penas restritivas de liberdade pelas penas restritivas de direitos, firmou-se o entendimento que tendo o acusado as condições subjetivas e objetivas para tal, essa substituição é seu direito, pois aqui já estamos falando da aplicação da penal e não mais do exercício da ação penal pelo Ministério Público como nas hipóteses de transação e suspensão condicional do processo.

#### *VII - Questões atinentes à aplicação da transação penal ou da suspensão condicional do processo quanto o autor do crime é agente político ou servidor público e/ou o bem jurídico resguardado é público*

como o da suspensão condicional do processo tem entre os seus objetivos o ressarcimento da vítima e a solução o conflito penal sem que necessariamente seja realizada a propositura da ação penal para ao final ser aplicada uma pena restritiva de liberdade.

Todavia, algumas questões são muito importantes quando tratamos de crimes cuja competência são da Justiça Federal. No Brasil, podem ser crimes de competência da Justiça Federal tanto aqueles cometidos em detrimento de bens, interesses ou serviços da União<sup>28</sup>, como crimes que pela natureza devem ser combatidos de forma nacional como os crimes contra o sistema financeiro, contra a organização do trabalho ou o tráfico internacional de drogas.<sup>29</sup>

Por outro lado, vários dos crimes praticados em detrimento da administração pública ou no exercício de atividade pública têm penas que comportariam a suspensão condicional do processo e mesmo a transação penal.

Entretanto, o oferecimento da transação penal a um membro da Magistratura ou do Ministério Público que agiu com abuso de poder e ameaçou gravemente uma pessoa não seria adequado e tampouco seria possível a suspensão condicional do processo para servidor público que comete o crime de prevaricação, pois as pessoas que ocupam tais cargos tem obrigações inerentes aos mesmos a credibilidade do sistema depende do cumprimento de tais obrigações.

Por seu turno, a própria Lei nº 9.099/1995 estabelece que não será possível a transação penal ou a suspensão condicional do processo quando os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem a suficiência de tais institutos para a resolução do conflito penal existente.

E é exatamente isso que ocorre quando um servidor público ou um agente político comete um delito contra a administração pública ou de outra natureza que põe em questão a própria possibilidade de sua adequação para a o exercício da função.<sup>30</sup>

Por outro, lado a vítima nestes crimes é toda a sociedade, que foi lesada pela atuação criminosa de servidor público ou agente político.

#### *VIII - Algumas observações sobre a aplicação das medidas alternativas e das penas restritivas de direitos no âmbito da jurisdição federal*

No âmbito da jurisdição federal será praticamente impossível a existência do instituto de conciliação civil<sup>31</sup>, pois esta existirá nos casos de ação penal privada e naquelas penais públicas condicionadas a representação. Entretanto, no âmbito da competência federal, por sua própria natureza (que já restou explicitada acima), praticamente inexisterão crimes de ação penal privada ou de ação pública condicionada à representação.

Por outro lado, os Juizados Especiais Federais Criminais não existem autonomamente, ou seja, na verdade, no âmbito da Justiça Federal criminal, os juizados se caracterizam muito mais como uma aplicação de um rito processual (aquele previsto na Lei nº 9.099/1995 com as modificações da Lei nº 10.259/2001)

do que uma estrutura própria e independente da estrutura comum (aquela das varas criminais), ao contrário dos Juizados Especiais Federais Cíveis que têm uma estrutura e Juízes próprios.

Tampouco, o Ministério Público Federal tem uma estrutura específica voltada para a atuação nos processos que comportam transação ou suspensão condicional do processo.

Os Juizados Criminais Federais são na realidade um rito processual aplicado a processos escritos, nos quais as propostas de transação e suspensão são quase sempre realizadas por escrito.

A transação e a suspensão condicional do processo assumem papel muito importante nos delitos ambientais<sup>32</sup>, pois a recomposição do dano nesta hipótese é fundamental.<sup>33</sup>

Um crime bastante comum no âmbito da jurisdição federal é aquele relativo ao não repasse aos cofres públicos dos valores descontados dos salários dos trabalhadores relativos às contribuições sociais destinadas ao financiamento da previdência pública (previsto no artigo 168-A do Código Penal) que prevê penas de reclusão de 02 a 05 anos e multa. É muito comum que nestes crimes as penas restritivas de liberdade quando menores de 04 anos sejam substituídas por penas restritivas de direitos,

A prática tem revelado que entre as condições mais comuns explicitadas nas propostas de suspensão condicional do processo feitas pelo Ministério Público Federal figuram penas pecuniárias de doação de valores a instituições de assistência social (em regra cestas básicas) e tratando-se do crime acima mencionado, as penas pecuniárias têm revertido para o órgão responsável pela administração e pagamento dos benefícios da previdência pública (Instituto Nacional da Seguridade Social).

Outra prática bastante comum tem sido a substituição da pena restritiva de liberdade por serviços que deverão ser prestados à comunidade. Para que essa prática seja possível, é necessário que sejam estabelecidas centrais de penas alternativas que congreguem os endereços das entidades e suas necessidades de serviços.

É inegável que no âmbito da Justiça Federal e do Ministério Público Federal para aqueles que operam no sistema de justiça criminal os delitos de pequeno potencial ofensivo e aqueles para os quais é possível a aplicação da suspensão condicional do processo estão muitas vezes ao lado dos processos que envolvem os chamados crimes de colarinho branco como crimes contra o sistema financeiro, delitos econômico e de corrupção.

A especialização é possível e vem acontecendo, entretanto, nossos olhares e atenções estão mais voltadas para a especialização em torno de outros bens jurídicos como os crimes contra o sistema financeiro e os de lavagem de ativos, pois já existem varas especializadas para tais crimes e membros do

Ministério Público também se especializando no combate a tais delitos.

*“Na hipótese da substituição das penas restritivas de liberdade pelas penas restritivas de direitos, firmou-se o entendimento que tendo o acusado as condições subjetivas e objetivas para tal, essa substituição é seu direito, pois aqui já estamos falando da aplicação da penal e não mais do exercício da ação penal pelo Ministério Público...”*

Por outro lado, também se tem tentando algumas experiências de não separação entre a forma de proteção cível e a proteção penal que se pode dar a determinados bens jurídicos como o meio-ambiente.<sup>34</sup>

De qualquer forma, para que os Juizados Especiais Federais Criminais deixem de ser mais um rito processual e passem a ser uma nova forma de atuação do Ministério Público e de prestação jurisdicional, acredito ser necessário que os Juizados sejam estruturas autônomas como está acontecendo com os Juizados Especiais Federais Cíveis.<sup>35</sup>

Por outro lado, é também necessário tomar cuidado para que as chamadas turmas recursais não se tornem mini-tribunais admitindo recursos não previstos na legislação própria.<sup>36</sup>

## IX – Conclusões

O sistema normativo penal e processual penal brasileiro incorporou a partir da Constituição de 1988 elementos da chamada justiça consensual criando a categoria de infração de menor potencial ofensivo para os quais é possível a aplicação dos institutos da conciliação civil e transação penal.

A regulamentação da categoria de infração de menor potencial ofensivo e dos institutos, que podem ser aplicados para a resolução dos conflitos surgidos quando da existência de tais infrações, encontra-se na Lei n 9.099/1995 c/c Lei n° 10.259/2001.

O sistema comporta também a suspensão condicional do processo para crimes que não são considerados de menor potencial ofensivo, mas que também não são considerados graves.

A legislação brasileira que criou tais institutos trouxe mitigação ao princípio da legalidade e hoje é possível se falar em princípio da obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regulada.

O sistema normativo brasileiro utiliza-se de critérios fixados em torno da pena máxima para explicitar as infrações de pequeno potencial ofensivo (02 anos) e pena mínima (01 ano) para o instituto da suspensão condicional do processo e ainda de 04 anos de pena restritiva de liberdade como máximo para que haja a substituição por pena restritiva de direitos.

O instituto da transação penal deveria ser aplicado dentro de uma estrutura autônoma dos Juizados Especiais Criminais, entretanto, dentro da Justiça Federal, a transação caracteriza-se muito mais como um rito processual.

Os crimes de menor potencial ofensivo dentro do universo dos crimes de competência da justiça federal e de atribuição do Ministério Público Federal não significam o universo para o qual as atenções estão voltadas, pois os maiores esforços estão voltados

para o combate dos crimes de colarinho branco, o que verifica, por exemplo, com o esforço da criação de varas especializadas em crimes contra o sistema financeiro e de lavagem de ativos.

Entretanto, as medidas alternativas da transação e suspensão condicional do processo são muito importantes em crimes em detrimento de bens ambientais.

A suspensão condicional do processo e a substituição das penas restritivas de liberdade por penas restritivas de direitos, em especial, as de caráter pecuniário têm sido amplamente usados no sistema de justiça criminal federal.

## ■ Notas ■

<sup>1</sup>O presente texto é a versão em português de trabalho apresentado no programa interamericano de Formação de Capacitadores para a reforma processual penal 2005, organizado pelo Centro de Estudos da Justiça das Américas da OEA.

<sup>2</sup>Neste sentido o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle externo do Poder Judiciário, que foi criado pela emenda constitucional nº 45 que entrou em vigor em 31/12/2004 (juntamente com o Conselho Nacional do Ministério Público) instituiu comissão para realizar o diagnóstico dos Juizados Especiais em todos o país. Maiores informações podem ser aferidas em [www.cnj.gov.br](http://www.cnj.gov.br).

<sup>3</sup>Em termos gerais, podemos dizer que o Brasil vivenciou um período de ditadura militar após o golpe de 31/03/1964 com graves restrições aos direitos civis e políticos, repressão violenta aos opositores, desaparecimentos forçados, encarceramento de presos políticos, atos típicos das ditaduras militares do continente. O período de redemocratização no país tem com um dos seus momentos importantes a chamada Lei da Anistia, que em 1979 permitiu o retorno dos exilados ao país. A partir de 1979 o processo de redemocratização com algumas idas e vindas foi se consolidado, com a eleição ainda indireta de um presidente civil em 1984, com a transformação do Congresso Nacional em 1986 em Congresso Constituinte (as eleições no Brasil nunca foram suspensas, embora não houvesse liberdade para formação de partidos e durante quase toda a ditadura e até 1980 só existissem 2 partidos : ARENA que, em linhas gerais, apoiava o governo militar e o MDB que reunia todas as correntes de posição) e finalmente com a promulgação da atual Constituição Federal em 1988 que substituiu a Constituição de 1967/Emendada em 1969 produzida durante a ditadura militar.

<sup>4</sup>A regra no Brasil (fixada na Constituição Federal) para a formação das carreiras públicas que atuam no sistema de justiça, Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública é o concurso público.

<sup>5</sup>Criado pela Lei nº 7.244 de 08/11/1984, que depois foi substituída pela Lei nº 9.099/1995.

<sup>6</sup>A Lei 9.099/1995 trata tanto dos Juizados Especiais Cíveis como dos Juizados Especiais Criminais.

<sup>7</sup>Cabe aqui lembrar que o Brasil é uma federação composta de 27 estados membros e o Distrito Federal, sede da capital da República, Brasília. Assim, o sistema de Justiça brasileiro comporta a Justiça Estadual e do DF e a Justiça Federal, além das Justiças Federais Especializadas, que são a trabalhista, a militar federal (para crimes militares cometidos por integrantes das forças armadas) e a eleitoral. Para maiores detalhes ver artigo 92 e seguintes da Constituição Federal brasileira, acessível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

<sup>8</sup>Mas desde a edição da Lei nº 9.099/1995 as regras processuais relativas à suspensão condicional do processo já eram aplicadas no âmbito das ações penais dos crimes federais.

<sup>9</sup>A legislação penal brasileira estabelece para cada crime pena mínima e pena máxima, por exemplo, para o delito de furto simples, a pena mínima é 01 ano e a máxima 04 anos. (podendo ser aumentada de 1/3 se o furto for noturno e diminuída em até 2/3 ou substituída por multa se o acusado não tiver antecedentes e a coisa for de pequeno valor).

<sup>10</sup>Os Juizados Especiais Federais também estão divididos em matéria cível e matéria criminal. Note-se que na Justiça Federal são processadas as ações propostas contra o Instituto Nacional de Seguridade Social, responsável pelo

pagamentos de benefícios previdenciários (de natureza contributiva relativos à previdência pública) e os benefícios assistenciais (de natureza universal) e de acordo com o valor da causa, a maior parte dessas ações são hoje julgadas nos Juizados Especiais Federais Cíveis. Esses Juizados têm se caracterizado por procedimentos extremamente oralizados, rápidos e eficientes. Os processos são todos digitalizados, não existindo mais autos (expedientes) em papel. Trata-se talvez da experiência mais inovadora e interessante atualmente no sistema de justiça no Brasil. Para maiores informações ver, Diagnóstico da Estrutura e Funcionamento dos Juizados Especiais Federais, Série Pesquisas do Conselho de Justiça Federal, 12, Brasília, 2004, disponível em [www.justicafederal.gov.br](http://www.justicafederal.gov.br)

<sup>11</sup>Os tribunais brasileiros têm entendido que estão excluídos da definição de pequeno potencial ofensivo infrações que, embora, comportem pena máxima de até um ano possuem regulamentação própria como os crimes contra a honra cometidos através da imprensa e também crimes militares próprios (para esses últimos crimes a exclusão está explicitada no artigo 90-A da Lei nº 9.099/1995 por modificação introduzida pela Lei nº 9.839 de 27/09/1999).

<sup>12</sup>Na hipótese de se tratar de crime de pequeno potencial ofensivo e não sendo possível a transação, o Ministério Público (em caso de ação penal pública) deve oferecer denúncia oral e o rito do processo será sumaríssimo.

<sup>13</sup>Caso o acusado esteja respondendo em concurso por mais de um crime não será possível a propositura de suspensão condicional do processo se as penas mínimas dos delitos somarem mais de 2 anos.

<sup>14</sup>Aqui é muito importante a análise dos antecedentes do acusado.

<sup>15</sup>O debate sobre se houve ou não mitigação do princípio da obrigatoriedade (legalidade) para o Ministério Público nas hipóteses previstas na Lei nº 9.099/95 ainda prossegue e alguns autores continuam afirmando que mesmo após a edição da lei mencionada continua vigendo o princípio da obrigatoriedade. Neste sentido Afrânio Silva Jardim, em Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública nos juizados especiais criminais, acessível em [www.buscalegis.ccj.ufsc.br](http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br)

<sup>16</sup>Tais crimes, que estão previstos no artigo 334 do Código Penal brasileiro, são crimes sujeitos à competência da Justiça Federal e sob atribuição do Ministério Público Federal para o exercício da ação penal.

<sup>17</sup>Por exemplo, cigarros produzidos no Brasil somente para a exportação e com carga tributária reduzida em relação àqueles produzidos para o mercado interno.

<sup>18</sup>Invocava-se, por exemplo, a tese do jurista Klaus Roxin sobre os chamados delitos de bagatela.

