

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

Regina Lúcia de Almeida Rocha
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Francisco das Chagas Barros de Sousa
SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Terezinha de Jesus Anchieta Guerreiro
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Suvamy Vivekananda Meireles
CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Teodoro Peres Neto
SUBCORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mariléa Campos dos Santos Costa
OUVIDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ana Teresa Silva de Freitas
DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TITULARES (2015/2017)

Regina Lúcia de Almeida Rocha
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Suvamy Vivekananda Meireles
CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Carlos Jorge Avelar Silva
CONSELHEIRO

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
CONSELHEIRO

Francisco das Chagas Barros de Sousa
CONSELHEIRO

Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
CONSELHEIRA

Domingas de Jesus Fróz Gomes
CONSELHEIRA

SUPLENTE

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
Terezinha de Jesus Anchieta Guerreiro

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Antonio Oliveira Bents
Regina Lúcia de Almeida Rocha
Maria dos Remédios Figueiredo Serra
Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
Iraci Martins Figueiredo Aguiar
Ana Lídia de Mello e Silva Moraes
Lígia Maria da Silva Cavalcanti
Suvamy Vivekananda Meireles
Krishnamurti Lopes Mendes França
Raimundo Nonato de Carvalho Filho
Selene Coelho de Lacerda
José Henrique Marques Moreira
Domingas de Jesus Fróz Gomes
Francisco das Chagas Barros de Sousa
Clodenilza Ribeiro Ferreira
Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

Regina Maria da Costa Leite
Flávia Tereza de Viveiros Vieira
Paulo Roberto Saldanha Ribeiro
Teodoro Peres Neto
Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
Marco Antonio Anchieta Guerreiro
Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro
Sâmara Ascar Sauaia
Themis Maria Pacheco de Carvalho
Maria Luíza Ribeiro Martins Cutrim
Mariléa Campos dos Santos Costa
Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
Eduardo Daniel Pereira Filho
Carlos Jorge Avelar Silva

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 22, jan./dez. 2015

CONSELHO EDITORIAL

<i>José Antonio Oliveira Bents</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Justino da Silva Guimarães</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>José Henrique Marques Moreira</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Gladston Fernandes de Araújo</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf</i> PROCURADORA DE JUSTIÇA	<i>Francisco de Aquino da Silva</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Carlos Jorge Avelar Silva</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Vicente de Paulo Silva Martins</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Maria de Fátima de Santana Borges</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA	<i>Pablo Bogéa Pereira Santos</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Theresa Maria Muniz Ribeiro de La Iglesia</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA	

Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - Coordenadora de Documentação e Biblioteca
Rômollo de Sá Malta - Chefe de Seção de Editoração e Publicação
Conceição de Maria Lima Guedes - Analista Ministerial
Rosicléa Pereira Rodrigues - Analista Ministerial

Colaboração

Natália Moreira Lima Salgado Tupinambá - Assessora de Procurador de Justiça
Ercina Maria Assis Paixão - Assessora de Procurador de Justiça
Marco Antonio Pinto Amorim - Auxiliar Ministerial

Revisão

Ilza Galvão Cutrim

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão

Sede
Av. Carlos Cunha, s/nº. Jaracati
São Luís-MA. CEP: 65075-066
Fone: (98) 3219-1600. Fax: (98) 3231-2890
Homepage: <http://www.mpma.mp.br>

Anexo
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA. CEP: 65020-910
Fone: (98) 3219-1600. Fax: (98) 3231-2890
Homepage: <http://www.mpma.mp.br>

As ideias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2015.
n. 22

Anual
1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do
Maranhão.

CDU 340 (05)
ISSN 1677-1060

Solicita-se permuta

We ask for exchange

On demande l'échange

APRESENTAÇÃO

O lançamento da 22ª edição da Revista *Juris Itinera*, em nosso modesto entender, é mais um passo para a consolidação, no universo das letras jurídicas, deste importante veículo difusor de pensamentos que, ao longo de sua existência, tem estimulado, permanentemente, não só a profusão de temáticas relevantes, mas, também, a reflexão sobre estas, como pode ser conferido nos artigos aqui selecionados.

Com efeito, ao destinar um espaço próprio para a publicação de produções literárias jurídicas, este periódico presta um valioso serviço à construção intelectual, científica e doutrinária, o qual favorece o enfoque de assuntos sempre palpitantes e atuais, cujas abordagens contribuem, ao fim e ao cabo, para a consecução de uma justiça de vanguarda.

Eis por que o Ministério Público do Estado do Maranhão, com renovado contentamento, disponibiliza à comunidade jurídica mais este exemplar, na expectativa de que os trabalhos apresentados possam continuar a servir aos estudiosos e militantes da área como valorosa fonte de consulta.

Meus agradecimentos, uma vez mais, em nome da Instituição, aos nossos colaboradores e a todos aqueles que, de algum modo, concorreram para a concretização desta edição.

REGINA LÚCIA DE ALMEIDA ROCHA

Procuradora-Geral de Justiça



SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

MINISTÉRIO PÚBLICO: CAMINHOS PARA A EVOLUÇÃO

Frederik Bacellar Ribeiro 11

A PUBLICIDADE DIFERIDA DO ORÇAMENTO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SUAS IMPLICAÇÕES

Leandro Berredo Veiga..... 33

AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E MEIOS DE COMUNICAÇÃO: COLISÃO DE PRINCÍPIOS: ESCORÇO CRÍTICO

Mylla Maria Sousa Sampaio
Cássius Guimarães Chai 53

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

OS 20 ANOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: PERSPECTIVAS PARA O FUTURO, DA JUSTIÇA CONSENSUAL À CONSTRUÇÃO DA SOLUÇÃO DO CONFLITO

Cláudio Luiz Frazão Ribeiro..... 83

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PUNIÇÃO: REFLEXÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS REITORES DO DIREITO PENAL

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães
Lícia Haickel Rosa 109

**PLEA BARGAINING NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO E O NOVO PARADIGMA TRAZIDO
PELA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Alex Brunno Viana da Silva 137

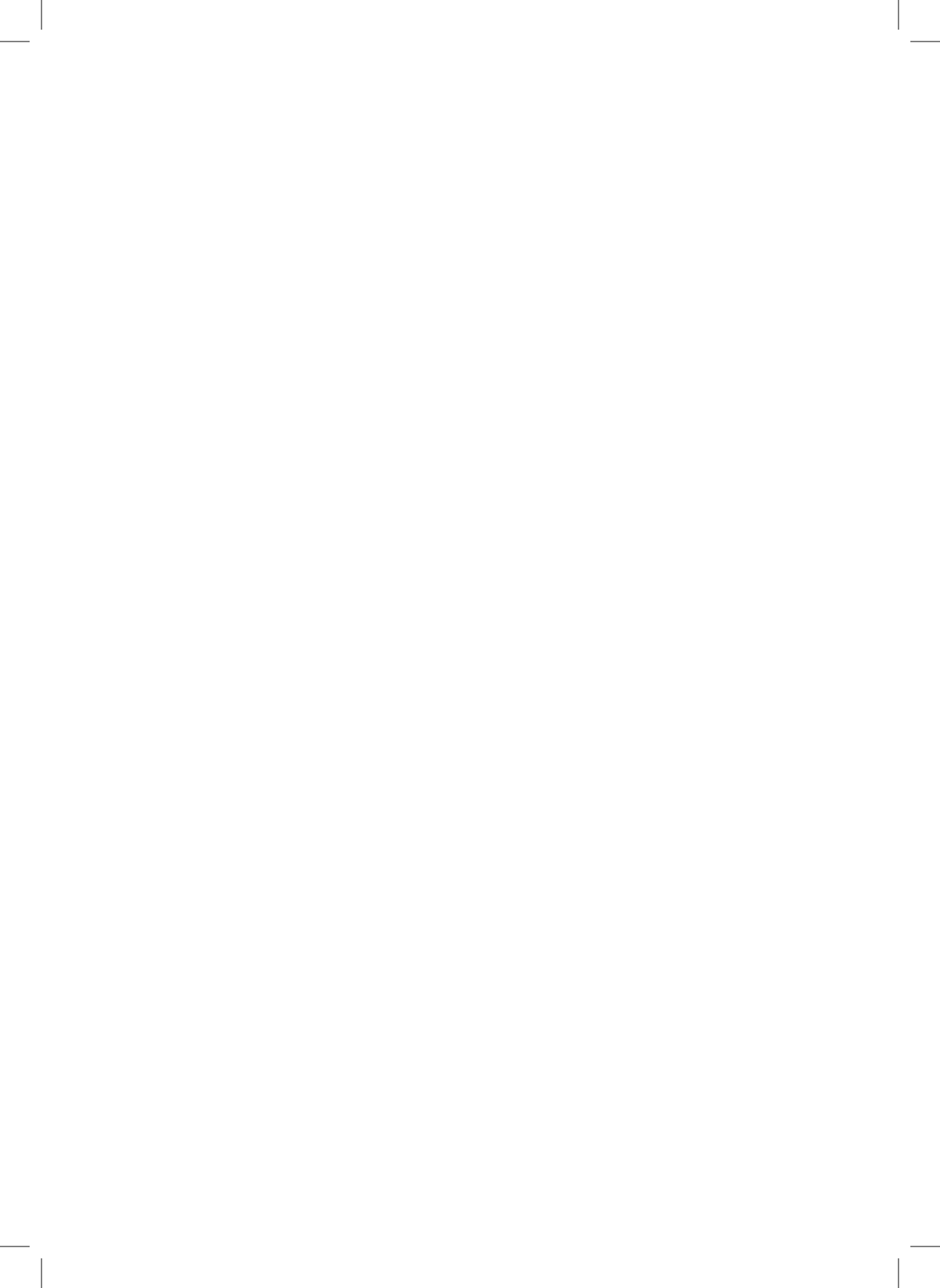
**ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL
EN TRES CASOS: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN
INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LA NORMA
JURÍDICA INTERNACIONAL SOBRE PIRATERÍA**

Sergio Peña Neira..... 163

MENSAGENS INSTITUCIONAIS

Regina Lúcia de Almeida Rocha – Procuradora-Geral de Justiça 191

**DIREITO
CONSTITUCIONAL**



MINISTÉRIO PÚBLICO CAMINHOS PARA A EVOLUÇÃO

*Frederik Bacellar Ribeiro**

Resumo: O trabalho lança um olhar crítico sobre a atuação do Ministério Público brasileiro, visando compilar algumas ideias, práticas e medidas para aperfeiçoamento institucional. Primeiramente, identifica a posição estratégica do Ministério Público na república brasileira, exortando os membros a promover uma atuação proativa e adequada às exigências constitucionais e sociais da atualidade. Também expõe sobre medidas de aprimoramento da organização e movimentação da carreira, bem como a necessidade de legitimação da instituição, por meio da participação social, prestação de contas e ampliação da democracia interna. Destaca o papel dos promotores e procuradores de Justiça como agentes políticos e gestores das unidades ministeriais, responsáveis pela aplicação de medidas inovadoras para incremento da eficiência e obtenção dos objetivos esperados pela sociedade. Argumenta que os órgãos de execução devem atuar na defesa de interesses públicos e sociais, abandonando a vetusta e burocrática manifestação exclusivamente processual/parecerista, em primeira e segunda instância. Nessa linha, argumenta ser imprescindível mudança de postura dos membros, aperfeiçoamento continuado e manejo de ferramentas tecnológicas para processamento de dados, produzindo informações de inteligência para fundamentar decisões estratégicas, a indução de políticas públicas e a prevenção de crimes, em detrimento da ineficiente atuação reativa e no caso concreto.

Palavras-chave: Ministério Público. Papel constitucional. Eficiência administrativa. Atuação ministerial. Democracia interna e participação social. Organização e movimentação na carreira. Aperfeiçoamento profissional. Necessidade de evolução institucional. Aplicação de novas medidas administrativas.

Abstract: The work takes a critical look at the performance of the Brazilian Public Ministry in order to compile some ideas, practices and measures for institutional improvement. First, it identifies the strategic position of the prosecution in the Brazilian Republic, urging members to promote a proactive and appropriate

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Titular da 2ª Promotoria de Justiça Cível de Imperatriz. Pós-graduado *latu sensu* em Ciências Criminais.

action for constitutional and social requirements of today. Also expounds on improvement measures of organization of the career, and the need to legitimize the institution, through social participation, accountability and expansion of internal democracy. It highlights the role of prosecutors as political agents and managers of ministerial units responsible for the implementation of innovative measures to increase efficiency and achieving the objectives expected by society. Argues the members must act in defense of public and social interests, abandoning the very old and exclusively bureaucratic procedural manifestation on litigations at first and second instance. Along these lines, argues be essential change in posture of the limbs, continuous improvement and management of technological tools to data processing, producing intelligence to support strategic decisions, the induction public policy and crime prevention over of inefficient operations reactive and in the individual case.

Keywords: Public Ministry. Constitutional role. Administrative efficiency. Public Ministry's actuation. Internal democracy and social participation. Career movement and organization. Further training. The necessary institutional development. Implementing new administrative measures.

1 INTRODUÇÃO

Desde sua recriação pela Constituição Federal de 1988, o Ministério Público brasileiro experimentou um período de efervescência, especialmente na década de 1990, com grande crescimento material, humano e de doutrina institucional.

Nesse período foram definidos os contornos institucionais desse novo Ministério Público, impulsionado pela redemocratização do país, com enormes reflexos em sua organização interna, na aplicação de seus princípios e na forma de exercício de suas atribuições constitucionais, como se vê na autorizada doutrina de Mazzilli (1997, 1999).

Ocorre que, passado esse notável momento de renascença, vivenciamos um amadurecimento institucional que, se de um lado afugenta os excessos da euforia, em outra mão, abre espaço para certa letargia de seus membros.

Nessa quadra, um olhar mais atento descortina a necessidade premente de envidarmos mais esforços para aprimoramento organizacional e exercício mais eficiente de nossas atribuições, com menos recursos e melhor aproveitamento de nosso qualificado material humano.

O processo de depuração institucional precisa ser alçado a tema de primeira grandeza nos debates internos, reclamando de todos nós postura crítica, criativa e corajosa para discussão madura e efetiva aplicação de novas medidas administrativas, legislativas e comportamentais.

Assim, fácil perceber que as limitações orçamentárias e o princípio da eficiência impõem a continuidade do processo de evolução institucional, considerando que a manutenção de uma unidade ministerial custa muito caro ao erário, especialmente em um Estado com grande déficit social.

Nessa esteira, o presente trabalho objetiva destacar alguns pontos compilados de requerimentos administrativos, artigos, encontros e congressos institucionais (a exemplo de recentíssimo II Encontro Nacional do Ministério Público¹), que reclamam nossa reflexão.

2 DAS ATRIBUIÇÕES DO MP DE 1º GRAU

De pronto, devemos assentar que as Promotorias de Justiça necessariamente devem tutelar direitos, concebendo cada órgão de execução como indutor de políticas públicas, fiscalizador dos serviços estatais e curador dos interesses públicos e sociais, abandonando a atuação exclusivamente processual/parecerista, destituída de atribuição extraprocessual e sem legitimidade ativa.

Como já afirmado, os altíssimos custos de manutenção das promotorias e a alta qualificação de seus membros tornam inadequada permanência de posturas burocráticas, cristalizadas na figura do promotor “despachante processual”.

Nós, membros, precisamos reconhecer nosso papel de agentes políticos em um Estado Constitucional de Direito, em detrimento de uma postura técnico-legalista, que não atende os anseios e expectativas sociais.

Neste contexto, é vital que o MP exerça suas atribuições de forma plena, consolidando sua posição estratégica na república brasileira, tanto na seara cível, quanto na seara penal.

¹ II Encontro Nacional do Ministério Público: pensamento crítico e práticas transformadoras, realizado pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, no período de 9 a 12 de setembro de 2015.

Considerando essas premissas, sugere-se:

Promotorias de Justiça Criminais:

- a) O promotor de justiça precisa urgentemente desempenhar seu papel dentro de um sistema acusatório, abandonando a postura de despachante dos inquéritos encaminhados pela polícia judiciária e efetivamente atuando na tutela da segurança pública (vide interessante estudo comparado sobre a relação institucional entre o Ministério Público e as Polícias em diversos países - REVISTA DO CNMP, 2011);
- b) Ter legitimidade para a instauração de procedimentos administrativos *lato sensu* e legitimidade ativa para propositura de ações judiciais na tutela da segurança pública, mesmo de natureza cível, o que, por certo, impõe a modificação de paradigmas e do atual conceito das promotorias criminais;
- c) Trabalhar com informações sobre criminologia, mapeamento (geografia criminal) e vitimologia, com análise das ocorrências sob o aspecto qualitativo, quantitativo e espacial, para indução e controle de políticas públicas de segurança;
- d) Abandonar a atuação exclusivamente reativa e buscar influenciar nas políticas e medidas de prevenção da criminalidade;
- e) Relativizar o princípio da obrigatoriedade penal e planejar a investigação criminal definindo prioridades e metas, em substituição ao atual modelo que reforça a seletividade do sistema, comandado pela polícia judiciária;
- f) Fomentar criação dos conselhos comunitários de segurança;
- g) Atuar fortemente na execução penal, para garantir o respeito aos direitos humanos e desarticular as organizações criminosas instaladas nas unidades prisionais;
- h) Exercer verdadeiramente o controle externo das polícias, estabelecendo metas e verificando resultados, em oposição ao atual sistema de controle meramente formal e repressivo;
- i) Criação de protocolos para atendimento humanizado, orientação e acolhimento das vítimas de crimes violentos e seus familiares;
- j) Estruturação, aperfeiçoamento e regulamentação da atuação do GAECO.

Promotorias de Justiça Cíveis:

- a) Devem ser extintas ou alteradas as atribuições das Promotorias de Justiça com atuação exclusiva perante as varas judiciais cíveis ou da fazenda pública;
- b) A atribuição para atuar nas varas judiciais da fazenda pública deve ser distribuída às Promotorias de defesa do patrimônio público;
- c) A atribuição para atuar perante as varas judiciais cíveis deve ser distribuída às Promotorias especializadas considerando a proporcionalidade da carga de trabalho;
- d) As Promotorias de Justiça com atuação perante as varas da família devem abandonar a atuação exclusivamente processual/parecerista, passando a tutelar os interesses, políticas e instituições de defesa das famílias, com atribuição para instauração de procedimentos administrativos e ações judiciais pertinentes. Deve ser responsável pelas habilitações de casamento, sucessão, interdição e defesa da filiação, com busca ativa de crianças e adolescentes no ensino público e comunidades vulneráveis. Também fiscalizar as instituições ligadas à família, como os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), e as políticas de planejamento familiar, dentre outras áreas afins;
- e) Aprofundar os debates sobre a forma de atuação do Ministério Público nas ações que envolvam interesses individuais indisponíveis, quando a parte favorecida possuir regular e efetiva representação por advogado nos autos.

Promotorias de Justiça Especializadas:

- a) Atuação resolutiva, com esgotamento da via administrativa, abandonando a visão demandista que caracterizou nossa atuação em um passado recente;
- b) Profissionalização da atuação ministerial, com a efetiva utilização do conhecimento multidisciplinar, por meio da assessoria técnica interna e de parcerias com universidades, centros

- de estudos, conselhos profissionais, institutos de pesquisa e congêneres²;
- c) Maior aproximação com as comunidades mais vulneráveis e movimentos sociais organizados;
 - d) Utilização da mediação como instrumento eficaz para pacificação social;
 - e) Formação e qualificação do corpo de servidores;
 - f) Fomento da mediação comunitária e dos conselhos comunitários;
 - g) Fomento do controle social das políticas públicas;
 - h) Prioridade no combate à corrupção, exercendo o papel de fiscalização e controle da Administração Municipal e da Administração Pública Estadual nos municípios;
 - i) Atuar de forma regionalizada e coordenada em defesa dos recursos hídricos.

3 DAS ATRIBUIÇÕES DO MP DE 2º GRAU

O segundo grau é formado pelos membros mais experientes, mais bem remunerados, com alto grau de expertise e com órgãos de execução com melhor estrutura de apoio administrativo e jurídico, no entanto, em absoluta contrariedade, o que se verifica é a redução drástica das atribuições desses membros, materializada em uma função exclusivamente parecerista.

Essa contradição orgânica ofende a economicidade, a eficiência e, acima de tudo, representa enorme desperdício de nossos recursos materiais e humanos, sem qualquer justificativa e em desacordo com o modelo constitucional de Ministério Público.

Essa valorização e mudança de paradigma da atuação dos(as) Procuradores(as) de Justiça é vital para a evolução do MP, sendo tema de profundo debate no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), da relatoria do conselheiro Cláudio Barros, que resultou na aprovação da

² O MPMA já firmou alguns convênios dessa natureza, apesar de ainda desconhecida a efetiva utilização por parte dos órgãos de execução.

Recomendação 19³, contudo, sem eficácia prática até o presente momento. (REVISTA DO CNMP, 2012).

Outrossim, é necessário repensar a posição processual dos(as) procuradores(as) de justiça, pois não se pode admitir que o Ministério Público “abandone” suas ações penais e cíveis, incorporando a postura de magistrado, tornando a instituição “acéfala” e sem representatividade na fase recursal.

Seguindo essa linha de raciocínio, a atuação do membro de 2º Grau como fiscal da lei – posição imparcial e imparcial, como explica Guimarães (2015) – cria verdadeiro paradoxo, vez que apenas a defesa goza de representatividade no segundo grau de jurisdição, o que atenta contra a lógica de funcionamento do sistema acusatório e da própria relação processual.

Esse entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Habeas Corpus nº 87926-SP⁴, em que assentou que o Ministério Público mantém sua qualidade de parte, mesmo na fase recursal, conforme noticiado a seguir:

Para o relator da ação, ministro Cezar Peluso, não se pode admitir que o MP atue como *custos legis* em um processo em que já tenha atuado como órgão de acusação. “Permitir que o MP fale depois da defesa não dá à defesa o direito do contraditório, o direito de reagir à acusação”, frisou o ministro Peluso. “A ordem das sustentações é imperativa e fundamental do devido processo legal”, salientou o ministro.

Essa solução de continuidade é profundamente prejudicial aos interesses sociais e ao direito do contraditório, vez que nossa legitimidade e interesse permanecem preservados durante todo o curso processual, inclusive perante os Tribunais Superiores.

³ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Recomendação 19, de 18 de maio de 2008. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público no segundo grau. Relator conselheiro Cláudio Barros, no procedimento nº 0.00.000.000915/2007-08. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 jun. 2011. Seção 1, p. 69.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC nº 87926-SP. Relator Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2008, DJe de 25 abr. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 out. 2015.

Assim, os membros do 2º Grau devem desempenhar o papel de parte, verdadeiramente “advogando” no tribunal em favor de nossas causas, apresentando memoriais antes das sessões em casos mais importantes, inclusive “despachando” com os desembargadores, a semelhança dos advogados particulares ou mesmo dos promotores na primeira instância.

Nessa linha, segue a compilação de algumas experiências e ideias já aplicadas e defendidas para atuação dos membros de segundo grau:

- a) Definição de Procuradorias de Justiça Especializadas;
- b) Atuar na fase recursal na qualidade de parte, de forma proativa, quando o MP for o titular da ação ou do recurso em curso, reservando a posição de fiscal da ordem jurídica apenas para os demais casos;
- c) Divisão do Estado em regionais cada uma sob a coordenação de uma procuradoria, que ficaria responsável pelo levantamento das políticas públicas ou demandas nos direitos coletivos e na área de segurança pública;
- d) Definir e sistematizar os entendimentos e a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para informar e orientar os membros de 1º grau;
- e) Efetivo exercício da legitimidade recursal, sempre que o acórdão do tribunal não acolher sua manifestação, devendo justificar a não propositura da impugnação cabível à espécie;
- f) Atribuição de legitimidade ativa originária criminal às Procuradorias de Justiça, em concorrência com o Procurador(a)-Geral de Justiça;
- g) Atribuição para instauração de inquéritos civis e demais procedimentos administrativos, para definição de demandas sociais, fiscalização de políticas públicas e levantamentos preliminares, para posterior encaminhamento ao promotor natural do caso;
- h) Participação obrigatória dos procuradores nos Centros de Apoio Operacionais (CAOP's), de acordo com matéria de sua especialização;
- i) Criação e participação dos procuradores no núcleo de recursos especiais e extraordinários, com efetivo acompanhamento e sustentação oral nos Tribunais Superiores;

- j) Participação dos procuradores no Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECO) e em núcleos especiais, como, por exemplo, de crimes praticados por prefeitos, de combate à corrupção ou de políticas públicas;
- k) Prioridade no combate à corrupção, exercendo o papel de fiscalização e controle do primeiro escalão da Administração Pública Estadual.

4 PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAIS

O Ministério Público precisa reconhecer sua posição constitucional estratégica, sem olvidar que fiscalizamos e processamos autoridades, que possuem a legitimidade natural das urnas.

Nesse contexto, o Ministério Público precisa garantir sua própria legitimação, por meio do respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública e da fiel aplicação da legislação vigente, de forma coerente com a doutrina interna e com os precedentes dos Tribunais Superiores.

Mas, para além de uma correta e uniforme atuação técnico-jurídica, é preciso aprimorar nossos mecanismos de transparência e de participação popular, buscando conhecer as demandas sociais e promover a salutar aproximação com os demais poderes.

Essa posição estratégica exige de seus membros o dever de prestar contas de suas atividades, bem como dar publicidade de seu planejamento de atuação anual, para ciência e participação popular.

Assim, nessa perspectiva constitucional, surge a proposta, já praticada por alguns membros, de criação de um dia nacional ou estadual, no início do ano, em que todas as unidades ministeriais apresentariam, em audiência pública, prestação de contas das atividades realizadas no ano anterior, bem como o planejamento do órgão para o ano em curso, definindo as áreas prioritárias de atuação.

Esse momento deve ser precedido pela possibilidade de oferecimento de propostas pela sociedade, por meio da rede mundial de computadores e pela entrega presencial na sede das Promotorias de Justiça e no próprio Poder Legislativo.

A participação popular é fundamental no processo de legitimação social do Ministério Público, sendo mister o esforço dos mem-

bros e da Administração Superior para o aperfeiçoamento institucional nesse sentido.

5 DOS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO E CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

Os ramos e unidades do Ministério Público, de um modo geral, já concluíram a implementação de seus sistemas integrados de informação⁵, para registro da atividade fim desenvolvida por seus membros e servidores, de acordo com a Tabela Unificada de Classes do MP⁶, medida há muito ansiada pela classe e cobrada pelo próprio CNMP.

De fato, o registro de todos nossos atos, documentos, processos, procedimentos e atendimentos é o primeiro e, talvez, o mais difícil movimento, pois exige estrutura e treinamento de pessoal, mudança de rotinas administrativas, elaboração de protocolos, aquisição de hardware, software e construção de uma rede de internet com velocidade e extensão territorial que abarque todas as unidades ministeriais. Assim, digna de muitos aplausos a superação desse gargalo orgânico que persistia travando nosso desenvolvimento.

Ocorre que, apesar de primordial, o funcionamento desses sistemas e a aplicação da Tabela Unificada de Classes não encerram o longo caminho que precisamos percorrer visando ao efetivo manejo desses dados como instrumento de modernização e evolução de nossa atividade fim.

Não basta simplesmente registrar nossos atos. É forçoso que esses sistemas sejam equipados com funcionalidades que nos permitam a coleta e processamento desses bancos de dados para obtenção de informações estratégicas.

Em outras palavras, é chegada a hora do Ministério Público processar melhor os dados que já possui acesso, para construção de conhecimento, em um trabalho de inteligência, com finalidade de apoio à tomada de decisões.

⁵ Segundo informações da Secretaria de Assuntos Institucionais da PGJ-MA, a implementação do Sistema Integrado do Ministério Público (SIMP) será concluída em março de 2016 no Ministério Público do Maranhão.

⁶ Tabelas Unificadas do MP, regida pela Resolução nº 63/2010 do CNMP, visam a facilitar o fluxo de informações e o acesso ao trabalho realizado pelos diversos ramos do Ministério Público, por meio da unificação e construção das terminologias.

Assim, imaginem se cada CAOP desempenhasse esse papel de coleta e análise de dados, com o objetivo de construir informações estratégicas que, depois de agregadas às provas e documentos mínimos, seriam encaminhadas aos promotores naturais para atuação, investigação e processamento. Por exemplo, se o sistema de informação identificasse que o Município X adquiriu remédio, papel higiênico, merenda escolar ou combustível no valor 40% maior que a média do Estado ou das prefeituras de sua região. Ou se o sistema detectasse que o índice de morte de recém-nascidos é 50% maior na maternidade de um determinado município em relação ao resto do Estado. Ou que a média das notas e índice de evasão é superior em uma escola municipal de um determinado bairro ou região. Ou, por fim, se esse sistema organizasse os fatos delituosos ou violentos de acordo com a localidade (mapeamento – Geografia criminal), dias da semana, hora e espécie de crime, isso permitiria a indução de políticas e a tomada de medidas mais precisas e eficientes?

A resposta positiva se impõe. Portanto, parece evidente que a utilização de sistemas de informação é uma exigência de nossa era, constituindo instrumento precioso para a atuação do Ministério Público na prevenção da criminalidade, na indução de políticas públicas, na identificação de demandas e para a própria repressão dos crimes e atos de improbidade administrativa, sendo caminho promissor para revolução do papel dos CAOP's e das Procuradorias de Justiça.

Em outra mão, o sistema atual poderia ser melhorado para oferecer aos usuários facilidades que simplificassem as atividades desenvolvidas por membros e servidores.

Entendo ser perfeitamente possível que nosso sistema integrado, a partir do movimento classificado pelo usuário, sugerisse os próximos atos procedimentais, já indicando os modelos das respectivas peças, constituindo uma evolução tecnológica dos tradicionais Manuais de Atuação Funcional (MARANHÃO, 2015). Por exemplo, realizado o movimento “portaria” dentro de um procedimento classificado como inquérito civil, o sistema deveria ser capaz de elaborar um modelo de portaria, inclusive preenchendo com os dados já alimentados no sistema.

Na sequência, também deveria já apresentar um roteiro padrão de atuação, com possíveis atos seguintes, também acompanhados de modelos pré-elaborados com base nas informações alimentadas.

Da mesma forma seria com as atuações judiciais, na medida em que o usuário registrasse o movimento “manifestação – membro” o sistema apresentaria modelos pré-carregados de manifestações, de acordo com a classificação do expediente, para aproveitamento do usuário, caso de seu interesse.

A ideia é que o próprio sistema carregue o documento selecionado, já substituindo os dados por variáveis preenchidas previamente pelo usuário, de modo a auxiliá-lo na produção do texto ou peça.

Tais ferramentas são possíveis sob o ponto de vista técnico, sendo conhecida a experiência da polícia federal, em relação à confecção do auto de prisão em flagrante, o que pode indicar um modelo para pesquisa.

Há, ainda, vários softwares de produção textual jurídica e gerenciamento de escritórios de advocacia, com ferramentas extremamente úteis, que poderiam ser adaptadas ao trabalho ministerial.

6 DA DEMOCRACIA INTERNA

A Constituição Federal de 1988 refundou o Estado Brasileiro, recriando o Ministério Público e dotando-o de autonomia e prerrogativas para a defesa do regime democrático.

Por consequência lógica, o Ministério Público pós 88 deve espelhar esses ideais democráticos, exercitando internamente entre seus membros os princípios que busca assegurar no plano externo.

Nessa linha, parece inevitável a correção de algumas incongruências da legislação em vigor, vez que é incompreensível que os membros de 1º Grau possam ocupar os cargos de Procurador-Geral de Justiça, Conselheiro do CNMP, Corregedor-Geral do CNMP e o próprio 1/5 constitucional nos Tribunais, mas não possam se candidatar para os cargos do Conselho Superior e Corregedor-Geral das unidades estaduais.

Assim, é de todo salutar o fomento do debate interno e aprimoramento dos nossos processos de escolha e participação, na forma a seguir sugerida:

- a) Seja reconhecida a capacidade eleitoral passiva plena aos membros de 1º Grau para todos os cargos da Administração

- Superior, respeitados os critérios para o cargo de Procurador-Geral de Justiça;
- b) Seja prevista obrigatória sabatina dos candidatos ao 1/5 constitucional pelo Conselho Superior com participação ativa da entidade de classe;
 - c) Seja ampliada a capacidade ativa para todos os membros para escolha dos candidatos ao 1/5 constitucional;
 - d) Seja garantida a participação da entidade de classe com assento e voz em todos os órgãos da Administração Superior, quando tratados assuntos de interesse da classe;
 - e) Ampliação dos mecanismos para participação de todos os membros e servidores na construção do orçamento anual;
 - f) Revitalização do Fórum Permanente do Ministério Público⁷, com ordinária consulta de toda classe sobre decisões institucionais relevantes, em ambiente virtual e democrático;
 - g) Voto unipessoal nas votações internas do MP, especialmente para Procurador-Geral de Justiça e nas votações para promoção e remoção por merecimento, ficando ressalvado apenas a votação para o Conselho Superior;
 - h) Promover debates internos entre os candidatos ao cargo de Procurador-Geral de Justiça.

7 DO FORTALECIMENTO DOS CENTROS DE APERFEIÇOAMENTO E DAS ESCOLAS SUPERIORES

As escolas e os centros de aperfeiçoamento têm função estratégica para o salto de qualidade da atuação ministerial, sendo condição para seu bom funcionamento sua autonomia acadêmica e financeira.

De início, as escolas exercem papel fundamental na seleção dos novos membros e servidores, reclamando análise acurada a possibilidade de adoção do curso de formação como parte integrante do concurso de

⁷ Experiência do Maranhão - Fórum Permanente do Ministério Público do Maranhão: Espaço de participação dos membros para debate e discussão de temas relacionados à estrutura e organização interna, bem como sobre as formas de atuação da área fim, de caráter consultivo, instalado no ano de 2002, mas em desuso atualmente.

ingresso na carreira, conforme experiências exitosas em outros estados e na magistratura.