<sup>19</sup>Para maiores detalhes ver artigo 22, inciso XII, da Constituição Federal e Leis 4.117/62 e 9.472/97 (sobre normas gerais de telecomunicações) e Lei 9.612/1998 (sobre serviço de radiodifusão comunitária).

<sup>20</sup>O que só foi possível com a modificação do critério de definição de crime de pequeno potencial ofensivo da pena máxima de 01 ano para 02 anos com a Lei 10.259 de 12/07/2001. Anteriormente a essa modificação legal, inúmeros eram os pareceres e pedidos de arquivamento do Ministério Público Federal, nos quais eram levantadas as teses de atipicidade do delito (com base até mesmo nas diretrizes do Pacto de São José da Costa Rica que foi ratificado pelo Brasil em 1992), delito de bagatela, princípio da insignificância ou argüidas deficiências na colheita da prova quer no âmbito da autoria quer no âmbito da materialidade.

<sup>21</sup>Alguns autores brasileiros usam a expressão obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regrada como Antônio Scarance Fernandes no seu Processo Penal Constitucional, 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p.206/207.

<sup>22</sup>Esse entendimento restou fixado pela Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal (STF). O Brasil não adota o sistema de vinculação ao caso precedente do modelo anglo-saxão, mas os seus tribunais podem editar súmulas que consolidem o entendimento das Cortes. Assim, tratando-se de súmulas do STF, última instância do sistema, as mesmas acabam tendo um caráter de uniformização da interpretação das normas para os integrantes do sistema. Em dezembro de 2004 a Constituição brasileira passou por uma reforma (conhecida como a reforma do judiciário) e passou a prever que as súmulas do Supremo Tribunal Federal poderão ter efeito vinculante se preenchidos os requisitos no artigo 103-A do texto constitucional.

<sup>23</sup>A legislação brasileira permite para crimes como os de lavagem de ativos (Lei nº 9.613/1998) que a pena deixe de ser aplicada desde que o autor do delito colabore espontaneamente para a apuração do delito, a desarticulação da organização criminosa, para a localização dos bens ocultados. Entretanto, aqui se fala em não aplicação da pena pelo Juiz, e não em não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Outros dispositivos legais do sistema normativo brasileiro também possibilitam a diminuição da pena do chamado réu colaborador no



sistema conhecido genericamente como delação premiada, entretanto, o sistema normativo ainda não admite a total discricionariedade do Ministério Público quanto ao início da ação pena (o sistema que no direito anglo-saxão é conhecido como plea bargaining ou guilty plea).

<sup>24</sup>Ressalve-se que havendo concordância entre o Ministério Público, o (a) acusado (a) e o Juiz, o instituto da suspensão condicional do processo poderá ser usado em situações nos quais em tese não caberia como restou mencionado em trabalho apresentado por Rulian Emmerick –Aborto e Direitos Sexuais: Ações estratégicas e Jurídicas de Proteção dos Direitos Sexuais Reprodutivos – que aponta o uso do instituto em crimes de auto-aborto, que pela legislação brasileira fora dos permissivos legais (quando resultado de estupro ou em caso de perigo de vida para a mãe) é proibido e considerado crime doloso, contra a vida a ser julgado por Tribunal do Júri (que no Brasil só julgam crimes dolosos contra a vida). A pesquisa acaba verificando que o sistema de justiça criminal encontrou dentro do próprio quadro normativo um caminho que considerou mais justo. Em Seminário Saúde Reprodutiva, Aborto e Direito Humanos, Advocaci, 2005, pp. 62/70 ou [www.advocaci.org.br](http://www.advocaci.org.br)

<sup>25</sup>As penas restritivas de liberdade no Brasil podem ser de reclusão ou detenção. As de reclusão devem ser cumpridas em regime fechado, semi-aberto ou aberto, já de detenção são cumpridas em regime semi-aberto ou aberto (salvo se houver necessidade de transferência para regime fechado).

<sup>26</sup>Quanto ao crime de tráfico de drogas, os tribunais brasileiros entenderam que a violência é inerente ao próprio tipo penal. A discussão surgiu porque a legislação brasileira (Lei nº 6.368/1976) prevê penas de 03 a 15 anos de reclusão para tal crime e, portanto, é possível, uma pena de até 4 anos (que será cumprida integralmente regime fechado, sem possibilidade de liberdade provisória após o flagrante, por disposições específicas para tal delito). Entretanto, como o tráfico de drogas é crime praticado por grande organizações criminosas com grandes danos para as comunidades nas quais esse poder paralelo é exercido, mas também por pessoas que transportam a droga em troca de pagamento (as chamadas “mulas”) recentemente o Supremo Tribunal Federal voltou a debate a matéria e sobre a necessidade de se avaliar caso a caso nas penas de até 04 anos se poderia haver ou não a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

<sup>27</sup>São penas restritivas de direito no sistema brasileiro a prestação pecuniária (que contempla a possibilidade de ressarcimento da vítima), perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana.

<sup>28</sup>Dentre os quais os crimes praticados por agentes políticos ou servidores públicos federais no exercício de sua função. Para alguns bastará a natureza da função e não a natureza do crime (como, por exemplo, magistrados federais e membros do Ministério Público Federal que serão julgados na Justiça Federal em qualquer hipótese).

<sup>29</sup> regra geral é que os crimes sejam de competência da justiça estadual, salvo aqueles estabelecidos no artigo 109 da Constituição Federal como crimes de competência da Justiça Federal, a saber, crimes cometidos em detrimento de bens, serviços e interesses da União, os crimes políticos, os crimes previstos em tratados ou convenções internacionais, iniciada a execução no Brasil, tendo ou

podendo o resultado ocorrer no estrangeiro ou vice-versa (tráfico internacional de drogas, pornográfica infantil via Internet), crimes contra a organização do trabalho, contra o sistema financeiro e ordem econômico-financeira, lavagem de dinheiro se o crime antecedente for federal, entre outros. Em dezembro de 2004 a Constituição Federal foi alterada e existe atualmente a possibilidade de um crime relativo à grave violação direitos humanos vir a ser julgado pela Justiça Federal, caso a investigação e/ou o processo não esteja sendo feito adequadamente no âmbito da justiça estadual, o incidente de deslocamento para jurisdição federal que é decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, que pelo sistema constitucional brasileiro tem a responsabilidade de decidir sobre conflitos entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal.

<sup>30</sup>É em razão deste fato que na legislação brasileira (artigo 92 do Código Penal) que um dos efeitos da condenação é a perda da função, cargo ou mandato eletivo quando a pena privativa de liberdade é igual ou superior a 01 ano, nos crimes foi praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública e superior a 04 anos para os demais casos.

<sup>31</sup>É importante afirmar que a conciliação civil permitiu trazer para dentro do processo penal a questão do ressarcimento direto à vítima que anteriormente dependia de ação no âmbito cível. Entretanto, a Lei nº 9.099/1995 também condicionou à representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, o que trouxe conseqüências no âmbito das lesões decorrentes de violência conjugal, pois é bastante complexo condicionar essa ação à representação da mulher que continua a viver no mesmo domicílio de seu agressor.

<sup>32</sup>A Constituição brasileira prevê a possibilidade da punição das pessoas jurídicas pela prática de delitos ambientais, o que foi regulamentado pela Lei nº 9.605/1998. A legislação de delitos ambientais prevê a possibilidade de suspensão condicional do processo para penas privativas de liberdade não superior a 03 anos (portanto, dois anos mais do que a regra geral).

<sup>33</sup>No sistema normativo brasileiro existem delitos ambientais de competência da justiça estadual e da justiça federal, por exemplo, o que dependerá do natureza do bem jurídico atingido, por exemplo, derramamento de óleo no mar ou em rio que banhe mais de um estado será federal (porque o mar e os rios interestaduais são bens da União), já o mesmo derramamento em um rio que só passe em estado será da justiça estadual (porque esse rio é um bem estadual).

<sup>34</sup>E aqui é necessário dizer que no Brasil, o Ministério Público tem forte atuação na área cível na defesa dos direitos difusos e coletivos como os relativos ao meio-ambiente, direitos do consumidor, as crianças e adolescentes através das chamadas ações civis públicas, instrumento processual pelo qual é possível fazer a defesa de tais direitos de forma coletiva. Essa legitimidade é compartilhada com associações civis e outros entes do Estado.

<sup>35</sup>Somente assim a experiência da oralidade poderá se impor realmente sobre a prática do processo escrito.

<sup>36</sup>É preciso, como afirma José Renato Nalini, que os integrantes do sistema de justiça criminal compreendam que nos juizados a resolução consensual dos conflitos é a finalidade primeira. O juiz criminal e a Lei nº 9.099/1995 acessível em [www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo8.htm](http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo8.htm)



## Colabore com o Boletim dos Procuradores da República



Envie o seu artigo para publicação no Boletim, observando o seguinte:

- 1 tamanho máximo de 20.000 (vinte mil) caracteres, com espaços, contando com eventuais notas de fim de texto e referências bibliográficas
- 2 ausência de conteúdo ofensivo, sobretudo a membros do Ministério Público.

Os textos devem ser enviados aos endereços eletrônicos:

[vfurtado@prdf.mpf.gov.br](mailto:vfurtado@prdf.mpf.gov.br), [amelo@prsp.mpf.gov.br](mailto:amelo@prsp.mpf.gov.br) e [fundacao@pedrojorge.org.br](mailto:fundacao@pedrojorge.org.br)  
tel. (61) 321-5414 / 1495

*Os textos que excedam o tamanho máximo somente poderão ser publicados caso não haja textos dentro do padrão para completar a edição*

Artigos terão preferência sobre peças processuais

## ■ Investigação Criminal pelo Ministério Público: Discussão dos Principais Argumentos em Contrário ■

Paulo Gustavo Guedes Fontes

Procurador da República em Aracaju-SE

Mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse, França

1. Introdução.
2. A questão da separação das funções de acusação, instrução e julgamento.
3. A questão da imparcialidade.
4. A exegese do art. 144 da Constituição.
5. Conclusão.

### 1. Introdução

A questão do “poder investigatório do Ministério Público”, como se convencionou denominá-la, continua pendente de julgamento definitivo pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. O tema é de grande importância para o sistema penal brasileiro e coloca em jogo a validade de centenas de investigações e processos em curso. Apesar disso, nem sempre tem sido tratado com o necessário rigor metodológico, olvidando-se inclusive a comparação com os ordenamentos jurídicos estrangeiros.

No presente artigo - que reúne considerações que fizemos em escritos anteriores - buscamos sistematizar o debate, fixando as principais teses contrárias à investigação pelo Ministério Público, cujos fundamentos nem sempre são explícitos. Discutiremos, assim, o problema da separação das funções de acusação, instrução e julgamento, inclusive na perspectiva do direito comparado (*seção 2*), a questão da imparcialidade do Ministério Público (*seção 3*) e a interpretação do artigo 144 da Constituição Federal (*seção 4*). A conclusão virá na *seção 5*, com algumas considerações de ordem diversa.

### 2. A questão da separação das funções de acusação, instrução e julgamento

Num nível mais profundo, a polêmica em tela remete a uma analogia equivocada entre o processo penal brasileiro e o sistema do juizado de instrução vigente em muitos países europeus. Foi o *Code d'instruction criminelle* de 1808, de Napoleão Bonaparte, que fez escola tanto quanto o seu Código Civil, que estabeleceu a separação estrita das funções de acusação, instrução e julgamento. Com base nesse princípio, o sistema clássico do juizado de instrução funciona da seguinte maneira: cabe ao membro do Ministério Público acusar, isto é, manifestar perante o juiz de instrução o intuito de punir determinada pessoa, tipificando a sua conduta; o juiz de instrução procederá então à “instrução” dos fatos, investigação em que poderá ouvir pessoas, determinar busca e apreensão, interceptação telefônica e a prisão preventiva do investigado; convencido da existência

do crime e de sua autoria, o juiz de instrução remeterá o feito a uma composição de julgamento, isto é, não decidirá o caso ele próprio. O sistema do juizado de instrução inspira-se do princípio liberal da repartição de poderes, dos “*checks and balances*”. O procurador detém com exclusividade o poder de acusar, mas não possui os poderes de instrução confiados ao juiz; este, que detém poderes consideráveis na instrução do feito, não pode iniciar de ofício a instrução e somente investiga no âmbito da tipificação conferida pelo *Parquet*; por fim, o juiz de instrução não julga o caso por ele investigado, como forma de garantir a imparcialidade do julgamento.

No Brasil, observa-se muitas vezes uma assimilação do nosso sistema com o juizado de instrução, substituindo-se, contudo, na equação deste, o juiz de instrução pela Polícia Judiciária. Essa assimilação se traduziria na comum assertiva: *a Polícia investiga, o Ministério Público acusa e o juiz julga*.

**Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento.** (STJ, RHC 4.769-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, 07.11.1995)

A equiparação é, como dito, indevida. No juizado de instrução, a separação se dá entre as funções de acusação e instrução, entre as funções do Ministério Público e do juiz de instrução. A instrução realizada pelo juiz é algo totalmente diverso, em sua essência, da investigação pré-processual que é objeto da polêmica no Brasil. O juiz de instrução dispõe de poderes efetivamente jurisdicionais, podendo determinar busca e apreensão, interceptação telefônica, prisão preventiva. Daí porque tais medidas, adentrando na esfera da liberdade e da intimidade do indivíduo, são vedadas, na ótica do processo acusatório, ao órgão acusador.

A investigação realizada no Brasil pela Polícia Judiciária, e por vezes pelos órgãos do Ministério Público, distingue-se nitidamente da referida instrução. Constitui-se em oitivas, coleta de informações e documentos, realização de perícias, sendo fora de dúvida que toda medida mais grave deve ser solicitada ao Poder Judiciário. Dessa forma, a *ratio*

“... a ratio juris que, no juizado de instrução, veda ao Ministério Público a realização de atos de instrução, não se repete em relação à investigação de natureza policial no nosso país.”

*juris* que, no juizado de instrução, veda ao Ministério Público a realização de atos de instrução, não se repete em relação à investigação de natureza policial no nosso país.

O princípio europeu da separação das funções de acusação, instrução e julgamento alcança, do ponto de vista orgânico ou subjetivo, as figuras do membro do Ministério Público, do juiz de instrução e do juiz ou juizes que irão efetivamente julgar a causa, condenando ou absolvendo o réu. Não inclui em sua formulação a Polícia Judiciária, cujas funções não são exclusivas, notadamente face ao Ministério Público, que investiga por conta própria ou dirige as atividades da Polícia. A barreira jurídica erguida entre o Ministério Público e os atos do juiz de instrução não se verifica com relação às investigações meramente policiais. Prova disso são os laços orgânicos que em muitos países existem entre as duas instituições, como na França, onde a Polícia Judiciária está subordinada ao Ministério Público, que dirige todas as investigações em que não seja necessária a intervenção do *juge d'instruction*, levando os seus resultados diretamente aos órgãos de julgamento.<sup>1,3</sup>

### 3. A questão da imparcialidade

Outro óbice apontado às investigações realizadas pelo Ministério Público é o da imparcialidade. Na perspectiva contrária à investigação, pode-se distinguir duas formas, até contraditórias, de tratar o problema.

Um primeiro argumento assevera que o Ministério Público deve guardar no processo penal postura de imparcialidade, não podendo, a fim de não comprometê-la, participar ou realizar diretamente as investigações preliminares. O Ministério Público, aqui, por conta dessa imparcialidade, exerceria também o controle das atividades desenvolvidas pela Polícia Judiciária.

RHC - CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - MAGISTRADO - MINISTERIO PUBLICO - O MAGISTRADO E O MEMBRO DO MINISTERIO PUBLICO SE HOVEREM PARTICIPADO DA INVESTIGAÇÃO PROBATÓRIA NÃO PODEM ATUAR NO PROCESSO. RECLAMA-SE ISENÇÃO DE ÂNIMO DE AMBOS. RESTARAM COMPROMETIDAS (SENTIDO JURIDICO). DAI A POSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO DE IMPEDIMENTO, OU SUSPEIÇÃO. (STJ, RHC 4.769-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, 07.11.1995).

Essa tese veio a ser finalmente rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, que adotou, em 13 de dezembro de 1999, a Súmula 234 : *a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia*. Nada mais fez a Corte do que aplicar entendimento pacífico na doutrina, de que o Ministério Público é parte no processo penal. É o juiz quem deve ocupar o ponto equidistante entre a acusação e a defesa, entre o acusado e o Ministério Público. A imparcialidade que se exige do membro do Ministério Público é aquela de cunho pessoal (impessoalidade), proibindo que o acusador seja parente do juiz ou das partes, seu amigo íntimo ou inimigo capital etc; do ponto de vista funcional, a imparcialidade é incompatível com a função do acusador público. É nesse sentido a lição de José Frederico

Marques:

(...) não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado.<sup>3</sup>

Portanto, a posição do Ministério Público no processo penal não fica comprometida pelo fato de seus órgãos participarem da coleta de provas na fase pré-processual, ou mesmo de produzi-las diretamente. Caberá ao juiz dizer da validade e da suficiência desses elementos probatórios.

O segundo argumento referente à (im)parcialidade do membro do Ministério Público reconhece, nisso acertadamente, o papel de parte (*parcial*) que a instituição desempenha no processo penal, mas acena com a possibilidade de que tal parcialidade influencie negativamente as investigações: o membro do Parquet somente buscaria provas que servissem à acusação, deixando de pesquisar elementos que pudessem interessar à defesa.

Atribuir ao Ministério Público a prerrogativa de dirigir os atos de polícia judiciária e a apuração das infrações penais seria desastroso por vários motivos, entre os quais podemos distinguir o comprometimento da imparcialidade que é crucial para a investigação. O Ministério Público é parte da relação processual futura, o que, por si só, desaconselha sua participação ativa nos trabalhos investigatórios, sob pena de prejuízos óbvios e incomensuráveis para a defesa.<sup>4</sup>

Os dois argumentos parecem opostos. Para o primeiro, o Ministério Público deve manter-se imparcial no processo, ao menos quanto às provas colhidas pela Polícia Judiciária, daí porque não poderia participar de sua coleta (*MP imparcial e Polícia parcial*)... para a segunda linha de argumentação, o Ministério Público é por natureza parcial no processo e sua parcialidade poderia contaminar as investigações preliminares (*MP parcial e Polícia imparcial!*)...<sup>5</sup>

A fragilidade do segundo argumento reside no fato de creditar à Polícia, em detrimento do Ministério Público, maior possibilidade de realizar uma investigação imparcial. Tanto quanto o Ministério Público, os membros da Polícia estão funcional e psicologicamente comprometidos com a persecução penal. Pela forma prática como intervêm no sistema, protagonizando a luta por vezes de vida ou morte contra a criminalidade e exercendo a força física legal, no dizer de Max Weber, os policiais estariam até menos inclinados a reconhecer e respeitar os direitos dos investigados. As entidades de defesa dos direitos humanos sempre acreditaram no Ministério Público como órgão capaz de conduzir investigações imparciais. Em carta dirigida ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 31 de agosto de 2004, a Sra. Irene Kahn, Secretária-Geral da Anistia Internacional, referindo-se a crimes contra os direitos humanos perpetrados por policiais, asseverou que *“na condição de órgão independente do Executivo, o Ministério Público é um dos únicos, senão o único, organismo independente capaz de, atualmente, realizar tais investigações no Brasil.”*<sup>6</sup>

Por outro lado, a Polícia Judiciária está submetida hierarquicamente ao Executivo, logo a critérios políticos, e os delegados não gozam das mesmas garantias funcionais (*e vedações*) conferidas aos membros do Ministério Público. Quando o constituinte conferiu ao membro do *Parquet* independência funcional similar à dos juízes, não foi apenas para que possa acusar livre de pressão, mas também para que possa *deixar de acusar*, se razão jurídica não houver para tal. A independência conferida a procuradores e promotores se constitui em garantia não só para o Estado, mas para os cidadãos, habilitando-os – do ponto de vista institucional – a agir com mais imparcialidade e ao abrigo de critérios partidários.

O advogado e professor Aury Lopes Jr. aponta os inconvenientes do sistema de investigação preliminar policial:

A eficácia da atuação policial está associada a grupos diferenciais, isto é, ela se mostra mais ativa quando atua contra determinados escalões da sociedade (obviamente os inferiores), distribuindo impunidade para a classe mais elevada. Também a subcultura policial possui seus próprios modelos preconcebidos: estereótipo de criminosos potenciais e prováveis; vítimas com maior ou menor verossimilitude; delitos que “podem” ou não ser esclarecidos etc.<sup>7</sup>

E, adiante:

Apólicia está muito mais suscetível de contaminação política (especialmente os mandos e desmandos de quem ocupa o governo) e de sofrer pressão dos meios de comunicação. Isso leva a dois graves inconvenientes: a possibilidade de ser usada como instrumento de perseguição política e as graves injustiças que comete no afã de resolver rapidamente os casos com maior repercussão nos meios de comunicação.<sup>8</sup>

É legítima a preocupação com o direcionamento das investigações, na fase pré-processual, nada indicando, contudo, que aconteça em menor grau nas investigações conduzidas pela Polícia, até porque o inquérito policial não admite o contraditório. Medidas legislativas e regulamentares podem introduzir um mínimo de contraditório nessa fase, obrigando ainda os condutores da investigação a realizar diligências requeridas pela defesa.<sup>9</sup>

#### 4. A exegese do art. 144 da Constituição

Da mesma forma que não há princípio jurídico que impeça a investigação de crimes diretamente pelos órgãos do Ministério Público, as regras contidas no artigo 144 da Constituição, se bem compreendidas, não asseguram às Polícias exclusividade na investigação criminal.

O art. 144, §1º, IV, da Constituição assevera que a Polícia Federal se destina a “*exercer, com exclusividade, as funções*

*de polícia judiciária da União.*” É desse dispositivo que se tem erroneamente concluído que somente a Polícia poderia realizar investigações de natureza penal, função que estaria vedada aos membros do Ministério Público.

Acontece que, ao falar em “funções de polícia judiciária”, no artigo 144, §1º, inciso IV, a Constituição não abrange a apuração de crimes, que vem prevista no inciso I do mesmo artigo, sem a cláusula de exclusividade. Senão, vejamos:

Art. 144. (...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)

**I - apurar infrações penais** contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - (...)

III - (...)

**IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.**

Vê-se, pois, que a Constituição Federal distinguiu entre a função de apuração de crimes e a função de polícia judiciária. Ao tratar das Polícias Cíveis, no § 4º do mesmo artigo, a distinção é repetida, asseverando-se que lhes incumbem “*as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*”<sup>10</sup>

Tal compreensão tem reflexos evidentes para o tema em apreço, uma vez que a exclusividade foi mencionada apenas no inciso IV, relativo às funções de polícia judiciária e não no inciso I, que trata da apuração de infrações penais. Do ponto de vista hermenêutico, em face da clara distinção adotada pela Constituição, enfatizada por duas vezes, não se admite embutir a apuração das infrações na função de polícia judiciária, como usualmente se faz, com a consequência de lhe estender

a cláusula de exclusividade. Onde a lei distingue, não cabe ao intérprete confundir!

Destacada da apuração de infrações penais, a função de polícia judiciária, ao menos no direito constitucional pátrio, deve ser entendida de forma mais restrita, circunscrita à colaboração das forças policiais com o Poder Judiciário no curso do procedimento penal, abrangendo o cumprimento de mandados de prisão e de busca e apreensão e a realização de perícias e de outras diligências.

Assim, a função de apuração de crimes (art. 144, §1º, I) não foi destinada às Polícias com exclusividade, no mesmo espírito com que a matéria foi sempre tratada no âmbito legislativo. No seu art. 4º, parágrafo único, o Código de Processo Penal estabelece que a competência da Polícia Judiciária “*não excluirá a de autoridades*

“...a função de apuração de crimes (art. 144, §1º, I) não foi destinada às Polícias com exclusividade, no mesmo espírito com que a matéria foi sempre tratada no âmbito legislativo.”

*administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.”* A tese da exclusividade da Polícia nas investigações, para além de prejudicar o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, teria efeitos nocivos também na atividade de outros órgãos administrativos que se dedicam à apuração de ilícitos penais, como os setores próprios da Receita Federal e do Banco Central.

Outro argumento de ordem constitucional contra a exclusividade é o fato de a menção figurar apenas no parágrafo referente à Polícia Federal. Não se repete no §4º, que trata das Polícias Cíveis. Ora, se a exclusividade da Polícia nas investigações é, como querem, princípio basilar do processo penal e mesmo garantia dos investigados, por que valeria apenas para a esfera federal, desprestigiando-se, assim, o princípio federativo da simetria das formas?

Não se destinando a afastar das investigações nem o Ministério Público, nem outros órgãos que desempenhem essas funções, a menção à exclusividade, no art. 144, §1º, IV, tem como único objetivo impedir a atuação das Polícias Cíveis na esfera federal, intuito confirmado pela ressalva da competência da União existente no §4º. Nesse sentido, escreveram Lenio Streck e Luciano Feldens:

Logicamente, ao referir-se à “exclusividade” da Polícia Federal para exercer funções “de polícia judiciária da União”, o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual observou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144.<sup>11</sup>

## 5. Conclusão

Vimos não existir separação jurídica ou essencial entre as funções de acusação, desempenhada pelo Ministério Público, e a investigação de natureza policial (*seção 2*); ao contrário, em muitos países tais funções estão associadas do ponto de vista orgânico.

A tese da “esquizofrenia” entre Ministério Público e Polícia, entre acusação e investigação, poderá gerar perplexidade. O conceito de investigação é muito fluido, até por não ter maior substrato jurídico. A cognição de fatos criminosos pode se dar de variadas maneiras. O que se considerará investigação, vedada ao Ministério Público? A oitiva de pessoas, a requisição de documentos? Mesmo diante das disposições constitucionais relativas ao Ministério Público, tidas como avanços, o risco é mesmo de retrocesso até em relação ao ordenamento anterior a 1988. O Código de Processo Penal há mais de cinquenta anos estabelecia no seu art. 47:

Se o Ministério Público julgar necessários maiores

esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.<sup>12</sup>

*“...se as provas obtidas no inquérito civil indicarem também a prática de crime, devem ser consideradas imprestáveis para fins penais? Estará o procurador ou promotor proibido de ajuizar as ações penais cabíveis pelo fato de ter realizado as apurações? Estaríamos diante de um absurdo jurídico e prático, com afronta, inclusive, ao princípio constitucional da eficiência...”*

Embora a regra seja a realização das investigações através do inquérito policial, os membros do Ministério Público têm realizado diretamente algumas delas. Na maioria dos casos, por medida de celeridade e simplificação dos procedimentos, evitando-se instaurar inquérito policial quando simples requisição de documentos (*ex.: um contrato social*) ou a oitiva do investigado ou da vítima podem ser suficientes ao ajuizamento da ação penal. Em outros casos, mais raros, quando se vislumbra não haver interesse da Polícia em promover investigações sérias: crimes praticados por policiais, como tortura, ou algumas situações envolvendo governantes.

Por outro lado, deve-se ter em mente que a Lei 8.429/92, em consonância com o art. 129, III, da Constituição, autorizou o Ministério Público a conduzir

inquéritos civis para apurar atos de improbidade administrativa. Existem milhares deles espalhados pelo país, instaurados pelos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, em que se apuram atos de corrupção, dispensa indevida de licitações, superfaturamento - questões com as quais nem sempre a Polícia está familiarizada. Ao cabo dessas investigações, o membro do Ministério Público dispõe de elementos suficientes para a propositura de ações civis públicas ou ações civis por atos de improbidade administrativa. Pois bem, se as provas obtidas no inquérito civil indicarem também a prática de crime, devem ser consideradas imprestáveis para fins penais? Estará o procurador ou promotor proibido de ajuizar as ações penais cabíveis pelo fato de ter realizado as apurações? Estaríamos diante de um absurdo jurídico e prático, com afronta, inclusive, ao princípio constitucional da eficiência, que deve pautar a atuação de todas as esferas estatais.<sup>13</sup>

Seja pelo ângulo dos princípios jurídicos, seja por aquele da exegese constitucional e legal, não existe exclusividade das Polícias nas investigações criminais; suas competências, contudo, não saem diminuídas pela legitimidade do Ministério Público em também conduzi-las. Esse reconhecimento significará notável avanço do sistema penal brasileiro e certamente ajudará, como já demonstraram inúmeros casos de repercussão, a diminuir a impunidade em nosso país.

## ■ Notas ■

<sup>1</sup>Art. 12 do *Code de procédure pénale*: “la police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la République.” Art. 41: “Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions pénales.”

<sup>2</sup>Na Espanha, o art. 126 da Constituição prevê que a Polícia Judiciária depende dos juízes, Tribunais e do Ministério Público no desempenho das funções de averiguação do delito, descoberta e detenção do delinqüente. Em Portugal, o art. 263 do Código de Processo Penal estabelece que o Ministério Público está encarregado de levar a cabo a fase pré-processual, contando com a assistência da polícia judiciária, que atua sob seu mando direto e dependência funcional (art. 56 do CPPp). Ver LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

<sup>3</sup>MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 40.

<sup>4</sup>Discurso atribuído a Achilles Benedito de Oliveira, então presidente da Associação dos Delegados de Polícia do Distrito Federal. Apud BERNARDO, Manoel Firmino; SANTANNA, Alonir Jorge. **Perigo do “Quarto Poder.”** Porto Alegre: Sagra – DC Luzzato Editores, 1994, p. 101.

<sup>5</sup>O Ministro Nelson Jobim parece se filiar ao segundo argumento. Sua Excelência asseverou, no julgamento da ADI 1570-2/DF: “Sou absolutamente contrário ao processo de instrução, como também às atividades investigatórias do Ministério Público, desde que as mesmas atividades não sejam dadas à defesa(...) o Ministério Público será sempre parcial no sentido de colher prova somente acusatória(...)”