As escolas e centros de aperfeiçoamento também são o espaço de excelência para a elaboração e execução dos programas de capacitação continuada de membros e servidores, devendo adequar seus cursos às realidades práticas enfrentadas no cotidiano da atividade ministerial, em detrimento de cursos estritamente acadêmicos/teóricos.

Neste campo, em boa hora é anunciada a criação da Escola Nacional do Ministério Público que deverá servir de base para a sistematização de uma doutrina institucional, com formulação de entendimentos que encampem teses favoráveis a segura atuação, pavimentando nossa atividade recursal, como genuína expressão de nossa unidade nacional.

Por outro lado, as escolas devem desempenhar com mais rigor a análise da pertinência temática das áreas de pesquisa às atribuições do MP, como requisito vinculante para autorização de afastamento de membros e servidores para cursos de pós-graduação.

Cabe também o papel importantíssimo de aproveitamento dessas pesquisas, teses e estudos para a capacitação dos membros e servidores, bem como para formulação da referida doutrina institucional.

Neste ponto, é cediço que várias associações e institutos de advogados, magistrados⁸, associações de defensores e delegados - esses últimos inclusive contratando famosos juristas a peso de ouro para elaboração de pareceres (ex. da campanha durante a tramitação da PEC 37/2011⁹) - vêm atuando fortemente na construção de doutrinas, muitas vezes contrárias aos interesses da sociedade que defendemos.

Desta feita, é imperioso o fomento de vozes dentro dos muros das academias jurídicas para apresentar e divulgar nossa forma de pensar, sendo evidente a importância das escolas e dos centros de aperfeiçoamento na linha de frente dessa batalha, também, acadêmica.

⁸ Tais como: Fórum Nacional dos Juizados Especiais – Fonaje e o Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

⁹ PEC 37/2011 - Nacionalmente conhecida pela PEC da impunidade, foi aprovada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, a proposta visava restringir os poderes investigatórios do Ministério Público. Essa proposta tinha forte apoio de alguns setores políticos e das associações dos delegados de polícia, sendo finalmente rejeitada pelo plenário da Câmara dos Deputados, como resposta às manifestações populares que ocorreram em todo o país em junho de 2013. Nada obstante, ainda existem vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre o tema.

8 DA ORGANIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO E DA MOVIMENTAÇÃO DA CARREIRA

Nos últimos anos foram promovidas alterações na organização da carreira e na política remuneratória, com a redução do número de entrâncias e criação de parcelas indenizatórias complementares ao valor do subsídio, que impactaram fortemente na movimentação vertical e horizontal dos membros.

Para completar o novo cenário, ainda merece consideração a aprovação da denominada “Pec da Bengala”¹⁰, que abre a possibilidade de permanência na carreira dos agentes públicos mais antigos, postergando a aposentadoria compulsória até os 75 anos de idade.

Essas medidas, principalmente quando consideradas em conjunto, criaram um abismo na remuneração entre ativos e inativos que vem influenciando na permanência na carreira e no desprestígio da aposentadoria voluntária por tempo de serviço.

Ocorre que o prolongamento do tempo de carreira dos mais antigos, se benéfica por vários aspectos, por outro traz duas consequências imediatas: longa permanência dos membros mais novos nas comarcas do interior (estima-se que entre 15 e 20 anos) e aumento dos casos de membros que se aposentarão antes de ascender à segunda instância.

Tais efeitos colaterais podem se transformar em importantes fatores de desestímulo e desvalorização da carreira ministerial frente às demais carreiras jurídicas, notadamente com o nivelamento remuneratório experimentado nos últimos anos.

Nessa linha, a boa organização da carreira, com o aprimoramento da movimentação horizontal, a ampliação da possibilidade de progressão funcional e da ocupação dos cargos na Administração Superior é medida fundamental para a valorização da carreira e permanência de bons quadros, tornando-a mais atrativa e descentralizada.

Sobre essa matéria, algumas medidas e ideias aguardam discussão, análise e deliberação em nossa instituição:

¹⁰ PEC DA BENGALA – Emenda Constitucional nº [88/2015](#), promulgada em 07 de maio de 2015. A emenda determina que ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), dos tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União (TCU) se aposentarão compulsoriamente aos 75 anos de idade.

1) Ampliação do Rol das Promotorias de Justiça de Entrância Final – Com a longa permanência dos promotores nas comarcas do interior e a grande quantidade de colegas oriundos de outros Estados que ingressam na carreira é natural que muitos fixem, permanentemente, residência em cidades polos, notadamente aquelas que pertençam a zonas metropolitanas de grandes cidades ou que constituam centros de negócios de uma região¹¹.

A atual centralização da progressão da carreira em uma única cidade (capital) é fator de desestímulo e motivadora de evasão de colegas, que preferem a submissão a novos concursos para retorno aos seus Estados de origem.

Por outro lado, valorosos colegas se sentem desmotivados, na medida em que abandonam a progressão funcional, para permanecer em cidades classificadas como de entrância intermediária, desprestigiando o merecimento e fomentando a precoce aposentadoria.

Portanto, parece extremamente salutar e oportuna a ampliação do rol das Promotorias de Entrância Final, medida já adotada com sucesso pela grande maioria dos Estados brasileiros, com descentralização e valorização da carreira, ampliação da possibilidade de progressão funcional para um número maior de membros, prestígio da antiguidade, maior poder de atratividade à carreira, redução da evasão de membros, reconhecimento da proporcionalidade entre comarcas com maior complexidade e estímulo à permanência de bons quadros.

Ademais, a ampliação do rol de Promotorias de Justiça de entrância final também elimina um recorrente fator de discórdia e injustiça na movimentação da carreira, pois impede promoções diretas da primeira entrância às Promotorias de Justiça mais cobiçadas e com maior complexidade de atuação, o que, por si só, já traz relevantes ganhos institucionais e respeito à antiguidade.

2) Remoção de Remoção – Por tudo já dito, também é urgente mudança legislativa ou hermenêutica para reconhecer a possibilidade de remoção de remoção, exatamente para evitar o desrespeito à antiguidade e o desestímulo na movimentação horizontal.

¹¹ No caso do Estado do Maranhão parece evidente a necessidade de elevação das Promotorias de Justiça de Imperatriz e Timon e a criação das Promotorias de Justiça da Grande São Luís – composta por São Luís, São José de Ribamar, Paço do Lumiar e Raposa.

Essa mudança é vital para privilegiar os membros que aceitaram promoção para comarcas de difícil provimento, valorizando, assim, aqueles que se sacrificaram e apostaram na carreira.

Conforme já defendido acima, o acesso às Promotorias mais valorizadas por integrantes menos antigos via promoção, constitui fator de injustiças e menoscabo da antiguidade, critério sempre mais seguro de movimentação.

3) Capacidade passiva plena para todos os membros da carreira – item já defendido, apenas merece destaque que todas as razões levantadas nesse capítulo reforçam a necessidade de ampliação da capacidade passiva dos membros de 1º grau, sob a perspectiva de que boa parte dos membros simplesmente não chegará à segunda instância.

Neste contexto, parece evidente que o alargamento temporal do primeiro grau reforça a legitimidade da participação desses membros na atividade administrativa da instituição e acesso a todos os cargos e funções, como manifestação da democracia e da própria meritocracia, pois seria injustificável que membros competentes e preparados fossem alijados do processo eleitoral interno, sob o insustentável argumento de hierarquia entre instâncias.

Por outro lado, apesar da enorme resistência sobre o tema, verifica-se um crescente desinteresse dos membros do 2º grau pelos cargos da Administração Superior – fenômeno presenciado em vários Estados –, especialmente para os cargos de Corregedor-Geral e do Conselho Superior, o que apenas confirma a necessidade de mudança.

4) Autonomia Organizacional do Ministério Público - Parece ser consenso a inconveniência da manutenção da estrutura “espelho” com o Poder Judiciário, por absoluta impossibilidade financeira - imposta pelo tratamento desproporcional estipulado na Lei de Responsabilidade Fiscal – e por imperativos do princípio da eficiência administrativa.

É de rigor que a organização administrativa do Ministério Público seja cuidadosamente planejada, ponderando o binômio necessidade de crescimento/possibilidade financeira, de forma absolutamente autônoma e desvinculada do Poder Judiciário, conforme já defendido em trabalho anterior (RIBEIRO, 2006).

Neste ponto, a desvinculação geográfica das Promotorias de Justiça em relação à organização judiciária mostra-se caminho interessante para melhor adequação dos interesses sociais.

A criação de Promotorias de Justiça regionais em áreas especializadas merece nossa atenção, pois podem representar um avanço na busca de soluções criativas para obtenção de maior eficiência.

Nesse ponto, as experiências das Promotorias de Justiça Agrárias, de âmbito estadual, bem como outras nas áreas de defesa do Meio Ambiente e Ordem Tributária, merecem acompanhamento cuidadoso, para avaliação dos resultados e possibilidade de adoção e ampliação.

5) Apoio técnico e administrativo – Com o progressivo aumento da complexidade das relações sociais, da contabilidade da Administração Pública, das organizações criminosas, dos métodos de lavagem de dinheiro, inclusive internacional, dos atos de improbidade administrativa e da corrupção perpetrados por agentes públicos e empresas, o Ministério Público, cada vez mais, precisa profissionalizar seus métodos de investigação e atuação, sob pena de inescapável fracasso.

Daí, a necessidade de conceber o promotor de justiça como o gestor da unidade ministerial, descentralizando sua atividade, com a atuação de uma equipe de apoio administrativo, com conhecimento especializado e preparada para apresentar rápidas respostas aos desafios cotidianos enfrentados pela instituição, conforme já alertou Gouvêa, Couto e Evangelista (2012).

Atualmente, de alguma forma, as promotorias de justiça já contam com assessoria jurídica e algum apoio de secretaria, o que já representa extraordinário avanço na organização e na qualidade de trabalho¹². Agora, a realidade social exige que avancemos mais, com a criação de núcleos que possibilitem a sonhada profissionalização dos nossos serviços, notadamente para as unidades do interior, que se ressentem de certo distanciamento com a assessoria técnica existente na estrutura da PGJ¹³.

Nessa esteira, precisamos criar mecanismos que permitam o rápido acesso das Promotorias de Justiça à assessoria técnica multidisciplinar, para elaboração de laudos, pareceres, estudos e inspeções que permitam uma atuação precisa e técnica em todas as áreas.

Esses mecanismos podem ser virtuais ou presenciais, inclusive com o antigo sonho de **criação de assessorias técnicas regionais**, que, aparentemente, seria o melhor dos mundos.

¹² Referência à realidade atual do Ministério Público do Maranhão.

¹³ Referência à realidade atual do Ministério Público do Maranhão.

Em caráter complementar, não podemos olvidar as parcerias com universidades, centros de estudos, conselhos profissionais, institutos de pesquisa e congêneres, para realização de apoio técnico, inclusive com mais economia para a instituição.

Por fim, merece especial menção o papel de destaque do GAECO, no apoio às Promotorias de Justiça, por meio do planejamento, orientação e execução de operações, investigações criminais e atos de inteligência institucional.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ministério Público brasileiro tem como missão institucional a defesa do regime democrático, do ordenamento jurídico, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tarefa complexa e desafiadora, que exige o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis para obtenção dos resultados esperados pela sociedade.

Por uma questão de coerência e legitimidade, o Ministério Público precisa servir de modelo da boa e eficiente gestão pública, abrindo a instituição à participação social, prestando contas de suas atividades e atuando de forma profissional, transparente e imparcial, sem jamais abrir mão da independência funcional de seus membros, tão cara para todos nós.

De pronto, nossa instituição precisa aprimorar sua democracia interna, possibilitando o acesso de todos os membros aos cargos eletivos e fomentando participação dos membros e servidores na construção do orçamento e no planejamento estratégico de atuação.

Por outro lado, reconhecendo seu papel singular dentro da organização da República, seus membros devem atuar como agentes políticos, de forma próxima e harmoniosa com os poderes e demais entes públicos, velando pelo bom funcionamento dos serviços e respeito aos princípios da Administração Pública.

Para tanto, precisamos urgentemente abandonar qualquer resquício de atuação burocrática e meramente processual, concebendo a atividade processual como mais uma via de obtenção de nossas atribuições constitucionais, e não um fim em si.

Nesse diapasão, cada órgão ministerial deve ser tutor de direitos e interesses públicos, extinguindo promotorias com exclusivo

trabalho processual/parecerista, tanto no âmbito cível/família, quanto no âmbito penal.

Nesse último, é chegada a hora de assumirmos o protagonismo da investigação criminal, abandonando a atual zona de conforto, exercendo a tutela da segurança pública, mirando a prevenção de crimes, a orientação e o controle externo da atividade policial, ditando as políticas públicas nessa área e não apenas atuando de forma reativa e no caso em concreto.

Ademais, é preciso que o Ministério Público escute a voz das ruas e priorize, verdadeiramente, o combate à corrupção e a defesa do patrimônio público como principal missão institucional, direcionando recursos e estrutura para esse fim, bem como autorizando que os membros privilegiem essa atuação, sem risco de questionamento futuro sob o aspecto correccional.

Já sob o ponto de vista da organização interna, o promotor de justiça deve ser o gestor da unidade ministerial, responsável pela tomada das decisões jurídicas e estratégicas, pela definição do planejamento de atuação do órgão, distribuição das tarefas, pela correição das atividades dos servidores, pela prática dos atos privativos e representação institucional, deixando a cargo da secretaria e assessoria o trabalho de minutar os atos administrativos e peças processuais, sempre sob sua supervisão direta.

Toda essa mudança comportamental deve ser acompanhada da capacitação cada vez mais cuidadosa de nossos quadros, com a materialização da unidade institucional pela criação de uma doutrina do MP, sem caráter ditatorial, que permita a atuação coerente e uniforme, em respeito à segurança jurídica e facilitando a construção de teses que sustentem nossa atuação recursal, inclusive até os Tribunais Superiores.

Por fim, merece destacar que esse brevíssimo trabalho constitui modesta e lacônica compilação de experiências e ideias já muitas vezes defendidas e, por vezes, aplicadas por colegas ou unidades ministeriais, sem qualquer caráter de originalidade ou pretensão de esgotamento do tema.

Por outro lado, não desconsidera o salto de qualidade vivenciado nos últimos anos, com avanços na estrutura de atuação, com a criação de assessoria para promotores, concursos para servidores, implementação do sistema de informação integrada (SIMP), apoio de estagiários, equipamentos de informática, melhorias na rede de internet,

construção e reformas de sedes próprias¹⁴, o que nos faz sonhar com dias melhores, sempre, mas sem abandonar o necessário espírito crítico, que nos impulsiona para evolução.

REFERÊNCIAS

BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério Público em segundo grau: procura-se “trabalho vivo” nesta passagem!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-26/mp-debate-mp-segundo-grau-procura-trabalho-vivo-nesta-passagem>>. Acesso em: 03 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC nº 87926-SP. Relator Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2008, DJe de 25 abr. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 out. 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Recomendação 19, de 18 de maio de 2008. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público no segundo grau. Relator conselheiro Cláudio Barros, no procedimento nº 0.00.000.000915/2007-08. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 jun. 2011. Seção 1, p. 69.

GOUVÊA, Ana Cecília; COUTO, Renan Evangelista; EVANGELISTA, Vanessa Maia de Amorim. **Gestão de Promotorias de Justiça e seus processos de negócio**. Belo Horizonte: Procuradoria Geral de Justiça, 2012.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Bases históricas para repensar a atuação do Ministério Público nos feitos criminais em segundo grau de jurisdição**. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/257/bases-historicas-para-repensar-a-atuacao-do-ministerio-publico-nos-feitos-criminais-em-segundo-grau-de-jurisdicao>>. Acesso em 03.out. 2015.

MARANHÃO. Ministério Público. Corregedoria-Geral. **Manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís: Procuradoria-Geral de Justiça, 2015.

¹⁴ Referência à realidade atual do Ministério Público do Maranhão.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

REVISTA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Brasília, DF: v. 1, n. 2, jul./dez. 2011.

REVISTA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Série Especial – Principais decisões de 2005 a 2011. Brasília, DF, v. 2, n. 3, 2012.

RIBEIRO, Frederik Bacellar. Quem organiza administrativamente o Ministério Público do Maranhão? **Revista Prêmio Márcia Sandes**, São Luís, AMPEM, p. 107-119, 2006.

A PUBLICIDADE DIFERIDA DO ORÇAMENTO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SUAS IMPLICAÇÕES

*Leandro Berredo Veiga **

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo discutir a previsão de publicidade diferida no regime diferenciado de contratações públicas e suas implicações. Nessa perspectiva, objetiva-se identificar e analisar as racionalidades para tal previsão, cotejando-se com o regramento da publicidade previsto para o regime geral de licitações da Lei nº 8.666/1993, bem como a compatibilidade da publicidade diferida com o regime jurídico administrativo e, ainda, o prognóstico para o regime de licitações brasileiro. O processo de investigação, visando à elucidação e ao alcance dos objetivos traçados, envolveu fundamentalmente a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Os estudos apontaram que a temática ainda suscita bastante controvérsia doutrinária, havendo posições no sentido da constitucionalidade e utilidade dessa previsão normativa e outras posições que se firmam no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo, ainda não havendo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, o que evidencia a necessidade de acompanhamento das discussões.

Palavras-chave: Regime diferenciado de contratações públicas. Orçamento sigiloso. Princípio da publicidade. Interesse público.

Abstract: This paper aims to discuss the forecast of deferred advertising in different arrangements of public procurement and its implications. From this perspective, the objective is to identify and analyze the rationales for such a prediction, comparing with the rules to the planned publicity for the general system of bids in Law nº 8.666/1993, as well as the compatibility of deferred advertising with the administrative and legal system, furthermore, the prognosis for the Brazilian bidding regime. The research process, aiming at clarifying and achieving the planned objectives, primarily involved the literature, case law and legislative research. The studies indicated that the issue still raises enough

* Técnico Ministerial e Assessor de Procurador de Justiça. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

doctrinal controversy, with positions the constitutionality and usefulness of this legislative provision and other positions that have signed towards the device unconstitutional, there has not positioning of the Supreme Court on the subject, which highlights the need for follow-up discussions.

Keywords: Differentiated regime for public contracts. Confidential budget. Principle of publicity. Public interest.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.462/2011, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), objeto de estudo deste trabalho, inicialmente, passou a dar um tratamento diferenciado às contratações públicas, como o próprio nome identifica, para a realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de Futebol de 2014, dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, das obras de infraestrutura e dos serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até 350 km das sedes dos mundiais. Contudo, em alterações legislativas mais recentes, incluiu também como hipóteses de aplicação:

- a) as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal (incluído pela Lei nº 12.688/2012);
- b) as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) (incluído pela Lei nº 12.745/2012);
- c) as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (incluído pela Lei nº 12.980/2014);
- d) as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (incluído pela Lei nº 12.722/2012).

Neste sentido, vislumbra-se a necessidade de se compreender, identificar e analisar as implicações acerca desse regime diferenciado, que mitigou algumas exigências do regime constitucional de licitações brasileiro, essencialmente quanto à previsão de publicidade diferida do orçamento previamente estimado para a contratação (art. 6º da Lei nº 12.462/2011).

Não se pode olvidar que o regime de licitações brasileiro representa uma imposição constitucional, extraída a partir da dicção do art. 37, XXI, da Constituição Federal. O referido dispositivo apresenta comandos que introduzem importantes balizamentos a quaisquer normas infraconstitucionais que regulem licitação e contratos administrativos no país (MELLO, 2012).

Sob essa perspectiva, as profundas inovações no regime de licitações advindas com a edição do RDC, especialmente no que tange ao objeto de estudo deste trabalho, qual seja a publicidade diferida do orçamento previamente estimado para a contratação realizada sob esse regime, sobrelevam a importância do tema, já que se trata de discussão acerca de normas cogentes, notadamente ao versarem sobre o interesse público.

A indispensabilidade do estudo do tema destaca-se, ainda, ao se considerar que o RDC referia-se, em um primeiro momento, à contratação de bens e serviços para a Administração Pública sob um campo de atuação limitado e temporário, mas que anunciam uma provável extensão de sua incidência, notadamente em razão da publicação das Leis de números 12.688, de 18 de julho de 2012, 12.722, de 3 de outubro de 2012, 12.745, de 19 de dezembro de 2012, e 12.980, de 28 de maio de 2014, que ampliaram sensivelmente as hipóteses de aplicação do RDC, estendendo-o às licitações e contratos administrativos necessários à realização de obras e serviços públicos não mais intrinsecamente relacionados aos eventos esportivos de repercussão internacional que o Brasil sediou e sediará nos próximos anos.

2 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

O regime jurídico de direito público é composto por normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, sendo caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de certos fins. Neste contexto, o regime jurídico dos procedimentos licitatórios guarda relação direta com os fins almejados pelo regime jurídico de direito público, quais sejam a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e a observância aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, probidade, publicidade, legalidade e eficiência, dentre outros (JUSTEN FILHO, 2012).

Nessa perspectiva, tem-se que o princípio da publicidade é um dos pilares do regime jurídico administrativo e, por esta razão, o regime jurídico dos procedimentos licitatórios não poderia descurar-se em observá-lo.

O princípio da publicidade consagra-se no dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, sendo ínsito ao Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal). Assim, não se pode haver ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam e, muito menos, em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida (MELLO, 2012).

Este princípio, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, comporta mitigações pela legislação infraconstitucional somente nas hipóteses autorizativas constantes do próprio texto constitucional, a saber: para a defesa da intimidade, nos casos em que a violação desse preceito não implicar em nenhum benefício para o interesse público, ou, ainda, por exigência do interesse social, como, por exemplo, para resguardar a segurança pública, nos termos do art. 5º, LX, da Constituição Federal (DI PIETRO, 2012).

Na mesma esteira, o art. 5º, XXXIII, também apresenta restrições à publicidade quando o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A Lei nº 12.527/2011 (Lei de acesso à informação), regulamentando o dispositivo, definiu o que se considera sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado ao classificar as informações nas categorias ultrassecreta, secreta e reservada (arts. 23 e 24), estabelecendo, inclusive, as condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar e as sanções cabíveis, até mesmo por ato de improbidade (art. 32) (DI PIETRO, 2012).

Fazendo uma ponderação entre o dever de publicidade dos atos administrativos e as restrições a ele impostas, interessante é a abordagem feita por Cardoso (2012, p. 83):

Evidentemente, a mitigação da publicidade dos atos estatais deve se dar em estrita obediência à proporcionalidade. Não se admite que, a pretexto de proteger a eficácia de determinado ato administrativo, a publicidade seja simplesmente suprimida, por

tempo indeterminado. A mitigação da publicidade deve se dar na exata medida necessária para assegurar a proteção do valor constitucionalmente protegido buscado pela medida concreta a ser adotada. Em termos gerais, isso significa que a publicidade do ato poderá ser postergada para momento posterior à sua prática ou à concretização de seus efeitos. Jamais, porém, poderá ser totalmente suprimida.

A proteção constitucional conferida à publicidade é tão evidente que negado o exercício de direitos como o de petição e de certidão (instrumentos básicos que asseguram a observância desse princípio), ou ainda em caso de não veiculação da informação, ou veiculação incorreta, terá o interessado os instrumentos constitucionais para garantir a restauração da legalidade – o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF) (CARVALHO FILHO, 2011).

3 TRATAMENTO NORMATIVO DA PUBLICIDADE NO REGIME GERAL DE LICITAÇÕES DA LEI Nº 8.666/1993

No âmbito das licitações sob o regime geral, o princípio da publicidade vem consagrado já no início da Lei nº 8.666/1993, em seu art. 3º, § 3º, de seguinte redação: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

O dispositivo evidencia que a regra, portanto, deverá ser a de que todos os atos concernentes à licitação são públicos e acessíveis ao público em geral. Essa regra decorre do dever de plena transparência que deve ser mantido pela Administração e, ainda, como condição indispensável à realização de outro princípio, o da moralidade. A ressalva contida no dispositivo referente ao sigilo das propostas visa a evitar conluios e a conferir maior competitividade ao certame. Assim sendo, a restrição justifica-se pelo interesse público e mantém-se tão somente até à abertura dos envelopes contendo as propostas, o que ocorre em sessão pública (FURTADO, 2012).

Na modalidade convite, ainda que a publicidade dos atos dê-se de forma diversa das demais modalidades, ela também é resguardada. Com efeito, consta da Lei nº 8.666/1993, segundo explica Furtado (2012, p. 40), que

[...] o instrumento convocatório, ainda que não deva obrigatoriamente ser objeto de publicação em órgão de divulgação oficial, deve ser afixado no quadro de avisos da repartição de modo a permitir que outros interessados não convidados possam participar do certame. Essa regra é de plena realização dos princípios da publicidade e da moralidade.

A Lei nº 8.666/1993, em diversos dispositivos, busca conferir ampla efetividade a esse princípio. Furtado (2012, p. 41) cita os seguintes:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, **devidamente publicada**. (grifo nosso).

Art. 15 [...]

§ 2º **Os preços registrados serão publicados** trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial. (grifo nosso).

Art. 16. **Será dada publicidade**, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação. (grifo nosso).

Art. 21. **Os avisos contendo os resumos dos editais** das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, **deverão ser publicados** com antecedência, no mínimo, por uma vez: [...] (grifo nosso).

Art. 61 [...]

Parágrafo único. **A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial**, que é condição indispensável para sua eficácia, **será providenciada pela Administração** até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (grifo nosso).

Outro dispositivo que consagra o princípio da publicidade no âmbito das licitações é a previsão contida no art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/1993, que trata acerca do detalhamento do orçamento previamente estimado pela Administração para a contratação e a sua disponibilização para todos os interessados. A importância de tal previsão legal é feita por Barros (2011, p. 109):

É com base neste orçamento detalhado, com composição dos custos unitários, que, por um lado, os futuros licitantes adquirem maior conhecimento sobre o objeto da licitação (podendo até questionar ou impugnar as estimativas) e, por outro, a Administração estabelece a modalidade de licitação, determina o valor máximo da proposta de preços e obtém dados para eventual exclusão de licitante em face da inexequibilidade de sua proposta (art. 48, II).

Além do citado dispositivo, a Lei nº 8.666/1993, nos arts. 6º, IX, “f”, 7º, § 8º, 40, § 2º, II, e 44, § 1º, define obrigações específicas de publicidade e ampla divulgação do orçamento estimado elaborado pela Administração, em quaisquer das modalidades licitatórias previstas na Lei (CARDOSO, 2012).

Deve-se destacar, contudo, que, tratando-se da modalidade preção, a Lei nº 10.520/2002, que o instituiu, não contém nenhum dispositivo que obrigue a divulgação prévia do orçamento estimado, tal como ocorre na Lei nº 8.666/1993, e, em razão dessa ausência de previsão normativa expressa, o TCU tem entendido ser desnecessária a divulgação do orçamento estimado juntamente com o edital, mas esse dado deve estar contido nos autos do respectivo processo licitatório, cabendo aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, avaliar a oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos no edital (CARDOSO, 2012).

Sobre o tema, confira-se a ementa do seguinte julgado:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA DO REPRESENTADO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS. LICITAÇÃO SUSPensa POR INICIATIVA DO PRÓPRIO ÓRGÃO. NEGATIVA DO PROVIMENTO CAUTELAR. EXAME DO MÉRITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. No instrumento convocatório, só podem ser formuladas exigências de qualificação técnica que encontrem respaldo em lei (art. 27, *caput*, c/c art. 30, *caput*, ambos da Lei n.º 8.666/93), e desde que se revelem, no caso concreto, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas perante o ente público contratante (art. 37, XXI, *in fine*, da Constituição Federal de 1988).

2. O art. 30 da Lei n.º 8.666/93 enumera os documentos que podem ser exigidos para fim de comprovação da qualificação técnica das licitantes, entre os quais não se incluem certificados de qualidade.

3. “Orçamento” ou “valor orçado” ou “valor de referência” ou simplesmente “valor estimado” não se confunde com “preço máximo”. O “valor orçado”, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o “preço máximo” a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente.

4. Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93,

o orçamento estimado deve figurar como anexo do edital, contemplando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU é no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.

(TCU, Acórdão 392-05/2011, Plenário, Rel. Min. José Jorge, julgado em 16.02.2011, DOU 23.02.2011), (grifo nosso).

Esse posicionamento tem sido questionado pela doutrina já que não se pode afastar a incidência no pregão das normas gerais constantes da Lei nº 8.666 – inclusive daquelas atinentes à divulgação do orçamento estimado, conforme dispõe o art. 9º da Lei nº 10.520 (CARDOSO, 2012).

Analisado o tratamento normativo da publicidade no regime geral de licitações da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002, passa-se à análise do tratamento normativo da publicidade no regime diferenciado de contratações públicas da Lei nº 12.462/2011.

4 TRATAMENTO NORMATIVO DA PUBLICIDADE DO ORÇAMENTO ESTIMADO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

No âmbito do regime diferenciado de contratações públicas, a questão da publicidade do orçamento previamente estimado pela Administração Pública para a contratação vem tratado no art. 6º da Lei nº 12.462/2011, cuja redação é a seguinte:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. § 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de

que trata o *caput* deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no *caput* deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Por sua vez, o art. 9º do Decreto nº 7.581/2011, regulamentando o dispositivo acima transcrito, dispôs:

Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º O orçamento previamente estimado estará disponível permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 2º O instrumento convocatório deverá conter:

I - o orçamento previamente estimado, quando adotado o critério de julgamento por maior desconto;

II - o valor da remuneração ou do prêmio, quando adotado o critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico; e

III - o preço mínimo de arrematação, quando adotado o critério de julgamento por maior oferta.

O art. 9º do Decreto nº 7.581/2011 estabelece como marco para a divulgação do orçamento estimado pela Administração a adjudicação do objeto licitado, que, segundo Carvalho Filho (2011, p. 271), é “o ato pelo qual a Administração, através da autoridade competente, atribui ao vencedor do certame a atividade (obra, serviço ou compra) que constitui o objeto da futura contratação”. Contudo, conforme consta dos parágrafos do art. 6º da Lei nº 12.462/2011, essa previsão não se aplica aos critérios

de julgamento por maior desconto, em que a informação deverá constar do instrumento convocatório, e por melhor técnica, no qual o valor do prêmio ou da remuneração também será incluído no instrumento convocatório. Alargando essas exceções, o art. 9º, § 2º, III, do Decreto nº 7.581/2011 determinou que na hipótese de adoção do critério de julgamento por maior oferta, o preço mínimo de arrematação deverá igualmente ser divulgado pelo edital.

A regra geral, no âmbito do regime diferenciado de contratações públicas, portanto, salvo as exceções acima apontadas, é a de que o orçamento estimado será sigiloso até o encerramento da licitação, que ocorre com a adjudicação, sendo disponibilizado de forma estrita e permanentemente tão somente aos órgãos de controle interno e externo (art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.462/2011).

Importante destacar que o regime diferenciado não dispensou a Administração da obrigação de elaborar o orçamento estimado para a contratação, mas apenas modificou o regime de sua divulgação. Isto é, em um primeiro momento, compete à Administração promover a elaboração do orçamento estimado, como medida imprescindível à definição do objeto licitado e dos custos envolvidos com a sua execução, sendo uma das etapas da fase interna da licitação. Já em um segundo momento, dá-se a divulgação ou publicação desse orçamento estimado que fora elaborado previamente pela Administração, o que pode ocorrer juntamente com o edital ou após o encerramento da licitação, a depender do critério de julgamento adotado (CARDOSO, 2012).

Barros (2011, p. 732), ao analisar tal dispositivo na busca pelas razões do legislador em estabelecer tal restrição à publicidade do orçamento estimado, pondera que

a proibição de divulgação antecipada da estimativa orçamentária da Administração objetiva induzir as empresas, porque desconhecerão o montante de recursos que a Administração dispõe para a realização da obra, a oferecerem preços menores, minimizando a possibilidade de acordos entre os licitantes para o auferimento de lucros excessivos.

Essa constatação é confirmada a partir do conteúdo das informações prestadas pela Presidência da República no âmbito das ações diretas

de inconstitucionalidade 4645 e 4655, disponíveis para consulta no sítio eletrônico do STF, donde se extrai que

o objetivo da medida é assegurar que a proposta dos licitantes corresponda ao valor que verdadeiramente espelha o preço pelo qual estão dispostos a executar a obra, evitando que as propostas convirjam, artificialmente, para o preço estimado. (Isto porque,) quando o governo anuncia previamente sua estimativa, os preços dos licitantes tendem a convergir para patamares próximos ao anunciado, e não para o preço real da contratação, possivelmente mais baixo (mensagem nº 405/2011 da Presidência da República).

E mais, das referidas informações, há o registro de “que essa prática desestimula o conluio e outras condutas anticoncorrenciais, motivo pelo qual o sigilo da estimativa orçamentária é adotado em diversos países, como os Estados Unidos e nações integrantes da União Europeia” (mensagem nº 405/2011 da Presidência da República).

Ocorre que a mera alusão a experiências internacionais não é suficiente para justificar a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente porque é preciso compreender em que circunstâncias tais soluções se deram em seu contexto de origem, tendo em vista a realidade fática local, bem como se deve aferir a compatibilidade da medida com o regime constitucional brasileiro antes de introduzi-lo no ordenamento nacional (CARDOSO, 2012).

As justificativas apresentadas pela Presidência da República no bojo das informações encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal para instrução do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade anteriormente indicadas revelam que esse exame de compatibilidade constitucional não foi realizado durante a tramitação da Medida Provisória nº 527 no Congresso Nacional, que foi convertida na Lei nº 12.462/2011, haja vista as justificativas apresentadas pautaram-se exclusivamente em argumentos fáticos e não jurídicos.