<sup>6</sup>Disponível em < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/29625,1>>. Acesso em 26/08/2005. No mesmo sentido, a relatora especial da ONU para a questão dos grupos de extermínio, Asma Jahangir, em visita oficial ao Brasil entre 16 de setembro e 8 de outubro de 2003, consignou em seu relatório que os poderes do Ministério Público deveriam ser reforçados no combate a esse tipo de crime. É a recomendação de número 82: “Os órgãos do Ministério Público devem ser fortalecidos(...) Devem ser providos de equipes de investigadores e serem encorajados a realizar investigações independentes dos casos de grupos de extermínio. Os obstáculos legais a tais investigações devem ser removidos pela legislação futura.” (tradução nossa) Disponível em: < <http://www.conectasur.org/files/ReportExecBrasil.pdf>>.

<sup>7</sup>Op. Cit., p. 65/66.

<sup>8</sup>Idem, p. 68.

<sup>9</sup>A Resolução nº 77, de 14 de setembro de 2004, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, buscou disciplinar as investigações preliminares realizadas pelos membros do Ministério Público Federal. Além de obrigar à formalização do procedimento investigatório criminal, previu no seu art. 9º, parágrafo único, ao final da investigação, a notificação do investigado para prestar as informações que considerar adequadas, oportunidade em que poderá requerer diligências.

<sup>10</sup>As idéias desenvolvidas nesse tópico foram veiculadas pela primeira vez em mensagem eletrônica que o autor dirigiu à rede nacional dos Procuradores da República, no dia 16 de outubro de 2003.

<sup>11</sup>STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 92-93.

<sup>12</sup>O Ministro Carlos Velloso ponderou, no julgamento da ADI 1570-DF: “se amanhã o Ministério Público receber uma carta com documentos, contendo uma acusação que possibilite a instauração de ação penal, ele o faz, dispensando o inquérito. Mais: se é procurado em seu gabinete por um cidadão com uma denúncia, ele não pode tomar o seu depoimento? É claro que pode.”

<sup>13</sup>Em julgamento unânime, a 1ª Turma do STF denegou *habeas corpus* em que se alegava nulidade por ter sido a investigação conduzida pelo Ministério Público: “Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o Inquérito Civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos – proveniente de elementos colhidos em Inquérito Civil – se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF).” (HC 84367-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 18-02-2005). A menção correta seria ao art. 129, III.

## ■ Fundamentação e Motivação do Pronunciamento Judicial Relativo às Medidas Liminares ■

Reis Friede (\*)

Desembargador Federal – TRF da 2ª Região  
Mestre e Doutor em Direito Público

Possuindo o pronunciamento judicial relativo às medidas liminares, à luz do entendimento doutrinário majoritário, natureza complexa - uma vez que o despacho lato sensu concessivo da ordem (por antecipar ainda que de forma oblíqua, indireta ou transversa (sem se caracterizar como seu objetivo) o mérito cause) se reveste do caráter de decisão interlocutória, ao passo que o mesmo despacho denegatório da medida (por não antecipar o mérito da questão controversa, ou mesmo o próprio efeito fático da sentença) se afirma pela natureza de despacho ordinatório (sem conteúdo decisório) -, a questão da obrigatoriedade da fundamentação destes pronunciamentos igualmente alude a condenações que não podem ser, de nenhuma maneira, resumidas de forma simplória.

Se, por um lado, vige em nosso sistema jurídico o princípio da obrigatoriedade de fundamentação quanto às decisões judiciais, de modo geral, por outro prisma não há, em princípio, tal obrigatoriedade quanto aos pronunciamentos judiciais que não possuem qualquer conteúdo decisório, quer por se constituírem

em atos de simples movimentação processual, quer por se constituírem em atos denominados ordinatórios (que, para parte expressiva da doutrina, vale observar, não são propriamente sinônimos de despachos de simples movimentação ou de mero expediente (se bem que, quanto a este último, deve ser consignado existir uma interessante controvérsia que resume em saber com melhor precisão se a expressão aludida é gênero que comporta as duas espécies: simples movimentação e ordinatório ou, ao contrário, se é apenas sinônimo de umas das espécies: simples movimentação)).

Dessa forma, apenas os pronunciamentos judiciais concessivos de medida liminar, prima facie, deveriam ser obrigatoriamente fundamentados (em decorrência de seu caráter nitidamente decisório), vinculando o julgador, em última análise, às motivações expostas que, em grande medida, esclarecem as razões pelas quais o juiz entendeu por prover a garantia cautelar requerida, antecipando, por vias indiretas, alguma parcela de conteúdo meritório (ou, como preferem alguns autores, antecipando os

efeitos fáticos da futura sentença a ser proferida).

Todavia, esta assertiva não se constitui em um entendimento plenamente tranqüilo na doutrina, não obstante a própria clareza, relativa coerência e lógica da tese exposta. É que alguns autores - mesmo entendendo pela natureza jurídica não decisória do despacho denegatório de medida liminar - admitem a existência de uma importante distinção entre os despachos de simples movimentação (que prescindem de fundamentação) e os despachos ordinatórios (nos quais se enquadram o ato judicial indeferitório de medida liminar) que, ao contrário, devem ser - ainda que de forma sumária - fundamentados.

Em essência, cumpre observar que todo o pronunciamento judicial (despacho lato sensu) deveria ser obrigatoriamente fundamentado, se não pelo imperativo de ordem técnica (baseado no fato de que, para se obter uma precisa determinação do conteúdo da decisão é necessário que a mesma seja plenamente motivada, permitindo, assim, às partes recorrer adequadamente, atacando os fundamentos da decisão), no mínimo, pela razão de ordem política (que se encontra associada à noção básica da “garantia lato sensu”, assegurada, em última instância, pelo denominado Estado de direito e que se caracteriza, particularmente, por oferecer, em qualquer circunstância, efetiva proteção aos cidadãos, notadamente, a rigorosa observância do fiel cumprimento da lei em sua aceção mais ampla). Em adição a essa linha de raciocínio, também deve ser consignado que a fundamentação das decisões judiciais permite, de forma insofismável, verificar-se quanto à legalidade (e correta aplicação hermenêutica dos dispositivos normativos em questão) do próprio decism, quer pelas partes, quer pelos órgãos superiores, garantindo-se, desta feita, a efetiva incoerência de decisões arbitrárias. Sem motivação, seria impossível controlar, de maneira absoluta, se a decisão foi ou não proferida, consoante o insuperável imperativo legal (o art. 93, IX, da Constituição Federal, a esse especial respeito, prevê expressamente que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade).

O que deseja esta corrente de pensamento, por via de consequência, é, com fulcro em toda esta sorte de considerações, estabelecer claramente a necessidade de uma fundamentação mínima do pronunciamento judicial indeferitório da medida liminar (o registro dos motivos pelos quais não se encontram presentes um, alguns ou eventualmente todos os requisitos autorizadores da medida vindicada vis-à-vis com os argumentos expostos pela parte requerente que, presumivelmente, apontam

na direção oposta), viabilizando uma genuína garantia sumária contra o arbítrio à luz da própria exigência fundamental, de matiz político-jurídico, do Estado contemporâneo que ressalta a imperiosa necessidade de que os casos submetidos a juízo sejam julgados, de forma geral, com base em fatos provados e com aplicação imparcial, isenta e independente, pelo julgador, do direito vigente.

Dentro desse contexto - como não poderia deixar de ser -, é conveniente ressaltar que estaria, por outro prisma, assegurada a plena legitimidade dos despachos ordinatórios que indeferem a medida liminar inaudita altera pars com fundamento sumário “na ausência de efetiva comprovação dos requisitos autorizadores”, uma vez que resta indiscutível ser da parte requerente o ônus probatório da efetiva presença dos pressupostos da concessão da ordem in limine.

Finalmente, cumpre ratificar não só o fato de que a tese exposta (embora majoritária) é, e continua a ser, controvertida (existindo aqueles que apontam na direção da absoluta desnecessidade de motivação do ato por ser o mesmo plenamente discricionário, constituindo-se em simples despacho, simultaneamente, com outros que, entendendo de forma diversa, argumentam pela insuperável necessidade de fundamentação do pronunciamento em questão por se constituir em autêntica decisão interlocutória), como também o fato de que - segundo a ótica considerada - o valor da motivação (e da consequente vinculação à mesma) do pronunciamento judicial indeferitório de liminar (por se constituir em despacho ordinatório) não é e nem poderia ser, em nenhuma hipótese, idêntico ao despacho lato sensu concessivo, considerando constituir-se este em indiscutível decisão incidente que, em última análise, possui o condão de antecipar - ainda que de forma indireta e parcialmente - o *meritum causae* (ou, como aludem insistentemente alguns autores, os efeitos fáticos da sentença).

(\*) Reis Friede, Mestre e Doutor em Direito Público, é Desembargador Federal, Professor Adjunto da Escola de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e ex-Membro do Ministério Público (todos os cargos alçados por concurso público em que logrou classificar-se em 1º lugar) e autor de mais de 40 obras jurídicas, dentre as quais “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares”, 3ª edição, Forense Universitária/RJ.

## Idoso-vítima e Idoso-agente: Legitimidade da Distinção

Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior

Procurador da República em Natal-RN

Mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo

### 1. Introdução

A Lei 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, definiu, em seu art. 1º, o conceito de pessoa idosa, ao dizer que se destinava a regular os direitos das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Como os arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, parte final, todos do Código Penal, além do art. 117, I, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), conferem um tratamento penal diferenciado somente a quem tem setenta anos, surgiu na doutrina e foi suscitado na casuística entendimento conforme o qual seria descabido um regime penal diverso entre quem tem sessenta e setenta anos, impondo-se a adoção de um conceito uniforme de idoso para fins penais.

Neste texto, discorrer-se-á a respeito do conceito de idoso para fins penais, tentando-se mostrar que o conceito de idoso, inclusive para fins penais, é apenas um e que isso, por si só, não impede a diferença de tratamento penal entre quem tem sessenta e quem tem setenta anos.

### 2. Evolução do conceito de idoso para fins penais

Segundo se mostrou, hoje é o art. 1º da Lei 10.741/2003 que dá o conceito de idoso, considerando como tal a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. No regime jurídico-penal anterior ao advento do Estatuto do Idoso, o Código Penal, em seu art. 61, II, “h”, tratando de circunstâncias agravantes, não falava em idoso nem em pessoa idosa (termos empregados como sinônimos tanto na Lei 10.741/2003 quanto neste trabalho). A referência era a “velho”. Tal dispositivo foi alterado pelo art. 110 da Lei 10.741/2003 e agora a circunstância agravante do art. 61, II, “h”, incide quando o crime for praticado contra pessoa “maior de sessenta anos”, ou seja, contra idoso, segundo o referido art. 1º da Lei 10.741/2003.

Em face da redação anterior do Código Penal, que impunha o aumento da pena no caso de a vítima ser velho, havia entendimento segundo o qual, para poder ser aplicada a circunstância agravante, era necessário que o sujeito passivo (vítima) efetivamente estivesse em uma situação de inferioridade em relação ao sujeito ativo (agente) do crime, sem o que o aumento da pena era injustificado. Não se fazia menção a nenhuma idade<sup>1</sup>. Outra corrente defendia que velho era quem se encontrasse em situação de senilidade, de decrepitude, independentemente da idade, presumindo-se, contudo, a velhice no caso de idade igual ou superior a setenta anos, por força do tratamento mais benéfico

que o Código Penal dava (e ainda dá) às pessoas com essa idade (arts. 65, I, 77, § 2º, e 115)<sup>2</sup>. Há, inclusive, aresto no qual, tratando especificamente da agravante no caso de crime cometido contra “velho”, lê-se que “o dado cronológico, por si só, é insuficiente. Só ocorre o recrudescimento da pena quando o agente se vale das conseqüências físicas, mentais ou psíquicas que a idade pode acarretar. O delinqüente, por exemplo, prevalece-se do maior vigor físico para alcançar a consumação. Urge, pois, caracterizar o aproveitamento das disparidades, ou do enfraquecimento das reações. Caso contrário, não incidirá a agravante. O conceito é normativo. Insuficiente o dado biológico”<sup>3</sup>.

Na sistemática atual, o conceito de “idoso” ou de “pessoa idosa” é objetivo, unicamente cronológico. Por exemplo, os crimes que falam em “idoso” ou em “pessoa idosa” têm como sujeito passivo as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, não havendo mais que se falar em conceito normativo, aberto, a ser determinado pela presença ou não, no caso concreto, de uma situação de inferioridade, de maior debilidade ou sensibilidade, até porque, conforme abaixo se verá, a razão de ser da proteção ao idoso não reside mais apenas nas condições físicas da pessoa idosa, mas também, e principalmente, em uma tutela de sua qualidade de vida (ver item 4). O Estatuto do Idoso passou a tipificar determinadas condutas quando elas são praticadas contra pessoas de idade igual ou superior a sessenta anos, não sendo legítimo concluir que tal diploma legislativo, de cunho assumidamente protetor das vítimas dessa faixa etária, deixou espaço para indagações casuísticas sobre a presença de senilidade, inferioridade, decrepitude, enfraquecimento ou qualquer outra circunstância. Assim como o tratamento mais benéfico para as pessoas maiores de setenta anos que praticam crimes sempre foi e ainda é objetivo (Código Penal, arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, e art. 117, I, da Lei 7.210/1984), a proteção penal para as de idade igual ou superior a sessenta anos que são vítimas também passou a ser, a partir do art. 1º da Lei 10.741/2003. A mudança na redação do art. 61, II, “h”, feita pela Lei 10.741/2003 (art. 110), trocando a denominação “velho” por “maior de sessenta anos”, é bem significativa desse tratamento puramente objetivo.

### 3. Inexistência de dualidade no conceito de idoso para fins penais

O art. 61, II, “h”, do Código Penal, em sua redação atual, agrava a pena quando o crime tiver como vítima pessoa maior de sessenta anos. Também todos os crimes previstos na Lei 10.741/2003 têm como vítima o idoso ou a pessoa idosa, assim entendida como aquela com sessenta anos ou mais (p. ex., arts.



96 a 108 do Estatuto do Idoso). Igualmente se aplica aos crimes praticados contra vítimas idosas a causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, que também fala em sessenta anos. Tem-se aqui a figura do idoso-vítima.

Os arts. 65, I, 77, § 2º, 115, todos do Código Penal, e 117, I, da Lei de Execução Penal, por sua vez, dão tratamento mais benéfico a quem conta com setenta anos e é sujeito ativo de crime. Com efeito, tais dispositivos atenuam a pena, aumentam o âmbito de incidência da suspensão condicional da pena, reduzem o prazo prescricional e permitem o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar para quem tem mais de setenta anos. Todos os dispositivos estabelecem a idade de setenta anos como aquela a partir da qual o agente do crime deve receber tratamento mais favorável. É a figura do idoso-agente.

Em doutrina já se sustentou que essa (aparente) diversidade no conceito de idoso para fins penais significaria uma antinomia, além de agressão ao princípio da igualdade. Sugeriu-se, então, uma uniformidade de tratamento tanto para o idoso-vítima quanto para o idoso-agente, adotando-se como parâmetro a idade de sessenta anos<sup>4</sup>.

Essa tese, contudo, não é a melhor, por diversas razões, sendo a primeira delas histórica. É que sempre houve uma distinção no regime jurídico destinado ao idoso-agente e ao idoso-vítima. Os arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, que tratam do idoso-agente, têm seus textos e posições topográficas atuais dados pela Lei 7.209/1984. Na redação original do Código Penal (a de 1940, isto é, antes da Lei 7.209/1984), estes artigos correspondiam, respectivamente, aos arts. 30, § 3º, 48, I, e 115. Já nessa versão de 1940 do Código Penal o tratamento jurídico do idoso-agente era vinculado expressamente à idade de setenta anos. A Lei 7.209/1984, embora tenha alterado o conteúdo e a localização dos (então) arts. 30, § 3º, 48, I, e 115 do Código Penal, manteve na redação dos (hoje) arts. 65, I, 77, § 2º, 115, do Código Penal a mesma menção explícita, já existente antes, à idade de setenta anos.

Também o atual art. 61, II, “h”, do Código Penal, que cuida do idoso-vítima, teve sua redação e posição topográfica estabelecidas pela Lei 7.209/1984. Este artigo equivale ao art. 44, II, “i”, do Código Penal, em sua redação original de 1940. Tanto no texto original quanto no de 1984 a referência a velho estava presente, só tendo sido alterada, conforme se mostrou no item anterior, pelo art. 110 do Estatuto do Idoso.

Pode-se concluir, então, que em 1940 e de novo em 1984 o legislador do Código Penal tratou de modo diverso o idoso-agente, vinculando objetivamente seu tratamento jurídico diferenciado à idade de setenta anos, e o idoso-vítima, para este valendo-se do conceito aberto “velho”, o qual, como se viu, ligava-se à

inferioridade ou à debilidade e não à idade. O tratamento jurídico do idoso-vítima e o do idoso-

agente, portanto, era diferenciado. A idade do idoso-vítima, em razão da vagueza do conceito de velho, podia ou não coincidir com a idade de setenta anos, que sempre foi o (único) parâmetro objetivo para o idoso-agente.

Esta conclusão é reforçada quando se observa que o art. 117, I, já agora da Lei 7.210/1984, mais uma vez, tratando do idoso-agente, valeu-se da idade de setenta anos, quando poderia ter equiparado o tratamento jurídico do idoso-agente e do idoso-vítima.

Nesse contexto, a Lei 10.741/2003, editada precisa e especificamente para cuidar dos direitos dos idosos, apenas manteve a sistemática anterior de diversidade de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente. Por isso, não obstante tenha feito diversas alterações no Código Penal (v. art. 110 do Estatuto do Idoso), a Lei 10.741/2003 não procedeu a qualquer mudança nos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, in fine, todos do Código Penal, nem no art. 117, I, da Lei 7.210/1984. Na verdade, não efetuou nenhuma mudança no tratamento dado ao idoso-agente.

A diferença de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente, inequivocamente mantida e, mais ainda, reforçada pelo Estatuto do Idoso, não tem o condão de criar uma dualidade no conceito de idoso para fins penais. Idoso, ou pessoa idosa, é quem tem mais de sessenta anos, nos termos do art. 1º da Lei 10.741/2003. Esse conceito, aliás, é válido para qualquer fim e não só para fins penais. O que há é a possibilidade de alguém já ser idoso e mesmo assim não dispor ainda das benesses conferidas pelos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei de Execução Penal, sendo isto perfeitamente legítimo.

#### 4. Legitimidade na diferença de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente

Não existe antinomia nem agressão ao postulado da igualdade quando se trata de modo diferente o idoso-vítima e o idoso-agente, isso porque o critério utilizado para diferenciação (exigir-se setenta anos para o idoso-agente e só sessenta para o idoso-vítima) é perfeitamente razoável. A Lei 10.741/2003 é legislação que, ciente de que a população brasileira está, por diversos fatores, vivendo mais, ou seja, de que existe hoje, em relação a épocas anteriores, uma maior quantidade de pessoas idosas, veio fixar objetivamente o conceito de idoso e conferir a este uma série de direitos, com vistas a concretizar-lhe, de um modo particular, a cidadania e propiciar-lhe qualidade de vida.

*“...a Lei 10.741/2003 (...) apenas manteve a sistemática anterior de diversidade de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente. Por isso, não obstante tenha feito diversas alterações no Código Penal (v. art. 110 do Estatuto do Idoso), a Lei 10.741/2003 não procedeu a qualquer mudança nos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, in fine, todos do Código Penal, nem no art. 117, I, da Lei 7.210/1984.”*

No âmbito penal, o Estatuto do Idoso buscou proteger de um modo especial a pessoa idosa contra crimes praticados em seu detrimento, coerente com a ratio legis de tentar dar aos idosos uma maior qualidade de vida. O legislador entendeu que, para o efetivo gozo dos direitos que estava a assegurar, era preciso um reforço na proteção penal do idoso vítima de crimes. E, nesse contexto e com esse desiderato, alterar o tratamento jurídico do idoso-agente seria desvirtuar o objeto e a finalidade da Lei 10.741/2003, porquanto estender o regime penal das pessoas maiores de setenta anos agentes de crime para também abranger as de sessenta não tem qualquer relação com a buscada melhoria na qualidade de vida dos idosos.

A distinção entre idoso-vítima e idoso-agente desde sempre e ainda hoje albergada pelo sistema penal é inteiramente razoável. Existe uma gradação na proteção do idoso. Se ele é vítima, ou seja, se é sujeito passivo de infração penal, a lei já lhe dá tratamento jurídico diferenciado a partir dos sessenta anos. Por outro lado, se é agente de infração penal, isto é, se é seu sujeito ativo, somente aos setenta anos é que vai passar a dispor dos benefícios concedidos pelos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei 7.210/1984. A lei, ao assim dispor, concilia a proteção da qualidade de vida de quem tem sessenta anos (garantia penal do idoso-vítima) com o direito do Estado de perseguir e reprimir também pessoas idosas (tratamento diferenciado para o idoso-agente somente a partir dos setenta anos). Não se trata simplesmente de uma menor proteção do idoso-agente (que dispõe de todo o regime destinado ao idoso-vítima), mas de um equilíbrio de valores. Vale dizer: a posição jurídica do idoso, se agente ou vítima, é, por si só, fator de diferenciação válido, porque as situações são justificável e inteiramente distintas.

Afora isso, enquanto as disposições que protegem penalmente o idoso-vítima se centram em reforçar a garantia de que ele fruirá seus direitos e viverá o restante de sua vida sem perturbações de índole penal, o tratamento do idoso-agente se funda em razões puramente humanitárias e de expectativa de vida, ou seja, é uma norma baseada em argumentos de misericórdia, para diminuir as chances de que idoso-agente passe o final de sua vida a receber reprimendas penais<sup>5</sup>. É por isso, aliás, que o art. 5º, XLVIII, da Constituição prevê que o cumprimento da pena levará em conta a idade do apenado.

Se antes, quando o tratamento do idoso-vítima tinha por razão de ser a presença de senilidade, inferioridade, decrepitude ou enfraquecimento (ou seja, a ratio da proteção era parecida com os motivos humanitários e de misericórdia que são a base do regime destinado ao idoso-agente), já existia uma diferença entre os regimes do idoso-agente e do idoso-vítima (ver itens 2 e 3), com muito mais razão a partir da vigência da Lei 10.741/2003, quando tal tratamento do idoso-vítima passou a ser objetivo e

puramente cronológico, baseado na tentativa de assegurar às pessoas maiores de sessenta anos uma maior qualidade de vida.

Também comprova ter legitimidade a opção legislativa – que não é recente, recorde-se (ver item 3) – por tratar diferentemente o idoso-agente e o idoso-vítima o fato de o ordenamento conhecer outras distinções igualmente razoáveis feitas em razão da idade<sup>5</sup>. Os arts. 227 e 230 da Lei Fundamental conferem uma particular proteção às crianças, aos adolescentes e aos idosos. Isso, todavia, não impediu que o Código Penal, a exemplo do que ocorre com as pessoas idosas, fizesse diferenciações entre as crianças e os adolescentes, conforme se observa, por exemplo, nos arts. 121, § 4º, 126, parágrafo único, 136, § 3º e 224, “a”, nos quais há uma especial proteção para as pessoas menores de catorze anos. Repare-se que nem todos os adolescentes (que são as pessoas entre doze e dezoito anos de idade – art. 2º da Lei 8.069/1990) são abrangidos pela tutela penal (que só vai até os catorze anos), sem que se possa falar em qualquer falta de razoabilidade no sistema. Verifica-se, assim, que, apesar de, constitucionalmente, idosos, crianças e adolescentes serem sujeitos especiais de direitos, as diferenças de tratamento outorgadas a uns e outros pela legislação atendem aos padrões de legitimidade, sendo, por isso mesmo, inteiramente válidas.

Assenta-se, portanto, que as disposições dos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei 7.210/1984, que tratam, respectivamente, de circunstância atenuante de pena, do âmbito de incidência da suspensão condicional da pena, da redução do prazo prescricional e da permissão para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar, não são destinadas aos idosos em geral, tais como definidos no art. 1º da Lei 10.741/2003, mas tão-só àqueles que, no momento previsto em cada norma, contarem com setenta anos de idade, como expressamente determinam os textos legais.

O tema já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. Acompanhando inteiramente o parecer do Ministério Público Federal, firmado pela Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, segundo a qual o Estatuto do Idoso “não se presta a redefinir, ilimitadamente, a faixa etária de abrangência dos benefícios concedidos aos idosos – nos termos da lei –, a não ser aqueles definidos no seu próprio texto”, o Ministro Félix Fischer consignou que “o Estatuto do Idoso não deve ser interpretado de forma ilimitada, de modo a alterar dispositivo legal específico do CP, referente à redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença (art. 115, do CP)”<sup>7</sup>. A mesma corte também já entendeu que “o art. 1º do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença”<sup>8</sup>.

*“Na sistemática atual, o conceito de ‘idoso’ ou de ‘pessoa idosa’ é objetivo, unicamente cronológico. Por exemplo, os crimes que falam em ‘idoso’ ou em ‘pessoa idosa’ têm como sujeito passivo as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, não havendo mais que se falar em conceito normativo, aberto...”*

## 5. Conclusão

Observa-se, portanto, que o tratamento diferenciado entre o idoso-vítima e o idoso-agente é historicamente consagrado no Direito Penal do Brasil. Esta distinção, para além de ser legítima (porque são diversas as finalidades dos respectivos preceitos legais), é recomendável, porque harmoniza a proteção da qualidade de vida de quem tem sessenta anos com o direito do Estado de perseguir e reprimir também pessoas idosas. Não há, portanto, como se buscar tratamento idêntico entre o idoso-vítima e o idoso-agente, sendo inaplicável a analogia in bonam partem nas duas situações, seja pelo prisma histórico, seja pelo fim a que se destina a lei.

## ■ Notas ■

<sup>1</sup>Neste sentido, Damásio Evangelista de Jesus, *Código penal anotado*, 10 ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 216 e 217.

<sup>2</sup>Assim Guilherme de Souza Nucci, *Código penal comentado*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 252, Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, 1 v., 18 ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 300, Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto, *Código penal comentado*, 6 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 122 e Fernando Capez, *Curso de direito penal – parte geral*, 1 v., 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 411 e 412. O Supremo Tribunal Federal também assim já decidiu: “consoante o sistema do Código Penal, há a presunção *juris et de jure* de que velho é aquele que atinge os 70 anos, sendo que, com relação aos de idade inferior a essa, não há limite certo para a fixação de quando começa a velhice, razão por que o saber se alguém, menor de 70 anos, é, ou não, velho depende de circunstâncias de fato aferíveis caso por caso” (RE 85.414/MG, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, unânime, j. em 24/08/1976, pub. DJ 29/09/1976).

<sup>3</sup>Superior Tribunal de Justiça, RESP 15.340/SP, 6ª T., Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, unânime, j. em 11/02/92, pub. DJ 23/03/1992, p. 3491. Igualmente exigindo superioridade física do sujeito ativo, E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, 1 v., 32 ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 261.

<sup>4</sup>Cf. MARTY, Diego Viola. *O Estatuto do Idoso, o Código Penal brasileiro e o princípio constitucional da igualdade: qual o “conceito de idoso” para fins penais?*. Boletim IBCCrim, n. 153, p. 12, agosto, 2005. O autor diz ser a doutrina de Luiz Régis Prado no mesmo sentido.

<sup>5</sup>O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, referindo-se expressamente aos setenta anos mencionados na norma do art. 115 do Código Penal e em data anterior ao advento da Lei 10.741/2003 já consignou que “o espírito da norma deve ser entendido no sentido de se evitar a segregação da pessoa idosa, já imune a qualquer tipo de ressocialização, diante de sua reduzida expectativa de vida”, a confirmar ter o art. 115 do Código Penal uma *ratio* eminentemente humanitária e não de realização de direitos de cidadania ou de qualidade de vida (ACR 92030719717/SP, 5ª T., Rel. Juíza Ramza Tartuce, j. em 23/06/1997, unânime, pub. DJ 05/08/1997, p. 59532). Também o Supremo Tribunal Federal tem julgado relativamente a idoso-agente visivelmente apoiado em argumentos humanitários e de misericórdia, reforçando a conclusão de que o tratamento mais benéfico a ele destinado, além de ser excepcional, tem lastro puramente na piedade. Segue: “HABEAS CORPUS. PACIENTE IDOSO CONDENADO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO DE TRANSFERÊNCIA PARA PRISÃO DOMICILIAR EM RAZÃO DO PRECÁRIO ESTADO DE SAÚDE

DO DETENTO. O fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (art. 1º, inciso III, da CF/88). Por outro lado, incontroverso que essa mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionabilíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado. No caso, deixou de haver demonstração satisfatória da situação extraordinária autorizadora da custódia domiciliar. Habeas corpus indeferido” (HC 83.358/SP, 1ª T., Rel. Min. Carlos Britto, unânime, j. em 04/05/2004, pub. DJ 04/06/04, p. 47).

<sup>6</sup>A própria Constituição, documento legislativo em que consta o princípio da igualdade, faz exigências e diferenciações relativamente à idade (p. ex.: arts. 15, § 3º, VI; 73, § 1º, I; 87, caput; 89, VII; 101, caput; 104, parágrafo único; 107, caput; 111, § 1º; 123, parágrafo único; 128, § 1º; 131, § 1º; e 142, X).

<sup>7</sup>HC 37752/BA, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, unânime, j. em 16/12/2004, pub. DJ 21/02/2005, p. 200.