Sob essa perspectiva, no capítulo seguinte propõe-se ao exame da compatibilidade constitucional da previsão de publicidade diferida do orçamento no regime diferenciado de contratações públicas, bem como das implicações decorrentes dessa previsão.

5 IMPLICAÇÕES DA PREVISÃO DE PUBLICIDADE DIFERIDA DO ORÇAMENTO ESTIMADO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O regramento conferido pelo art. 6º da Lei nº 12.462/2011 é claramente distinto da disciplina conferida pelo regime licitatório geral com relação à publicidade do orçamento estimado. Desta forma, é preciso aferir a compatibilidade desse regramento com os comandos normativos emergentes da Constituição Federal, objetivo a ser perseguido a partir deste momento.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, conforme citado no capítulo anterior, foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF, questionando a compatibilidade da Lei nº 12.462/2011 com as normas constitucionais. A ADI 4655 foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, mas não suscita a inconstitucionalidade do art. 6º em comento. Por sua vez, a ADI 4645, proposta pelos partidos PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), DEM (Democratas) e PPS (Partido Popular Socialista), questiona a constitucionalidade dessa previsão legal, na medida em que sustenta que a Lei n.º 12.462/2011 adota o sigilo do orçamento previsto para a licitação como regra e não como exceção, de forma que há ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos, já que de acordo com a Constituição Federal o sigilo não se presume e sim se justifica. Ambas as ações até a data de conclusão deste trabalho ainda não tinham iniciado o seu julgamento, embora em ambas já haja parecer do Ministério Público da União pela procedência dos pedidos.

No âmbito dos tribunais estaduais, a questão já foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, oportunidade em que foi reconhecida a constitucionalidade da previsão de publicidade diferida do orçamento previamente estimado pela Administração. Confira-se a ementa do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO, SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO DIFERENCIADA - RDC. CONSTRUÇÃO DO BRT DE NITERÓI. OBRA NO ÂMBITO DO PROGRAMA PAC2, EIXO MOBILIDADE MÉDIAS CIDADES. MAN-

DADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O EDITAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO DA LIMINAR PARA OBSTAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DECISÃO CORRETA, NA FORMA E NO CONTEÚDO, QUE INTEGRALMENTE SE MANTÉM.

1. A Lei 12.462/2011, de caráter especial, que institui o regime diferenciado de contratações públicas, foi concebida para que a Administração Pública possa se instrumentalizar através de formas mais céleres, econômicas e eficientes de contratação de serviços públicos.

2. A criação de um diploma destinado especificamente a atender obras infraestruturais de grandioso vulto, por conseguinte, representam a consolidação de uma política nacional, haja vista, por exemplo, as obras dos aeroportos para os eventos da Copa do Mundo e das Olimpíadas, e obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde SUS, além das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).[...].

5. As agravantes insurgem-se contra as características técnicas do objeto licitado, incluídas no Edital do certame, **não havendo ilegalidade nas previsões relacionadas à limitação a duas empresas para a execução do serviço em conjunto; previsão do caráter sigiloso do orçamento do projeto;** adoção de critérios de avaliação da proposta técnica, com base na experiência, dentre outras, **pois não se afiguram aptas a frustrar a competitividade do certame.**

(TJRJ, AI 0046.885-82.2014.8.19.0000, Relator Des. José Carlos Maldonado de Carvalho, Primeira Câmara Cível, julgado em 25/11/2014, grifo nosso).

Sob o enfoque doutrinário da matéria, persistem posicionamentos bastante dissonantes.

Cammarosano (2011, p. 36), sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo, explica que

referida disciplina legal, ensejadora de orçamento estimativo prévio que permaneça sigiloso mesmo durante a fase apropriada à interposição, pelos licitantes, de recursos administrativos, é ofensiva aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, pois, aqueles que terão eventualmente de recorrer da decisão que tenha desclassificado suas propostas, terão como parâmetro orçamento prévio, mas ainda para eles desconhecido.

Dias e Ferreira (2012), tecendo fortes críticas à mitigação da publicidade, ponderam que

aparentemente, a motivação para esse dispositivo é evitar eventual conluio entre participantes para formatação de propostas parecidas, com valores próximos ao do orçamento alocado. Todavia, a mitigação da publicidade em relação ao planejamento da Administração, [...], não se revela como instrumento hábil para eventuais fraudes em licitações, ainda mais ao custo da máxima publicidade de atos administrativos. Ademais, a mitigação apresentada não se relaciona com as hipóteses excepcionalmente trazidas pela Constituição e pela Lei nº 12.527/11.

Naves e Silva (2011), por sua vez, sustentam que

na verdade, não existe sigilo. O que o RDC estabelece é que o orçamento público para a realização de obra e serviço seja elaborado anteriormente à licitação, mas que não seja divulgado nessa etapa inicial, de modo a evitar conluios ou manipulação dos preços. Tão somente isso. Assim que houver a entrega de propostas comerciais, o orçamento, bem como todos os demais preços ofertados, serão tornados públicos para a indispensável verificação de compatibilidade com o interesse público perseguido.

Em sentido contrário, sustentando a constitucionalidade do art. 6º da Lei nº 12.462/2011, Cardoso (2012, p. 88) argumenta

Além de não haver a supressão das finalidades perseguidas com a publicidade prévia, a regra consagrada pela Lei nº 12.462 permite a busca de finalidades adicionais. Se aplicada adequadamente (e sem distorções) tem o potencial de gerar benefícios adicionais, sem qualquer prejuízo para os valores protegidos pelas imposições derivadas do princípio da publicidade.

Nessa mesma linha, segue também Di Pietro (2012, p. 443), ao apontar que “a medida [...] parece útil, sendo conveniente que se estenda a todas as modalidades de licitação, porque a sua divulgação influencia os licitantes na apresentação de suas propostas, podendo resultar em resultados danosos [...]”. A referida autora complementa que

o sigilo é preservado apenas na medida necessária para preservar o interesse público, deixando de existir após o término do procedimento da licitação, oportunidade em que os interessados poderão ter acesso ao orçamento estimado, inclusive com possibilidade de oferecer impugnação. Além disso, o art. 5º, LX, da Constituição permite seja restringida a publicidade em benefício do interesse social.

Neste sentido, em que pese o tema ainda não haja sido pacificado perante a doutrina, nem haja posicionamento do STF sobre a constitucionalidade da previsão legal, o fato é que os certames até então realizados sob a égide do RDC adotaram as práticas sigilosas sem que com isso houvesse grandes benefícios à lisura dos procedimentos licitatórios a justificar a adoção da medida, conforme foi apontado em relatório emitido pelo Tribunal de Contas da União (DIAS; FERREIRA, 2012).

Ademais, inobstante o objetivo perseguido pela norma seja buscar maior competição entre os licitantes, redução da possibilidade de conluio entre eles na participação em licitações e a obtenção de propostas mais vantajosas, caso haja desnaturação do sigilo com o fornecimento de informações a respeito do orçamento estimado pelo agente público a apenas um determinado licitante, evidente será a nulidade do certame conduzido de tal forma, o que enseja, por conseguinte, rigor e exame cuida-

doso por parte dos órgãos de controle do cumprimento das formalidades na licitação sujeita ao RDC (CARDOSO, 2012).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime diferenciado de contratações públicas, previsto na Lei nº 12.462/2011, regulamentado pelo Decreto nº 7.581/2011, previu, como regra, a sigilosidade do orçamento previamente estimado pela Administração até o encerramento da licitação, quando então seria amplamente divulgado, com vistas a estimular a competitividade entre os licitantes, a redução do conluio entre eles e, em consequência, a obtenção de propostas mais vantajosas.

Essa previsão destoa do regramento conferido à publicidade do orçamento na Lei nº 8.666/1993, em que a regra é a de que todos os atos concernentes à licitação são públicos e acessíveis ao público em geral.

Doutrina e jurisprudência ainda não têm posicionamento firmado acerca da compatibilidade da medida – não divulgação do orçamento estimado antes do encerramento do procedimento da licitação – com o regime constitucional brasileiro, havendo posicionamentos tanto no sentido da constitucionalidade do dispositivo quanto no sentido da inconstitucionalidade.

A inclusão de novas hipóteses de aplicação do RDC, associando o procedimento a obras e serviços públicos não mais intrinsecamente relacionados aos eventos esportivos de repercussão internacional que o Brasil sediou e sediará nos próximos anos anuncia que esse regime, inicialmente excepcional e temporário, possa vir a tornar-se mais uma modalidade permanente de licitação, o que implica na necessidade de acompanhamento constante das discussões.

REFERÊNCIAS

BARROS, Márcio dos Santos. **502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: NDJ, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. **Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.** Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

_____. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. **Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011**. Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011)**: aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**: comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-99.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78849>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

NAVES, Rubens; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. As licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas. **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 5, n. 49, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=980>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E MEIOS DE COMUNICAÇÃO COLISÃO DE PRINCÍPIOS: ESCORÇO CRÍTICO

*Mylla Maria Sousa Sampaio**
*Cássius Guimarães Chai***

Resumo: O presente artigo objetiva analisar violações de direitos humanos em meios de comunicação, que em uma perspectiva jurídica, na divulgação de informações sobre a prática de crimes, adotam métodos sensacionalistas que descon sideram princípios fundamentais, como a dignidade, a privacidade, o respeito à memória e à imagem dos mortos e a dignidade familiar destes, fazendo emergir uma aparente colisão de princípios entre a liberdade de expressão, o direito à informação e a dignidade humana.

Palavras-chave: Mídia. Direitos humanos. Colisão de direitos fundamentais. Liberdade de expressão.

Abstract: This article aims to examine human rights violations in the media, which under a legal perspective, the disclosure of information about crimes, adopt sensationalist methods that ignore fundamental principles such as dignity, privacy, respect for memory and the image of the dead and their family dignity, giving rise to an apparent collision of principles in-between freedom of expression and the right to information and human dignity.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, membro discente do Grupo de Ensino, pesquisa e extensão Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA) e membro do Grupo de Estudos em Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil/ Maranhão. Coordenadora local (São Luís – Maranhão) da ONG Estudantes pela Liberdade. myllamariah@hotmail.com

** Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, Promotor de Justiça Corregedor, Membro do Caop-DH-MPMA, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG/ Cardozo School of Law/Capes. Estudos pós-doutorais junto à Central European University, ao European University Institute, Universidad de Salamanca, The Hague Academy of International Law, Direito Internacional-Curso de Formação do Comitê Jurídico da OEA, 2012, Programa Externo da Academia de Haia 2011, Membro da Sociedade Européia de Direito Internacional, Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional e da International Association of Prosecutors. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão, graduação e Mestrado em Direito e Sistemas de Justiça. Professor Colaborador-Programa de Doutorado em Direito e Sistemas de Garantias FDV-ES. chai@ufma.br

Keywords: Media. Human rights. Collision of fundamental rights. Freedom of expression.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, os meios de comunicação impressos, televisivos e virtuais – sejam os formais como jornais e revistas, e os informais, como *blogs* – têm um amplo e restrito espaço para atuação garantido pela liberdade de expressão protegida constitucionalmente pelo inciso IX do artigo 5º, *in verbis*, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Não raro, a liberdade de expressão serve de égide, enquanto retórica escusante, para condutas que infringem a legislação transnacional, o código de ética dos jornalistas brasileiros, o Código Civil de 2002 e a própria Constituição Federal vigentes no país. Sem qualquer observância aos direitos humanos fundamentais, à proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem dos cidadãos, profissionais da comunicação, corriqueiramente, são responsáveis por violações de direitos que, também, encontram-se sob custódia da legislação nacional e internacional.

A conduta não criteriosa e descumpridora de parâmetros éticos, mormente no contexto deontológico da profissão, permite que a irresponsabilidade pelo jornalismo, radialismo e *blogs*, que são instrumentos formadores de opinião, fomente uma mentalidade premida de pensamentos equivocados acerca dos direitos humanos e das garantias constitucionais *erga omnes*. Na exploração do senso comum, comunicadores encontram nos cidadãos a ressonância que precisam para discursos eivados em falsas premissas e silogismos descontextualizados, agravando o discurso e a prática da violência.

Neste cenário nacional, sempre que a imprensa veicula informações sem lastros seguros de critérios objetivos, gera conteúdo de qualidade duvidosa, muitas vezes ilícitas e que não está imune às leis brasileiras e pactos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil, afinal, quando normas de proteção aos direitos humanos constam em tratados assinados pelo país devem ingressar, no direito interno, com *status* de norma constitucional na dicção do art. 5º, §3º CF/88.

Ao mesmo tempo em que a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana e a preservação da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de homens e mulheres estão todos sob tutela da Lei Maior, e, não havendo hierarquia sobre princípios (que também são compreendidos como normas) constitucionais, e.g. segundo o Supremo Tribunal Federal na ADPF 130, há um nítido conflito latente no ordenamento jurídico, que neste artigo não será analisado sob a tradicional teoria do sopesamento elaborada por Robert Alexy, mas sim no marco teórico de Ronald Dworkin.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E PÁTRIA

O debate sobre o direito à liberdade de expressão tem um amplo histórico.

Na França, berço da proclamação revolucionária dos direitos universais de liberdade, de igualdade e de fraternidade, já em 1789 a imprensa começa a ter um papel de destaque nos acontecimentos políticos quando a liberdade de expressão foi proclamada pela Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, trazendo em seu artigo 11 que *a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem*. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei¹, mas esse direito só foi assegurado na estabilização da 3ª República, em 1881, afirmando logo em seu primeiro artigo que “a imprensa e a edição são livres”².

Nos Estados Unidos, a primeira emenda à Constituição Americana estabeleceu que o Congresso não legislará no sentido de cercear a liberdade de palavra ou de imprensa³. A Declaração da Virgínia, em 1776, adotou em seu texto a seguinte afirmação: “A liberdade de imprensa é uma das maiores defesas da liberdade, e só pode ser cerceada por governos despóticos”⁴.

¹ “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi”.

² “L’imprimerie et la librairie sont libres”.

³ “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press”.

⁴ “That the freedom of press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments”.

Embora atualmente o grau de liberdade estadunidense seja alto e a Primeira Emenda tenha um papel crucial para que a sociedade norte-americana seja considerada uma das mais livres do mundo, o caminho percorrido para atingir esse patamar foi turbulento. Em 1798, o Senado dos Estados Unidos aprovou a Lei de Sedição, que tornava crime escrever e publicar qualquer texto contra o governo americano. Após longos debates na Suprema Corte, somente a partir de 1931 que se impôs a garantia constitucional expressada pela *Amendment I*, no caso *Stromberg vs Califórnia*⁵.

Destacam-se ainda a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica – abraçado na legislação interna desde 1992 – e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, testemunhando em seus artigos, respectivamente, os seguintes enunciados:

Declaração Universal de Direitos Humanos: Artigo 19º. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Pacto de São José da Costa Rica: 13 - Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: Artigo 19. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

⁵ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

Na legislação brasileira, as diversas Constituições que vigoraram no país, desde o Império até a República, demonstram que o direito à liberdade de expressão sempre foi objeto de discussão e se buscou garantir e tutelar constitucionalmente essa prerrogativa, como se pode analisar a seguir:

Constituição Política do Imperio do Brazil (1824): Artigo 179, IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891): Artigo 72, § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937): Artigo 122, 15. Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

Constituição da República Federativa do Brasil (1967): Artigo 150, § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Em 1967, a Lei de Imprensa (5250/67), editada pelo então presidente Castello Branco, trouxe em seu Capítulo III uma série de penalidades àqueles que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e informação incorressem em abusos. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou a incompatibilidade dos dispositivos daquela lei com atual ordem constitucional, revogando-a. Destaque-se o posicionamento da Ministra Carmen Lúcia, declarando que o direito tem “mecanismos para cortar e repudiar todos os abusos que eventualmente ocorram em nome da liberdade de imprensa”, não merecendo assim vigorar a Lei 5250/1967.

Salutar reconhecer que, embora a Constituição de 1967 aparentasse ser democrática, foi promulgada três anos após o golpe militar, durante o regime ditatorial, reconhecimento pela intolerância e censura, como demonstram os Atos Institucionais que entraram em vigor na época e estavam acima de todas as outras normas, inclusive da própria Constituição. Destacando-se o AI nº 5, a maior violência à liberdade de expressão já sofrida no país, caracterizado pela perseguição, cassação, tortura, banimento e morte de todos os políticos e cidadãos que assumissem posturas críticas à ditadura militar, sob o escopo de proteção à segurança nacional. A Carta Magna que regeu o país após 1985, quando os militares saíram do poder e Tancredo Neves foi eleito indiretamente o primeiro presidente da República desde a interrupção da democracia, trouxe como direito e garantia fundamental, *ipsi literis*:

Constituição da República Federativa do Brasil (1988):
Artigo 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Estando vigente até hoje, a Constituição Federal de 1988 tornou o Brasil um dos países com a legislação mais democrática e moderna do mundo. Quando comparada às anteriores, se percebe a evolução sofrida pela Constituição Federal em termos de direitos individuais, sociais e garantias fundamentais que estão aduzidas no corpo do texto.

2.1 A imprensa e o seu exercício profissional

A história da comunicação – compreendida como a emissão de uma mensagem entre emissor e receptor – começa com os primeiros sons

formados pelo ser humano, passando pelo surgimento da esfera pública para a burguesia discutir assuntos relacionados à sociedade e ao Estado (e Arendt aduz que “tudo o que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que pode ser discutido”), o surgimento de papel produzido com resina de árvores em 1840 e por fim, a criação da máquina impressora e o aperfeiçoamento de técnicas de tipografia, que segundo Sousa (2003), foi o que fez a imprensa se tornar um grande sucesso.

A função primordial da imprensa é informar, *imparcial e objetivamente*, porém no século 19 começou a ser difundida a ideia de um quarto poder formado pelos meios de comunicação, cujo objetivo seria investigar os abusos cometidos pelos outros três poderes, a saber, o Legislativo, Executivo e Judiciário. Nesse diapasão, teoricamente ela tem o dever de denunciar as violações de direitos ocorridas no Estado de Direito, que nestes tempos republicanos se afirma Estado Democrático Constitucional. Frise-se que esse status só pode ser dado à imprensa pelo grau de liberdade que ela possui em democracias mais ou menos desenvolvidas, pois segundo Zaffaroni (1991, p. 130): “[...] só pode acontecer com governos constitucionais e progressistas, já que nas ditaduras militares são impedidos, pela censura jornalística ou pela autocensura dos próprios meios de comunicação de massa”.

No exercício do quarto poder, com bastante habitualidade, equívocos são cometidos pela busca desenfreada por notícias, chamada também de redução eidética, que deve ser norteadas pela imparcialidade e objetividade. O Papa Francisco afirmou recentemente que os pecados da imprensa são a desinformação, a calúnia e a difamação, alertando os jornalistas para que evitem cometer esses erros no trabalho⁶. Com a evolução da sociedade, meios de comunicação diversos dos tradicionais folhetins, jornais e revistas começaram a encontrar espaço, sendo que a televisão e a *internet* atualmente são os principais veículos de comunicação social utilizados pelo homem, assim, o rol de profissionais habilitados para exercer o jornalismo não somente foi ampliado, como banalizado: em decisão de 8 votos contra 1, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não necessidade

⁶ RÁDIO VATICANO. Os pecados da mídia são desinformação, calúnia e difamação. Disponível em: <http://br.radiovaticana.va/storico/2014/03/22/discorso_do_papa_%C3%A0_rede_radiof%C3%B4nica_e_televisiva_corallo!/bra-783844> .

de diploma para o exercício da profissão de jornalista, em observância ao Parecer Consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷.

Por essa decisão, desde 2009 qualquer pessoa está licenciada para exercer profissionalmente a atividade jornalística. Com a *devida venia* ao notório saber jurídico dos ministros do Pretório Excelso, a exigência de ensino superior para o exercício do jornalismo não obstruía a liberdade de expressão como afirmado por Gilmar Mendes em seu voto, apenas a delegava a pessoas qualificadas para fazê-la. Embora se possa concordar com o ministro Cezar Peluso quando aduz que o Curso de Comunicação Social não é uma garantia contra o mal exercício da profissão, ressaltam-se as observações, na abertura de divergência no único voto discordante dos demais, o do ministro Marco Aurélio, que assevera: “o jornalista deve ter uma formação básica, que viabilize a atividade profissional, que repercuta na vida dos cidadãos em geral. Ele deve contar com técnica para entrevista, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva estampar no veículo de comunicação”. E prossegue:

Não tenho como assentar que essa exigência, que agora será facultativa, frustrando-se até mesmo inúmeras pessoas que acreditaram na ordem jurídica e se matricularam em faculdades, resulte em prejuízo à sociedade brasileira. Ao contrário, devo presumir o que normalmente ocorre e não o excepcional: que tendo o profissional um nível superior estará [ele] mais habilitado à prestação de serviços profícuos à sociedade brasileira⁸.

Reitere-se que, embora uma instituição de ensino superior não garanta que bons profissionais saiam de seus muros e no seio da sociedade

⁷ “81. De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo n. 05/85 de 13 de noviembre de 1985, Série A n. 5, § 81).

⁸ RE 511961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes. 17.06.2009.

se disponham a pôr em prática toda a teoria aprendida durante os anos de graduação, é o mínimo que se pode exigir para o exercício de uma profissão que demanda tanta responsabilidade e comprometimento social. Os princípios que são repassados na literatura da comunicação sejam habilitados para o jornalismo, publicidade e propaganda, relações públicas ou o radialismo, e de leitura obrigatória aos graduandos, quase sempre menoscabados por aqueles que não adentraram a academia. Destarte, os compromissos do profissional estão previstos nos Princípios Internacionais da Ética Profissional no Jornalismo e, nacionalmente, o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros aduz que:

Capítulo II - Da conduta profissional do jornalista:
 Art. 4º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação.

[...]

Art. 6º É dever do jornalista:

I - opor-se ao arbítrio, ao autoritarismo e à opressão, bem como defender os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos;

3 QUANDO O EXERCÍCIO IRRESPONSÁVEL DE UMA PROFISSÃO VIOLA DIREITOS HUMANOS

No Estado do Maranhão estão em circulação alguns jornais que tiveram suas comercializações, inicialmente, restritas aos bairros onde se localizam as gráficas responsáveis pelas tiragens; algum tempo depois passaram a ser comercializados em terminais de integração, mas de acordo com o crescimento e destaque que recebeu na Capital, bancas de revista em todos os bairros da cidade posteriormente passaram a vendê-los e a distribuição começou a ser feita em diversos municípios do Estado.

O que torna os jornais tema deste artigo é o tipo de notícia por eles veiculadas e a forma como se apresentam. Misturando conteúdo policial com lazer e política, diariamente são expostos nomes e fotos de cidadãos assassinados violentamente, sem nenhum tipo de censura ou qualquer observância a princípios constitucionais de proteção à intimidade,

à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, considerados invioláveis pela *Lex Fundamentalis*. Por um valor irrisório, qualquer indivíduo pode adquirir um exemplar dos jornais e o preço a que são vendidos fala muito sobre o seu público, maioria oriunda dos bairros de baixa renda da cidade e desconhecadora das violações de direitos humanos fomentadas pelos periódicos. Acerca disso, escreve Lippmann (2008, p. 57):

O tamanho da renda de uma pessoa tem considerável efeito sobre seu acesso ao mundo que está distante de sua vizinhança. Com dinheiro ele pode superar quase todo obstáculo tangível de comunicação, pode viajar, comprar livros e periódicos, e pode trazer para a área de sua atenção quase todo fato conhecido do mundo. A renda de um indivíduo e a renda da comunidade determinam a quantidade de comunicação que é possível.

A renda de um indivíduo não determina apenas a quantidade de comunicação que ele pode absorver como também a qualidade. O preço dos jornais é fator determinante de sucesso: ao adquirir os noticiários populares, os demandantes têm a impressão de que estão bem informados e, ao incorrerem nesse ledor engano, sequer atentam ao nível da informação que consomem.

Ao expor suspeitos do cometimento de delitos, atentam contra o princípio da presunção de inocência, cuja máxima é que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Ao expor cadáveres de supostos criminosos ou de vítimas, atentam contra o respeito à memória dos mortos, afinal a publicação de imagens chocantes e brutais, como as reproduzidas pelos jornais, dá ensejo à indenização por danos morais à família atingida de forma reflexa, podendo pleitear em nome próprio, na defesa de respeito ao morto, de acordo com o artigo 12, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Nessa mesma linha seguem alguns televisivos, que destacam a atividade policial expondo pessoas suspeitas da autoria de crimes.

Pela ausência do devido processo legal e o pré-julgamento feito pelos respectivos meios de comunicação, é um fato a presença frequente do crime de calúnia contra os mortos que têm sua imagem divulgada. A calúnia consiste no ato de imputar a alguém determinado fato, previsto

como crime, sabidamente falso, violando assim, a honra do acusado, a sua reputação perante a sociedade. A falsidade da calúnia pode estar tanto no fato criminoso que nunca ocorreu, como também na autoria, isto é, imputar um crime que realmente aconteceu, mas a uma pessoa que não foi o autor desse crime. De acordo com Greco (2015, p. 430):

O § 2º do art. 138 do Código Penal diz ser punível a calúnia contra os mortos. Inicialmente, vale a observação de que o Capítulo V, onde estão consignados os crimes contra a honra, está contido no Título I do Código Penal, que prevê os chamados “crimes contra a pessoa”. Certo é que o morto não goza mais do status de pessoa, como também é certo que não mais se subsume ao conceito de alguém, previsto no caput do art. 138 do diploma repressivo. Contudo, sua memória merece ser preservada, impedindo-se, com a ressalva feita no § 2º acima mencionado, que também seus parentes sejam, mesmo que indiretamente, atingidos pela força da falsidade do fato definido como crime que lhe é imputado.

Faz-se necessário lembrar que não apenas de possíveis criminosos esses jornais se valem para a confecção de suas matérias. Vítimas são expostas de forma brutal e vexatória, levando a família a uma humilhação pública e desnecessária.

Esse tipo de jornalismo, definido como mídia de massa, faz uso do populismo penal midiático para alimentar sentimentos públicos fortes e desmedidas emoções, e criam as condições em que a retribuição e a vingança possam ser mais facilmente expressadas⁹. Segundo Gomes e Almeida (2013, p. 23), trata-se de um sensacionalismo exorbitante que “[...] explora o senso comum ou se aproveita de sua ignorância ou otimismo, buscando seu apoio para fazer expandir ainda mais o sistema penal repressivo injusto e seletivo, que é exercido apenas contra alguns bodes expiatórios”.

⁹ WYLLYS, Jean. A subsombra desumana de Rachel Sheherazade. **Carta Capital**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-subsombra-desumana-de-raquel-sheherazade-8276.html>>.

4 A HONRA, A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA, A IMAGEM E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são divididos, segundo a literatura jurídica, em quatro ou cinco dimensões.

Os direitos de primeira dimensão – marcados pela passagem do Estado autoritário para um Estado de Direito que respeita a individualidade do cidadão – são as liberdades públicas, os direitos civis e políticos tratados neste tópico.

Bonavides (2013, p. 563-564) afirma que “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”, um verdadeiro absentismo de atividades estatais, remetendo a compreensão de direitos humanos como uma concreção do princípio universal da dignidade da pessoa humana, inicialmente concebidos como limites ao poder do soberano (constituindo uma espécie de defesa contra o arbítrio do Estado).

A honra, intimidade, vida privada e imagem são tutelados pela Lei Máxima e pela legislação infraconstitucional. Classificados todos como direitos de personalidade, a primeira, compreendida como a reputação de homens e mulheres perante a comunidade em que se enquadra e a autoestima; a segunda, de acordo com Farinho (2006, p. 45), “é o modo de ser de cada pessoa, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade” abrangendo informações confidenciais; a terceira é definida como o modo de ser de uma pessoa que não há necessidade do conhecimento pelos outros daquilo que se refere ao seu âmbito pessoal; e a quarta, como afirmado por Herrero Tajedor e referenciado por Farias (1996, p. 119), “restringe-se à reprodução dos traços físicos da figura humana sobre um suporte material qualquer”.

A liberdade de expressão assegurada pela Constituição de 1988 vedou o anonimato e trouxe a garantia de que, se durante uma manifestação de pensamento houver um dano material, moral ou à imagem, é assegurado o direito a resposta proporcional ao agravo e ainda uma indenização que será aferida de acordo com o caso. Segundo Bastos, citado por Novelino (2014, p. 144), a liberdade de expressão é o “direito de exprimir

e divulgar livremente o seu pensamento. É o direito de não ser impedido de exprimir-se”, muitas vezes confundida com o direito de falar e fazer qualquer coisa sem mensurar as consequências que os atos trarão aos agentes comunicantes e àqueles que tiveram direitos fundamentais violados pelo exercício de direitos alheios, traz grandes danos à sociedade quando alicerçada na irresponsabilidade. A exemplo disso, registra-se a primeira vez que a Suprema Corte Americana pesou oficialmente o interesse na privacidade contra a garantia de liberdade de expressão da Primeira Emenda, que ocorreu no caso *Time Inc. vs Hill*, em 1967 citado por Lewis (2011, p. 83-84):

James Hill, sua mulher e cinco filhos viviam em um subúrbio na Filadélfia. Em 1952, três condenados fugitivos da prisão invadiram a casa da família, mantendo-a como refém, mas tratando-a com respeito. Depois que deixaram a casa, os fugitivos foram capturados. A imprensa fez uma cobertura intensa do fato, o que causou grande aflição em especial à sra. Hill. Para escapar da publicidade, a família se mudou para Connecticut e buscou se manter na obscuridade. Dois anos depois, uma peça de teatro chamada *The Desperate Hours* [As horas de desespero] estreou na Broadway. Era sobre uma família mantida refém em sua casa por condenados fugidos. Ao contrário dos condenados que invadiram a casa dos Hill, os da peça criavam um verdadeiro reinado de terror: brutalidade, ameaças sexuais e intimidação generalizada. A peça era ambientada em Indianápolis. Mas a revista *Life*, em um artigo sobre a estreia, fotografou os atores na antiga casa dos Hill perto de Filadélfia e descreveu a peça, com todo o seu terror, como uma encenação do que tinha acontecido aos Hill. O artigo da *Life* foi devastador para a família Hill. A sra. Hill sofreu um colapso psiquiátrico. O sr. Hill disse que não entendia como a revista *Life* podia publicar um artigo como aquele sem ao menos telefonar para ele e checar os fatos. “Foi como se não existíssemos”, ele disse, “como se fôssemos lixo. O sr. Hill processou a *Time Inc.*, que publicava a revista *Life*,

por violação das leis de privacidade do estado de Nova York. Ao associar sua família com horrores que ela não tinha na realidade vivido, disse ele, o artigo a mostrava sobre uma falsa luz. (O direito de privacidade inclui quatro conceitos diferentes. Um deles, chamado de “falsa luz”, descreve casos em que há erros, mas sem dano à reputação, como ocorre nos casos de difamação).

Durante o julgamento deste caso na Suprema Corte, o sr. Hill venceu por seis votos contra três. Um dos ministros, Aber Fortas, redigiu o voto em sua minuta incluindo um comentário bastante elucidativo sobre o significado da privacidade e o seu lugar no seio da sociedade civil:

[...] mas o direito à privacidade vai além de todas as suas especificidades. Ele é, dito de forma simples, o direito de ser deixado em paz; de cada um viver sua própria vida como escolher, livre de agressão, intrusão ou invasão, exceto quando estas possam ser justificadas por necessidades claras da vida em comunidade. (LEWIS, 2011, p. 85).

Ainda sobre o caso da família Hill, o vencedor do prêmio Pulitzer em 1955 e 1963 prossegue sua vasta explicação sobre os danos que o exercício irresponsável de direitos pode causar a outrem, narrando que nas semanas seguintes a primeira decisão, os ministros começaram a repensar seus votos e trouxeram novamente o caso para debate, anunciando em janeiro de 1967 uma nova deliberação que anulava por 5 votos contra 4 o julgamento anterior. O ministro relator, Brennan, rejeitava a privacidade como um valor importante, aduzindo que este é o preço da vida em comunidade. Alguns anos depois, um livro foi publicado contando o trajeto da decisão deste caso, e um advogado chamado Leonard Garment, que trabalhara na ação, escreveu um artigo para a revista *The New Yorker* após ter analisado a obra, trazendo fatos reveladores sobre acontecimentos da vida daquela família, como os danos emocionais duradouros que sofrera a sra. Hill. Foi atestado por dois psiquiatras o colapso nervoso de que fora acometida após o

artigo da revista *Life* ser publicado e que culminou em seu suicídio no ano de 1971¹⁰.

Há casos ainda mais famosos, como a condenação de uma emissora por divulgar informações falsas sobre o suposto abuso de crianças numa escola em São Paulo, que ainda não tinham sido apuradas pela justiça e, no âmbito desta, provou-se que nenhuma das acusações era verdadeira¹¹.