<sup>8</sup>RHC 16856/RJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, unânime, j. em 02/06/2005, pub. DJ 20/06/2005, p. 295.

## ■ Referências bibliográficas ■

- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 1 v., 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- DELMANTO, Celso, DELMANTO, Fabio Machado de Almeida, DELMANTO, Roberto e DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 6 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MARTY, Diego Viola. *O Estatuto do Idoso, o Código Penal brasileiro e o princípio constitucional da igualdade: qual o “conceito de idoso” para fins penais?*. Boletim IBCCrim, n. 153, p. 12, agosto, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 1 v. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 1 v. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

## ■ Breves Reflexões sobre a Indústria da Pirataria e Impunidade ■

Toru Yamamoto

Juiz Federal em São Paulo-SP / Mestre e Doutor em Direito pela PUC - SP

Professor Titular de Direito Comercial I da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

### 1. Introdução

Neste breve relato sobre a pirataria industrial e impunidade, pretende-se referir, sucintamente, algumas questões jurídicas pontuais sobre o tema, em especial, acerca da pirataria em propriedade imaterial, objetivando esboçar alguns de seus contornos jurídicos e visualizar a sua problemática.

Os números são impressionantes. Segundo Emerson Kapaz, presidente executivo do Instituto Brasileiro de Ética na Concorrência (ETCO), o Brasil perde R\$ 6 bilhões ao ano em razão da pirataria, sonegação e contrabando só nos setores de bebida, combustível e fumo. Kapaz também relata que o Departamento Comercial dos Estados Unidos (USTR) calculou em US\$ 777 milhões, em 2002, as perdas comerciais das empresas americanas no Brasil em decorrência da violação dos direitos autorais<sup>2</sup>. Na avaliação de Kapaz, “a pirataria traz para o mercado uma concorrência desleal que inibe o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável do país.”<sup>3</sup>

A propósito da pirataria fonográfica, também são alarmantes os seguintes dados noticiados por Nehemias Gueiros, JR, em seu livro editado em 2000<sup>4</sup>. Informa Gueiros que o pirata é sempre atraído pelo sucesso, não sendo possível imaginar um pirata atuando em um mercado sem perspectivas de lucro. Em termos de mercado de produção musical, o Brasil ocupava a 16<sup>a</sup> (décima sexta) posição do mundo antes de 1994, ano da implantação do Plano Real, que efetivamente impulsionou os negócios da música para o 7<sup>o</sup> (sétimo) lugar mundial em 1997, com vendas beirando os US\$ 940 milhões. Essa explosão econômica teve efeito de atração sobre os piratas fonográficos, que já atuavam no segmento de LPs de vinil e fitas cassetes, estas últimas da ordem de mais de 1 (um) milhão de fitas piratas vendidas mensalmente em todo o país, e descobriram que existia a viabilidade de fabricar CDs, com qualidade digital cada vez melhor, no Sudoeste Asiático ou na China, áreas de maior incidência de pirataria fonográfica do mundo, segundo dados da Federação Internacional da Indústria Fonográfica. Daí a inundação do mercado brasileiro com CDs piratas, já atingindo a preocupante cifra de 25% do mercado legal. Assim, considerando que os piratas não pagam custos de contratação de artistas, gravação em estúdio, impostos, taxas,

prensagem, promoção e divulgação, royalties etc., representam, efetivamente, uma concorrência desleal com os produtores fonográficos legalmente estabelecidos, além de uma perda algo em torno de US\$ 2 (dois) bilhões, entre a receita gerada pelas vendas e os impostos que não são recolhidos.

Além dos CDs pirateados, hoje os brasileiros são também vítimas, muitas vezes sem saber, de um outro tipo de falsificação: as autopeças. Segundo José Augusto Amorim, da Folha de São Paulo, os prejuízos são calculados em US\$ 20 bilhões por ano aos fabricantes. Permita-se citar um trecho dessa reportagem:

“As peças falsas percorrem um longo caminho até o Brasil. A maioria é feita na Ásia e nos países que formavam a União Soviética. Nos portos nacionais, os contêineres são pesados – não há verificação de todas as cargas – e liberados. (...) Em solo brasileiro, o principal pólo onde as peças são ‘nacionalizadas’ é o norte do Paraná e Maringá. Ali são embaladas, polidas para apagar a marca original e distribuídas. A região é propícia para tanto por ser industrializada e cercada de rodovias. Nas paulistas Ribeirão Preto, Araras e Rio Claro, os falsificadores também atuam”<sup>5</sup>.

Já em relação aos programas de computador, pouco mais de US\$ 519 milhões foram perdidos em 2003 com a pirataria pela indústria de software no Brasil, onde a taxa de softwares pirateados atingiu 61% em 2003, enquanto, no mundo, o índice médio foi de 36% e no Paraguai, de 83%, segundo informa Adriana Mattos, da Folha de São Paulo<sup>6</sup>. No setor de televisão por assinatura, a comissão antipirataria da ABTA (Associação Brasileira de Televisão por Assinatura) calcula que haja no Brasil mais de 348 mil usuários piratas, 16% da base de assinantes de operadoras a cabo, representando prejuízo anual de R\$ 312 milhões ao mercado de TV paga e R\$ 113 milhões ao fisco, segundo reportagem de Laura Mattos, da Folha de São Paulo<sup>7</sup>.

Em síntese, parece certo que o contrabando movimentava dezenas de bilhões de reais no País anualmente, a maior parte em produtos piratas. Mas, o que é, afinal, pirataria? Como atos de violência praticados no alto-mar fora da jurisdição de qualquer estado, a sua história remonta à própria origem do comércio na Antiguidade, apontando-se os fenícios como os que já a praticavam, além de serem os primeiros a reprimi-la, bem como um rei de Creta, da dinastia Minos, que, no século XIV a. C, já falava na repressão à pirataria no seu “código marítimo”<sup>8</sup>. Assim,

“...quebrada a confidencialidade de processos e de produtos, e repassados estes à concorrência, a pirataria inibe, sem dúvida, a criação de novos métodos, produtos e serviços, por propiciar, mediante simples cópia criminosa, o mesmo resultado que somente seria obtido após vultosos investimentos...”

a pirataria, como ela é concebida em direito internacional, tem origem tão remota quanto o comércio, mas ainda hoje persiste, tendo sido elaboradas normas internacionais costumeiras ao longo dos séculos para sua repressão. Segundo ensina Haroldo Valladão, a pirataria em direito internacional, seara na qual primeiro se cuidou de reprimir essa prática criminosa, significa *“essencialmente, assalto, atentado, depredação, violência, banditismo, violação da liberdade e da segurança das comunicações, seja em terra, a pilhagem das grandes rotas seja sobretudo no mar e, particularmente, no alto-mar; onde existe um deserto maior e, na ausência de um poder jurisdicional, um campo propício aos criminosos”*<sup>9</sup>.

Tal conceito doutrinário não difere, em sua essência, da definição de pirataria constante da Convenção sobre o Alto-mar, assinada em Genebra em 29-04-1958, ao término da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, que, em seu artigo 15, assim estabelece:

“Artigo 15. Constituem atos de pirataria os enumerados a seguir: 1 - Todo ato ilegal de violência, de retenção ou qualquer

deprecação cometida, para fins pessoais, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio privado, ou de uma aeronave privada, e praticados: a) em alto-mar, contra um outro navio ou aeronave ou contra pessoas ou bens a bordo deles; b) contra um navio ou aeronave, pessoas ou bens, em lugar não submetido à jurisdição de qualquer Estado; 2 - Todo ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que os pratica tem conhecimento dos fatos que dão a este ou a esta aeronave o caráter de navio ou de aeronave pirata; 3 - Toda ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a prática de atos definidos nos parágrafos 1º e 2º do presente artigo”<sup>10</sup>.

Obviamente, o conceito de pirataria em direito internacional não se aplica automaticamente ao da pirataria em propriedade imaterial, havendo mister adequá-lo, ao menos para efeito deste relato. Nesse sentido, adotar-se-á a definição de pirataria proposta por Aurélio Wander Bastos<sup>11</sup>, segundo a qual pirataria em propriedade imaterial é a *“atividade de copiar ou reproduzir, sem autorização dos titulares, marcas ou patentes, livros ou impressos em geral, gravações de som e/ou imagens ou ainda qualquer suporte típico que contenha obras intelectuais legalmente protegidas, inclusive software”*.

Como se vê dessa definição de Bastos, a pirataria em propriedade imaterial é ampla e multifacetada, podendo assumir variadas feições, com ou sem intuito lucrativo, atingindo o direito intelectual, quer na vertente autoral, quer na industrial, e, por isso mesmo, é reprimida pelo Código Penal, pela Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96), pela Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98) e também pela Lei de Software (Lei n. 9.609/98). Nesta breve incursão ao campo legislativo, mas restrito aos aspectos penais, estudar-se-á, sem nenhuma intenção ou pretensão de esgotar o assunto, a pirataria em propriedade imaterial de cunho

empresarial, qualificada, portanto, por sua finalidade econômica e por importar concorrência desleal aos legítimos titulares de direito industrial violado. Por conseguinte, deixar-se-á de lado a pirataria de cunho privado, em que ausente tal finalidade, de menor potencialidade lesiva aos olhos da própria lei aplicável, embora inegável sua repercussão, ainda que em menor grau, na atividade empresarial.

*“...a boa dosagem da pena pecuniária em sentença condenatória certamente será de grande valia no combate à pirataria industrial, tornando a sua prática desvantajosa sob o ponto de vista econômico, ante a possibilidade de uma pesada pena pecuniária, ainda que inoperante eventual pena detentiva.”*

Focalizando, inicialmente, o nascedouro de produtos piratas, verifica-se, desde logo, que o problema da pirataria no contexto de uma organização empresarial pode-se situar tanto internamente, ou seja, relacionado com colaboradores desleais do empresário, quanto externamente, relacionado com agentes externos à organização, em detrimento desta e em benefício de suas concorrentes. Como um assunto interno à organização empresarial, Antonio de Loureiro Gil, estudando a pirataria sob o seu aspecto administrativo, observa que pirataria é *“fraude de natureza quebra de confidencialidade, com prejuízo intencional para a organização quanto à disseminação de processos e de produtos,*

*concretizada por profissionais internos ou externos às entidades, junto ao mercado e, particularmente, para a concorrência”*<sup>12</sup>. Nesse sentido, quebra a confidencialidade de processos e de produtos, e repassados estes à concorrência, a pirataria inibe, sem dúvida, a criação de novos métodos, produtos e serviços, por propiciar, mediante simples cópia criminosa, o mesmo resultado que somente seria obtido após vultosos investimentos, donde a necessidade de adotar medidas preventivas de proteção antipirataria tendentes a coibi-la no âmbito interno de cada empresa, as quais, segundo Antonio de Loureiro Gil, seriam as seguintes: 1) constante capacitação da organização em manter-se à frente da concorrência, em termos de lançamentos de novos produtos e serviços, secundada por uma imagem de organização pioneira com passado, que lhe permita credibilidade para lançamentos, determinação de tendência e antecipação de comportamentos; 2) realização de pequenos, mas constantes, *upgrade* em suas práticas e produtos, demonstrando inovação constante e atendimento pioneiro a necessidades de setores específicos do mercado; 3) rodízio com os profissionais que operacionalizam novos focos de atuação, buscando não criar dependência de todas as mudanças à mesma equipe/grupo, evitando, dessa forma, a formação de feudos já na origem do ciclo de vida do produto/serviço; 4) terceirização parcial ou integral de trabalhos específicos de mudanças; e 5) garantia da propriedade do ativo intangível via registro de marca e patente para a divulgação, produção e colocação no mercado de produtos e serviços<sup>13</sup>.

Registre-se que a quebra de confidencialidade é conduta típica, tanto na hipótese em que o crime é praticado por colaborador do empresário, mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término da sua vigência, como é o caso dos empregados,

prestadores de serviços profissionais etc. (Lei n. 9.279/96 – LPI, art. 195, inciso XI), como naquela em que a obtenção de dados confidenciais por terceiro se dá por meios ilícitos ou mediante fraude (LPI, art. 195, inciso XII), donde a pertinência das referidas medidas sugeridas por Gil, que procuram evitar a ocorrência de pirataria empresarial ainda no seu nascedouro, no âmbito interno de cada organização empresarial envolvida.

Entretanto, se já quebrada a confidencialidade de processos e produtos, à revelia do empresário que detenha a exclusividade da sua exploração econômica, seja no Brasil seja no exterior, e já pirateado e comercializado tal produto no Brasil, que medidas repressivas na esfera penal são cabíveis? A seguir, examinar-se-ão alguns aspectos da repressão penal à pirataria industrial, inicialmente à luz do Código Penal.

## 2. Repressão à pirataria no Código Penal

É possível afirmar que o Código Penal regulava os crimes contra a propriedade imaterial em seu Título III, até o advento da Lei 9.279, de 14.05.1996 (Lei da Propriedade Industrial – LPI/96), porque os artigos 187 a 196 do Código Penal somente foram expressamente revogados pela LPI/96, muito embora, desde o Decreto-lei n. 7.903/45 (que introduziu o Código de Propriedade Industrial - CPI/45), os arts. 187 a 196 do CP já haviam sido substituídos pelos arts. 169 a 180 do CPI/45. Em 1967, o Decreto-lei n. 254 revogou o CPI/45, mas nada dispôs sobre a matéria criminal, o que gerou dúvidas na doutrina e na jurisprudência sobre se os artigos revogados do CP/40 haviam sido restaurados ou se ainda vigoravam os artigos do CPI/45<sup>14</sup>. Contudo, com o novo CPI (Lei n. 5.772/71), que dispôs expressamente que os arts. 169 a 189 do CPI/45 continuavam em vigor, os dispositivos penais do CPI/45 disciplinaram a proteção penal da propriedade industrial até a entrada em vigor da LPI, que ocorreu um ano após a sua publicação. Assim, a LPI/96 é que regula atualmente os crimes constantes dos capítulos II, III e IV, do Título III do Código Penal, só permanecendo em vigor o capítulo I, que cuida dos crimes contra a propriedade intelectual.

O capítulo I cuida de dois crimes, a saber: 1) violação de direitos de autor e os que lhe são conexos; e 2) usurpação de nome ou pseudônimo alheio. Para efeito deste relato, centrado na pirataria em propriedade imaterial, limitar-se-á a comentar sucintamente o crime previsto no art. 184, que trata da violação de direitos autorais e conexos, em conformidade com a Lei n° 10.695, de 01-07-03, que alterou e acresceu parágrafo ao art. 184 e deu nova redação ao art. 186 do Código Penal.