A liberdade de expressão e de imprensa não é um valor absoluto e tampouco o único elemento indispensável para a manutenção de uma sociedade saudável¹². Liberdades públicas não são incondicionadas e devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites elencados na Constituição da República e nos tratados de direitos humanos, que quando o Brasil opta por ser signatário, tem força de norma constitucional no ordenamento jurídico do país:

¹⁰ Em fevereiro de 2015 houve também um caso de abuso no exercício profissional do jornalista. Nas tensões políticas refregadas no último sufrágio, um repórter de um hebdomadário invadiu o condomínio onde o irmão do ex-presidente Luís Inácio reside para buscar informações a basearem sua versão por aparente verossimilhança dos fatos por si narrados que seriam publicados. A família registrou um boletim de ocorrência pelo transtorno causado por Ulisses Campbell e a desmentida, num rompante de sinceridade, informou em uma nota de esclarecimento que havia errado em atribuir condutas inverídicas a Lula, cf. Instituto Lula. Família de Frei Chico registra boletim de ocorrência contra repórter da Veja. Disponível em: <<http://www.institutolula.org/familia-de-frei-chico-registra-boletim-de-ocorrencia-contrareporter-da-veja>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

¹¹ Trata-se aqui do Caso Escola Base pelo qual vários meios de comunicação, além do Estado de São Paulo, já se viram judicialmente responsabilizados e com condenações confirmadas pelo pretório excelso. No STJ e.g. Recurso Especial Nº 1.215.294 - SP (2010/0177517-0). Recurso Especial Nº 351.779 - SP (2001/0112777-9) Cf. <<http://s.conjur.com.br/dl/escola-base-acordao-stj-sbt.pdf>>; <<http://justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/>>; <<http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?>>>; <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2610200609.htm>>; <<http://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/135943/definida-indenizacao-para-os-donos-da-escola-base>>; CASO Escola Base: rede Globo é condenada a pagar R\$ 1,35 milhão. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/12/caso-escola-base-rede-globo-e-condenada-pagar-r-135-milhao.html>> Acesso em: 29 ago. 2015.

¹² Em agosto do mesmo ano, mais uma vez, flagrou-se o descuido da cautela necessária para o jornalismo com a publicação de uma matéria afirmando que um senador da República mantinha uma conta secreta na Suíça, informação desmentida pela instituição financeira. VEJA pede desculpas a Romário por documento falso e será processada. **Carta Capital**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/midiatico/veja-pede-desculpas-a-romario-por-documento-falso-568.html>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.¹³

O que convencionalmente é chamado de “possibilidade lógica de restrições a direitos fundamentais” já foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal nessa clássica decisão sobre a relatividade de princípios.

5 O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina costuma designar como colisão de direitos fundamentais o conflito de alguns direitos que, não raro, entram em choque no cotidiano. Ocorre esse fenômeno, nas palavras de Canotilho (1993, p. 135), “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Não se pode resolver o problema do conflito entre princípios pelo método das antinomias – direcionada para as normas – apresentado por Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, a saber, o critério cronológico (utilizado nas hipóteses de uma norma ser posterior a outra,

¹³ MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 16.09.1999.

não pode resolver conflitos constitucionais porque todas as normas albergadas na *Lex Fundamentalis* são contemporâneas), o critério hierárquico (o que resolve o choque entre normas quando uma delas é hierarquicamente superior à outra, mas impossível de solucionar colisões constitucionais, cediço que não há hierarquia entre preceitos e princípios da Norma Fundamental) e o critério da especialidade (invocado para dirimir o conflito entre normas gerais e especiais, sobressaindo-se as especiais), pois *lex specialis derogat generali* é insuficiente para solucionar embates de normas consagradoras de direitos fundamentais, já que todas elas tem a característica da generalidade).

Dessa forma, a doutrina apresenta algumas possibilidades para resolução dos conflitos. Edilson Pereira de Farias afirma que o primeiro instrumento que se pode utilizar para solver a colisão de direitos fundamentais como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de informação e expressão, objeto de estudo desse artigo, é o jurídico, que consta na própria Carta Magna, quando prevê no artigo 220, § 1:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - *Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

Sendo assim, a *Lex Fundamentalis* prevê em seu texto que a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem são limitadores da liberdade de expressão, podendo lei posterior explicitar essa limitação, pois segundo Canotilho o legislador poderá reproduzir os limites impostos pela Constituição em leis especiais. Há, ainda, uma segunda maneira de dirimir a colisão de direitos fundamentais, que consiste no método de ponderação de princípios apresentado pelo alemão Robert Alexy.

O autor cita que os princípios são caracterizados como normas de direitos fundamentais, porque ambos dizem aquilo que deve ser, mas diferencia aqueles de regras segundo o critério da generalidade, afirmando que os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente

alto, enquanto esse grau, no universo das regras, é baixo. Ainda sobre a diferença entre regras e princípios, explica Alexy (2008, p. 90-91):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Prossegue explicando que a diferenciação entre ambos fica ainda mais nítida quando há casos de colisões entre princípios e conflitos de regras. Entre essas, o problema só pode ser resolvido, segundo Alexy, introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando a invalidade de uma delas. Por cláusula de exceção compreende-se uma ressalva que o próprio ordenamento jurídico prevê para que uma regra seja afastada, a exemplo dos excludentes de ilicitude do ordenamento jurídico brasileiro (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal) que afastam a antijuricidade de uma conduta que, de acordo com uma regra geral, é ilícita. Se isto não resolver, é necessário recorrer à declaração de invalidade, extirpando uma regra do ordenamento jurídico em detrimento da outra. Posteriormente, para constatar qual delas deverá ser supressa, se utiliza os critérios ensinados por Bobbio, a saber, cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Diante de uma colisão de princípios, a resolução é bastante diferente, como discorre o autor, chegando a uma lei de colisão que deverá ser utilizada para dirimir essa problemática que incide na dimensão de peso, e não de validade, como no caso das regras:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio seja declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios em precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. (ALEXY, 2008, p. 93-94).

A lei de colisão se baseia na premissa de que a tensão entre dois princípios não pode ser solucionada com a precedência absoluta de um deles, devendo o conflito ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses colidentes, cujo objetivo é definir qual dos interesses tem maior peso e irá prevalecer no caso concreto:

Se isoladamente considerados ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isto significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e a sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que é ou não realizada. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias, do caso

concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2008, p. 96).

Dessa forma, no tocante à relatividade dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito a garantias de terceiros¹⁴.

Segundo Dworkin (2005, p. 574):

A teoria dominante entre os constitucionalistas norte-americanos supõe que os direitos constitucionais de livre expressão – inclusive a liberdade de imprensa, que, na linguagem constitucional, significa qualquer ex-

¹⁴ MS 23.452 RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 19.09.1999.

pressão tornada pública, e não apenas a dos jornalistas – destinam-se à proteção do público. Isto é, protegem não quem fala ou escreve, mas o público que se deseja atingir. Segundo essa visão, jornalistas de e outros autores estão protegidos da censura para que o público em geral possa ter acesso à informação que necessita.

Isto posto, poderia ser alegado que o direito à informação que os demandantes dos jornais que são o objeto deste artigo estaria resguardado pela liberdade de expressão dos jornalistas, mas ainda assim haveria um conflito entre o interesse dos que consomem aquela informação contra os interesses dos que têm seus direitos violados para a confecção de uma matéria jornalística. Assim, Dworkin (2005, p. 585) traz o parecer do juiz Brennan sobre o caso *Richmond Newspaper*:

Embora a imprensa deva, em princípio, ter pleno acesso à informação, algum limite precisa ser traçado na prática, e propor traçar o limite, não da maneira que acabamos de propor, mas pesando os fatos de cada caso isolado. Isto é, ele admitiria que qualquer restrição do acesso da imprensa à informação é inconstitucional, a menos que existam interesses rivais que a justifiquem, caso em que a questão seria decidir qual conjunto de interesses – o interesse do público pela informação ou os interesses rivais – tinha maior peso. [...] Embora o próprio Brennan fosse um dos defensores mais apaixonados da livre expressão, seu argumento convida à censura nos casos em que o bem-estar geral, conforme a avaliação, se beneficiasse dela ou, melhor, quando o público achasse que iria beneficiar-se.

O autor inaugura assim a abordagem dos chamados *hard cases* – quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara estabelecida de antemão por alguma instituição, segundo Dworkin (2002, p. 127) – onde os princípios apresentam uma dimensão de peso, que diferentemente das regras, não são aplicáveis segundo o tudo ou nada (a aplicação de uma invalida a outra no ordenamento jurídico), mas sim quando dois princípios colidem, ganha aplicação aquele que de

acordo com o caso concreto mereça prevalecer sem invalidar o princípio oposto. Dworkin (2002, p. 42), ao diferenciar regra de princípio, é bastante claro quanto a este:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser por certo uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.

Isso não significa que o princípio que prevalece em um caso não mais pertença ao sistema jurídico (já que não se trata de validade, mas sim de dimensão de peso), pois, em um próximo caso, ou por já não existirem aquelas circunstâncias contrárias, ou por terem perdido o seu peso, o princípio anteriormente escolhido pode se tornar importante para o novo caso e, então, ganhar primazia sobre os princípios que lhe eram opostos.

As teorias aduzidas por Dworkin e Alexy podem parecer bastante semelhantes, mas um olhar mais atento revelará que os pressupostos teóricos dos quais os autores partem são distintos e, por isso, homogeneidade em suas explanações é uma falsa impressão. Neste sentido, Fernandes discorre (2015, p. 240-241):

Seguindo a tradição norte-americana, ponderar é nada mais do que refletir sobre uma coisa, de modo que Dworkin se propõe a “ponderar sobre princípios” (e não “ponderar os princípios”). Logo, conflitos envolvendo princípios seriam solucionados por meio de uma análise cuidadosa e pormenorizada da leitura que a sociedade (e não exclusivamente o intérprete) faz da sua história jurídica. Nessa leitura, devemos nos esforçar, ainda, para construir um esquema coerente de princípios e de regras que estão inscritos em nossa prática social. Dworkin denomina, então, de “integridade” uma concepção do direito que se destaca por tentar agir assim. Como consequência, um direito que apresente integridade

é capaz de sinalizar e nortear a aplicação dos princípios em face de cada caso concreto, que deve sempre ser tratado como um evento único e irrepetível. Em cada caso, portanto, podemos observar os argumentos trazidos por todos os participantes (o que inclui, principalmente, os argumentos que, num processo judicial, são veiculados tanto pelo autor quanto pelo réu), assim como as discussões anteriores sobre aqueles direitos envolvidos. Se posto dessa maneira, seremos capazes de compreender que o que se mostra aparentemente como um conflito entre direitos (ou princípios) é, na realidade, uma ilusão. Um exemplo é ilustrativo: para os defensores da proporcionalidade, como Alexy, a restrição de subir a Avenida Paulista (ou qualquer outra grande avenida de uma cidade), pela contramão, seria lida como uma medida estatal que limita o “direito individual de liberdade” no que diz respeito à liberdade de ir/vir/permanecer. Todavia, analisando essa questão à luz da teoria Dworkiana, é possível recolocar a questão. Não temos uma restrição à liberdade quando o Estado, definindo questões de política de trânsito, impede que se siga por um determinado caminho.

O que surge, dessa forma, como uma limitação a um direito individual para Alexy é para Dworkin a condição necessária e lógica para seu exercício.

6 CONCLUSÃO

No contexto cultural brasileiro, em especial o maranhense, tornou-se inegável a presença de um discurso penal populista com o crescimento da mídia de massa. A força do populismo penal midiático reside na incipiência do povo que tem uma ideia equivocada sobre questões criminais em virtude do discurso jornalístico que fomenta impressões equivocadas. A expressão “populismo”, no campo penal, é utilizada para designar uma expansão do poder punitivo, explorando o senso comum e da vontade popular embargada pelas falsas representações semânticas e

iconográficas disseminadas pelos meios de comunicação. O histriocionismo desse discurso é violador e suas mensagens são tomadas como *verdades* unicamente pelo seu êxito publicitário.

O conflito entre liberdade de expressão e direito à informação *versus* a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem, o respeito a memória dos mortos não deve ser compreendido simplesmente como o sopesamento dos valores desses direitos fundamentais. Tais direitos não são absolutos e seus limites encontram-se na concorrência entre eles (ocasionando conflitos aparentes) e na reserva legal (quando a própria Constituição determina que o legislador regule um direito fundamental desde que o faça por meio de lei).

Assim, a teoria dworkiana se mostra muito mais adequada para essa problemática, pois quando dois princípios colidem ganha aplicação aquele que, pelas circunstâncias do caso concreto, mereça se sobrepor (dimensão de peso), mas sem invalidar o outro – ao contrário do que ocorre com as regras, em que uma invalida a outra quando em conflito. Segundo Dworkin (2002, p. 42-43):

quando os princípios de intercruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

A discussão, então, foca-se em descobrir qual critério deve ser utilizado para justificar que um princípio prevaleça sobre o outro sem, assim, invalidar este. De acordo com o autor supracitado, esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, de maneira indiscriminada, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser elegível. Tal pensar se contrafactualiza à abordagem kelseniana da moldura interpretativa.

É a partir disso que se desenvolve a tese do direito como integridade, ou seja: um conjunto que não pode desprezar a moral e a

política, já que o juiz que decidirá um *hard case* agirá como um escritor prestes a escrever mais um capítulo de uma obra já iniciada, não podendo menosprezar o que foi escrito.

Diante dessa problemática, os abusos¹⁵ cometidos pela mídia em busca de matérias sensacionalistas não podem passar despercebidos aos olhos do Ministério Público, pois o amplo apoio popular à essa exploração de fatos catastróficos e sanguinários incute no imaginário da população, mesmo que indiretamente, um estereótipo de criminosos, claramente discriminatório, porque os vídeos e fotos aberrantes exibidos em jornais televisivos e impressos só são perpetuados quando, e quase sempre, atingem majoritariamente afrodescendentes e de *baixíssima* renda, contribuindo para a formação de um direito penal do inimigo como exposto por Zaffaroni (2007). Ainda porque, segundo Bandeira de Mello (2010, p. 53):

Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

¹⁵ A este propósito, insta consignar: o Decreto de 18 de junho de 1822 que contém a seguinte passagem: “Determinada a existência de culpa, o Juiz imporá a pena”; O Decreto de 22 de novembro de 1823: “Considerando que, assim como a liberdade de imprensa é um dos mais firmes sustentáculos dos Governos Constitucionais, também o abuso dela nos leva ao abismo da guerra civil e da anarquia”; A Carta de Lei de 02 de outubro de 1823 reserva os artigos 5º a 16 para tratar dos abusos da imprensa; A Carta de Lei de 20 de setembro de 1830, em seu artigo 1º: “Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos e publicados pela imprensa sem dependência de censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem em exercício deste direito...” A Lei nº 4.743, de 31 de outubro de 1923, em seu artigo 10, prescreve: “Pelos abusos de liberdade de imprensa são responsáveis...” O Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934, artigo 1º: “Em todos assuntos é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer...” A Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953, trata, em seu Capítulo II, dos abusos e suas penalidades, afirmando, em seu artigo 8º, que: “a liberdade de imprensa não exclui a punição dos que praticarem abusos no seu exercício.” A Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, reza, em seu artigo 1º: “É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”.

Nota-se também que, para casos similares dessas violações, dá-se tratamento diferenciado. Enquanto uns têm sua imagem, honra, intimidade e vida privada dos familiares exposta de maneira desumana, outros sensibilizam a sociedade contra esses abusos, é o caso da morte recente de um cantor sertanejo e a divulgação das fotos e vídeos brutais de seu corpo após o acidente automobilístico que lhe ceifou a vida e que não teriam ensejado um projeto de lei que pune a divulgação e compartilhamento de fotos de cadáveres¹⁶, quando isso sempre aconteceu, mas nem sempre atingiu classes sociais *sensíveis*.

Por fim, a teoria de Alexy é interessante, não se pode negligenciar a importância da compreensão de princípios como mandatos de otimização, mas é incompatível com o sentido, democraticamente adequado, que o *termo princípio* deva receber da doutrina e legislação, brasileiras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo; introdução de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

_____. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Imperio do Brazil, 1824.

_____. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1891.

¹⁶ LEI Cristiano Araujo: projetos querem punir quem compartilha fotos de morto. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/07/08/lei-cristiano-araujo-projetos-querem-punir-quem-compartilha-fotos-de-morto.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre, Fabris, 1996.

FARINHO, Domingos Soares. **Intimidade da vida privada e media no ciberespaço**. São Paulo: Almedina, 2006.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Vitória, ES: FENAJ, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOMES, Luís Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. v.2.

INSTITUTO LULA. **Família de Frei Chico registra boletim de ocorrência contra repórter da Veja**. Disponível em: < <http://www.institutolula.org/familia-de-frei-chico-registra-boletim-de-ocorrencia-contrareporter-da-veja>> Acesso em: 12 abr 2015.

LEWIS, Antony. **Liberdade para as ideias que odiamos**: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LIPPMANN, Walter. **Opinião pública**. Tradução e prefácio de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Método, 2013.

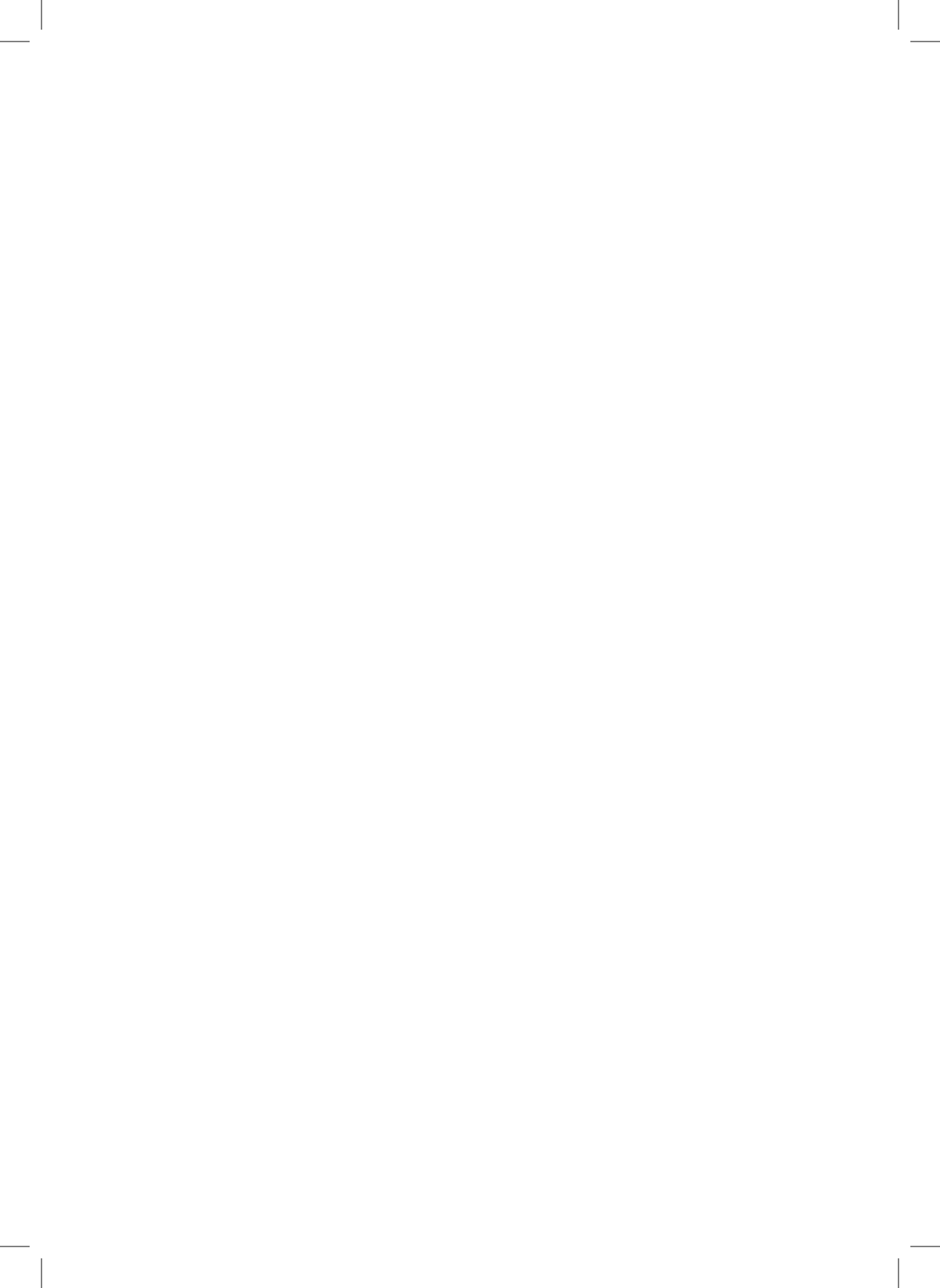
SOUSA, Jorge Pedro. **Elementos de teoria e pesquisa da comunicação e dos media**. Porto : Universidade Fernando Pessoa, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

UOL. **Lei Cristiano Araujo**: projetos querem punir quem compartilha fotos de morto. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/07/08/lei-cristiano-araujo-projetos-querem-punir-quem-compartilha-fotos-de-morto.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

**DIREITO PENAL
E PROCESSUAL PENAL**



OS 20 ANOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS PERSPECTIVAS PARA O FUTURO, DA JUSTIÇA CONSENSUAL À CONSTRUÇÃO DA SOLUÇÃO DO CONFLITO

*Cláudio Luiz Frazão Ribeiro**

Resumo: Uma visão crítica sobre os Juizados Especiais Criminais, por ocasião dos vinte anos de vigência da Lei nº 9.099/1995, pretendendo oferecer uma análise do processo preliminar e da eficácia dos mecanismos de justiça consensual que foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, buscando projetar para o futuro uma perspectiva de adoção de instrumentos de justiça restaurativa, tomando como base os ensinamentos de Luis Alberto Warat sobre mediação.

Palavras-chave: Juizados Especiais Criminais. Composição dos danos civis. Transação Penal. Mediação. Justiça restaurativa.

Abstract: A critical view of the Special Criminal Courts, on the occasion of twenty years of the Law nº 9099/1995, intending to offer an analysis of the preliminary process and of the effectiveness of the mechanisms of consensual justice that were introduced in the Brazilian legal system, seeking to project for the future a perspective of adopting restorative justice instruments, based on the teachings of Luis Alberto Warat on mediation.

Keywords: Special Criminal Courts. Composition of civil damages. Criminal transaction. Mediation. Restorative Justice.

1 INTRODUÇÃO

Muito embora se tenha experimentado, especialmente desde a década de 1990, uma hipertrofia do âmbito do direito penal (sobretudo, desde a edição da Lei de Crimes Hediondos), esse movimento se deu em

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Titular da 17ª Promotoria de Justiça Criminal de São Luís. Mestre em Direito (UFPE). Professor da Escola Superior do Ministério Público. Professor da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB).

relação de concomitância com outro movimento no sentido da redução desse campo, sendo apresentada como exemplo desse fenômeno a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sucessores da experiência dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984).

O presente artigo, no marco dos vinte anos de vigência da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pretende analisar se, no âmbito penal, os mecanismos despenalizadores e consensuais trazidos ao ordenamento jurídico brasileiro são capazes de promover a resolução dos conflitos a eles submetidos ou se, mais propriamente, não teriam senão a finalidade de representar um meio de “desafogar” o Poder Judiciário.

Para isso, inicia-se por discutir a visão corrente sobre os objetivos da Lei nº 9.099/1995, seguindo-se uma breve discussão sobre o contexto em que foi concebida, sobre a natureza dos institutos inovadores por ela introduzidos e as críticas possíveis, chegando-se, finalmente, a sugestões para o futuro, tomando-se por guia a ideia de mediação desenvolvida pelo Professor Doutor Luis Alberto Warat, jurista argentino-brasileiro a quem se faz, aqui, uma homenagem, neste que será o quinto ano de seu falecimento.

É preciso que se diga, nessa altura, que a crítica a um instituto – ou, de resto, ao que quer que seja – não supõe, necessariamente, sua superação ou a diminuição de sua importância, naquilo a que se propõe, mas, sim, o afastamento do discurso de certezas que frequentemente perpassa a produção teórica no campo do direito. Em outras palavras, criticar é colocar em crise o significado, pretensamente unívoco, representado pelo texto, ou, lembrando Barthes (2015), é “por em crise toda enunciação, aí incluída ela própria”.

A ambição do presente ensaio, portanto, é oferecer a oportunidade de se pensar, desde um outro ângulo, os Juizados Especiais Criminais e, a partir daí, vislumbrar novas possibilidades para alcançar aquilo que é anunciado como seu desiderato: a pacificação dos conflitos criminalizados que alcança.

2 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: ENTRE “O FIM DO CONFLITO” E “O FIM DO PROCESSO”

Na lição de Grinover et al (1997, p. 23), as alterações promovidas pela Lei nº 9.099/1995, no processo penal brasileiro, tiveram

o intuito de alcançar um ‘processo de resultados’, ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe destaque na instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação.

A percepção, nesse sentido, de que o tratamento de certas condutas incriminadas, de pequena repercussão jurídico-penal, sem se levar em conta essa sua característica, favorecia a estigmatização do indivíduo, a superpopulação carcerária e a lentidão da prestação jurisdicional, criou as condições para a concepção de um sistema que privilegiasse o método consensual, a disponibilidade da ação penal pública (ainda que resultante da mitigação da obrigatoriedade), a oralidade, a informalidade e a celeridade, sendo esses os princípios ou as diretrizes que orientam o rito introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei dos Juizados Especiais.

Mencionados mecanismos conciliatórios seriam representados, sobretudo, pela composição dos danos civis e pela transação penal, marcos do processo preliminar, que, antecedendo o ajuizamento da ação penal, dão oportunidade para os envolvidos tomarem para si a resolução da situação conflitiva em que se viram envolvidos, quer seja compondo entre elas mesmas, no primeiro, quer seja compondo o autuado com o Ministério Público, no sentido da aplicação antecipada de uma pena restritiva de direitos.

Ainda conforme ensinam Grinover et al (1997, p. 23-24), as vantagens desse novo paradigma (doutrinário e legislativo) seriam várias. Em primeiro lugar, ter-se-ia a “participação popular na administração da Justiça, em respeito ao princípio democrático do envolvimento do corpo social na solução das lides”, o que se compreenderia no momento da composição dos danos civis e da transação penal, rompendo com “o sistema fechado e piramidal da administração da Justiça exclusivamente feita pelos órgãos estatais”. Em segundo lugar, a busca da solução conciliativa – e, portanto, não baseada no discurso de autoridade – do conflito criminalizado permitiria uma maior aproximação da pacificação social, sendo, nesse contexto, também renovada a função do juiz, “que se tornaria um

elemento de transformação, deixando de ser apenas um solucionador da controvérsia, em seu papel de ditar o direito, para assumir as vestes de um verdadeiro mediador de conflitos”, possibilitando ao Poder Judiciário uma melhor distribuição de esforços, no sentido de “dedicar-se prioritariamente às infrações penais mais graves, que realmente estão a exigir toda sua atenção”.

Finalmente, a priorização de uma justiça conciliatória valorizaria a figura da vítima, até então silenciada no processo penal, passando ela a assumir um papel ativo na satisfação de seus interesses cíveis e penais, favorecendo, também isso, a pacificação social.

E concluem os mesmos autores (1997, p. 24):

Tudo isso, em última análise, inseria-se nas poderosas tendências rumo à deformalização do processo – tornando-o mais simples, mais rápido, mais eficiente, mais democrático, mais próximo da sociedade – e à deformalização das controvérsias, tratando-as, sempre que possível, pelos meios alternativos que permitem evitar ou encurtar o processo, como a conciliação.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes – autores, ao lado Luiz Flávio Gomes, dos comentários acima mencionados – integraram o grupo de trabalho que elaborou o anteprojeto, apresentado ao então Deputado Federal Michel Temer e que veio a transformar-se na Lei nº 9.099/1995, e essas suas observações revelam bem qual a vontade da lei, conforme acima reproduzido, isto é, promover a eficiência da prestação jurisdicional, no que diz respeito à abordagem jurídico-penal dos crimes de menor gravidade, alcançado esse objetivo pela via da simplicidade, informalidade, celeridade e participação democrática dos envolvidos no conflito, com favorecimento da pacificação social.

De fato, pode-se afirmar que a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais inscreve-se em dois contextos que se completam.

Em primeiro lugar, apresenta-se como expressão do esforço de, através de mecanismos de despenalização e consensualidade, reduzir o efeito estigmatizante exercido sobre aqueles que são alcançados pelo sistema penal. Isso porque o que se observa, através da aplicação do sistema

convencional-punitivo de justiça penal, ao lado do roubo do conflito¹, é um crescente processo de estigmatização do indivíduo criminalizado², através de toda uma teia de fenômenos que lhe dificulta ou mesmo impede a ressocialização³.

Em segundo lugar, é possível dizer que os Juizados Especiais também se revelam como resultado do que chamaram Cappelletti e Garth (1988, p. 71) de terceira onda do acesso à justiça, que implicaria “uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais”, assim como inovações no direito material e participação de profissionais especializados, tudo destinado a facilitar a solução dos litígios, sobretudo através da mediação e de outros métodos “apropriados para preservar os relacionamentos”⁴.

¹ Entendido como “o esvaziamento do estatuto criminal da vítima, num sistema penal que veio a estruturar-se em termos diádicos delinquente-estado, pela via da hipostasição dos interesses do estado e sua progressiva sub-rogação na posição originária da vítima”. (ANDRADE, 1980, p. 331).

² Sobre esse processo de estigmatização do indivíduo alcançado pelo sistema penal, ver: Becker (1973). Sobre o assunto, também: Ribeiro (2006).

³ Dentre esses fenômenos, encontram-se os estereótipos (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 348), a interpretação retrospectiva e a reconstrução biográfica (GOFFMAN, 1988, p. 73), as *status-degradation ceremonies* e as instituições totais e o *role-engulfment* (DIAS ANDRADE, 1992, p. 353). Como disse em outra ocasião, “torna-se mais claro o processo de estigmatização a que é sujeito o indivíduo rotulado como criminoso, e que desencadeia uma série de associações e mecanismos que o levam a conformar-se com e a moldar-se a essa imagem, potencializando seu isolamento social e estreitando a sua margem de oportunidades legítimas e induzindo a procura por oportunidades ilegítimas. O tratamento que lhe é dispensado pelo sistema penal, distanciando-se cada vez mais de sua função ressocializadora declarada, não cumpre senão o papel de multiplicador da própria delinquência que promete combater, uma vez que o indivíduo desviado passa a sofrer um verdadeiro *role-engulfment* – convertendo-se em arauto de sua própria condenação –, significando que sua auto-imagem e sua interação social tendem a adequar-se a esse papel, delineado pelas instâncias de controle formal”. (RIBEIRO, 2006, p. 134-135).

⁴ Os movimentos de garantia do acesso à Justiça, a partir, sobretudo, dos anos 1960, importaram em três “ondas” ou “soluções” para sua obtenção. A primeira consistiu na concessão de assistência judiciária aos pobres. A segunda, a possibilidade de defesa dos direitos coletivos e difusos. A terceira “onda”, por sua vez, implicou a formação de um novo “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 72), isto é, para o efetivo acesso à Justiça, como instância de resolução pacífica de conflitos, não bastaria o acesso à assistência judiciária gratuita, seriam necessárias mudanças e inovações nas estruturas judiciárias e jurídicas já existentes, criação de novos tribunais etc. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 70-71).

Não obstante aquela vontade da lei, revelada por seus idealizadores, não se pode ignorar que o direito como um todo, e não apenas o direito penal, vive um visível paradoxo representado pela falta de correspondência entre o momento de sua criação – no âmbito legislativo – e o momento de sua execução. E isso não significa que a ineficácia prática daquilo programado normativamente se deve, sempre, a uma incapacidade dos órgãos executores de implementar as previsões legais – seja devido à corrupção, à falta de vontade política ou às deficiências estruturais – ou a uma insensibilidade da parte dos órgãos criadores em evitar essa incongruência através de um melhor conhecimento da realidade e das dificuldades em concretizar aquilo previsto nas regras que produzem.

Funções e metas do direito, que, tradicionalmente, são termos apresentados como sinônimos – significando suas consequências desejadas, isto é, normativas, hipótese exclusiva de que se ocupava o pensamento penal e criminológico –, passam, a partir das discussões em torno das consequências sociológicas do direito penal e da pena, notadamente de seu caráter simbólico, a poder ser definidas de maneira diversa: metas do direito corresponderiam às consequências oficialmente anunciadas e buscadas; funções como a soma das consequências objetivas de dada coisa, devendo ser entendida, no âmbito do direito, como seus efeitos não desejados ou – no sentido que se pretende empregar neste artigo – não anunciados como os verdadeiros ou prioritários (LAVORENTI; SILVA, 2000, p. 140)⁵.

Assim, a meta anunciada pela Lei nº 9.099/1995 – e presente no discurso corrente a respeito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a ponto de constituir mesmo aquilo que Warat chama de o senso comum teórico dos juristas⁶ – é a promoção da pacificação social, através da resolução

⁵ No mesmo sentido: Andrade (1997, p. 293). Para Merton (1968, p. 115), essa distinção se dá através dos conceitos de função manifesta e função latente. Esclarece o autor haver adaptado os termos manifesto e latente a partir de seu uso, em outro contexto, por Freud, muito embora reconheça que, antes deste, já Francis Bacon falasse em processos latentes e configurações latentes em conexão com processos que se encontram por detrás da observação superficial.

⁶ Explica Warat (1994, p. 14) que “nas atividades cotidianas – teóricas, práticas, e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo, compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, idéias dispersas, neutralizações que beiram as

consensual do conflito, devolvendo, às partes envolvidas, o poder decisório sobre a situação problemática e a possibilidade de autocomposição.

Já a função que se revela⁷ a partir da análise do contexto do surgimento da Lei dos Juizados Especiais aponta para um objetivo mais comprometido com o *mindset gerencialista*, diante da necessidade de desoneração do Poder Judiciário, comumente referido como sobrecarregado de processos.

Com efeito, Cappelletti e Garth (1988, p. 164), na hoje clássica obra “Acesso à Justiça”, já revelavam essa preocupação ao chamarem a atenção para a pressão existente sobre o Judiciário, “no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos”, advertindo não se dever permitir que essa pressão “venha a subverter os fundamentos de um processo justo”.