Segundo ensina Heleno Fragoso, o chamado direito autoral, como se concebe hoje, surgiu praticamente com a revolução

francesa, pois, ao estabelecer a liberdade de imprensa, a lei de 19.07.1795 e o decreto de 05.02.1810 proclamaram o direito à propriedade artística e literária, delineando os seus contornos. O CP francês de 1810, em seus artigos 425 e 426, incriminava a contrafação e a violação dos direitos do autor, classificados entre os crimes contra a propriedade<sup>15</sup>. Na atualidade, a configuração desses crimes ganhou alguns novos traços, como reflexo da evolução tecnológica da humanidade, mas, em sua essência, continuam os mesmos daquela época revolucionária. Veja-se a nova redação dos arts. 184 e 186, do Código Penal, recentemente alterada pela Lei n° 10.695/03, publicada no DOU, de 02-07-03, a vigorar a partir de 01-08-03:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º. Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro, direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º. Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º. Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º. O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei n° 9.610, de 19-02-1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro

direto ou indireto. Em caso de condenação, ao prolatar a sentença, o juiz determinará a destruição da produção ou reprodução criminosa. (NR)

**Art. 186.** Procede-se mediante:

*“...no plágio, o plagiador apresenta a obra alheia como se sua fosse, enquanto na contrafação, o contrafator representa ou reproduz a obra alheia sem autorização autoral, podendo ser total ou parcial. Em ambos os casos, se se visa ao aproveitamento econômico indevido da obra, configura-se pirataria, de caráter empresarial.”*

- I- queixa, nos crimes previstos no **caput** do art. 184;  
 II- ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184;  
 III- ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público;  
 IV- ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3º do art. 184”. (NR)

O *caput* do art. 184, que serve de “delito-matriz”, incrimina indistintamente os atos de violação dos direitos de autor e conexos, de obra literária, científica ou artística. Comentando o dispositivo, na redação anterior, preleciona Nelson Hungria que “a lei protege, aqui, o que se denomina ‘direito de autor’ ou ‘direito autoral’, concernente ao interesse econômico e moral que a lei reconhece ao autor de obra intelectual, nacional ou estrangeira, no campo literário, científico ou artístico, relativamente à respectiva ideia criadora ou conteúdo ideológico (...), cuja propriedade lhe é atribuída, independentemente da substância do instrumento material ou corpus mechanicum no qual ou pelo qual se exprime”<sup>16</sup>. Na caracterização desse crime, são seus pontos básicos, em linhas gerais, os seguintes: que são comissivos os modelos próprios de ação e que podem assumir as formas de adulteração da obra, usurpação, falta de autorização autoral para espetáculo, ou para reprodução. Em todos esses casos, há sempre desconexão de vontades, ou porque o titular da obra, a quem se conferem direitos exclusivos, não foi ouvido, ou porque houve extrapolação dos limites por este impostos. Sujeito passivo é o autor da obra ou as pessoas reconhecidas como tal; sujeito ativo é a pessoa que atenta contra os direitos autorais, por qualquer forma possível. Admite-se tentativa, já que o crime é material e é fracionável, apresentando um iter, em que o agente pode ser contido. Trata-se, ademais, de norma penal em branco, pois, para as tipificações, mister reportar-se, em especial, à lei de direitos autorais (Lei n. 9.610/98 - LDA).

As figuras mais comuns são as do plágio e da contrafação. Na lição de Carlos Alberto Bittar, define-se plágio como “imitação servil ou fraudulenta de obra alheia, mesmo quando dissimulada por artifício, que, no entanto, não elide o intuito malicioso”, afastando-se de seu contexto “o aproveitamento denominado remoto ou fluido, ou seja, de pequeno vulto”, enquanto, por contrafação, entende-se “a publicação ou reprodução abusivas de obra alheia”, pressupondo-se “a falta de consentimento do autor, não importando a forma extrínseca (a modificação de formato em livro), o destino, ou a finalidade da ação violadora.”<sup>17</sup> Assim, no plágio, o plagiador apresenta a obra alheia como se sua fosse, enquanto na contrafação, o contrafator representa ou reproduz a

obra alheia sem autorização autoral, podendo ser total ou parcial. Em ambos os casos, se se visa ao aproveitamento econômico indevido da obra, configura-se pirataria, de caráter empresarial.

A penalização da pirataria empresarial, nos campos da fonografia (CDs, fitas cassetes etc.) e videofonografia (DVDs, fitas de vídeo etc.), já era prevista expressamente nos parágrafos 1º e 2º da redação anterior, quando se referiam ao “intuito de lucro”, pois a presença de fins econômicos é requisito necessário para sua caracterização, já que livre o uso privado do copista, desde que a cópia se limite a um só exemplar, conforme passou a disciplinar, expressamente, o novo § 4º. Com a nova redação, que tornou expressa a proteção dos direitos autorais do artista intérprete, executante e produtor, a pena aumentou do mínimo de 1 (um) para 2 (dois) anos de reclusão, sem alteração no máximo de 4 (quatro), cumulada com multa, o que implica a impossibilidade de concessão do benefício da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95. O § 2º é conhecido como crime de “contribuição para o êxito da contrafação”, passando a nova lei a incriminar, também, atividades voltadas à distribuição, com o intuito de lucro direto

*“...se de autor, artista intérprete, executante ou produtor estrangeiro domiciliado no exterior, sem seu representante legal no Brasil [o direito autoral violado], compete à Justiça Federal processar e julgar o feito, a teor do disposto no art. 2º da LDA, e também por força do disposto no art. 109, III, da Constituição Federal, em consonância com as disposições da Convenção de Berna...”*

ou indireto, de obras pirateadas, deixando, porém, de incriminar o empréstimo e a troca.

Ainda a propósito da pirataria fonográfica, cumpre assinalar que, a rigor, esse tipo de pirataria não se caracteriza como quebra de confidencialidade, tal qual conceituada no início deste relato, visto que o contrafator fonográfico apenas copia ilegalmente as obras já tornadas públicas. Mas o pirata, além da violação dos direitos autorais e conexos, cometerá também, em concurso material, o crime de concorrência desleal, quando, por meio de tal expediente, desvia, em proveito próprio ou alheio, a clientela de outrem (LPI, art. 195, inciso III), mesmo quando não usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos (inciso IV), ou nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios (inciso V), ou recipiente ou invólucro de outrem (inciso VIII).

Quanto à prevenção desse tipo de pirataria, não se pode deixar de mencionar o Decreto n. 2.894/98, que regulamentou o art. 113, da LDA, que assim dispõe:

“Art. 113. Os fonogramas, os livros e as obras audiovisuais sujeitar-se-ão a selos ou sinais de identificação sob a responsabilidade do produtor, distribuidor ou importador, sem ônus para o consumidor, com o fim de atestar o cumprimento das normas legais vigentes, conforme dispuser o regulamento”.

Segundo esse decreto, a partir de abril de 1999, os CDs, fitas cassete e fitas de vídeo são obrigados a trazer um selo de controle numerado seqüencialmente. O selo é impresso pela Casa da Moeda do Brasil e distribuído pela Receita Federal. Segundo Nehemias

Gueiros Jr., a proposta não só permite fiscalizar se os produtos são verdadeiros ou falsos, mas também possibilita os autores e artistas exigirem da indústria “*informações sobre a quantidade exata de discos e fitas produzidos, polêmica que há décadas tem lugar nas relações entre os dois lados do mercado, apenas dependente da boa vontade das gravadoras nas informações relativas às quantidades efetivamente vendidas*”<sup>18</sup>.

No tocante à ação penal, continua a proceder-se mediante queixa o caso da violação dos direitos autorais e conexos previsto no caput do art. 184 do CP, e mediante ação penal pública incondicionada, nos casos da pirataria empresarial, isto é, com intuito lucrativo, previstos nos §§ 1º e 2º, mas mediante ação penal pública condicionada à representação, nos casos do § 3º, que cuida da violação dos direitos autorais e conexos, também com o intuito de lucro direto ou indireto, por meio de oferecimento ao público mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, a teor do disposto no art. 186, I, II, III e IV, do CP, na redação da Lei nº 10.695/03.

Quanto à questão competencial, há que se distinguir, salvo melhor juízo, a origem do direito autoral violado, pois, se de autor, artista intérprete, executante ou produtor nacional domiciliado no Brasil, em regra, é da competência da Justiça Estadual processar e julgar o feito, salvo na hipótese de envolver contrabando ou descaminho, em que a competência se desloca para a Justiça Federal; se de autor, artista intérprete, executante ou produtor estrangeiro domiciliado no exterior, sem seu representante legal no Brasil, compete à Justiça Federal processar e julgar o feito, a teor do disposto no art. 2º da LDA<sup>19</sup>, e também por força do disposto no art. 109, III, da Constituição Federal, em consonância com as disposições da Convenção de Berna, cuja incorporação no ordenamento jurídico nacional se efetivou pelo Decreto n. 75.699, de 06-05-1975. Entretanto, em matéria de fitas de vídeo pirateadas, o E. Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a existência em vídeo-locadora de fitas, inclusive pornográficas, pirateadas de originais estrangeiros ou de cópias legendadas, em nada afeta a bens, serviços, interesses ou entidades da União Federal, sendo competente, portanto, a Justiça comum estadual para o processo e julgamento (CC 2474/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 3ª Seção, v.u., j. 07-05-1992, DJ 01-06-1992, p. 8023). (grifo nosso)

Repare-se que, à autoridade policial, também cabe um papel de destaque na repressão à pirataria em propriedade imaterial, principalmente na apreensão de obras contrafeitas, bem como na apuração das responsabilidades, existindo em cidades como

São Paulo e Rio de Janeiro, delegacias especializadas em crimes contra a propriedade intelectual. Consigne-se, outrossim, que a LDA, em seu art. 101, estabelece que as sanções civis aí elencadas aplicam-se sem prejuízo das penas cabíveis, isto é, das penas dos arts. 184 e 185, do Código Penal, e 195, da LPI.

Ainda no campo do Código Penal, pertinente se afigura uma brevíssima reflexão sobre o contrabando e descaminho, já que, como visto, o contrabando movimentava anualmente dezenas de bilhões de reais no Brasil, a maior parte em produtos piratas. A pena prevista no art. 334 é de reclusão de 1 a 4 anos, somente se aplicando em dobro, se o crime é praticado em transporte aéreo, e sem multa. Esse dispositivo talvez precise de uma revisão que contemple, como agravante, o crime de contrabando ou descaminho de produtos pirateados, ou seja, quando o crime ofende não só o fisco federal, mas também o setor privado, por violar direitos autorais ou industriais, a pena deverá ser agravada e incluir a de multa, independentemente da eventual pena de perdimento decretada pela autoridade administrativa, que efetivamente mexa com o bolso dos seus infratores.

### 3. Repressão à pirataria na Lei nº 9.609/98 - Lei de Software

A Lei de *Software* prevê, em seu art. 12, sanção penal à violação de direitos de autor de programa de computador, ao impor pena de detenção ou, alternativamente, multa. O que já se disse a propósito do art. 184 do Código Penal se aplica, *mutatis mutandis*, à violação de direitos autorais no campo da informática. Com efeito, se o caput do art. 12 incrimina indistintamente os atos de violação dos direitos autorais de programa de computador, seus parágrafos 1º e 2º cuidam especificamente da pirataria empresarial, ao incriminar a violação desses direitos para fins de comércio. Veja-se a redação do art. 12:

“Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador: Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos ou multa.

§ 1º. Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente: Pena – Reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

§ 2º. Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio,

original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.”

Como se vê, o art. 12 da Lei de *Software* repete, em linhas gerais, o disposto no art. 184 do Código Penal, em sua redação

*“Esse dispositivo [art. 334 do Código Penal] talvez precise de uma revisão que contemple, como agravante, o crime de contrabando ou descaminho de produtos pirateados, ou seja, quando o crime ofende não só o fisco federal, mas também o setor privado, por violar direitos autorais ou industriais, a pena deverá ser agravada e incluir a de multa...”*



recentemente revogada. Quanto à pena, em pirataria empresarial na informática, impõe-se reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, cumulativamente, portanto, mais pesadamente que à pirataria privada, sem intuito lucrativo. Se não houver alteração na Lei de *Software*, à semelhança do que aconteceu com o art. 184 do Código Penal, o pirata empresarial em programa de computador terá o patamar mínimo da pena reclusiva menor que o previsto para os parágrafos do art. 184 em sua nova redação, possibilitando a aplicação da suspensão condicional do processo nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95, enquanto o pirata empresarial fonográfico, por exemplo, não mais fará jus a esse benefício.

Quanto à ação penal, consoante o § 3º do art. 12, é interessante observar que, mesmo no caso de pirataria para fins de comércio, a regra é a ação penal privada mediante queixa, salvo quando praticada em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público (conforme o seu inciso I), ou quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo (conforme o seu inciso II), hipóteses em que se procederão mediante ação penal pública condicionada à representação, ressalvando-se que, no caso do inciso II, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, será processada independente de representação (§ 4º).

Por outro lado, o art. 13 da Lei de *Software* dispõe que a ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando. Assim, para a repressão da pirataria empresarial em programas de computador, assim como em outros tipos de pirataria empresarial, a apreensão judicial das cópias ilegais é o primeiro passo para deflagrar outras medidas tanto na esfera penal quanto na civil.

Segundo classificação dos crimes por computador, levando-se em conta o papel do computador no ilícito, proposta por Robson Ferreira em sua monografia sobre crimes eletrônicos, a pirataria de *software* (falsificações de programas, divulgação, utilização ou reprodução ilícita de dados e programas, comércio ilegal de equipamentos e programas) classifica-se como crime associado com o computador, que se diferencia daqueles em que o computador é o próprio alvo do crime (por exemplo, o crime

de invasão e contaminação por vírus), ou daqueles em que o computador é o instrumento para a prática do crime (por exemplo, o crime de fraude em conta corrente e/ou cartões de crédito), ou daqueles em que o computador é incidental para outro crime (por exemplo, a lavagem de dinheiro)<sup>20</sup>.

A propósito, observa Patrícia Peck que

“o crime virtual é, em princípio, um crime de meio, ou seja, utiliza-se de um meio virtual. Não é um crime de fim, por natureza, ou seja, aquele cuja modalidade só ocorra em ambiente virtual, à exceção dos crimes cometidos por hackers, mas que de algum modo podem ser enquadrados na categoria de estelionato, extorsão, falsidade ideológica, fraude, entre outros. Isso quer dizer que o meio de materialização da conduta criminosa é que é virtual, não o crime”<sup>21</sup>.

Assim, não se confunde, em princípio, o crime virtual com a pirataria empresarial de *software*, que é a violação, com intuito lucrativo, de direitos autorais de

programa de computador, muito embora, neste tipo de crime, haja necessariamente a utilização de computador para produção de cópias piratas.

#### 4. Repressão à pirataria na Lei nº 9.279/96 - Lei de Propriedade Industrial (LPI)

A LPI, no seu título V, prevê 6 (seis) grupos de crimes contra a propriedade industrial, a saber: 1) os crimes contra as patentes (capítulo I); 2) os crimes contra os desenhos industriais (capítulo II); 3) os crimes contra as marcas (capítulo III); 4) os crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda (capítulo IV); 5) os crimes contra indicações geográficas e demais indicações (capítulo V); e 6) os crimes de concorrência desleal (capítulo VI). Em tese, a pirataria industrial poderá enquadrar-se em qualquer um desses grupos como crime autônomo, ou em concurso material com o de concorrência desleal. Para fins deste relato, abordar-se-ão, tão-somente, dentre as condutas típicas previstas na LPI: (1) aquelas relacionadas com a importação desautorizada de produtos piratas; e (2) aquelas relacionadas com a quebra de confidencialidade.