Na experiência brasileira, o antecedente legislativo frequentemente invocado como origem nacional dos Juizados Especiais, a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (que, entretanto, não se aplicava à competência criminal), nasceu no contexto da desburocratização patrocinada pelo Poder Executivo, sendo marcado por uma identidade fortemente neoliberal. Isso porque o Programa Nacional de Desburocratização, instituído pelo governo federal em 1979, no início da década seguinte, deixou de incluir somente o Poder Executivo para também alcançar o Judiciário, a quem cumpriria oferecer a prestação jurisdicional a partir de medidas desburocratizadoras que incluiriam o reaparelhamento humano e material da Justiça, a criação de juizados de pequenas causas (cíveis) – que resultaram na Lei nº 7.244/1984 – e a descentralização da competência legislativa sobre matéria processual e de organização judiciária. (CARNEIRO, 1983, p. 146-151).

fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes-chaves para aproximar-nos da ideia do ‘senso comum teórico dos juristas’. Assim, pode-se entender esse senso comum teórico dos juristas como uma “para-linguagem, alguma coisa que está mais além dos significados, para estabelecer em forma velada a realidade jurídica dominante”. (WARAT, 1994, p. 15).

⁷ Aqui, cabe uma advertência: as ideias de metas e funções do direito ou dos institutos do direito não se encontram, necessariamente, em relação de oposição ou de exclusão nem significam uma relação maniqueísta, em que as metas representariam o bem e as funções, sua degeneração. Metas e funções não são senão leituras possíveis do discurso jurídico sobre si mesmo.

Como adverte Pereira (2013, p. 25):

No entanto, o judiciário é encarado como um prestador de serviços, e seu dever é prestá-los de modo 'rápido, barato e eficiente'. Ou seja, o escopo de ampliar o acesso à justiça parecia estar mais orientado a uma justiça de fluxo e pouco dispendiosa do que a uma justiça de qualidade: como se estas três características fossem suficientes para a promoção da cidadania e da efetivação de direitos por meio do acesso à justiça.

A mesma autora informa que a instituição dos Juizados de Pequenas Causas não foi fruto de uma movimentação de juristas, mas, sim, da iniciativa do Ministério da Desburocratização, como resultado das discussões no Programa Nacional de Desburocratização e de acréscimos trazidos pelos processualistas integrantes de comissão instituída, em 1981, presidida por João Geraldo Piquet Carneiro, da qual também participavam Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Caetano Lagrasta Neto, Ada Pellegrini Grinover e Paulo Salvador Frontini. (PEREIRA, 2013, p. 26).

As inovações previstas na prestação jurisdicional, nessa altura, consistiam, portanto, menos na garantia do efetivo acesso à Justiça, do que em uma justiça de priorização da eficiência, no sentido econômico do termo.

Não se quer fazer crer que os Juizados, por esses motivos, são incapazes de promover o acesso qualificado à justiça. Contudo, deve-se dizer que os Juizados Especiais Estaduais e, mais tarde, os Juizados Especiais Federais, estão de certa forma vinculados a este contexto que lhes deu origem, pois são fruto da experiência paradigmática proposta nos Juizados de pequenas causas. A própria observação da Lei 7.244/84 e da Lei 9.099/95, a qual aderem os Juizados Especiais Federais no que com a Lei 10.259/01 não conflitar, não deixam dúvida disso diante das suas semelhanças. (PEREIRA, 2013, p. 27)⁸.

⁸ A autora não ignora a importância do surgimento da Lei dos Juizados Especiais, sobretudo considerando a coincidência com a redemocratização do país havia pouco menos de uma década: "Nesse contexto, os Juizados surgem - ao menos aparentemente - como uma alternativa

Não é possível, portanto, afirmar que se encontre afastada, no presente contexto, com a vigência das Leis nºs 9.099/1995 e 10.259/2001, a identidade neoliberal das inovações por elas inauguradas, reduzindo custos e alcançando metas estatísticas, opondo, com isso, a promessa de eficácia e a necessidade de eficiência.

3 UMA CRÍTICA AOS MECANISMOS DE JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Como dito acima, a Lei nº 7.244/1984, que marcou um primeiro passo na instituição de uma justiça mais informal e, portanto, que se pretende mais acessível, não se originou da mobilização de juristas, mas do esforço de desburocratização estatal. E isso não causa surpresa.

Na América Latina, até a década de 1980, o Poder Judiciário não constituía uma instituição de destaque, tendo sua atuação inibida para que não interferisse nas práticas repressivas autoritárias. O Estado era baseado no fortalecimento do Poder Executivo e os juízes estavam reduzidos a meros aplicadores da lei, limitados pelo princípio inafastável da inércia, sendo o Poder Judiciário nada mais que parte do aparato da burocracia oficial, inteiramente incapaz de fazer frente à expansão dos mecanismos reguladores estatais. (SANTOS, 2011, p. 21).

A superação do período autoritário, se de um lado recebeu a herança do prejuízo à sociabilidade e à capacidade associativa da população, dificultando a passagem do “indivíduo ao cidadão”, testemunhou o desenvolvimento e a expansão do direito na direção “da construção da cidadania e da animação da vida republicana”. (VIANNA, 1999, p. 153).

É a partir dos anos 1980, naquele movimento da “terceira onda” de que fala Cappelletti, que, mesmo tardiamente, no Brasil, incluem-se os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, materializando as reformas ten-

de justiça popular, democrática e participativa, almejando uma metodologia não-adversarial de solução de conflitos, amparada na conciliação e na arbitragem, sem, no entanto, comprometer as vias tradicionais de prestação jurisdicional. Entre os novos sujeitos processuais que surgem com os Juizados, como o juiz leigo, o conciliador, o árbitro, busca-se a realização de um “maior intercâmbio social”, aproximando as bases populares da Justiça, que outrora encontravam uma restrita possibilidade de acesso nos moldes de justiça tradicionais. (PEIREIRA, 2013, p. 21).

dentos a informalizar o acesso à Justiça. Mais especificamente no que diz respeito aos Juizados Especiais Criminais, os mecanismos inaugurados pela Lei nº 9.099/1995 representaram a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ao permitir que a composição dos danos civis e a transação penal sejam causa de extinção da pretensão punitiva do Estado.

No primeiro caso, da composição dos danos civis, prevista no artigo 72 da Lei nº 9.099/1995, essa corresponde a um acordo entre os envolvidos, que, homologado pelo juiz, tem por consequência a declaração de extinção da punibilidade do agente. Quanto à transação penal, disciplinada no artigo 76 da mesma lei, essa constitui, desde que atendidas as condições legais, na proposta, pelo Ministério Público, de aplicação imediata de uma pena restritiva de direito ou multa, gerando, igualmente, a extinção da punibilidade do autuado.

Como se observa, o que a lei prevê é a instituição do espaço do consenso onde, antes, só havia lugar para a justiça punitiva.

Passados vinte anos de vigência da Lei nº 9.099/1995, não se manteve ela imune a críticas. Essas, entretanto, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais e no que diz respeito aos institutos da composição dos danos civis e da transação penal, costumam concentrar-se, basicamente, na alegação de inconstitucionalidade dessas medidas, especialmente por agressão aos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência – tendo em vista que haveria verdadeira condenação sem processo. Não é dessa crítica que se pretende tratar no presente artigo, mas, sim, da capacidade potencial de tais mecanismos, efetivamente, promoverem aquele espaço do consenso, livre – o quanto possível – dos elementos estigmatizadores próprios do paradigma punitivo.

Mencionada incapacidade – não se pode dizer que sem um importante grau de propriedade – foi exposta por Karan (2004, p. 39), para quem, no caso da transação penal, não haveria, na verdade, uma negociação, que suporia a autonomia e a igualdade entre as partes envolvidas, tendo em vista que o autor do fato não se encontraria em igualdade de condições com seu acusador.

Como esclarece Kyle (2011, p. 107), também a partir de Karan, não há ajuste entre as partes, mas, sim, verdadeira “chantagem”:

[...] O Ministério Público propõe os termos do acordo, e a outra parte aceita ou se sujeita ao processo

regularmente desenvolvido; dessa forma, ao indigitado autor da infração restam poucas alternativas. Segundo a autora [Maria Lúcia Karan], “trata-se, pois de uma negociação cujo escopo é fazer com que uma das partes tenha sempre assegurada sua satisfação, nada tendo a perder, enquanto a outra além de negociar sob pressão, nada terá a ganhar.

Ainda quanto à transação penal, o fato de ser ela proposta quando, diante da precariedade dos Termos Circunstanciados de Ocorrência, ainda não se tem conhecimento da viabilidade da acusação, leva o imputado a decidir sobre a oferta de aplicação antecipada de uma pena, sem que disponha de condições objetivas para avaliar se lhe é mais vantajoso aceitá-la ou, pelo contrário, se é mais conveniente rejeitá-la, diante do prognóstico de maior ou menor probabilidade de procedência da ação penal. Pode-se dizer, com isso, que a resposta do autuado diante da proposta formulada pelo Ministério Público é uma decisão às cegas.

Na verdade, diante de uma investigação policial irremediavelmente deficiente ou diante de elementos probatórios que retirariam justa causa para a acusação, não se poderia esperar do Ministério Público outra solução senão o imediato pedido de arquivamento do Termo Circunstanciado de Ocorrência, antes mesmo da audiência preliminar, não sendo razoável, mesmo que em nome de suposta pacificação social, submeter o imputado aos eventuais ônus decorrentes da aceitação de proposta de composição dos danos civis ou de transação penal.

Cabe, neste ponto, a advertência de Mendes (2007, p. xiii):

O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A submissão do homem a processos judiciais indefinidos atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva, além de ferir o princípio da dignidade humana.

Assim, não se afigura admissível o uso do processo penal como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja inviabilidade já se divisa de plano.

No que se refere à composição dos danos civis, que antecedente a transação penal, e é conduzida por conciliador, esse tem margem bastante limitada de atuação para não lhe permitir ir além do mero esforço de obter uma renúncia ao exercício do direito de queixa ou de representação por parte da vítima ou um acordo de natureza patrimonial, de modo a evitar o prosseguimento do litígio – inclusive na instância cível, se integralmente satisfeita, nessa ocasião, a pretensão indenizatória. Acrescente-se a isso o fato de a audiência preliminar, em que é promovida essa tentativa de composição, contar com a previsão da presença do juiz, cuja orientação age sobre o conciliador, e do promotor de justiça (Lei nº 9.099/1995, art. 72 e seguintes), o que continua a expor as partes em conflito à austeridade e à formalidade do ato judicial, a que de fato corresponde, o que, por óbvio, não favorece a tentativa de verdadeira reconstrução da proximidade entre os envolvidos na situação problemática, de modo, inclusive a evitar futuros confrontos mais graves, tendo em vista que, em geral, os contendores – sobretudo no caso de crimes contra a honra ou de crimes de ameaça – mantinham algum nível de relacionamento abalado ou destruído pela situação problemática que os levou até ali.

Além disso, é preciso que se diga, duas outras circunstâncias se associam para dificultar alcançar-se a pacificação ou a solução do conflito pela via consensual, nos moldes atualmente definidos na fase preliminar do procedimento dos Juizados Especiais Criminais. Em primeiro lugar, ao conciliador não é exigida formação outra senão a jurídica, restando claro que, à parte interesse e esforço pessoais em ir além, não buscará senão a eventual obtenção de acordo - frequentemente patrimonial - entre as partes, de modo a pôr fim ao processo.

Em segundo lugar, não é raro que a assistência jurídica ao imputado enfrente graves dificuldades, como no caso da cidade de São Luís, capital do Estado do Maranhão, onde, ao contrário da maioria das varas do juízo comum criminal, nem um dos três Juizados Especiais Criminais ali instalados conta com atuação de defensor público, obrigando contar-se com a colaboração voluntária de advogados que aceitam ser nomeados defensores dos atuados hipossuficientes⁹.

⁹ A informação aqui oferecida não provém de pesquisa de campo, mas, sim, da observação do autor do presente artigo, como Promotor de Justiça oficiante no 3º Juizado Especial Criminal de São Luís (MA).

Pertinente, nesta altura, a observação de Viana (2015):

A Justiça Consensual constituiu, sim, importante inovação introduzida pela Constituição Federal, atendendo aos fins do Estado Democrático de Direito, menos burocrático e mais eficiente, modernizando o sistema vigente e abandonando as concepções conservadoras e burocráticas que denegriam a imagem do Judiciário. Mas, o que se vislumbrou na realidade, diante da execução deste projeto e atenta análise ao funcionamento dos Juizados Especiais, foi a utilização da lei que o instituíra como instrumento de redução do expediente forense, buscando-se a todo custo aplicar a justiça consensual, sem, contudo, atentar para o anseio constitucional de criar formas alternativas de aplicação do Direito Penal e Civil, sem o desgaste processual e com eficiência, o que, via de consequência, acabou por banalizar os novos institutos.

Portanto, a partir dessa sucinta crítica, pode-se perceber que a composição dos danos civis e a transação penal tendem mais propriamente a ser manejadas como mecanismos de barreira da judicialização penal de conflitos sociais, cumprindo o objetivo de pacificação social apenas simbolicamente. Quando de fato tenha por efeito a superação da situação problemática existente entre os envolvidos, isso se deve menos à capacidade potencial daqueles mecanismos do que ao esforço pessoal dos interessados, do conciliador, dos advogados, do promotor de justiça e do juiz.

Em suma, de maneira mais ou menos consciente ou mais ou menos explícita, os objetivos da lei são considerados atingidos com o “fim do processo” e não com o “fim do conflito”¹⁰.

¹⁰ O direito, diferentemente de outras instâncias de controle (sociais, religiosas, morais), seria apenas capaz de decidir conflitos e não de solucioná-los. Conforme observa Ferraz Júnior, “isto significa, simplesmente, que a decisão jurídica (a lei, a norma consuetudinária, a sentença do juiz etc.) impede a continuação de um conflito: ela não o termina através de uma solução, mas o soluciona pondo-lhe um fim. Pôr-lhe um fim não quer dizer eliminar a incompatibilidade primitiva, mas trazê-la para uma situação onde ela não pode mais ser retomada nem levada adiante (coisa julgada)”, como que atribuindo à sentença o poder mágico de modificar a realidade através de sua simples prolação. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 91).

4 SUPERANDO AS LIMITAÇÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS: OLHANDO ADIANTE

Uma maneira de superar as limitações representadas pelo atual modelo de justiça consensual oferecido pelos mecanismos da composição dos danos civis e da transação penal, para a abordagem da pequena criminalidade - e que poderia, até mesmo, ser expandida para a chamada média criminalidade, atualmente representada pelos crimes com pena máxima abstratamente cominada não superior a dois anos de privação da liberdade (Lei nº 9.099/1995, art. 89, caput) -, seria a introdução de um novo modelo de mediação, que, sem necessariamente ser concebida como uma atividade jurisdicional, promovesse a efetiva resolução dos conflitos, favorecendo a proximidade entre os envolvidos e o (re)conhecimento do conflito latente, subjacente à situação problemática que vem à superfície.

De fato, pode-se entender a mediação de duas maneiras. A primeira seria correspondente a um modelo que se pode classificar como acordista, tendo como objetivo atingir uma solução, aceita por todos os envolvidos, para um conflito que é concebido como um problema a ser resolvido. Esse modelo, não é difícil vislumbrar-se, é aquele buscado quando do emprego das soluções previstas na fase preliminar do procedimento dos Juizados Especiais Criminais. Para aqueles que assim entendem a mediação, “os conflitos se solucionam redatando convênios”. (WARAT, 1998, p. 15).

Uma segunda visão seria a da mediação transformadora, isto é, da concepção do conflito como uma oportunidade de crescimento das partes, de melhora na qualidade de vida, enfim, como uma força positiva “na construção das relações sociais e na realização da autonomia individual [...], um incentivo para a interação, [...] numa possibilidade para criar, com o outro, a diferença” (WARAT, 1998, p. 16), não se revestindo, portanto, de uma natureza adversarial¹¹.

¹¹ Esse modelo se aproxima do conceito de Justiça Restaurativa, desenvolvido especialmente por Howard Zehr, para quem, entretanto, “Justiça restaurativa não é mediação”. No original: “Restorative justice is not mediation”. (ZEHR; GOHAR, 2003, p. 7). E prossegue o mesmo autor: “Assim como programas de mediação, muitos programas de justiça restaurativa são concebidos em torno da possibilidade da facilitação de reuniões ou de encontros com o envolvimento de vítimas, ofensores e, às vezes, membros da comunidade. Apesar disso, um encontro nem sempre é a opção eleita ou a mais apropriada. Abordagens restaurativas são

Sobretudo nesse último sentido, a mediação não pode ser pensada a partir do ponto de vista unicamente jurídico, uma vez que corresponde a um outro tipo de atitude e de posicionamento na administração e resolução dos conflitos, diferente daqueles mecanismos que tomam a lei como referência, consistindo, concretamente, na intervenção de um terceiro personagem imparcial o mediador, distinto das partes, que atuará no sentido de favorecer o diálogo direto e pessoal entre elas. Observa-se, portanto, que se está diante de um modelo distinto do padrão conflitual de jurisdição, em que se lida com a oposição de interesses entre as partes, geralmente identificados como indivíduos isolados, convertidos, ao final, em um ganhador e um perdedor, e, desde o início, em um acusado e uma vítima.

importantes mesmo quando o ofensor não se encontra detido ou quando uma das partes não deseja ou não pode delas participar. Portanto, abordagens restaurativas não se encontram limitadas àqueles encontros entre as partes. Mesmo quando um encontro ocorre, o termo 'mediação' é uma descrição problemática. Em um conflito mediado ou em uma disputa, as partes são compreendidas como encontrando-se em igualdade de condições morais, frequentemente com responsabilidades que devem ser compartilhadas. Embora esse sentido de 'culpa compartilhada' possa ser verdadeiro em alguns casos criminais, em muitos outros essa concepção não é possível. Uma vítima de estupro ou mesmo de roubo não quer ser identificada, nesses casos, como uma 'parte em disputa'. De fato, na verdade, elas podem estar lutando para superar a tendência de culpar a si mesmas. De qualquer modo, para participar da maioria dos encontros de justiça restaurativa, o malfeitor deve admitir algum nível de responsabilidade pela ofensa, e um importante componente desses programas é nomear e reconhecer o malfeito. A linguagem neutra da mediação pode se revelar ambígua e mesmo ofensiva em alguns casos. Apesar de o termo 'mediação' ter sido adotado em um primeiro momento nesse campo, tem sido, pelas razões acima, cada vez mais substituído por termos como 'conferência' ou 'diálogo'. No original: "Like mediation programs, many restorative justice programs are designed around the possibility of a facilitated meeting or encounter between victims, offenders and perhaps community members. However, an encounter is not always chosen or appropriate. Moreover, restorative approaches are important even when an offender has not been apprehended or when a party is unwilling or unable to meet. So restorative approaches are not limited to an encounter. Even when an encounter occurs, the term 'mediation' is a problematic description. In a mediated conflict or dispute, parties are assumed to be on a level moral playing field, often with responsibilities that may need to be shared on all sides. While this sense of 'shared blame' may be true in some criminal cases, in many cases it is not. A victim in a rape or even a burglary does not want to be known as a 'disputant'. In fact, they may well be struggling to overcome a tendency to blame themselves. At any rate, to participate in most restorative justice encounters, a wrongdoer must admit to some level of responsibility for the offense, and an important component of such programs is to name and acknowledge the wrongdoing. The neutral language of mediation may be misleading and even offensive in such cases. Although the term 'mediation' was adopted early on in the field, for the above reasons it is increasingly being replaced by the terms such as 'conferencing' or 'dialogue'".

Recorrer à mediação, portanto, implica em superar as funções operativas, míticas e políticas do sistema jurídico, isto é, em superar o imaginário normativista, para, em seu lugar, fazer surgir a possibilidade de uma resolução de conflitos que atenda à satisfação de todas as partes envolvidas, baseada em uma proposta auto-regulada, com apoio de um mediador, que as auxilia no sentido de interpretar e transformar a situação problemática em que se encontram envolvidas.

Nas palavras de Warat (1998, p. 8),

[..] na mediação nos encontramos com situações de reconstrução simbólica do conflito, realizada pelos diversos afetados, com a intervenção imparcial de um terceiro alheio ao conflito e sem poder de propor soluções, que têm que ser buscadas pelos próprios envolvidos na disputa. Mediação como modo de realizar um processo psíquico de reconstrução simbólica.

O terceiro a que se refere Warat, diferencia-se do juiz e do árbitro, na medida em que esses se utilizam de sua posição de imparcialidade para decidir o conflito, conforme a lei, ao passo que o mediador, não podendo decidir pelas partes, apenas as ajuda naquela reconstrução simbólica do conflito. Ora, quando se decide o conflito como o fazem o juiz e o árbitro, que ocupam um lugar de poder institucionalizado, seus efeitos são considerados normativamente, permanecendo latente na relação entre os envolvidos, podendo, no futuro, retornar de forma ainda mais agravada e violenta; no contexto da mediação, contudo, não se decide um conflito, mas se resolve, uma vez que as partes se veem diante da possibilidade de reconstruí-lo e, assim, transformá-lo, através de sua reinterpretação que ocorre, afinal, no processo mesmo de reconstrução. Caracteriza-se, portanto, a mediação, em termos de interpretação, pois, através da ajuda de um mediador, facilita-se “a interpretação entre as partes, trabalhando os segredos do que foi enunciado como pretensão. Interpretando a história do conflito para transformá-lo, por seu reconhecimento, em uma inscrição simbólica” (WARAT, 1998, p. 31-32)¹².

¹² A mediação trabalha o conflito como potencialidade daquilo que está por vir, do que de positivo pode ser construído sobre a matéria que constitui a disputa. No âmbito do sistema jurídico, particularmente do sistema jurídico-penal, dificilmente essa abordagem seria possível, uma vez que, nesse espaço, como já várias vezes referido, o conflito é congelado no

Na verdade, o que se cogita, em se tratando de mediação, é o favorecimento da descoberta das intenções que se encontram por detrás das pretensões das partes em conflito. Não se trata, portanto, de oferecer às partes uma solução, mas, sim, oportunidades que estimulem a percepção e administração, com o outro, da diferença e da autonomia, e constituam instrumento que propicie a realização da autonomia, da democracia e da cidadania, “na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito”, correspondendo, nesse sentido, a uma proposta ecológica de “transformação dos conflitos que apontam, mais que à decisão, a uma melhor qualidade de vida das partes envolvidas no conflito” (WARAT, 1998, p. 6)¹³, sem necessariamente uma preocupação em ajustar o acordo daí resultante às disposições do direito positivo.

Como se vê, no sentido aqui exposto, o mediador tem, em muitos pontos, um papel similar ao do terapeuta e, nesse sentido, distanciado da figura do conciliado, de atuação estreitamente limitada, no caso brasileiro, pela Lei nº 9.099/1995, uma vez que, no espaço da mediação, estabelecem-se

[...] vínculos tranferenciais e contratransferenciais que exigem do mediador uma intervenção similar à do vínculo psicanalítico. Espera-se do mediador uma escuta similar à do psicanalista [...]. Uma intervenção sobre o discurso dos outros em conflito que respeite os tormentos de desejos que não são os do mediador. A escuta mediadora deve poder sentir

tempo e demarcado em um plano de abstração jurídica que permita ao magistrado controlar as variáveis existentes, no sentido de organizar sua decisão. Desta forma, “os juízes terminam decidindo sobre diferentes posições teóricas do Direito, esquecidos dos conflitos reais que afetam a vida dos que foram decididos pelo Direito. São interpretações que legitimam decisões, roubando o tempo das partes: nos conflitos (transformados em litígios) submetidos à decisão dos tribunais de justiça, as partes perdem o direito de dispor do seu tempo. A variável temporal não influi na interpretação. O trabalho de interpretação fora da temporalidade não produz nenhuma formulação de sentido, unicamente produz uma fórmula. A interpretação judicial é um mecanismo de administração da polissemia, funciona como um aparato de controle, de burocratização dos sentidos. No poder judiciário se domesticam os sentidos, tentando, inutilmente, completar o que não se completa”. (WARAT, 1998, p. 33).

¹³ Nessa medida, conforme entende Warat, seriam mediáveis apenas conflitos de afetos, isto é, conflitos que incluem uma história, em que pelo menos uma das partes esteja implicada em uma relação de ódio, de amor ou de dor: “nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver”. (WARAT, 1998, p. 32).

o que se diz e o que não se diz quando se diz algo, ou que outra coisa se está querendo dizer quando se diz algo. Também poder escutar, sem sua própria história de desejos reprimidos, o que se quer realmente quando se afirma querer algo. O mediador precisa saber escutar as outras coisas do querer (as coisas do querer de cada uma das partes. (WARAT, 1998, p. 38)¹⁴.

Por essa abordagem se dar, na verdade, através da transformação do conflito, adequa-se àquilo que Morais e Silveira chamam de jurisconstrução. Isto é, em contraste com a ideia de jurisdição – caracterizada, pela aplicação do direito como o exercício de um poder estatal –, a mediação, nos termos acima tratados, incluiria um conceito de elaboração, concerto e construção da resposta ao conflito que reúne e, não, opõe as partes, restando ao estado, desincumbido dos contenciosos de massa, a missão simbólica de referencial e a atividade concreta de instância de homologação e apelo. (MORAIS; SILVEIRA, 1998, p. 88).

¹⁴ Nada impede que o modelo psicanalítico venha a ser empregado nesse contexto de mediação de conflitos naturalmente reservados, no imaginário corrente, à abordagem judicial. Isto porque, se a psicanálise se destina a uma finalidade especial, que é a analítica, pode também ser aplicada em outros espaços, sem perder o seu rigor, desde que presente uma demanda concreta para sua utilização, sem a qual a interpretação, ainda que correta, pode ser experimentada como uma agressão. (BRODSKY, 1998, p. 60). Como afirma esse mesmo autor, a psicanálise, na realidade, nada mais é que uma mediação com um contrato diferente, de natureza analítica: “É com um enfoque analítico que um paciente vai à consulta em virtude de um sintoma que lhe é ‘alheio’ e também porque não compreende porque deve suportá-lo. A análise opera de forma a dissolver o sintoma pela descoberta de sua origem. Opera mediando no conflito que vive o sujeito, mediando entre o reprimido e a repressão e seus respectivos interesses. Do mesmo modo, o mediador, numa tentativa de resolução do conflito, se colocará em uma posição similar à do analista. Aos dois se supõe um saber que produzirá uma idealização por parte do paciente, no primeiro caso e, de pelo menos uma das partes na mediação. O trabalho do mediador consistirá em não ocupar esse lugar e delegar às partes, a responsabilidade do próprio desejo e, de guiar seus participantes a aceitar o outro como diferente, baseado nos interesses e posições conflitivas que se manifestem. Resumindo, a tarefa do mediador consiste em tentar que os sujeitos consigam verbalizar aquilo que está sob o manifestado e, que sem a consciência dos protagonistas, está produzindo o conflito. Melhor dizendo, o sintoma a resolver. Poder colocar em palavras o não-dito produz um alívio considerável permitindo que as partes exponham sobre o que realmente interessa: o conteúdo latente do conflito que os traz à mediação”. (BRODSKY, 1998, p. 62).

Raciocinando-se desta forma, seria possível abandonar a ideia de que um sistema de resolução de conflitos somente é eficaz se incluir a intervenção de instituições e procedimentos que abordem essas controvérsias a partir do ponto de vista controversial, em que a pretensa solução do problema é apresentada em termos de uma decisão ou de um acordo, em que, simplesmente, há a transferência de parcela do patrimônio, material ou simbólico, de uma parte a perdedora para outra a vitoriosa. Na verdade, como notam ainda Moraes e Silveira (1998, p. 70), a via mais primitiva de resolução de disputas não se revestia de caráter judicial, sendo que esse é que se tornou alternativo àqueles primeiros métodos, o que reforça o reconhecimento do caráter subsidiário do direito, especialmente do direito penal, como instância de controle social.

Ao contrário da ideia de que um modelo de mediação como o aqui imaginado dificilmente poderia ser implementado, e de que se revestiria, por isso, de mero diletantismo acadêmico, pode-se lembrar das experiências bem-sucedidas de aplicação da chamada justiça restaurativa, sobretudo no âmbito do abuso de drogas e da juventude em conflito com a lei¹⁵.

Em todo caso, a perspectiva que se deve considerar para o futuro do espaço consensual inaugurado, no direito penal brasileiro, pela Lei nº 9.099/1995, deve, mesmo que isso que pareça contraditório, considerar

¹⁵ São frequentemente citados como exemplos as experiências, nesse campo, no “Rio Grande de Sul (Justiça para o século XXI), São Paulo (nas escolas e na Justiça Infracional), no Distrito Federal (crimes de menor potencial ofensivo), Maranhão (na comunidade e na Justiça [em São José de Ribamar]), além do programa mineiro, no CIA-BH e no Juizado Especial Criminal-JECrim”. LARA, Caio Augusto Souza. A justiça restaurativa como via de acesso à justiça. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 18. SANCHES, José Luiz. A transação penal no Juizado Especial Criminal como exercício de cidadania. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, p. 134. Howard Zehr traz a informação de que “desde a década de 1970, uma variedade de programas e abordagens [restaurativos] têm surgido em milhares de comunidades e muitos países através do mundo. Frequentemente, tem-se a possibilidade de escolher entre esses e o sistema legal preexistente. Em 1989, entretanto, a Nova Zelândia fez da justiça restaurativa o centro de todo o seu sistema de justiça juvenil”.(ZEHR ; GOHAR, 2003, p. 2). No original: “Since the 1970s, a variety of programs and approaches have emerged in thousands of communities and many countries throughout the globe. Often these are offered as choices within or alongside the existing legal system. Starting in 1989, however, New Zealand has made restorative justice the hub of its entire juvenile justice system”.

sua localização exatamente fora do âmbito jurisdicional, ainda que sob controle desse, assegurando a observância das garantias constitucionais envolvidas. Isso porque, conforme analisa Warat (1998, p. 17), a deficiência do atual modelo, dentre outras razões, é representada pelo fato de sua implementação operacional ser atribuída à classe dos profissionais do direito, aqui representada pelo conciliador, pelo juiz e pelo promotor de justiça, referidos nos artigos 72 e seguintes da Lei nº 9.099/1995, “que não podem se desprender dos velhos vícios de seu ofício e práticas quando se colocam no papel de um mediador”, contaminando “a mediação com um imaginário derivado do juridicismo improdutivo e inoperante, resultado do que eu chamo de o outro lado do ofício de mediador: o advogado que todo mediador é e não consegue reprimir”. Seria, nesse contexto, portanto, a perspectiva a se considerar, a abordagem da resolução dos conflitos hoje tratados nos moldes do processo preliminar dos Juizados Especiais Criminais em instância pré-judicial, ou seja, externa ao campo jurídico, capaz de promover “a reconstrução simbólica do conflito” (WARAT, 1998, p. 17), o que não poderia ser alcançado senão por profissionais das áreas da psicanálise, psicologia ou assistência social, por exemplo¹⁶.

Pode-se afirmar, contudo, que a composição dos danos civis e a transação penal, como mecanismos de despenalização e de alternativa à via jurisdicional *strictu sensu*, conforme concebidas na Lei nº 9.099/1995, constituem um importante esforço no sentido de oferecer efetivamente uma alternativa ao espaço da justiça punitiva, sendo a perspectiva que se vislumbra para o futuro, isto é, a instituição de mecanismos extrajudiciais de resolução do conflito, como fase preliminar de abordagem das situações criminalizáveis, particularmente adequada no caso de condutas que remetam a crimes contra a honra, crimes de ameaça e em casos de certos tipos de lesão corporal, em que há um envolvimento emocional mais intenso, assim como em casos de abuso de drogas e em certas situações de violência doméstica e familiar, podendo essas relações de afeto, como chamou Warat, ser objeto da reinterpretação construtiva que caracteriza

¹⁶ Segundo nota Zaffaroni (1982, p. 92), “a assistência social deve substituir a pena, com a advertência de que sempre deve ser levada a cabo com o mais absoluto respeito à dignidade da pessoa destinatária, porque não se trata de mudar o nome das coisas para que tudo permaneça como antes: deve-se cuidar para que a assistência social não se torne um meio tutelar tão repressor e estigmatizante como a pena”.

sua concepção de mediação e que se encontraria, por definição, fora do âmbito do sistema de controle jurídico-penal, sendo, neste sentido, que se entende a devolução do conflito à comunidade uma vez que deslegitimado o estado como único ente capaz de oferecer a solução de controvérsias e às partes envolvidas.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo, nos limites a que se propôs, visou a oferecer uma visão crítica sobre os institutos trazidos ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no sentido da funcionalidade e eficácia, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, dos mecanismos de conciliação que inaugurou, seja no que se refere à composição dos danos civis, seja na composição da pena, essa através da transação penal, que implica certo grau de disponibilidade do exercício da ação penal por parte do representante do Ministério Público. Funcionalidade e eficácia essas no sentido da solução das situações problemáticas que são apresentadas a essa instância de controle jurídico-penal, concluindo-se que, potencialmente, nos moldes em que hoje se apresentam aqueles mecanismos, tenderiam eles mais propriamente para a obtenção do “fim do processo” do que para o alcance do “fim do conflito”.

Para além dessa crítica, procurou-se vislumbrar a possibilidade de avanços no sentido da adoção de práticas restaurativas ou de jurisconstrução, naquilo que se tem chamado de “quarto movimento” (PINHO, 2005, p. 105-106) do acesso à justiça, isto é, da busca da pacificação dos conflitos abordados pelo direito penal fora dos limites do aparelho judiciário do Estado.