Em relação aos crimes relacionados com a importação desautorizada de produtos piratas, os arts. 184, II, 188, II, 190 e 192 são os que incriminam tal conduta e o comércio ilegal desses produtos. Todos esses crimes pressupõem, contudo, a importação regular de produtos de origem estrangeira, mas sem o devido consentimento do titular de direito industrial, para fins econômicos. Assim, caso se trate de produtos contrabandeados,

*“Se não houver alteração na Lei de Software (...), o pirata empresarial em programa de computador terá o patamar mínimo da pena reclusiva menor que o previsto para os parágrafos do art. 184 em sua nova redação, possibilitando a aplicação da suspensão condicional do processo nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95, enquanto o pirata empresarial fonográfico, por exemplo, não mais fará jus a esse benefício.”*

portanto, decorrentes de importação irregular, tais crimes se tipificam em concurso material com o de contrabando ou descaminho.

No tocante às patentes de invenção ou de modelo de utilidade, a conduta típica consiste em “importar produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento” (art. 184, II). Já em relação aos desenhos industriais, incrimina-se quem “importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento” (art. 188, II). No que tange às marcas, comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque: “I- produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou II- produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem” (art. 190). O art. 192 cuida de reprimir quem fabrica, importa, exporta, vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica.

O que chama a atenção do intérprete na análise desses dispositivos legais é a brandura da pena: detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou, alternativamente, multa. Ademais, em todos eles, a ação penal é a privada genuína, dependente, portanto, da iniciativa do lesado, iniciando-se com o recebimento da queixa-crime, instruída com o auto de busca e apreensão (art. 201) ou de vistoria e apreensão (art. 203). Após a homologação do auto, tem início a fluência do prazo decadencial improrrogável de 30 (trinta) dias. A seguir, apontam-se alguns critérios básicos na caracterização desses crimes.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo é o titular do direito industrial violado. São crimes dolosos, não se admitindo a forma culposa. Nas hipóteses dos arts. 184, II, e 188, II, o tipo subjetivo requisita o dolo específico consistente na vontade livre e consciente de utilizar o produto pirata importado “para fins econômicos”. Na hipótese do art. 190, para José Henrique Pierangeli, “além do dolo, o tipo subjetivo exige um outro elemento subjetivo: a obtenção de vantagem indevida”, pois “em algumas passagens, o animus lucrandi se manifesta claramente, como na modalidade ocultar, estocar, ambas contendo uma eiva de clandestinidade, que se manifesta, inclusive, em situação de normalidade sócio-econômica”<sup>22</sup>. Já na hipótese do art.

192, exige-se, consoante o mesmo autor, “apenas o dolo que consiste na vontade consciente e livre de realizar cada uma das ações típicas referidas, não reclamando qualquer finalidade específica”<sup>23</sup>. A existência desses crimes pressupõe a validade e vigência do direito industrial violado, bem como a falta de consentimento do seu titular. Na modalidade importar, o crime é formal. Já as modalidades vender, oferecer ou expor à venda, ocultar ou ter em estoque qualificam-se como crime permanente, enquanto perdurar a conduta incriminada.

Passando-se, agora, à análise sucinta dos crimes de concorrência desleal relacionados com a quebra de confidencialidade, há mister observar, de início, que todos os crimes contra a propriedade industrial estão intimamente relacionados com os de concorrência desleal. Não obstante, estes tiveram tratamento específico pela lei e estão previstos no art. 195 da LPI. Dentre as condutas típicas aí previstas, as que estão relacionadas com a quebra de confidencialidade no contexto de uma organização empresarial são aquelas previstas nos incisos IX, X, XI, XII e XIV. Desses, comentar-se-ão apenas os quatro primeiros, excluindo-se o último, ou seja, o inciso XIV, específico para resultado de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração tenha envolvido esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

O inciso IX cuida de punir “quem dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem”. Assim, este inciso trata de punir o concorrente corruptor. Já o inciso seguinte, o X, pune o empregado corrupto, ou seja, “quem recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”. As duas figuras, portanto, estão interligadas uma à outra, inexistindo esta sem aquela, e vice-versa. Não há dúvida de que a vantagem proporcionada pelo empregado corrupto ao concorrente corruptor relaciona-se com algum tipo

de informação confidencial, cuja obtenção, de qualquer modo, beneficia o concorrente, mas não protegida como propriedade industrial, pois, neste caso, o crime será outro, podendo ser qualquer um dos crimes contra a propriedade industrial previstos nos capítulos anteriores.

Os crimes dos incisos XI e XII também estão interligados. Com efeito, se, de um lado, pune-se “quem divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve

*“...é de se indagar se a relativa brandura da pena detentiva de, no máximo, 3 (três) meses, prevista para a importação de produtos piratas, é suficiente para constituir um fator de dissuasão da pirataria, como preconiza o art. 61 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS – OMC)...”*

acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato” (inciso XI), de outro, pune-se “quem divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude” (inciso XII). A diferença entre ambos está na forma de obtenção de informações confidenciais divulgadas, exploradas ou utilizadas, sem autorização: no caso do inciso XI, a obtenção se dá em razão da relação contratual ou empregatícia, enquanto, no caso do inciso XII, as informações são obtidas por meios ilícitos ou mediante fraude. Acerca da consumação do crime do inciso XI, preleciona José Carlos Tinoco Soares que: “o crime se consuma com a simples divulgação, exploração ou utilização, não importando se o agente havia ou não recebido dinheiro ou outra utilidade para esse mister”<sup>24</sup>. Também do mesmo autor a notícia de que o crime do inciso XII “é, por assim dizer, o que mais deve ocorrer nas grandes empresas em que sempre existe um olheiro para essa prática e o faz por si com intenção de transmitir os dados recebidos a outrem. Nas mesmas condições também poderá ser colocado o olheiro a pedido de outrem para atingir a mesma finalidade por meio ilícito ou mediante fraude”<sup>25</sup>.

### 5. Conclusões

À guisa de conclusão, é de se indagar se a relativa brandura da pena detentiva de, no máximo, 3 (três) meses, prevista para a importação de produtos piratas, é suficiente para constituir um fator de dissuasão da pirataria, como preconiza o art. 61 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS – OMC), que assim reza: “*Os Membros proverão a aplicação de procedimentos penais e penalidades pelo menos nos casos de contrafação voluntária de marcas e pirataria em escala comercial. Os remédios disponíveis incluirão prisão e/ou multas monetárias suficientes para constituir um fator de dissuasão, de forma compatível com o nível de penalidades aplicadas a crimes de gravidade correspondente. Em casos apropriados, os remédios disponíveis também incluirão a apreensão, perda e destruição dos bens que violem direitos de propriedade intelectual e de quaisquer materiais e implementos cujo uso predominante tenha sido na consecução do delito. Os Membros podem prover a aplicação de procedimentos penais e penalidades em outros casos de violação de direitos de propriedade intelectual, em especial quando eles forem cometidos voluntariamente e em escala comercial.*”<sup>26</sup> (grifo nosso)

Diante da provável resposta negativa a tal indagação, é de se questionar, outrossim, se não seria o caso de tornar mais rigorosa a pena de prisão prevista na LPI, bem como rever o art. 334 do Código Penal, prevendo uma agravante para o contrabando ou descaminho de produtos pirateados, cumulando a pena reclusiva com a de multa, ante a brandura da pena detentiva prevista na

LPI.

Por outro lado, também se afigura necessário adaptar a Lei de *Software* à nova redação do art. 184 do Código Penal, visto não haver razão jurídica para tratar diferentemente a violação dos direitos autorais de programas de computador da de outros direitos autorais.

Por fim, há que se lembrar que o juiz possui uma poderosa arma no combate à pirataria, ou seja, a pena pecuniária, nos casos de pirataria em suas múltiplas modalidades, não obstante a pouca efetividade e brandura da pena detentiva, já que poderá condenar os piratas modernos a pagar, com fundamento no art. 197 da LPI, c/c o art. 49, § 1º, do Código Penal, multa de até R\$ 4.680.000,00 (360x10xR\$260x5), tendo por referência o salário mínimo de R\$ 260,00<sup>27</sup>. Portanto, a boa dosagem da pena pecuniária em sentença condenatória certamente será de grande valia no combate à pirataria industrial, tornando a sua prática desvantajosa sob o ponto de vista econômico, ante a possibilidade de uma pesada pena pecuniária, ainda que inoperante eventual pena detentiva. Afinal, como afirma Newton Silveira, “*o conceito de propriedade intelectual só faz sentido em um ambiente de livre concorrência onde os monopólios temporários proporcionados por marcas e patentes servem para estimular a criação, a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico*”<sup>28</sup> e é a impunidade ao alcance de todos que cria e fomenta ambiente propício à pirataria moderna.

### ■ Notas ■

<sup>1</sup>Palestra proferida em 10-11-2003, no Seminário IMPUNIDADE EM DEBATE, promovido pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul (AJUFESP), em São Paulo, revista e ampliada, com algumas alterações.

<sup>2</sup>PIRATARIA representa perda anual de R\$ 6 bi para o país, diz Kapaz. Clipping On-Line. TRF 3ª Região, de 28-08-2003. Fonte: Valor Econômico, de 28-08-02.

<sup>3</sup>Idem.

<sup>4</sup>GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber, vol. I, a música. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000, p.399-401.

<sup>5</sup>AMORIM, José Augusto. Piratas invadem motor e suspensão. In: Folha de São Paulo, 31-08-03, p. 1 (Folha Classificados Veículos 1).

<sup>6</sup>MATTOS, Adriana. Brasil perde R\$ 1,5 bi com software pirata. In: Folha de São Paulo, 08-07-2004, p. B12.

<sup>7</sup>MATTOS, Laura. TV paga declara guerra contra gambiarra. In: Folha de São Paulo, 12-10-2003, p.E3.

<sup>8</sup>MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito penal e direito internacional. Publicação do Instituto de Relações Internacionais e Direito Comparado do Departamento de Ciências Jurídicas da PUCRJ. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p.172.

<sup>9</sup>VALLADÃO, Haroldo. Pirataria aérea, novo delito internacional. In: Novas dimensões do direito: justiça social desenvolvimento integrado. São Paulo: RT, 1970, p.52.

<sup>10</sup>RANGEL, Vicente Marotta. Direito e relações internacionais: textos coligidos e ordenados por. 2ª ed. rev. e atual. SP: Ed. RT, 1981, p.273-274

<sup>11</sup>BASTOS, Aurélio Wander. Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, p. 217.

<sup>12</sup>GIL, Antonio de Loureiro. Como evitar fraudes, pirataria e convivência. São Paulo: Atlas, 1998, p. 31-32.

<sup>13</sup>Ibidem, p. 32-33.

<sup>14</sup>FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coordenação). Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2: parte especial. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 3011.

<sup>15</sup>FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte especial 2. 5ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1978, p.205.

<sup>16</sup>HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. VII: arts. 155 a 196. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.335.

<sup>17</sup>BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 4ª ed. rev. amp. e atual., conforme a Lei nº 9.610, de 19-02-1998, e de acordo com o novo Código Civil, por Eduardo C.B. Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 149-150.

<sup>18</sup>Ob. cit., p.408.

<sup>19</sup>Art. 2º. Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.

<sup>20</sup>FERREIRA, Robson. Monografia apresentada em defesa de tese de pós-graduação lato sensu em direito processual penal na Universidade FMU, 2000, apud PECK, Patrícia. Direito digital. São Paulo: Saraiva, 2002, p.124.

<sup>21</sup>Ob. cit., p. 124-125.

<sup>22</sup>PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal. São Paulo: RT, 2003, p.233.

<sup>23</sup>Ibidem, p.249.

<sup>24</sup>SOARES, José Carlos Tinoco. Lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei 9.279 – 14-05-1996. São Paulo: Ed. RT, 1997, p.301.

<sup>25</sup>Ibidem, mesma página.

<sup>26</sup>BAPTISTA, Luiz Olavo; RODAS, João Grandino; SOARES, Guido Fernando Silva. Normas de direito internacional: tomo III, vol. 1: direito empresarial, economia internacional/textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo). São Paulo: LTr, 2000, p.206.

<sup>27</sup>NOTA DO BOLETIM: valor do salário mínimo vigente à época da redação do texto.

<sup>28</sup>PIRATARIA representa perda anual de R\$ 6 bi para o país, diz Kapaz. Clipping-On-Line. TRF 3ª Região, 28-08-2003.

## ■ Referências bibliográficas ■

1. AMORIM, José Augusto. *Piratas invadem motor e suspensão*. In: Folha de São Paulo, 31-08-2003.
2. BAPTISTA, Luiz Olavo; RODAS, João Grandino; SOARES, Guido Fernando Silva. Normas de direito internacional: tomo III, vol. 1: direito empresarial, economia internacional/textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo). São Paulo: LTr, 2000.
3. BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1997.
4. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4ª ed. rev. amp. atual., conforme a Lei nº 9.610, de 19-02-1998, e de acordo com o novo Código Civil, por Eduardo C.B.

Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

5. FERREIRA, Robson. Monografia apresentada em defesa de tese de pós-graduação *lato sensu* em direito processual penal na Universidade FMU, 2000. Apud PECK, Patrícia. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2002.

7. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2: parte especial*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

8. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte especial 2. 5ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.

9. GIL, Antonio de Loureiro. *Como evitar fraudes, pirataria e convivência*. São Paulo: Atlas, 1998.

10. GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. *O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber, vol I, a música*. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000.

11 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, vol. VII: arts. 155 a 196*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

12. MATTOS, Adriana. *Brasil perde R\$ 1,5 bi com software pirata*. In: Folha de São Paulo, 08-07-2004.

13. MATTOS, Laura. *TV paga declara guerra contra gambiarra*. In: Folha de São Paulo, 12-10-2003.

14. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Publicação do Instituto de Relações Internacionais e Direito Comparado do Departamento de Ciências jurídicas da PUCRJ. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

15. PECK, Patrícia. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2002.

16. PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal. São Paulo: RT, 2003.

17. PIRATARIA representa perda anual de R\$ 6 bi para o país, diz Kapaz. *Clipping On-Line*. TRF 3ª Região, 28-08-2003.

18. RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais: textos coligidos e ordenados por*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1981.

19. SOARES, José Carlos Tinoco. Lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei 9.279 – 14-05-1996. São Paulo: RT, 1997.

20. VALLADÃO, Haroldo. *Pirataria aérea, novo delito internacional*. In: *Novas dimensões do direito: justiça social e desenvolvimento integrado*. São Paulo: RT, 1970.