A perspectiva descrita foi analisada a partir da ideia de mediação desenvolvida pelo Professor Doutor Luiz Alberto Warat a quem, aqui, procurou-se fazer uma homenagem, para quem a pacificação dos conflitos interpessoais somente seria possível ou, antes, seria mais bem favorecida, através de uma abordagem que desse conta da identificação do conflito subjacente àquele que é anunciado pelos envolvidos e apresentado para apreciação do Estado, em algo que em muito se aproxima da concepção psicanalítica.

Em 20 anos da vigência da Lei nº 9.099/1995, muito se avançou na compreensão da necessidade de se buscarem soluções consensuais ou

mesmo extrapenais ou extrajudiciais para os conflitos até então tratados exclusivamente pelo viés punitivo, que constitui a mais violenta e, não raro, desproporcional resposta do Estado. Nos anos vindouros, muito ainda se há de compreender, nesse sentido, com a perspectiva de um avanço em direção a um modelo, que, de fato, ofereça a possibilidade de restauração dos laços intersubjetivos ou comunitários rompidos ou enfraquecidos pela erupção de situações problemáticas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1980.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violação à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARTHES, Roland. **Théorie du texte**. Atelier des Sciences du Langage de l'Université Paul-Valéry - Montpellier 3. *Eléments de linguistique et de communication*. Disponível em: < http://asl.univ-montp3.fr/e41slym/Barthes_THEORIE_DU_TEXTE.pdf>. Acesso em: 3 maio 2015.

BECKER, Howard. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free Press, 1973.

BRODSKY, Marcelo. *Psicanálise e mediação*. In: WARAT, Luiz Alberto (Org.). **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Buenos Aires; Florianópolis: ALMED, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. *A justiça do pobre*. In: **Revista da Amagis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 146-151, 1983.

DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

KARAN, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004.

KYLE, Linda Dee. **Transação penal**: revisão crítica à luz do acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2011.

LARA, Caio Augusto Souza. **A justiça restaurativa como via de acesso à justiça**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

MERTON, Robert K. **Social theory and social structure**. Enl. ed. New York: The Free Press, 1968.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In: WARAT, Luiz Alberto (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires; Florianópolis: ALMED, 1998. p. 68-98.

PEREIRA, Júlia Lafayette. **Implicações do discurso eficientista neoliberal no movimento de ampliação do acesso à justiça**: a experiência dos juizados especiais federais, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo.

PINHO, Humberto dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Acesso à Justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 105-124.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão Ribeiro. **O mito da função ressocializadora da pena**: a intervenção do sistema penal como fator de estigmatização do indivíduo criminalizado. São Luís: AMPEM, 2006.

SANCHES, José Luiz. **A transação penal no Juizado Especial Criminal como exercício de cidadania**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

VIANA, Fábila de Kássia Mendes. Os juizados especiais como mecanismo de acesso à justiça. In: **Via Jus**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=553&idAreaSel=16&seeArt=yes>>. Acesso em: 3 maio 2015.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: _____. (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires; Florianópolis: ALMED, 1998.

_____. **Introdução geral do direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994. v.1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana: perspectivas, disyuntivas.** Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The little book of restorative justice.** New York: Good Books, 2003.



ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PUNIÇÃO REFLEXÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS REITORES DO DIREITO PENAL

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães *

Lícia Haickel Rosa **

“Se o processo de criminalização é o mais poderoso mecanismo de reprodução das relações de desigualdade do capitalismo, a luta por uma sociedade democrática e igualitária seria inseparável da luta pela superação do sistema penal”. (Baratta, 2011).

Resumo: Objetiva-se, com o presente trabalho, fomentar a discussão acerca da real efetividade dos princípios reitores do Direito Penal quando da sua aplicação ao caso concreto em conexão com o Estado Democrático de Direito. A referida discussão perpassa necessariamente pelos fundamentos e pela legitimação do direito de punir, com ênfase no Estado Democrático, buscando-se uma contextualização atualizada. Analisa-se, a partir da criminologia crítica, o desvio social, o processo de criminalização e os mecanismos de rotulação de criminosos, tendo como base a desigual aplicação dos Princípios Constitucionais Penais. Importante destacar que a presente reflexão objetiva impulsionar debates e questionamentos sobre a desigualdade social proveniente dos conflitos de classe, sob a ótica da utilização do Direito Penal com fim de reprimir e estigmatizar as classes sociais menos favorecidas como meio de manutenção de privilégios e, conseqüentemente, do *status quo*.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo Centro Universitário do Maranhão - UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Professor Pesquisador do CNPq, UNICEUMA e FACEMA. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. calguimaraes@yahoo.com.br

** Estudante do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CEUMA - UNICEUMA. Aluna bolsista do Plano Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC. Aluna integrante do Grupo de Pesquisa em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA. liciahr@hotmail.com

Palavras-chave: Direito de punir. Estado Democrático. Controle Social. Exclusão Social. Princípios Constitucionais.

Abstract: The purpose of this work is to foster discussion regarding the effectiveness of the guiding principles of criminal law when applied to real cases and in connection with the democratic rule of law. Such discussion inevitably permeates the grounds and the legitimacy of the right to punish, emphasizing the democratic state, while seeking an updated context. Based on the study of critical criminology, social deviance, the process of marginalization, and labeling mechanisms of criminals an analysis of the unequal application of penal constitutional principles is performed. Importantly, the current work aims to increase debate and questioning regarding social inequality arising from class conflict under the guise of the use of criminal law in order to repress and stigmatize the underprivileged social classes while consequently maintaining the *status quo*.

Keywords: Right to punish. Democratic State. Social Control. Social Exclusion. Constitutional Principles.

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se do entendimento segundo o qual o Estado Democrático de Direito se efetiva quando assegura o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica aplicada de forma igualitária a todos – sem qualquer tipo de exceção – o presente artigo objetiva fomentar a discussão acerca da necessidade de identificar a real efetividade dos princípios reitores do Direito Penal quando da sua aplicação ao caso concreto, vez que representam os anseios constitucionais que objetivam concretizar a democracia e as garantias individuais.

A fundamentação teórica adotada tem por base a análise da teoria criminológica moderna, levando-se a efeito uma reflexão sistemática e original, para confrontar as contribuições das teorias sociológicas sobre o crime e controle social com os princípios reitores da ideologia da defesa social. A abordagem do tema foi realizada predominantemente a partir do método indutivo, por se tratar de uma pesquisa que opera no campo teórico interpretativo da realidade, no sentido de auxiliar a reflexão e a discussão a partir de um referencial teórico capaz de identificar as essenciais críticas aos princípios reitores do Direito Penal.

Necessário frisar que a presente reflexão objetiva, de acordo com a doutrina crítica majoritária, analisar a real aplicabilidade dos princípios reitores do Direito Penal, partindo-se do pressuposto de que o crime é o reflexo do conflito das classes sociais antagônicas, determinando os interesses da seleção dos fatos social e oficialmente catalogados como desviados¹.

Importante que se ressalte que o tema agora apresentado é de suma importância para a sociedade, à comunidade acadêmica e os profissionais da área de direito, uma vez que a reflexão crítica sempre traz a reboque novas formas de percepção dos fenômenos sociais, requisito básico para que se possa avançar no campo das ideias e, conseqüentemente, na concretização de avanços e mudanças no âmbito comunitário.

Seguindo este caminho, obrigatoriamente será enfrentada a questão da não efetividade da lei no Estado Democrático de Direito, visto que se observando a realidade atual, percebe-se sem maiores esforços que a finalidade das normas jurídicas de assegurar a paz, a segurança e a possibilidade de convivência harmônica social, encontra-se somente, segundo as teorias aqui adotadas, na esfera do porvir.

Ressalte-se que os estudos acadêmicos que estimulam a aproximação com a Criminologia Crítica são extremamente necessários, pois ainda é escassa a produção e divulgação de autores envolvidos com tal temática, prevalecendo no meio acadêmico apenas os postulados clássicos que distam de séculos passados.

Portanto, a pretensão final do presente estudo é descortinar outras percepções sobre o fenômeno punitivo, haja vista que o tema abordado comporta algo muito maior que apenas a teoria oficialmente aceita no meio jurídico, sendo necessário, ratificamos, investigar o funcionamento do direito de punir do Estado, suas lacunas, possíveis acertos, mas, antes de tudo, cremos estar contribuindo para uma ampla discussão na comunidade acadêmica e sociedade sobre tão urgente temática.

¹ Barros Filho (2013) destaca que: “[...] em relação ao crime e à criminalidade, a criminologia positivista fundamentou uma nova política criminal na qual os criminosos são vistos como inimigos da sociedade que devem ser eliminados.”

2 DO DIREITO DE PUNIR

2.1 O Estado Democrático de Direito e o direito de punir

O artigo 1º da Carta Magna de 1988 declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e está pautado nos ideais de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, todos conferindo efetiva participação da sociedade no trato da coisa pública. Nesse diapasão, tomamos como conceito de Estado Democrático de Direito aquele que tem como intuito garantir o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, mediante o estabelecimento de uma proteção jurídica. O seu ponto de orientação deverá ser a defesa, a implementação e manutenção da democracia², cuja consequência será o exercício da cidadania.

O Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno³.

Entretanto, o que exsurge no atual cenário é uma interpretação meramente formal da democracia no Século XXI, e, conseqüentemente, a aplicação distorcida da lei penal, sendo imprescindível que prevaleça a busca por mecanismos de melhoramentos para que o Estado consiga equilibrar os princípios constitucionais de liberdade e igualdade entre todos os cidadãos, de forma a proporcionar condições dignas de fruição da vida para todos os membros da sociedade.

Desta forma, em relação à questão da democracia na atualidade é de se observar que não existe um liame entre o sistema penal e a aplicação das suas leis com o Estado Democrático de Direito, talvez pelas inúmeras dificuldades que se descortinam no contexto político, econômico e social nos quais estão submetidos tais princípios, dificultando sobremaneira para que ocorra uma real efetivação destes.

² Imprescindível a leitura de Bobbio (2000).

³ Sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, em profundidade, ver Canotilho (2003) para quem: A concretização do Estado constitucional de direito obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os códigos de observação próprios de ordenamentos jurídicos concretos”.

Assim entendendo, consideramos ser imprescindível que se aprofunde a discussão sobre os fundamentos do *jus puniendi* a partir de uma perspectiva totalmente comprometida com o Estado Democrático e de Direito, investigando se tal função do Estado é legítima ou não, se é coerente ou não o discurso apresentado com o escopo de justificar e legitimar o referido direito.⁴

2.2 Legitimação e fundamentação do direito de punir

A legitimação tem como base a fundamentação⁵ daquilo que é proposto, ou seja, fundamentos visam justificar as atitudes de poder. Assim, busca-se fundamentar o direito de punir, atitude imprescindível, vez que função exclusiva do Estado. A legitimação, como já dito, vem a reboque da fundamentação, posto que se os argumentos discursivos são aceitos pelos destinatários, *in casu*, das normas, ou pela maioria destes, alcança-se a aceitabilidade da sociedade, ou seja, o que oficialmente proposto estará legitimado se procedente aos olhos do grande público.

A legitimidade ao monopólio do poder de punir do Estado por intermédio da lei penal é proveniente da aceitabilidade e compreensão social, cujos fins perseguidos ou demandados devem justificar o uso de meios legítimos para o exercício da violência legal pelo Estado. Essa análise deverá ter como fio condutor os ideais da liberdade e da igualdade humana, visando à democracia e descartando os regimes autoritários em prol da maioria. Em um contexto ideal, a legitimação deverá transcender, em última instância, os critérios de legalidade, expandindo-se em direção aos critérios axiológicos, fundados na justiça, razoabilidade, verdade e utilidade.

O importante será entender que o direito somente será legítimo, se desde a sua elaboração até a sua aplicação, possuir o respeito inegoci-

⁴ Para maior aprofundamento: Guimarães (2013).

⁵ Andrade (1997, p. 177-178) menciona que a legitimação pela legalidade, que marca o moderno poder penal, resulta da intervenção do direito na história do poder de punir, e representa uma transformação qualitativa associada ao monopólio da força física como sanção da ordem social e das relações privadas que corresponde ao surgimento e desenvolvimento do Estado Central moderno e de uma nova forma de legitimação do poder, onde o mesmo se intitula como Estado de direito, e o seu poder de punir se afirma como direito de punir (*jus puniendi*).

ável à dignidade humana, pautado nos princípios constitucionais, em especial da legalidade, que garantirá a origem e a clareza das normas e o da igualdade, cuja aplicação das decisões judiciais dar-se-á de forma igualitária. Desta forma haverá uma relação da democracia com o *jus puniendi*⁶.

O caminho oficialmente indicado para o alcance de tal objetivo passa necessariamente pela dogmática penal, definida como uma ciência normativa de dever ser, que garante direitos do indivíduo frente ao Estado, tendo como objeto o direito penal e o respaldo na legislação penal vigente. Logo, através desta são definidos os pressupostos para a incriminação de condutas, suas diferenciações típicas, as causas que elidem a antijuridicidade de uma conduta típica, as espécies de pena, seu modo de aplicação, entre outras medidas para assegurar uma justa e segura aplicação das normas penais.

Entretanto, para se assegurar a paz, a segurança e a possibilidade de convivência social harmônica é necessária a elaboração de uma legislação penal que, desde o seu nascedouro, se utilize de meios idôneos e legítimos – precipuamente no processo legislativo – para o alcance dos fins previamente justificados, visando disciplinar o modo como o direito punitivo será aplicado.

Ratifica-se, assim, que o Estado possui, indiscutivelmente, o direito de punir, sendo obrigatória, entretanto, a utilização minuciosa dos princípios constitucionais que norteiam a aplicação da lei penal, sob pena de não observar rigidamente tais princípios, se afastar dos argumentos que dão base à fundamentação do *jus puniendi* e, conseqüentemente, como está a acontecer hodiernamente, ter contestada sua aplicação perdendo, pois, legitimidade⁷.

A Criminologia Crítica tem chamado a atenção para tal fato, posto que, o que tem se observado de há muito é uma desigual aplicação do Direito Penal, ambiente no qual o status de criminoso encontra-se distribuído de forma desigual, ou seja, as prisões estão na sua grande maioria ocupadas pelos componentes dos setores sociais menos favorecidos.

⁶ Sobre o tema: Ferrajoli (1997), (2002) e Yacobucci (2000).

⁷ Sobre o tema, ver detalhadamente, Freire Júnior e Miranda (2009). Ler, também, Silva Sánchez (2002) que aborda a temática da legitimidade frente à expansão do Direito Penal.

Na visão de Baratta (2013, p. 162), o direito penal não defende todos os cidadãos, mas somente os bens essenciais a determinados interesses, fazendo-o de forma desigual. A lei penal não atua de forma igual para todos, e o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos. Logo, o Direito Penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência⁸.

Neste mesmo diapasão, Zaffaroni (2013, p. 60) destaca que a grande maioria dos denominados “delinquentes” pertencem às classes sociais menos favorecidas, estando as prisões, na sua maioria, composta por pobres, ou seja, indica que existe um processo seletivo no qual se determinam os “delinquentes” e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais.

Em uma perspectiva ampla, a doutrina crítica entende que o direito penal opera de forma seletiva em face dos interesses específicos dos grupos sociais que se encontram no ápice da pirâmide da sociedade, e assim o faz com o precípuo fim de reprimir e marginalizar os grupos sociais subalternos como meio de manutenção do poder e, conseqüentemente, do *status quo*.

Em suma, a mudança de paradigmas – da ideologia da defesa social para a Criminologia Crítica – desloca e redefine a criminologia, passando de um saber auxiliar do direito penal e interno, com a criminologia comportamental e da violência individual ao modelo integrado, crítico e externo, da violência institucional, que nos ensina que não se pode compreender o crime, a criminalidade e os criminosos sem compreender o controle social e penal que os constrói como tais, culminando numa criminologia da violência estrutural, que nos ensina a compreendê-los não apenas a partir da mecânica do controle, mas funcionalmente relacionada às estruturas sociais (o capitalismo, o patriarcado, o racismo...). A seletividade do sistema penal é revelada, assim, como classista, sexista e racista, que expressa e reproduz as desigualdades, opressões e assimetrias sociais. (ANDRADE, 2008, p. 22-23).

⁸ Andrade (2008) percebe a criminalidade como algo socialmente construído e que no centro da problematização estão os resultados sobre a secular seletividade estigmatizante (a criminalização da pobreza e da criminalidade de rua x imunização da riqueza e da criminalidade de gabinete) e a violência institucional do sistema penal, sobretudo da prisão, a inversão de suas promessas, a incapacidade de dar respostas satisfatórias às vítimas e suas famílias.

2.3 Direito Penal no Século XXI

O desafio do direito penal no Século XXI encontra-se não somente na busca pela aplicação justa e igualitária dos princípios basilares que o alicerçam, mas também no combate à falta de eficiência das leis penais a serem aplicadas, uma vez que possuem como ambientação teórica períodos passados da história do país, desta forma não atingindo os objetivos adequados às necessidades sociais atuais.

No âmbito da colisão de princípios⁹, o que se observa na jurisprudência das Cortes Superiores é que não existem direitos constitucionais absolutos, pois os mesmos deverão se conciliar conforme as circunstâncias do caso concreto e assim ao operador do direito cumprir tal valoração.

Destaca-se, também, a influência que a mídia exerce na construção de um direito penal seletivo, omitindo a ineficaz atuação do Estado quanto ao combate das desigualdades sociais e sua relação com o poder punitivo. A imprensa utiliza-se de meios de comunicação para ocultar a política de perseguição aos segmentos excluídos da sociedade, sendo estes setores vulneráveis e inaptos à sociedade de consumo.

Exerce ainda um papel de dominação e disseminação da insegurança como um todo, que tem como consequência o clamor pela coerção estatal, o imediatismo punitivo¹⁰, para com a classe menos favorecida. Alguns programas e notícias propagados pela mídia acabam sendo benevolentes com a seletividade penal e com a criminalização da classe pobre. Desta forma, os meios de comunicação são vistos como uma moderna ferramenta de dominação social, uma vez que (in) conscientemente impõe o que a população deve pensar e como reagir, criando um imaginário social da criminalização da pobreza e a necessidade de um Estado policial, em que a pena privativa de liberdade é vista como a única alternativa para o crime.

Em uma perspectiva criminológica, o Direito Penal, que se nos apresenta para o século XXI, aponta para o fato de que a disciplina criminologia está em segundo plano no ensino jurídico atual e a Criminologia Crítica detém pouco espaço no ensino da criminologia, sendo ela

⁹ Sobre colisão de princípios no âmbito penal, cf. Guimarães e Matos (2014).

¹⁰ Morselli (1997) destaca que: "...diante de um delito, surge na sociedade uma profunda exigência de represália, voltada a desencadear sobre o réu as cargas agressivas suscitadas pela frustração derivada do alarme social ou seletivo".

imprescindível para a análise do fenômeno punitivo hodierno. Ensinar criminologia é criar uma consciência jurídica crítica e responsável, capaz de transgredir as fronteiras da zona de conforto do penalismo adormecido na labuta técnico-jurídica; capaz de inventar novos caminhos para o enfrentamento das violências (individual, institucional e estrutural)¹¹.

De acordo com Baratta (2011, p. 160), duas são as etapas principais do itinerário que conduziu ao desenvolvimento da sociologia criminal à criminologia crítica. Em primeiro lugar, o deslocamento do enfoque teórico do criminoso para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio. Em segundo, o deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a “realidade social” do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas às definições de desvio e de criminalidade e os processos de criminalização.

Historicamente, e ainda figurando como contribuições teóricas vigentes, em uma ordem cronológica, a Escola Clássica pode ser citada como um conjunto de ideias próximas, uma vez que a responsabilidade penal se fundamenta no livre-arbítrio e será pautada nos mandamentos legais. Em contraposição a Escola Positiva¹², dirige sua atenção para um direito penal do autor sob a perspectiva de descobrir os sintomas do indivíduo que cometeria crimes, não se preocupando em por em foco o ilícito em si, e na qual sobrelevaria a essência de uma “racionalidade classificatória”.

A Criminologia Crítica chama a atenção para o fato de que uma grande parte da doutrina, como já dito, ainda adere ao posicionamento destas grandes correntes teóricas acerca do controle social elaboradas em séculos passados, embora com a nova denominação de realismo de direita, outrora ideologia da defesa social. A Ideologia da Defesa Social transmite a ideia de um estado ideal, em que tudo parece se encaixar de modo perfeito e cujos personagens nunca se afastam do que seja desejado, deixando apenas para uma minoria, os desviados, tal tipo de violação.

¹¹ Sobre o tema, Andrade (2008).

¹² Segundo Schecaira (2013, p. 118), para a criminologia os positivistas trazem as principais contribuições com a criação de uma ciência multidisciplinar que congrega diversas formas de conhecimento em que se afirmaram a antropologia, a sociologia, a fisiologia, a psiquiatria criminal, dentre outras.

Em oposição a tal posicionamento teórico, o *Labeling Approach* surge como uma alternativa teórica crítica e tem por foco principal a indagação aos postulados formulados com base na Ideologia da Defesa Social. Os indivíduos não nascem com predisposição para praticar delitos e sim são selecionados através de diversos e complexos processos de interação social, que são constituídos desde a criação legislativa dos tipos penais até a atuação dos órgãos que compõem o sistema penal de controle social, além do próprio olhar social sobre o fenômeno, de cunho absolutamente estigmatizante¹³.

Diante da alteração do enfoque biopsicológico para o macrosociológico, o Direito Penal passa a ser um instrumento de controle social a serviço das classes que detêm o poder político e econômico, fazendo com que somente determinadas pessoas de determinados estratos sociais, em sua quase totalidade, sejam alcançadas pelo Sistema Penal. Assim, o Direito Penal é visto como o principal instrumento de controle das massas miseráveis geradas pelo sistema de produção capitalista, no qual a concentração exacerbada de renda acaba por gerar excessiva exclusão social.

Entretanto, com tal desvio de função, o sistema penal acaba por cumprir uma função substancialmente simbólica, vez que a sustentação do poder político e econômico está em primeiro plano, ficando o controle social formal absolutamente prejudicado, com consequências nefastas para a segurança pública¹⁴.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Elaborada acima uma apertada síntese sobre a cronologia do desenvolvimento das escolas e, conseqüentemente, das ideias penais, insta detalhar um pouco mais a base teórica sobre a qual se erige o conhecimento produzido pelo realismo de direita, outrora ideologia da defesa social, com o objetivo de melhor explicitar o pensamento que permeou e ainda permeia a maior parte do arcabouço teórico produzido para fundamentar e legitimar a existência e aplicação do Direito Penal.

¹³ Para maior aprofundamento, ver Guimarães (2013).

¹⁴ Cf. Zaffaroni (2013).

Tais ideias, em maior ou menor grau, sustentam-se em seis princípios basilares, sendo eles: princípio da legitimidade, princípio do bem e do mal, princípio da culpabilidade, princípio da finalidade ou da prevenção, princípio do interesse social e delito natural e, finalmente, princípio da igualdade.

Importante lembrar que todos os atos de poder, oriundos de entes legalmente constituídos, pressupõem um discurso de convencimento – os fundamentos do poder – que produza a aceitação daqueles para quem tais atos são dirigidos e assim alcancem legitimidade.

Na seara do direito de punir é cristalino o objetivo das teorias produzidas com essa finalidade, se configurando Baratta (2011) como o autor que melhor descortinou o assunto agora estudado, senão vejamos:

3.1 Princípio da Legitimidade

O Princípio da Legitimidade defende ser o Estado o ente que detém o poder legítimo¹⁵ para atuar no sistema penal, coibindo a criminalidade em conformidade com a lei e tendo como objetivo reafirmar os valores e as normas sociais¹⁶. Suas instâncias oficiais de controle social são: Poder Legislativo, Polícia, Ministério Público, Magistratura e Instituições Penitenciárias.

3.2 Princípio do bem e do mal

Os dois princípios opostos do Bem e do Mal têm como base o dualismo do filósofo grego Maniqueu, que dividia o mundo entre o Bom, ou o Deus, e o Mau ou o Diabo. Desta forma, o delito e o delinquente seriam a reprodução do mal e causadores do dano para a sociedade. A sociedade, por sua vez, representa a reprodução do bem, quando harmonicamente

¹⁵ Bobbio (2010), sobre legitimidade do Estado, ensina que: “[...] é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como aspiração, e que um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que tornar ela o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, isto é, na medida em que consegue se aproximar à idéia-limite da eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais.”

¹⁶ O pensamento sobre legitimidade do Estado deve ser estudado, em profundidade, nos autores clássicos, dentre os quais destacamos: Hobbes (2006) e Locke (1994).

constituída. O intuito é a existência de um controle do mal, ou seja, da criminalidade, em favor do bem, da sociedade.

3.3 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade provém de um ato desviante, se constituindo em uma atitude previamente reprovável pela sociedade, pois contraria os valores e as normas estabelecidas. Tais valores e normas são denominados bens jurídicos e devem encontrar sua primeira proteção em sede constitucional. A culpabilidade se origina de uma atitude interior do autor do delito que é consciente de que a sua ação é contrária à sociedade¹⁷.

De acordo com Zaffaroni (2013, p. 539-540), o conceito geral de culpabilidade é a reprovabilidade do injusto ao autor, ou seja, será culpável a conduta típica e antijurídica não motivada na norma quando podia e lhe era exigível que o fizesse, atuando o autor, assim, contrário ao direito.

Em uma perspectiva dogmática, da Teoria do Crime, serão três, portanto, os requisitos para que uma conduta seja considerada criminosa: o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. A culpabilidade, por sua vez, seria formada por outros três componentes: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigência de conduta diversa¹⁸.

3.4 Princípio da finalidade ou da prevenção

Este princípio está intimamente relacionado às teorias da pena, englobando as funções de retribuição e prevenção do crime, uma vez que ao ser violado o preceito primário, aplicar-se-á o preceito secundário da norma penal, que se consubstancia como forma de sanção penal. Desta forma, servirá de contramotivação ao comportamento criminoso diante da sua intimidação (prevenção geral negativa), sendo considerada uma sanção abstrata, enquanto a reinserção (prevenção especial positiva) do infrator no meio social será a concreta¹⁹.

¹⁷ Sobre culpabilidade, em profundidade, ver Roxin (1981).

¹⁸ Maior aprofundamento em Gomes e Molina (2007).

¹⁹ Sobre as funções das penas, em profundidade, ver Guimarães (2007).

3.5 Princípio do Interesse Social e do Delito Natural

Os delitos naturais são aqueles tipificados no código penal, previamente conhecidos e reprovados pela sociedade, uma vez que representam ofensas aos interesses fundamentais essenciais e conseqüentemente à sua harmônica existência. Portanto, as leis penais dos Estados civilizados protegem os interesses comuns de todos os cidadãos. Em contrapartida, os delitos artificiais estão representados em uma pequena parcela dos fatos puníveis, sendo eles os de violação dos arranjos políticos e econômicos, de acordo com interesses segmentados. Tanto os delitos que são oriundos dos costumes e tradições culturais como aqueles que são criados pelo legislador, em uma perspectiva mais técnica, representam bens jurídicos penais²⁰.

3.6 Princípio da Igualdade

A legitimação do direito penal e, conseqüentemente, a sua fundamentação têm como base os princípios da legalidade e da igualdade²¹, sendo o principal objetivo deste a aplicação igualitária das decisões judiciais, provendo a sociedade de segurança jurídica.

Segundo tal princípio, a lei penal quando violada por uma minoria desviante e conseqüentemente gerando o ato criminoso, será igualmente aplicada, de forma a ser observada a neutralidade e a imparcialidade da legislação perante o autor do delito²².

4 CRÍTICAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Os princípios constitucionais penais, acima expostos, e que dão base à ideologia da defesa social, quando analisados pelas teorias socio-

²⁰ Ashworth (2009, p. 67, tradução nossa) adverte que na questão da criminalização, “os interesses dos poderosos, portanto, são os que provavelmente prevalecerão”.

²¹ Grinover (2008), sobre o princípio da igualdade, destaca que: “... a aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial. Lembre-se, ainda, que no processo penal o princípio da igualdade é atenuado pelo favor rei, postulado básico pelo qual o interesse do acusado goza de prevalente proteção, no contraste com a pretensão punitiva.”

²² Estudo mais detalhado sobre o princípio, ver Ikpa (2007).

lógicas contemporâneas deparam-se com elementos críticos inerentes a cada um deles, principalmente, no que se refere à criminalidade. Estas teorias, denominadas teorias do conflito, estão inseridas, em especial, no campo da sociologia criminal, com uma acentuada aproximação à criminologia “crítica”, de inspiração marxista, e que se contrapõem incisivamente às teorias liberais clássicas dos séculos precedentes, se caracterizando por uma atitude racionalista, reformista e, geralmente, progressista.

O novo enfoque das teorias sociológicas fez ruir a linearidade com que eram aceitos os princípios básicos da ideologia da defesa social, deslocando o foco de análise do fenômeno criminal. Deslocou-se o objeto de estudo do sujeito criminalizado para o sistema penal e os seus processos como um todo, e em especial para o sistema da reação social ao desvio. Desta forma, ganharam forças várias vertentes críticas, como a Teoria da anomia, das subculturas criminais, do interacionismo simbólico, da criminologia da reação social – *labelling approach* (Teoria do etiquetamento) –, etc. que numa perspectiva ampla, fazem parte do gênero Criminologia Crítica.

O ponto chave dessa virada paradigmática é a análise dos conflitos de classe e das contradições específicas que caracterizam a estrutura econômico social das relações de produção no âmbito do sistema de produção capitalista.

Desta forma, os teóricos críticos se preocuparam em desconstruir a base principiológica sobre a qual se erigiu o pensamento clássico que atribuiu ao Direito Penal a tarefa de defesa da sociedade, críticas estas sintetizadas por Baratta (2011). Tal desconstrução vem a seguir exposta.

4.1 Negação do Princípio de Legitimidade

A negação ao princípio de legitimidade²³ é representada pelas teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, com raízes na doutrina freudiana da neurose e na sua aplicação, no que se refere à explicação do comportamento criminoso. Tais teorias colocam em dúvida a legitimação do

²³ Andrade (1997, p. 181), sobre o princípio da legitimidade, destaca que: “... a legitimidade do sistema penal requer não apenas sua operacionalização no marco da programação normativa (exercício racionalizado de poder), mas também o cumprimento dos fins socialmente úteis atribuídos ao Direito Penal é à pena (programação teleológica).”

direito de punir, visto que, em última instância, o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável do meio social.

Baseado no “delito por sentimento de culpa” de Freud, Theodor Reik funda uma teoria psicanalítica do direito penal baseado no efeito catártico da pena e no processo de identificação da sociedade com o delinquente, colocando as concepções retributiva e preventiva como racionalizações de fenômenos que fundam suas raízes no inconsciente da psique humana.

De acordo com Franz Alexander e Hugo Staub, a punição representa uma defesa e um reforço do superego, dando ênfase aos mecanismos sociopsicológicos, pois no delinquente irá contrabalançar a pressão dos impulsos reprimidos.

A obra de Reiwald teve o seu momento central da interpretação psicanalítica da reação punitiva com a teoria do delinquente como bode expiatório, tendo suas raízes na análise freudiana do mecanismo de projeção, em que a sociedade punitiva, ao identificar o mal no sujeito delinquente, transfere para ele, com a aplicação da pena, as próprias tendências agressivas ou, até mesmo, criminosas.

Inúmeros foram os escritos que objetivaram comprovar a importância dos comportamentos desviados para o fortalecimento da coesão social, linha teórica que posteriormente foi retomada por Emile Durkheim²⁴ e que desemboca atualmente nas concepções que levantam as questões dos comportamentos desviados outrora criminalizados e que atualmente recebem proteção legal, como no caso do homossexualismo.

Convém ressaltar, entretanto, que a função crítica realizada por tais teorias não conseguiram superar os limites fundamentais da criminologia tradicional, pois as mesmas orientam a própria análise sobre as funções punitivas sem mediar esta análise com aquela do conteúdo específico do comportamento desviante, do seu significado dentro da histórica determinabilidade das relações socioeconômicas.

Portanto, a negação deste princípio baseia-se no fato de que o comportamento delituoso está inserido no mecanismo psicossocial e, desta forma, não tem o intuito de negar os valores e as normas legitimadas pelo meio social, mas visa manter a sociedade de forma coesa, negando a si própria a sua identificação com o criminoso, ao punir.

²⁴ Sobre o tema, ver Tonry (2011).

4.2 Negação do Princípio do bem e do mal

A negação deste princípio é proveniente da teoria estrutural-funcionalista da anomia²⁵ e da criminalidade, sendo posterior às teorias psicanalíticas e representando a virada em direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea. Sua origem deu-se em uma revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica. A realização desta teoria é oriunda nas obras clássicas de Emile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton.

Sob o prisma desta teoria, o crime faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social, sendo visto como um comportamento natural e necessário na formação da sociedade, ou seja, será o crime considerado um fenômeno “normal” para o desenvolvimento estrutural da vida social quando ocorrer dentro de determinados limites quantitativos e qualitativos. Entretanto, será negativo se ultrapassar tais limites das funções psicossociais, sendo considerado um obstáculo para a existência e o desenvolvimento social, e assim denominado como anomia.

O paradoxo desta teoria fundamenta-se na normalidade do delito, que irá provocar e estimular a reação social, estabilizando o sentimento coletivo e sustentando a aceitação às normas pela sociedade; além da funcionalidade do delito, sendo o mesmo visto como a antecipação da moral futura.

A teoria funcionalista da anomia desenvolvida por Merton, também contrária à concepção patológica, representa uma etapa essencial para a sociologia criminal contemporânea. Será considerado como normal o comportamento desviante que estiver dentro de certos limites qualitativos, na desproporção entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos à disposição do indivíduo para alcançá-los. Assim, não serão aceitas elevadas discrepâncias entre as normas e os fins culturais, ou seja, o nível crítico da anomia.

Da relação entre os fins culturais e os meios institucionais resultou a classificação dos cinco modelos de “adequação individual”, que

²⁵ Schecaira (2013, p. 314) evidencia que a teoria da anomia contribuiu para o direito penal na concepção de pena funcional, tendo as seguintes manifestações: como meio de intimidação individual se dirige ao delinquente ocasional; como instrumento de reinserção social, ao delinquente habitual corrigível; e, como mecanismo de neutralização, ao delinquente incorrigível.

se baseou nas divergentes respostas individuais que o sujeito fornece de acordo com os seus valores, posição que ocupa na sociedade e cumprimento das normas estabelecidas, gerando uma tensão entre a estrutura social e os valores culturais. O comportamento criminoso típico corresponde ao modelo da inovação, tendo um desequilíbrio por existir maior adesão aos fins culturais em detrimento ao respeito aos meios institucionais. Sua ênfase é dada aos estratos sociais menos favorecidos.

As teorias das subculturas criminais fazem uma crítica à teoria estrutural funcionalista de Merton com destaque para o fato de que ao integrar a criminalidade de colarinho branco no esquema do desvio inovador, não se pode considerar uma falta de interiorização das normas institucionais, diante das limitações de acesso aos meios legítimos para obtenção do fim cultural, uma vez que tais indivíduos são pertencentes aos grupos econômicos mais avantajados e poderosos. Logo, esta criminalidade permanece como um corpo estranho na construção original da teoria de Merton.

Desta forma, embora tenham representado um grande avanço, estas teorias acabaram por criar uma ideologia estabilizadora estigmatizante da criminalidade às classes sociais menos favorecidas da sociedade.

4.3 Negação do Princípio da Culpabilidade

A negação do princípio da culpabilidade²⁶ é proveniente da teoria das subculturas criminais, tendo na desconformidade com relação às normas sociais o seu ponto inicial. A reação de minorias desfavorecidas e a sua tentativa de se adequarem no meio social, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir de que dispõem, constituem as subculturas criminais²⁷.

Dentre tais teorias a “teoria das associações diferenciais” pauta seus estudos na crítica à delinquência de colarinho branco, ou seja, ao comportamento criminoso que tem como embasamento as condições

²⁶ Andrade (1997, p. 205), sobre a negação do princípio da culpabilidade, destaca que: “... transcende o poder de decisão do indivíduo e, portanto, sua responsabilidade moral, o fato de participar ou não de uma determinada subcultura e, em consequência, de aprender um determinado sistema de valores ou ainda determinados comportamentos desviantes ou “técnica de neutralização” alternativas aos critérios oficiais de comportamento e de valoração.”

²⁷ Sobre o assunto, obrigatória a leitura de Wacquant (2011).

econômicas mais favorecidas, as psicopatológicas ou sociopatológicas. A Associação Diferencial não concorda com as generalizações na explicação da criminalidade e destaca que as teorias gerais do comportamento criminoso não explicam corretamente a criminalidade de colarinho branco. O seu objetivo foi impulsionar a teoria da criminalidade para modelos explicativos que enfrentam diretamente o problema das causas sociais das diversas associações diferenciais e de sua qualidade.

Outra vertente de estudos das subculturas criminais analisa a subcultura dos bandos juvenis, que representa a solução de problemas de adaptação, na qual a cultura dominante não oferece soluções satisfatórias. As suas razões de existência são individualizadas, reportando a atenção às características da estrutura social e desta forma, induzindo os adolescentes da classe operária à incapacidade de adaptação ao meio social e gerando problemas que justificam a hostilidade e agressão contra as causas da própria frustração social²⁸.

As teorias das subculturas criminais negam que o delito seja proveniente de uma atitude contrária aos valores e normas sociais gerais, pois considera que a sociedade é dividida por diversos grupos ou subculturas com valores e normas específicas. Por intermédio de mecanismos de interação e de aprendizagem, no interior destes grupos, são determinados os seus códigos de valores, pautando a conduta de todos os seus componentes e a assimilação, inclusive as delituosas. Assim, o comportamento criminoso está relacionado ao código de valores pertencente àquela subcultura e aos seus integrantes. Portanto, o peso específico da escolha individual ou da determinação da vontade, como também o dos caracteres naturais da personalidade, é muito relativo.

4.4 Negação do Princípio do fim ou da prevenção

Representando um grande avanço, as teorias da “reação social”, do etiquetamento ou *labeling approach*, têm como direcionamento de estudo para compreender a criminalidade, o efeito estigmatizante da atividade criminosa e as reações das instâncias oficiais de controle social, tendo como ponto de partida as normas abstratas. O centro da análise encontra-se na ação do sistema penal, em que as reações sociais irão de-

²⁸ Sobre a cultura do controle, em definitivo, ver Garland (2008).

clarar a atuação no nível primário, com o Poder Legislativo e secundário, com as agências de controle social.

A orientação sociológica em que se situa o *labeling approach* tem como base duas correntes estreitamente ligadas entre si, sendo elas: o interacionismo simbólico, que remonta à psicologia social e à sociolinguística, com orientação em Mead, e a etnometodologia, inspirada pela sociologia fenomenológica de Schutz. Conforme a primeira corrente, a realidade social compõe-se por infinitas interações concretas entre os seus indivíduos. Para a segunda, a sociedade é produto de uma construção social obtida por um processo de definição e tipificação pelos indivíduos e grupos diversos. Assim, o desvio inerente à realidade social é visto nestes processos, a partir do comportamento do indivíduo até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.

A nova sociologia criminal do *labeling approach* se distingue da criminologia tradicional, em especial, na consciência crítica com a nova concepção do objeto da investigação criminosa e do seu problema, ou seja, na criminalidade e no criminoso²⁹. Na metodologia de formação do conhecimento criminológico, os interacionistas, ao contrário dos criminólogos tradicionais, examinam problemas do tipo “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”.

A pesquisa dos teóricos do *labeling approach* é constituída de dois campos de investigação, sendo eles: o estudo da formação da identidade desviante e seus efeitos como o desvio secundário ou aplicação da etiqueta de criminoso ou de doente mental realizado pelas agências oficiais; a busca por definição da constituição do desvio e pela distribuição do seu poder, ou seja, o estudo das agências de controle social³⁰.

Na corrente da identidade e das carreiras desviantes, a primeira direção da pesquisa se deteve, em especial, sobre os efeitos da estigmatização na formação do *status* social de desviante, tendo como consequência da aplicação da sanção uma decisiva mudança na identidade social do

²⁹ Schecaira (2013, p. 315) conclui que o delinquente apenas se distingue do homem normal devido à estigmatização que sofre, particularmente aquela decorrente do recolhimento às chamadas instituições totais, em especial a prisão.

³⁰ Um estudo clássico sobre o tema pode ser encontrado em Olmo (1973).

indivíduo. Para um melhor entendimento da teoria do desvio baseada na perspectiva da reação social, Lemert distinguiu delinquência primária da secundária, de modo a mostrar que a mudança na identidade social do indivíduo estigmatizado faz com que este apresente a tendência de permanecer no papel social introduzido por tal etiquetamento, ou seja, incorpora a personalidade criminosa.

Deste modo, destaca que os principais problemas da teoria da criminalidade se sustentam nos seguintes pontos: como surge o comportamento desviante, e como os atos desviantes são ligados simbolicamente, e as consequências efetivas desta ligação para os desvios sucessivos por parte da pessoa.

Assim sendo, coloca-se em dúvida o princípio do fim ou da prevenção, e em especial, a concepção reeducativa da pena. A identidade desviante proveniente do processo de criminalização, em especial nas penas detentivas, será constante na vida social do sujeito autor do crime, não existindo a possibilidade de reeducação deste, mas com grandes oportunidades de continuidade na vida do crime³¹.

4.5 Negação do Princípio da Igualdade

A sociologia criminal e moderna, como já dito, tiveram como ponto de partida para aprofundamento de seus estudos os mecanismos de reação e de seleção da população criminosa, com os seguintes campos de investigação: a criminalidade do colarinho branco; a cifra oculta da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais oficiais³², fatores definitivos para a confrontação ao Princípio da Igualdade.

A criminalidade de colarinho branco seria aquela na qual setores privilegiados da sociedade, pertencentes aos estratos mais altos da pirâmide social, cometeriam crimes – principalmente econômicos e financeiros – com uma profunda ligação funcional com a estrutura social, se caracterizando, também, pela escassa medida em que a criminalidade neste setor, por pessoas colocadas em posição de prestígio social, frise-se, são alcançadas pelo sistema penal.

³¹ Sobre a crítica às Teorias da Pena, em profundidade, ver Guimarães (2007).

³² Andrade (1997, p. 201), sobre a negação do princípio da igualdade, menciona que: “...segundo a definição sociológica, a criminalidade, como em geral o desvio, é um *status* social que caracteriza ao indivíduo somente quando lhe é adjudicada com êxito uma etiqueta de desviante ou criminoso pelas instâncias que detêm o poder de definição.”

Com a análise dos dados estatísticos da distribuição da criminalidade nos estratos sociais, com clara concentração nos crimes cometidos pelos menos favorecidos e com a mínima representação nos estratos superiores, apesar de ser comprovadamente alta a incidência de crimes econômicos e financeiros, por exemplo, observa-se uma distorção nos dados oficiais apresentados e, conseqüentemente, uma alta taxa de cifra oculta da criminalidade em relação aos crimes de colarinho branco. Desta forma, tem-se um quadro falso da distribuição da criminalidade entre os grupos sociais, incidindo o controle social formal basicamente sobre os crimes de rua, na maior parte tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio, influenciando, definitivamente, em uma ação seletiva dos órgãos oficiais afetos à segurança pública.

Deste modo, questiona-se a real frequência e a distribuição do comportamento desviante penalmente perseguível em determinada sociedade, com o intuito de demonstrar que a criminalidade não está ligada ao comportamento de uma restrita minoria, mas de largos estratos sociais³³.

O deslocamento da análise das “meta-regras” do plano normativo da metodologia jurídica para um plano objetivo sociológico, não se limita às regras ou aos princípios metodológicos, mas se transforma de acordo com as leis e com os mecanismos que atuam na mente do intérprete (agências oficiais, juízes), ou seja, conforme os mecanismos e estruturas objetivas da sociedade que se baseiam na relação de poder (propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção. Desta forma, será pressuposto para os fins de uma explicação sociológica da divergência entre a delinquência reconhecida e latente.

Seguindo tal corrente de pensamento, percebe-se a criminalidade, enquanto realidade social, como uma qualidade instituída pelos juízes ou tribunal a determinados indivíduos através de sentenças que alteram o *status quo* do imputado. Desta forma, a criminalidade não existe na natureza, mas é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação. A seleção da população carcerária³⁴, tendo

³³ Para maior domínio do tema, necessária a leitura de Christie (2009).

³⁴ Schecaira (2013, p. 119) menciona como erro dos positivistas da corrente determinista que: “[...] os mecanismos seletivos já tinham atuado, exercendo seu papel de seleção da clientela que viria a ser identificada com algumas características pessoais, quando estas já foram determinantes para a seleção pelo sistema punitivo.”

como análise a perspectiva macrosociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, tem como maioria, nos países da área do capitalismo avançado, o público-alvo das classes economicamente mais débeis. Assim, observa-se o mecanismo de antagonismo e de poder com desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos como possível gerador de tais fenômenos.

Apesar de inúmeras críticas, observa-se que as teorias da criminalidade, com base no *labeling approach*, conduziram a resultados irreversíveis que abalaram os fundamentos da ideologia tradicional. O princípio da igualdade foi colocado em discussão, questionando-se como pode o Direito Penal ser aplicado igualmente se determinados grupos de poder, além de criar e aplicar a lei penal, ainda utilizam-se de mecanismos seletivos, nos quais a estratificação e o antagonismo entre os grupos sociais possuem uma influência fundamental. É bom que se ressalte que tal crítica estende-se aos demais princípios como: legitimidade, interesse social e delito natural.

4.6 Negação do Princípio do Interesse Social e do Delito Natural

Partindo do entendimento segundo o qual os interesses protegidos pelo Direito Penal são considerados comuns a toda sociedade, este princípio³⁵ determina que as ações positivadas como delitivas, em sua maioria, até mesmo por uma questão cultural, são reprovadas por toda a sociedade e que a punição de determinados arranjos políticos e econômicos representaria apenas uma pequena parte dos delitos.

Desta forma, a negação a tal princípio ocorre pela teoria da reação social ou do etiquetamento (*labeling approach*), em que o desvio, com a sua qualidade criminosa, é visto como uma realidade construída mediante as definições e as reações sociais, sendo a criminalidade um status social atribuído através de processos (informais e formais) de definição e mecanismos (informais e formais) de reação.

³⁵ Andrade (1997, p. 202), sobre a negação deste princípio, destaca que: "...na origem do processo de criminalização primária (gênese da lei penal) e secundária (aplicação da lei penal) não residem interesses fundamentais para uma determinada sociedade ou diretamente para toda sociedade civilizada, mas interesses dos quais são portadores os grupos que detêm o poder."

As teorias conflituais da criminalidade, com uma perspectiva macrossociológica, negam o princípio do interesse social e do delito natural, pois afirmam que os interesses comuns a todos os cidadãos não são os protegidos pelo direito penal; a realidade social é criada pelo processo de criminalização. Desta forma, a criminalidade e todo o direito penal terão sempre natureza política. Esta teoria parte de uma teoria geral da sociedade, em que o modelo de conflito é fundamental e o objeto de sua polêmica era a teoria estrutural-funcionalista, então dominante na sociologia liberal, pois estudavam os sistemas sociais sob o ponto de vista de sua estabilização e conservação, negando a objetividade dos contrastes de classe. As críticas do estrutural-funcionalismo torna-se um tema central tanto para a sociologia alternativa de inspiração marxista quanto para a sociologia liberal, em especial, na metade dos anos 50, quando iniciam as mudanças nas condições político-econômicas³⁶.

Assim sendo, as Teorias do Conflito afirmam que há uma precedência lógica dada ao processo de criminalização sobre o comportamento criminoso, precedência esta que está intimamente relacionada aos interesses e à atividade dos grupos sociais em conflito. Logo, deixam clara, a existência do caráter político que assume todo o fenômeno criminal.

Em suma, criminalização, comportamento criminalizado e pena são aspectos de um conflito que se resolve mediante a instrumentalização do direito e do Estado, encontrando-se o cerne do problema no poder de definição, fundamentalmente na organização social e política dos valores estabelecidos ou das definições do que e de quem define o crime e o criminoso.

Neste sentido, o crime é visto como um comportamento político e o criminoso como um membro de um grupo minoritário, cujos membros não têm influência pública suficiente para dominar e controlar o poder de polícia do Estado.

5 CONCLUSÃO

Do que exposto nas correntes teóricas pesquisadas, apresentamos as seguintes conclusões:

³⁶ Vasta bibliografia sobre o tema pode ser encontrada em Newburn (2009).

- 1 O estudo da punição no âmbito do Estado Democrático de Direito deve ser realizado através da análise dos princípios constitucionais que norteiam o direito penal, sob as seguintes perspectivas: a reflexão sobre os fundamentos e a legitimação do direito de punir, sobre o conteúdo teórico dos princípios constitucionais penais em confronto com sua aplicabilidade concreta, assim como e, conseqüentemente, sobre as críticas a estes referentes.
- 2 Os princípios constitucionais reitores do Direito Penal não possuem sua efetiva aplicabilidade devido ao fato de o hodierno Estado Democrático de Direito ser um instrumento de controle social utilizado pelos detentores do poder com o objetivo único de se manter no controle das esferas política e econômica.
- 3 De acordo com esta pesquisa, o perfil do preso nas sociedades do capitalismo avançado se configura por aqueles que estão fora da sociedade de consumo, uma vez que nos encontramos em uma sociedade fortemente influenciada por um sistema globalizado, pela força persuasiva da mídia, que ao impor seus interesses econômicos, provoca um desequilíbrio social, deixando para o controle penal a responsabilidade para resolver tal questão.
- 4 Dessume-se, portanto, diante dos aspectos apresentados, que muitas são as complicações acerca da realidade prática em que se insere o Direito penal. As desigualdades sociais visualizadas geram uma série de desvios na aplicação das leis punitivas, a maioria deles sendo relacionados com a rotulação de criminosos e a seletividade nas punições aplicadas.
- 5 Por fim, importante ressaltar que tais dificuldades não invalidam a real importância do estudo e discussão dos aspectos inerentes ao tema proposto, haja vista que tal discussão é fundamental para que ocorra a real efetivação dos Princípios Constitucionais concernentes ao Direito Penal na prática criminal, bem como para que se estimule a criação de políticas públicas maciças direcionadas à mudança da realidade, visando a abolição das desigualdades sociais geradoras das arbitrariedades no sistema penal hodierno e traçando diretrizes que tornem efetivos os princípios constitucionais regentes do Direito de punir e conduzam à aplicação justa, proporcional e igualitária da legislação penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 336 p.

_____. Porque a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico?. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=1168>>. acesso/rfduerj/article/view/4894>.

ASHWORTH, Andrew. **Principles of criminal law**. 6 th. London: Oxford University Press, 2009. 536 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2011. 254 p.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 207 p.

_____. **Dicionário de política**. 13.ed. UNB, 2010. 1318 p. v. 2.

BARROS FILHO, José. **Criminologia e modos de controle social no Maranhão no início do século XX**. São Luís: FAPENA, 2013. 177 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CHRISTIE, Nils. A suitable amount of crime. In: KEY Readings in Criminology. Devon, UK: Willan Publishing, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GARLAND, David. **A Cultura do controle**: crime e ordem social na Sociedade Contemporânea. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. 438 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 384 p.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 350 p.

_____. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal**. A defesa do Estado Democrático no âmbito Punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 286 p.

_____. Reflexões acerca do controle social formal: rediscutindo os fundamentos do direito de punir. Jun. de 2013. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v.1, n.23, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4894>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

_____. MATOS, Sanny Marrone C. **Da colisão de princípios no âmbito do regime disciplina diferenciado – RDD**. Rio de Janeiro: Barra Livros, 2014. p. 97-124.

GOMES, Luis Flávio; PABLOS DE MOLINA, Antonio García. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.2, 942 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. 519 p.

IKPA, Tina S. Balancing restorative justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. **Journal of Law and Policy**, v. 24, p. 301-305, 27 mar. 2007. Disponível em: <law.wustl.edu/journal/24/ikpa.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2015.

LOCKE, JOHN. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MORSELLI, Êlio. A função da pena à luz da moderna criminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n.19, p-39-46, jul./set. 1997.

NEWBURN, Tim (Org.) **Key readings in criminology**. London: Willan Publishing, 2009. 908 p.

OLMO, Rosa del (Org.). **Estigmatización y conducta desviada**. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas, 1973. 261 p.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Réus, 1981. 200 p.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 336 p.

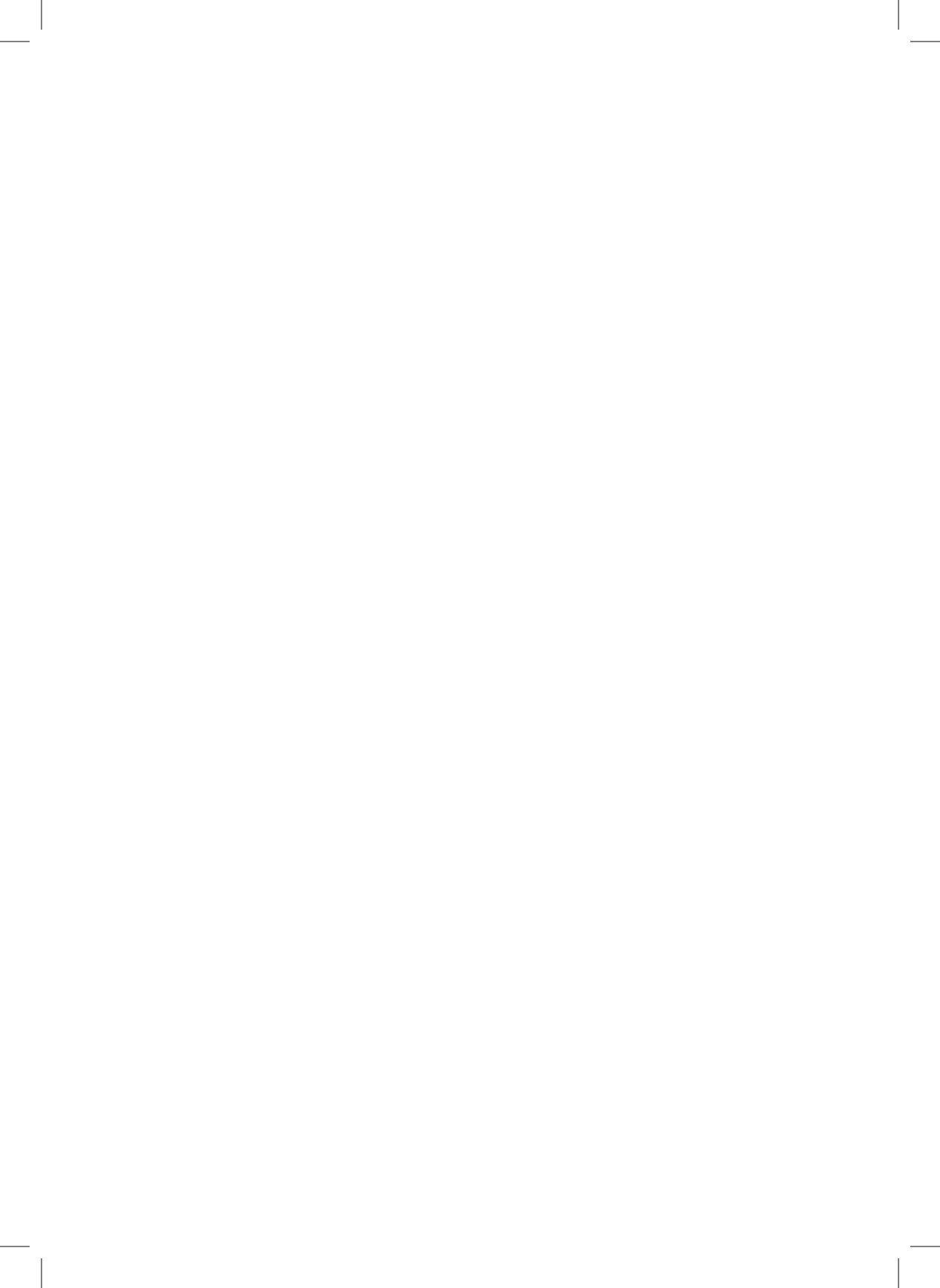
SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luís Olavo de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 151 p.

TONRY, Michael. **Why Punish? How much? A reader on punishment**. Oxford: Oxford University Press, 2011. 433 p.

WACQUANT, Loic. From slavery to mass incarceration: rethinking the “race question” in the USA. In: TONRY, Michael. **Why Punish? How much? A reader on punishment**. Oxford: Oxford University Press, 2011. 433 p.

YACOBUCCI, Guillermo J. **La deslegitimación de la potestad penal**. Buenos Aires: Ábaco, 2000. 261 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 796 p.



PLEA BARGAINING NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O NOVO PARADIGMA TRAZIDO PELA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

*Alex Brunno Viana da Silva**

Resumo: O estudo realizado no presente trabalho tem como objetivo discutir sobre os aspectos processuais constitucionais-penais, sob o prisma de uma nova ótica. Um estudo realizado sobre a possibilidade de aplicação do instituto da *plea bargaining* no Brasil. Inicia-se o estudo com o surgimento do instituto da Justiça Consensual nos ordenamentos jurídicos mundiais, os seus efeitos, a semelhança com a transação penal aplicada no ordenamento jurídico pátrio com a lei 9.099/95. Superadas as preliminares discute-se a sua compatibilidade com os princípios constitucionais-penais, as modalidades de *plea bargain*, a relação com outros institutos despenalizadores.

Palavras-chave: *Plea Bargain*. Justiça Consensual. Lei 9.099/95. Lei 12.850/13.

Abstract: Research in this paper aims to discuss the constitutional-criminal procedural aspects from the perspective of a new approach. The applicability of the Institute of Plea Bargaining in Brazil. It begins with the study of the emergence of the Institute of Justice Consensus in the legal world, its effects; the similarity with the criminal transaction applied the national laws with the Law 9.099/95. Overcome foreplay discusses, it is discussed it's compatibility with the constitutional-criminal principles, the procedure for Plea Bargain, the relationship with other institutes as removing a penalisation.

Keywords: *Plea Bargain*. Consensual Justice. Law 9.099/95. Law 12.850/13.

* Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-Graduação pela Faculdade Damásio de Jesus. E-mail: alexviana09@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual pátrio tem passado por uma série de mudanças decorrentes dos avanços das relações sociais. De fato, é preciso adequar-se às decorrentes alterações sociais para tornar efetiva a ordem jurídica.

Nesse sentido, surgem no ordenamento instrumentos criados na tentativa de solucionar os conflitos, de maneira mais eficiente e justa, utilizando-se de técnicas de soluções de conflitos por meio da Justiça Consensual.

O atual Código de Processo Penal brasileiro é de 1941, ainda de caráter ditatorial e não se coaduna mais com a realidade processual em que se vive, tendo em vista que já não consegue acompanhar as evoluções dos litígios, mostrando-se cada vez mais ineficaz.

É nessa seara que surge a *Plea bargaining*, que pode ser definida como a negociação pela qual o acusado renuncia o seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo.

Tal instituto bastante inovador tem sofrido inúmeras críticas quanto à sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, por conflitar com vários princípios basilares do ordenamento pátrio, mas que vem sendo sutilmente acrescido à legislação brasileira.

O presente estudo pretende compreender os novos rumos da justiça negociativa, como novo método de resolução dos conflitos penais, tendo em vista que no campo civil já demonstra resultados satisfatórios, por tratar muitas das vezes de direitos disponíveis.

A pesquisa trata primeiramente de conhecer a origem da *Plea Bargain* (ou também *Plea Negotiation*), em que países ela é aplicada. Posteriormente o estudo visa analisar os aspectos objetivos dos diferentes métodos de transação penal, as suas particularidades, a sua abrangência, e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

O estudo não é debatido por muitos autores, pelo fato de o mecanismo ainda não fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, como há o projeto de lei que está em fase adiantada, faz-se absolutamente necessária a sua proposição ao debate acadêmico.

O tema proposto não pode ser esgotado em apenas um breve estudo, nem possui tal pretensão, cabendo apenas instigar tal discussão que tem muita relevância para a sociedade, e que tem reflexos diretos na vida comum.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

A transação penal teve sua origem no direito norte-americano, num instituto conhecido como *Plea Bargaining*, que se trata de uma espécie de justiça negociativa, um acordo entre acusação e defesa (SANTOS, 2006).

Tal surgimento se deve ao fato de que o sistema de justiça criminal norte-americano é filiado à tradição da *Common Law*, que pode ser entendido como aquele no qual o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes, uma decisão a ser tomada em um caso depende das decisões adotadas nos casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema jurídico, a análise do caso se faz valendo-se de determinados precedentes, e não por meio de diplomas legais que regulam determinada questão. Quando não existe um precedente, os juízes possuem autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente (SIEGEL; SENNA, 2007).

A expressão *Common Law* é empregada para designar uma tradição jurídica nascida na Inglaterra do século XI, a partir das sentenças dos Tribunais de Westminster, como eram denominadas as cortes constituídas pelo rei e a ele subordinadas diretamente.

No entanto, não se confunde com o direito inglês, nem com o direito britânico, já que o País de Gales adota o direito inglês e a Escócia, embora seja um reino integrante da Grã-Bretanha, adota o sistema Romano-germânico; nem deve ser confundida ainda com o direito anglo-saxão, que se refere aos direitos costumeiros e particulares das tribos dos primitivos povos da Inglaterra antes da conquista normanda em 1066, e que inicialmente eram aplicados pelas County Courts, mas foram suplantados justamente com a criação do Common Law. Tampouco pode ser confundido com a Equity, inicialmente aplicada pelos Tribunais do Chanceler do Rei, visando temperar o rigor da Common Law, atendendo as questões de equidade, quando inexistia um *writ* para a resolução jurídica de determinada situação excepcional (SOARES, 1999, p. 51).

Com efeito, na origem histórica do Common Law, semelhante ao processo formular dos *praetores*¹ e do *judex*² romanos, a distribuição da justiça era uma prerrogativa que os reis outorgavam aos juízes (*judges*) que perambulavam pelo reino, concedendo *writ*³ para que as autoridades respeitassem uma situação jurídica do beneficiado, que posteriormente poderia ter as questões de fatos de suas pretensões julgadas por um júri.

Nos Estados Unidos, as normas de direito criminal e processo criminal nos EUA não são uniformes, e salvo nas questões do âmbito da Justiça Federal, variam em cada Estado-membro, de modo que se pode afirmar que a única regra nacional no processo criminal nos Estados da Federação norte-americana é o respeito irrestrito e sagrado ao princípio de base da democracia daquele país: o devido processo legal (*due process of law*), enquanto conjunto de regras que impõem o devido respeito aos direitos subjetivos fundamentais da vida, liberdade, livre expressão, ir e vir, julgamento por um júri nos crimes graves e respeito à propriedade individual.

Nos Estados Unidos, os promotores públicos têm o poder discricionário para aplicar ou não leis penais em casos particulares. Um promotor pode decidir por não manter a acusação caso o infrator for um jovem inexperiente, ou caso ele se arrependa ou colabore com a polícia, ou se a lei for desobedecida, ou se os tribunais estiverem abarrotados de casos mais importantes, ou ainda por dezenas de outras razões. Esse poder discricionário não significa abuso de liberdade – espera-se que os promotores tenham boas razões para exercê-lo. O promotor pode, entretanto, decidir pela persecução criminal.

Tratando-se o direito ao julgamento pelo *Grand Jury* de um direito disponível, o suspeito pode preferir ser indiciado diretamente pelo promotor, onde terá a possibilidade de negociar a admissão de culpa (*plead guilty on arraignment to a lesser offense than charged*) por uma pena mais reduzida ou pela desqualificação do crime para um delito com punibilidade

¹ “*Praetores*”, segundo o dicionário Aurélio Buarque de Holanda, significa Magistrado que na Roma antiga, distribuía a justiça. (HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986).

² “O *judex* é um dos magistrados no direito romano”. ARGUELLO, Luis Rodolfo. **Manual de direito romano**. Astrea Editorial. Buenos Aires, 2000.

³ “*Writ*”, tem origem no direito inglês e significa; mandamento, uma ordem para que se faça alguma coisa, e tem a natureza jurídica de ação, uma ação Constitucional.

de menos grave através de um acordo (*plea bargaining*) que produzirá seus efeitos apenas naquele processo, não servindo de prova para outro processo criminal ou cível, face a garantia contra dupla acusação (*guarantee against double jeopardy*).

Grande parte dos países europeus desenvolveram modelos de Justiça Consensual para delitos praticados por menores. Basicamente buscam a reparação do dano à vítima tendo este mecanismo caráter educativo. Podemos citar como exemplo os seguintes países: Bélgica, Áustria, Alemanha, França, Holanda, Noruega, Suíça e Espanha, lembrando que cada país tem um limite de idade para responsabilidade penal (HIGHTON; ÁLVAREZ; GREGORIO, 1998, p. 163-176). No Japão o sistema funciona da seguinte maneira: o infrator reconhece a culpa, pede perdão à vítima e repara o dano. A vítima, por sua vez, deve aceitar o pedido de perdão para impedir o processo. Este pedido deve ser feito por escrito (HIGHTON; ÁLVAREZ; GREGORIO, 1998, p. 179-181).

Com efeito, enquanto no sistema criminal dos EUA o devido processo legal é um direito disponível, no Brasil prevalece o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, fundados na tópica *delicta maneant imputina* (os delitos não devem ficar impunes), de forma que a autoridade policial e o promotor de justiça estão obrigados, sob pena de cometerem o crime de prevaricação, a promover a apuração e a deflagração da ação penal de todo e qualquer delito, só podendo deixar de fazê-lo nas hipóteses de atipicidade, impunibilidade do agente, ilegitimidade processual, imaterialidade do fato por falta de prova material ou autoria ignorada, mesmo assim através de requerimento de arquivamento ou absolvição sumária que deve ser submetida a apreciação do juiz.

Na Itália, no início da década de 80, surgiu a Lei 689, de 14 de novembro de 1981, com o modelo de Justiça Consensual despenalizadora. Permitiu ao juiz, a pedido do acusado e após parecer ministerial, aplicar a sanção com a subsequente extinção da punibilidade, com o registro da pena exclusivamente para o efeito de impedir um segundo benefício (art. 77 e seguintes). Já o código de Processo Penal Português de 1987, no artigo 392 e seguintes, permite que o Ministério Público requeira ao tribunal a aplicação de pena de multa ou pena alternativa, funcionando ao mesmo tempo como representante da vítima para formular o pedido de indenização civil. Aceita a proposta, a homologação judicial equivale a uma condenação (GRINOVER, 2005, p. 165).

Já o sistema criminal brasileiro filia-se à tradição romano-germânica da *Civil Law*, onde todas as controvérsias devem ser resolvidas à luz da legislação vigente, não vinculando os casos semelhantes a uma mesma decisão.

No Brasil, proposta a ação penal pública, prevalece o princípio da indisponibilidade do processo, e o Ministério Público não poderá dela dispor, transacionando, desistindo ou acordando com o acusado.

3 A TRANSAÇÃO PENAL NA LEI 9.099/95

A Constituição da República de 1988 promoveu uma mudança de paradigma, ao romper com a estrutura rígida do processo penal e com o formalismo exacerbado, em busca de alternativas simplificadoras para as infrações penais de menor potencial ofensivo. No inciso I de seu Art. 98⁴, permitiu a instituição de um procedimento sumaríssimo, predominantemente oral, no qual seria possível a promoção de uma transação entre o Ministério Público e o suposto autor do fato.

A partir da vigência da Lei Federal nº 9099/95, a lei dos Juizados Especiais, surge hipótese de aplicação no direito brasileiro do instituto conhecido como *Plea Bargain*. Com o advento da lei, alguns autores entendem que houve prejuízo a princípios constitucionais, como a presunção de inocência, o devido processo legal, que foram mitigados, pois a denominada lei dos juizados especiais criminais possibilitou a transação penal entre a acusação e defesa nos crimes de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não ultrapassa dois anos de reclusão, conforme art. 61 da referida lei), para a aplicação de medidas alternativas privativas de direitos que acabam por extinguir a punibilidade do crime, sem que isso signifique reconhecimento de culpa, além de não determinar qualquer repercussão na esfera cível, o que torna o instituto semelhante à *plea nolo contendere*, que é um apelo para não haver persecução penal.

⁴ Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (BRASIL, 1988).

Para alguns autores não há que se falar em violação dos princípios constitucionais que regem o Direito Penal e Processual Penal, pois entendem que não há no procedimento estipulado pelo artigo 76 da Lei 9.099/95 discussão sobre a culpabilidade do acusado.

Nesse sentido, Fernandes (2005, p. 193) entende que:

Justificou a adoção dessas alternativas simplificadoras, o aumento da criminalidade e, conseqüentemente, o número de processos, a necessidade de descongestionar a máquina judiciária, de melhorar a eficiência do sistema, de primar por maior rapidez na solução das causas e de diminuir o custo do sistema judiciário.

Na justiça consensual brasileira, o Estado-Juiz se afasta do conflito, exercendo única e exclusiva função burocrática, enquanto Ministério Público e suposto autor do fato “permutam” aplicação imediata de sanção ou submissão a processo judicial (FERNANDES, 2005, p. 193).

O acordo proposto pelo Ministério Público objetiva resguardar o cidadão de responder a um processo criminal, evitando todos os efeitos de uma possível condenação, em regra, e que seu nome seja eventualmente incluído no rol dos culpados. Fica, porém, o acusado impossibilitado de se beneficiar pelo mesmo instituto novamente durante os cinco anos subsequentes, conforme previsto no artigo 76, § 2º, II, do diploma legal em tela.

Segundo Andreucci (2009, p. 378-379), o *Parquet* não está obrigado a fazer a proposta de transação (parte da doutrina considera como dever do Estado e direito subjetivo do acusado), pois se trataria de hipótese de discricionariedade regrada, mitigando o princípio da obrigatoriedade no caso da ação penal pública. A sua decisão, de não apresentação da proposta, deve, entretanto, ser fundamentada com base legal, indicando circunstanciadamente o porquê da não apresentação da proposta de transação.

Em verdade, este instituto de despenalização vai abrir exceção não apenas ao princípio constitucional da obrigatoriedade, mas também aos princípios do devido processo legal e da indisponibilidade da ação penal, e até mesmo o da verdade real, que para muitos é o escopo principal do processo penal, ao buscar, dentro dos autos da instrução criminal, os elementos probatórios da autoria e materialidade do delito com a certeza da verdade, através da reconstituição simulada do fato.

O método de transação penal desenvolvido visa permitir ao “autor do fato” um direito subjetivo à aplicação da medida, assim entendido como forma de renúncia ao direito de punir do Estado, em que o indivíduo também abre mão de sua total liberdade, estando nesse caso submetendo-se à medida menos severa da que ocorreria caso houvesse trâmite regular do processo, em sendo no caso condenado à pena mais severa.

O modelo clássico do Direito Penal é caracterizado pelo conflito entre o réu e o acusador, em que este busca a aplicação da pena àquele pela prática de uma conduta definida em lei como crime, sem espaços para o consenso, por força da radicalização dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do processo.

A Lei 9.099 objetiva o incentivo à justiça de consenso. Aqui cabe transcrever os ensinamentos de Silveira (2010, p.117), a respeito das inovações trazidas pela referida lei no processo criminal:

[...] A partir daí, dogmas inquestionáveis, como a da inflexível obrigação de o Ministério Público oferecer a denúncia, sem nenhuma possibilidade de disposição sobre o processo, ou o da necessária e imperiosa resistência do acusado à pretensão punitiva, tiveram de ser revistos. Em vez da jurisdição obrigatória e indisponível, na qual as partes ocupam trincheiras opostas em permanente vigilância e litígio, possibilita-se o entendimento.

O devido processo legal passa a ser também aquele em que se harmonizam os interesses de todos, mediante concessões recíprocas.

“[...] Finalmente, a vítima deixa de ser mera colaboradora da Justiça, relegada a segundo plano, para assumir o papel de protagonista: seus interesses, inclusive os civis, não são esquecidos pelo processo criminal. Faz-se, assim, em delitos de escassa lesividade social, uma sábia opção pelo sujeito passivo imediato da lesão, antes esquecido e desprezado, em detrimento da obsessiva busca de uma pena moral, inútil e ineficaz, na prática [...]”. (CAPEZ, 2006, p. 540-541).

A ausência de juízo de culpabilidade está amparada na Constituição Federal, primeiro, e principalmente, porque não há trânsito em julgado de sentença condenatória (artigo 5º, inciso LVII), já que a transação é objeto de sentença, apenas, homologatória. Segundo, porque a dignidade

da pessoa humana é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, e o legislador, ao elaborar a Lei n. 9.099/1995, procurou trazer o exercício efetivo da cidadania para esta recente via judicial. Isto é possível quando se tem em mente que educar talvez seja a melhor forma de diminuir os índices de criminalidade, demonstrar o erro, punir de imediato, mas punir fazendo algo que seja um benefício à sociedade, assim como o é a transação penal.

Para alguns autores este instituto fere o princípio do devido processo legal, pois não se discute a matéria de fato, e diretamente se aplica uma pena não privativa de liberdade. Contudo, há posicionamento contrário no sentido de que:

[...] não há violação a este princípio, muito menos à Constituição Federal, porque ela própria é quem prevê a transação, e não obriga a um processo formal, mas a um procedimento oral e sumaríssimo, que, mediante a lei, garante o direito a ampla defesa, a ser assistido por advogado, e determina que para sua aplicação é necessário que haja o consenso, ao acusado é garantido recusar-se a aceitar a aplicação deste benefício. (MIRABETE, 1998, p. 84).

Como é observado no entendimento do professor Fernandes (2005, p. 213):

[...] Assim, a transação penal é uma inovação alcançada com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que abarca os crimes de menor potencial ofensivo, conforme visto, cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 anos, e as contravenções penais. José Frederico Marques, no seu anteprojeto ao Código de Processo Penal, já dava mostras da Justiça consensual, pois previa que o Ministério Público poderia propor ao acusado o pagamento de uma multa, a fim de levar a extinção da punibilidade por perempção, art.84.

Consta da exposição de motivos da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, do projeto de lei nº 1.480-A, de 1989, do Deputado Michel Temer, que:

[...] A norma constitucional que determina a criação de juizados especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal. E se insere no rico filão que advoga a manutenção, como regra geral, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, abrindo espaço, à denominada discricionariedade regulada contida pela lei, e submetida a controle jurisdicional.

[...] São estes, em apertada síntese, os aspectos principais do Projeto, cuja filosofia se insere no filão que busca dar efetividade à norma penal, ao mesmo tempo em que privilegia os interesses da vítima, sem descuidar jamais das garantias do devido processo legal. E as palavras de apoio e de aplauso que seu debate tem provocado nos mais diversificados setores jurídicos e sociais indicam que a transformação do projeto em lei poderá significar considerável passo para o resgate da credibilidade da Justiça Penal. Sala de Sessões, 16 de fevereiro de 1989. Michel Temer, Deputado Federal⁵.

Nesta modalidade de Justiça consensual, ocorre um encontro personalizado entre autor do fato e vítima. Sempre voluntário, é conveniente que este processo ocorra antes que se inicie o processo judicial. A primeira fase é a chamada admissão, que tem por objetivo identificar quais os casos são apropriados para mediação. A vítima deve, voluntariamente, participar do procedimento e os operadores do sistema devem buscar a certeza de que o contato entre as partes não causará nenhum temor à vítima. O autor do fato, por sua vez, deve mostrar arrependimento e ser uma pessoa

⁵ Exposição de motivos da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, do projeto de lei nº 1.480-A, de 1989. Disponível em: <www.tjms.jus.br/fonaje/pdf/Exposicao_de_motivos_da_lei_9099.pdf>. Acesso em: 26 out. 2012.

suscetível à reabilitação, além de não poder ser usuário de drogas, álcool ou outra substância análoga.

A segunda fase é a de preparação, onde o mediador deve obter a confiança das partes, a fim de colocá-las frente a frente. A terceira fase é a acareação das partes que é conduzida pelo mediador, o qual já teve a certeza que o encontro é viável, já que estudou as partes em outros encontros individuais. É estabelecido um acordo entre as partes que pode ser o pagamento de alguma quantia à vítima, prestação de serviço à comunidade pelo autor do fato, inclusão em programas de tratamento, etc. Pode-se ter um acordo onde a vítima desculpa o infrator e este se compromete a não reincidir, sob pena de intervenção do magistrado no caso de descumprimento. A última fase, a do prosseguimento, o mediador controla o cumprimento da obrigação assumida pelo autor. Este programa vem sendo utilizado nos EUA, Canadá e na Europa⁶.

Enfim, o legislador pátrio constatou que era preciso dinamizar o processo para sua função instrumental, servindo aos anseios de uma justiça rápida estimulando o uso de vias alternativas para a solução dos litígios, fora do âmbito judiciário ou dentro deste, ficando a resolução clássica, mais morosa, para as causas de maior complexidade, dando preferência a via alternativa da conciliação evitando-se a instauração formal de um processo. Esta via deve ter a marca da celeridade e oralidade, podendo contar com auxílio de conciliadores leigos e participação da vítima. Esse conjunto de ideias molda a justiça consensual (FERNANDES, 2005, p. 207).

4 A PLEA BARGAIN E A TRANSAÇÃO PENAL

A *plea bargaining* (também conhecida como *plea negotiation*) consiste fundamentalmente numa negociação entre a promotoria e a defesa, em que após definida a prática da infração penal, e superada a fase do *preliminary screen (opinio delicti)*, abre-se oportunidade ao suspeito para o *pleading*, e ele poderá se pronunciar a respeito da sua culpabilidade: podendo se declarar culpado e confessar o crime (*pleads guilty*) após um processo de negociação com a promotoria para a troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais limitado de crimes, ope-

⁶ Ibid., p. 9-17.

ra-se a *plea*, que é a resposta da defesa, e então pode o juiz fixar a data da sentença, sem necessidade do devido processo legal ou de um veredicto. Pode-se dizer ainda:

[...] que significa a realização da justiça mediante a negociação entre o acusador e o acusado, por meio da qual este se considera culpado em troca do benefício de receber pena por crime menos grave, ou por menor número de crimes [...]. (TELES, 1998, p. 85).

Ainda nas palavras do professor Dias (1997, p. 484);

A *plea negotiation* consiste fundamentalmente na negociação entre MP e Defesa, destinada a obter-se uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave [...], ou por um número menor de crimes.

Segundo Malan (2010): “Ao contrário do que se imagina a *plea bargain* não é uma tradição secular do processo penal anglo-americano e tampouco é aceita de forma pacífica pelos juristas de língua inglesa”.

O processo penal da Common Law originalmente desconhecia a *plea bargaining*. Esse instituto surgiu no século XX, isto é, em matéria de Direito é um instituto muito recente. Surgiu para atender a demandas de políticas criminais. A esse respeito assevera o Professor Malan (2010):

[...] Ao que tudo indica, a *plea bargain* – por permitir a aplicação sumária da pena, com dispensa do julgamento – atendeu a interesses político-criminais de cariz econômico e utilitarista, adaptando os limitados recursos do sistema de administração da justiça criminal ao crescente fluxo de causas criminais, cujo julgamento perante o Tribunal do Júri era cada vez mais complexo e moroso [...].

A barganha permite aos réus criminais evitar o risco de condenação mais severa no julgamento da acusação original. Em casos como uma colisão de veículos, quando há um potencial de responsabilidade ci-

vil contra o réu, este pode concordar em se declarar “culpado com uma reserva civil”, que essencialmente é uma confissão de culpa sem admitir responsabilidade civil.

Delmas-Marty (2000) salientou o risco dos procedimentos penais negociados transformarem-se em nada mais que a introdução da economia de mercado na administração da justiça penal.

A *plea bargaining* pode apresentar um dilema para os advogados de defesa, na medida em que deve escolher entre procurar vigorosamente um bom negócio para seus clientes presentes, ou manter um bom relacionamento com o promotor, com o objetivo de favorecer os futuros clientes.

Outro fato que deve ser observado na prática desse instituto de despenalização é que, na prática, ele tem sido utilizado de forma a prejudicar o acusado, uma vez que a proposta do *prosecutor* (promotor) tem sido feita de maneira mais gravosa, para, no caso de entrar em acordo com a parte, a pena não seja tão reduzida, e fique próxima ao patamar legal, reduzindo a quantidade de pena o mínimo possível.

Pois bem, há dois requisitos genéricos sem os quais a transação penal não pode existir. Primeiro deles trata-se da incerteza da pretensão ou do direito e o segundo diz respeito à reciprocidade de concessões.

Com a prática de um fato ilícito, é dever do Estado punir seu autor. Observando o procedimento comum, com a oferta da inicial acusatória e, após a instrução, o juiz deverá sentenciar. Ocorre que, nas infrações de menor potencialidade ofensiva, em que for possível a proposta de transação penal, haverá uma probabilidade de uma eventual instauração da persecução penal, no entanto, nem o Ministério Público pode prever a condenação, e muito menos o acusado tem a certeza da sua absolvição.

A transação penal, além de integrar a nova ideia de jurisdição consensual, consiste, de fato, em verdadeiro acordo estabelecido entre o Ministério Público e o infrator, uma vez que este cumpre uma medida restritiva de forma antecipada em troca da vantagem de não precisar discutir sua culpa em um processo penal, enquanto aquele, ao efetuar a proposta, abre mão de prosseguir com a ação penal visando a melhor ressocialização do acusado.

Jesus (1995, p. 62) leciona que:

[...] a transação, pela aceitação da proposta de aplicação de pena menos gravosa, constitui forma de despenalização. Esta atua não só quando a pena deixa

de ser aplicada, como no perdão judicial, ocorrência também quando sua imposição é atenuada quanto à qualidade ou quantidade da sanção criminal.

O objetivo desta transação não é prejudicar o réu impondo-lhe uma pena que lhe seja indevida, ou de condená-lo a uma pena menor que a prevista para o tipo penal, em razão de uma confissão sob a coerção da persecução penal.

Na justiça consensual alienígena, o *prosecutor* afasta de imediato a possibilidade da absolvição do acusado em um eventual julgamento pelo júri, mantendo, desta feita, as estatísticas de condenação obtidas em prol do promotor, diferentemente do que ocorre na justiça brasileira, onde o júri não pode ser suprimido.

Diz-se que com a aplicação do método da “barganha”, os índices de criminalidade teriam diminuído, não é o que aponta Batista (1997). Nos Estados Unidos, o marketing de que a redução da criminalidade urbana em Nova York foi consequência da política de tolerância zero, é severamente criticado. É pura propaganda enganosa. Não é prendendo e mandando para a prisão mendigos, pichadores e quebradores de vidraças que a macro-criminalidade vai ser contida.

As taxas de criminalidade caíram em Nova York, mas também decresceram em todo o país, porque não é fruto da mágica política nova-iorquina, mas sim de um complexo avanço social e econômico daquele país. É fato notório que os Estados Unidos têm vivido nas últimas décadas uma eufórica evolução econômica, com aumento da qualidade de vida e substancial decréscimo dos índices de desemprego. Nisto está a resposta para a diminuição da criminalidade: crescimento econômico, sucesso no combate ao desemprego e política educacional eficiente.

5 A RELAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES; PLEA BARGAINING, GUILTY PLEA, NOLO CONTENDERE, E A TRANSAÇÃO PENAL

Na busca de se chegar a uma resolução mais célere surgem, em âmbito internacional, variações entre os institutos despenalizadores. Uma vez atendidas as particularidades de cada ordenamento jurídico, é neces-

sário observar se tal instituto pode ser aplicado sem transtornos à ordem jurídica em questão.

De origem inglesa tem-se o *Guilty Plea*, que trata da confissão de culpa no direito norte americano onde o réu pode confessar-se culpado em vez de insistir na persecução penal. O réu deve analisar as circunstâncias para se declarar culpado, seja por causa da evidência dos fatos contra ele alegados, ou porque embora a evidência deixe o resultado em dúvida, ele deve ir a julgamento podendo ser condenado à pena mais grave do que se ele se declara culpado, ou talvez para garantir alguma outra vantagem, como uma redução na pena, além de renunciar o direito de ser ainda processado por um júri.

O tribunal deve indagar se o réu está pleiteando voluntariamente, conscientemente, e compreensivamente, e a aceitação da confissão de culpa deve ser atendida com ressalvas para garantir ao réu o que é razoavelmente devido às circunstâncias. Essas circunstâncias podem variar, mas um fator constante é que, quando um pedido se baseia em qualquer grau significativo em uma promessa ou acordo do Ministério Público, de modo que possa ser considerada parte do incentivo ou consideração, essa promessa deve ser cumprida⁷.

Essa confissão de culpa no processo penal americano tem força suficiente para ensejar o acordo com o promotor, ou a condenação, quando for o caso, diferentemente do que se vê no processo penal brasileiro, em que a confissão não é a rainha das provas.

Como elemento de prova que é, deve a confissão ser apreciada segundo o critério da persuasão racional do juiz, isto é, deve ser confrontada com o restante da prova, porquanto apesar de seu significativo valor, não constitui prova absoluta (REIS; GONÇALVES, 2010, p. 141).

Tem-se também um instituto bastante utilizado no direito norte-americano, conhecido como *Nolo Contendere*, termo jurídico que vem do

⁷ Santobello v New York, EUA 404 257, 262 (1971). Réu e um promotor chegaram a um acordo sobre uma confissão de culpa em troca de nenhuma recomendação de sentença pela acusação. Na sentença, um promotor diferente recomendou a pena máxima a que a recomendação foi imposta. O Tribunal em decisão no julgamento sustentou que a equipe inteira do promotor foi obrigado pela promessa. Antes do fundamento, no entanto, o Ministério Público pode retirar a sua primeira oferta, um réu que mais tarde se declarou culpado depois de aceitar uma oferta, segundo a menos atraente não tem direito à aplicação do primeiro acordo. Mabry v Johnson, EUA 467 504 (1984).

latim, que significa “Eu não desejo lutar.” Ele também é referido como um apelo para não haver confronto. Em processos criminais nos Estados Unidos, esse instituto é um apelo que o réu não admite nem contesta a acusação, servindo como uma alternativa a um articulado de culpado ou não culpado. Um apelo de não-competição, embora não tecnicamente um apelo culpado, tem o mesmo efeito imediato como uma confissão de culpa, e é muitas vezes oferecido como parte de um acordo judicial. (BIBAS, 2003).

Nos Estados Unidos, a lei estadual determina em que circunstâncias um réu pode invocar *nolo contendere* nos casos em concreto. No tribunal federal, as Normas Federais de Processo Penal só permitem um apelo *nolo contendere* a ser inserido com o consentimento do tribunal. Antes de aceitar o pedido, o tribunal é obrigado a considerar as opiniões das partes e o interesse público na administração eficaz da justiça.

O *Nolo contendere* funciona como “espécie” de confissão de culpa por parte do réu, com a ressalva de que diferencia-se do *guilty plea* no que tange aos efeitos “residuais”, assim chamados os efeitos secundários, como o de admitir ou de não admitir a culpa, o que faz com que em outros processos judiciais não se use a sua confissão como meio idôneo de prova que fundamentará as demais decisões que lhe forem desfavoráveis, como por exemplo, uma ação civil por danos à propriedade.

Observa-se que, nesse caso, não há uma confissão, o acusado não confessa, e tampouco nega a autoria, restando a ele, assim, cumprir as penalidades impostas sem ter em seus registros admissão de culpa quanto ao caso.

O que bem explica a natureza jurídica da suspensão condicional do processo entre nós, em suma, é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência. A distinção fundamental que existe no direito norte-americano entre o *guilty plea* e o *nolo contendere* reside nos efeitos civis da resposta do acusado: daquele (onde o acusado admite culpa) deriva efeito civil (tem que indenizar); deste não decorre semelhante consequência (a indenização será discutida) [...]. (GRINOVER, et. al., 2005, p. 256).

No ordenamento jurídico pátrio, têm-se alguns institutos despenalizadores, assim considerados, que apareceram com o surgimento dos Juizados Especiais Criminais, previstos na Constituição Federal com a finalidade de obter uma solução de litígios em certos casos previstos em lei de maneira mais célere e eficaz.

Convém esclarecer, desde logo, que a lei, no âmbito do Juizado Criminal, ao lado de favorecer a conciliação, reservou pouco espaço para a tão difundida ‘barganha penal’. No que concerne à transação que leva à aplicação imediata da pena, não estamos próximos nem do guilty plea (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e autor da infração sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). O Ministério Público, nos termos do art. 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, “dever agir”), mas sua “proposta”, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso se dá o nome de *princípio da discricionariedade regulada* ou *regrada* (ou, ainda, oportunidade regrada). Não é adequada a locução legalidade mitigada. (GRINOVER, et. al., 2005, p. 48).

A composição civil de danos é a primeira das medidas despenalizadoras. Está prevista no artigo 72 da lei 9.099/95, que trata da audiência preliminar, cabendo ao magistrado indagar sobre a possível existência da possibilidade de conciliação. Desse modo autor e vítima terão a oportunidade de realizar acordo com o objetivo de ressarcimento dos prejuízos causados pela conduta do autor.

Passada a tentativa de composição civil, na mesma audiência tem-se nesse momento a tentativa de transação penal. Esta tem previsão no artigo 76 da lei 9.099/95, e consiste em proporcionar concessões múltiplas entre as partes, dirigidas pelo juiz ou conciliador:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Fazendo um comparativo com o instituto norte americano da *plea bargaining*, no qual também há concessões mútuas, ressalvas devem ser feitas, pois a transação penal encontra limites no sistema jurídico brasileiro:

Assim, o Ministério Público não pode deixar de oferecer acusação em troca da confissão de um crime menos grave ou da colaboração do suspeito para a descoberta de co-autores, como ocorre no sistema da *plea bargaining* dos Estados Unidos da América. (GRINOVER, et al., 2005, p. 68).

Nesse sentido, a transação penal somente poderá⁸ ser proposta, seja pelo Ministério Público ou mesmo pelo autor do fato, se atendidas determinadas condições, além do que fica restringida às seguintes opções: opção entre a pena de multa ou a pena restritiva, a fixação do valor da pena de multa, e a espécie, tempo e forma de cumprimento da pena restritiva. Trata-se, pois, da chamada discricionariedade regrada. Não se admite, porém, proposta de transação que trate de aplicação de pena privativa de liberdade, ainda que reduzida, posto que se está ainda em fase administrativa, em que não há nem mesmo acusação, não há ainda processo jurisdicional, e não se sabe se o acusado seria absolvido ou não.

No momento da proposta feita pelo Ministério Público/ofendido, o autor do fato deve analisar a viabilidade de homologar a transação, vez que se ele estiver seguro de sua inocência poderá optar por responder ao processo com o intuito de obter sua absolvição. Pode ainda ponderar os pontos positivos e negativos propostos e ainda assim entender que a via

⁸ Cf. Assim entende Fernandes (2010, p. 206): “A proposta do art.76, quando preenchidos os requisitos legais, constitui poder-dever do Ministério Público. Não se outorgou ao promotor a faculdade de, discricionariamente, deixar de oferecer a proposta por critérios de conveniência ou de política criminal, de vez que não houve adoção do princípio da oportunidade. Assim, o “poderá” do art. 76 não representa faculdade, mas poder-dever”.

judicial é o caminho mais adequado. Se, porém, ele transaciona, mas tem consciência de que são grandes as chances de surgirem provas que constatem que fora de fato ele o autor, realizar a transação de nada adiantará, visto que a homologação desta não obsta o Ministério Público de iniciar a ação penal, culminando, assim, em sua condenação. Portanto, o autor do fato deve analisar minuciosamente qual dos caminhos optará por percorrer avaliando a proposta.

Ainda na lei 9.099/95 tem-se a Suspensão Condicional do Processo, prevista no art.89 da referida lei, na qual o Ministério Público propõe a suspensão condicional do processo por um período de dois a quatro anos, no caso de crimes em que a pena mínima cominada for inferior ou igual a um ano, desde que presentes os demais requisitos presentes no caput do artigo.

Difere a suspensão condicional do processo da *plea bargaining*, pois este, como já referido anteriormente, caracteriza-se pela ampla possibilidade de transação, vez que se transaciona sobre os fatos, qualificação jurídica, sobre as consequências penais, dentre outros, enquanto que a suspensão condicional do processo “[...] tem por objeto imediato exclusivamente o avanço ou não do processo”. (FERNANDES, 2010, p. 255).

Difere do *guilty plea*, pois que, na suspensão condicional do processo o acusado não admite qualquer culpa, como ocorre no instituto norte-americano.

6 DELAÇÃO PREMIADA COMO MEDIDA DESPENALIZADORA

O instituto da delação premiada surge como medida despenalizadora de justiça colaborativa e significa “assumir culpa por um crime (confessar) e delatar outras pessoas. Delação é traição (que não é uma virtude), mas em termos investigatórios ela pode eventualmente ser útil, principalmente em países com alto índice de corrupção, como é o caso do Brasil.” (GOMES, 2010).

A previsão da delação premiada está em várias leis do ordenamento jurídico brasileiro, como a lei de crimes hediondos (lei 8.072/90), a lei de proteção das vítimas e testemunhas (lei 9.807/99), assim como no próprio Código Penal, no crime de extorsão mediante sequestro, em que há previsão para aplicação do instituto.

O delator, portanto, tem a pena reduzida com a confissão e delação do crime, funcionando desse modo como medida alternativa de resolução de conflitos.

A lei 12.850/13 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma melhor estruturação desse instituto, que como visto, já fazia parte da legislação pátria, ainda que de forma tímida, permitindo não só a despenalização do réu nas ações praticadas, mas, como envolve crimes mais graves, visa auxiliar na apuração das investigações, visto que envolve entidades complexas, estruturalmente organizadas, e que levariam muito tempo até serem descobertas. Outrossim essa legislação também permitiu a recuperação dos produtos objetos das infrações, que em sua maior parte são quantias “astronômicas”, que envolvem grandes esquemas como o “OPERAÇÃO LAVA JATO”, vejamos o teor do artigo:

Art. 4º - O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

IV - a **recuperação total ou parcial** do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

[...]

Como instituto da justiça colaborativa, a Delação Premiada é vista como ferramenta auxiliar ao poder de investigação realizado em sua maioria pelo Ministério Público, permitindo que este órgão possa ser mais célere na persecução penal, diminuindo assim o tempo que o Estado leva para concluir os processos penais, em especial para os crimes organizados.

Dentre as inovações trazidas pela lei 12.850/13, o legislador permitiu que o juiz sequer precisasse homologar o acordo de delação premiada. Ou seja, se atingido algum dos objetivos elencados nos incisos do artigo 4º da nova Lei de Crime Organizado e o colaborador não for o líder da organização criminosa, bem como for o primeiro a prestar a efetiva co-

laboração, poderá o Ministério Público, como destinatário das provas que é, e autor da ação penal, deixar de oferecer denúncia. Essa, sem dúvidas, é uma das maiores inovações que a lei traz, tendo em vista que todos os diplomas que trataram da delação premiada não previram essa possibilidade, já que o acordo só poderia ser efetivado com a homologação do juiz, e nesse caso, nem chega a conhecimento deste⁹.

Outra discussão travada em sede jurisprudencial e doutrinária era sobre a possibilidade de renúncia pelo réu colaborador do direito ao silêncio, previsto constitucionalmente. Isso porque era muito fácil que o réu se propusesse a ajudar, mas só respondesse as perguntas que lhe eram convenientes. Assim, antes do advento da Lei ora comentada, a maioria da doutrina e da jurisprudência já entendia que se o réu decidisse colaborar, ele também teria que abrir mão do seu direito ao silêncio e responder a tudo o que lhe fosse perguntado.

Destarte, alguns doutrinadores reputaram inconstitucional a referida lei, por inobservar alguns princípios basilares do ordenamento jurídico como a dignidade da pessoa humana, o direito ao silêncio, a proporcionalidade, dentre outros.

No ainda doutrinadores que alegam que a proporcionalidade da pena nos casos da delação premiada fere a constituição, mas não há inconstitucionalidade em tais casos, tendo em vista que ao colaborar para a elucidação de um crime, o que contribuiu para a investigação e solução de um crime, expondo a si e sua família, tenha pena menor e diferenciada daquele ou daqueles que infringiram a lei. Como destaca Franco (2005, p. 73, apud COSTA, 2008):

A aplicação da mesma pena aos agentes, [...] representa ofensa a condição humana, atingindo-o, de modo contundente, na sua dignidade de pessoa. Existe uma dificuldade para que esse princípio possa ser viabilizado, ou seja, não há um critério que seja útil como medida de proporcionalidade. Esse critério deve ser buscado em um juízo de adequabi-

⁹ Lei 12.850/2013, Art. 4º, §6º - O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

lidade entre a gravidade do preceito sancionatório e a danosidade social do comportamento incriminado. E é claro que aquele que colaborou com a justiça por meio da delação causou uma menor danosidade social, razão pela qual deve receber uma redução de sua pena em relação a seus comparsas.

Há, portanto, um caráter negociativo que se mostra importante na seara penal, demonstrando um avanço da justiça colaborativa quando se trata de direitos indisponíveis como liberdade, objeto da tutela penal, aplicando-se a regra da proporcionalidade na solução dos conflitos de interesses e também de princípios basilares do ordenamento jurídico-penal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito é a chave-mestra do desenvolver das normas jurídicas. Desde a Constituição Federal de 1988, prima-se pela segurança jurídica, pelos princípios gerais do direito, pela aplicação das normas em adequação com os fatos, assegurando aos indivíduos os direitos e garantias essenciais à vida em sociedade.

É de se concluir, com base nos temas trazidos ao estudo, que a atual estrutura constitucional-processual brasileira não comporta a adoção de institutos como o *plea bargaining*, que é largamente utilizada no direito anglo-saxão, em especial nos EUA. Pelo exposto, o instituto em tela não poderia ser implantado sem uma reforma mais ampla em nosso ordenamento jurídico.

As modificações no Código devem ser realizadas no sentido de proteger o cidadão de arbitrariedades que venha a sofrer da autoridade pública. Viu-se também que uma utilização teleológica-racional das funções do Direito Penal é de suma importância, uma vez que sua larga amplitude no cenário nacional não surte o efeito principal de dar a paz social, nem de punir corretamente quem incorre em delitos.

Nota-se que a questão tempo e ineficácia da Justiça ocupam as primeiras razões para produção de leis para abreviar o processo, seja no Chile, Argentina, Uruguai ou Brasil; a realidade latino-americana é muito semelhante. A importação de ideias e institutos podem surtir efeitos positivos inicialmente, muito embora uma solução de cunho criminológico,

embasada na sociedade em que se vive, orientando a política criminal no sentido de estar mais perto da realidade, atendendo aos preceitos da Carta Maior, certamente, trará frutos à sociedade que assim proceder.

Pontua-se como grande perigo do *plea bargaining* o aumento de poderes do Parquet e o perigoso desvio de função que pode advir dessa ação, a serviço de interesses políticos e direcionamentos escusos. Há que se ter, de fato e de direito, uma paridade de forças e armas entre a acusação e defesa. Com a adoção do citado instituto, poderá haver um total desequilíbrio de forças no processo penal.

O sistema negocial atenderia o clamor por mais rapidez na resolução dos litígios penais, porém exporia de forma severa a fragilidade do Poder Executivo na administração do sistema penitenciário. Aceleraria também o aumento da população carcerária tornando impossível para o Estado suportar os gastos econômicos daí decorrentes, e manutenção – com segurança – de mais presídios que haveriam de se construir.

Deve-se, adotar os ensinamentos de Aristóteles, por afirmar que “a virtude está no meio, não nos extremos”, como forma de melhor aplicar o instituto em discussão, aprimorando-o e adequando ao ordenamento pátrio, dando-lhe característica própria, e não simplesmente o pegando emprestado e o colocando dentro do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo A. **Legislação penal especial**. 6. ed. rev., ampl. e reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARGUELLO, Luis Rodolfo. **Manual de direito romano**. Buenos Aires: Astrea Editorial, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti de Souza. “Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio”. **Discursos sediciosos**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1997.

BIBAS, Stephano. “Harmonização materiais valores de Direito Penal e Processo Penal: o caso de fundamentos Alford e nolo contendere”. **Cornell Law Review** 88, jul. 2003. Retirado 10 de maio de 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

COSTA, Marcos Dangelo da. **Delação premiada**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,delacao-premiada,22109.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

DELMAS-MARTY. Mireille. **Procesos penales de Europa**. Zaragoza: Edijus, 2000.

DIAS, Jorge Figueredo; ANDRADE, Manuel COSTA. **Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena**, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 484.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 73.

_____. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça colaborativa e delação premiada**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S.; GREGORIO, Carlos G. **Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MALAN, Diogo. **Sobre a condenação sem julgamento prevista no PLS 156/09**. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2010/03/artigo-sobre-conde-nacao-sem-julgamento.html>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

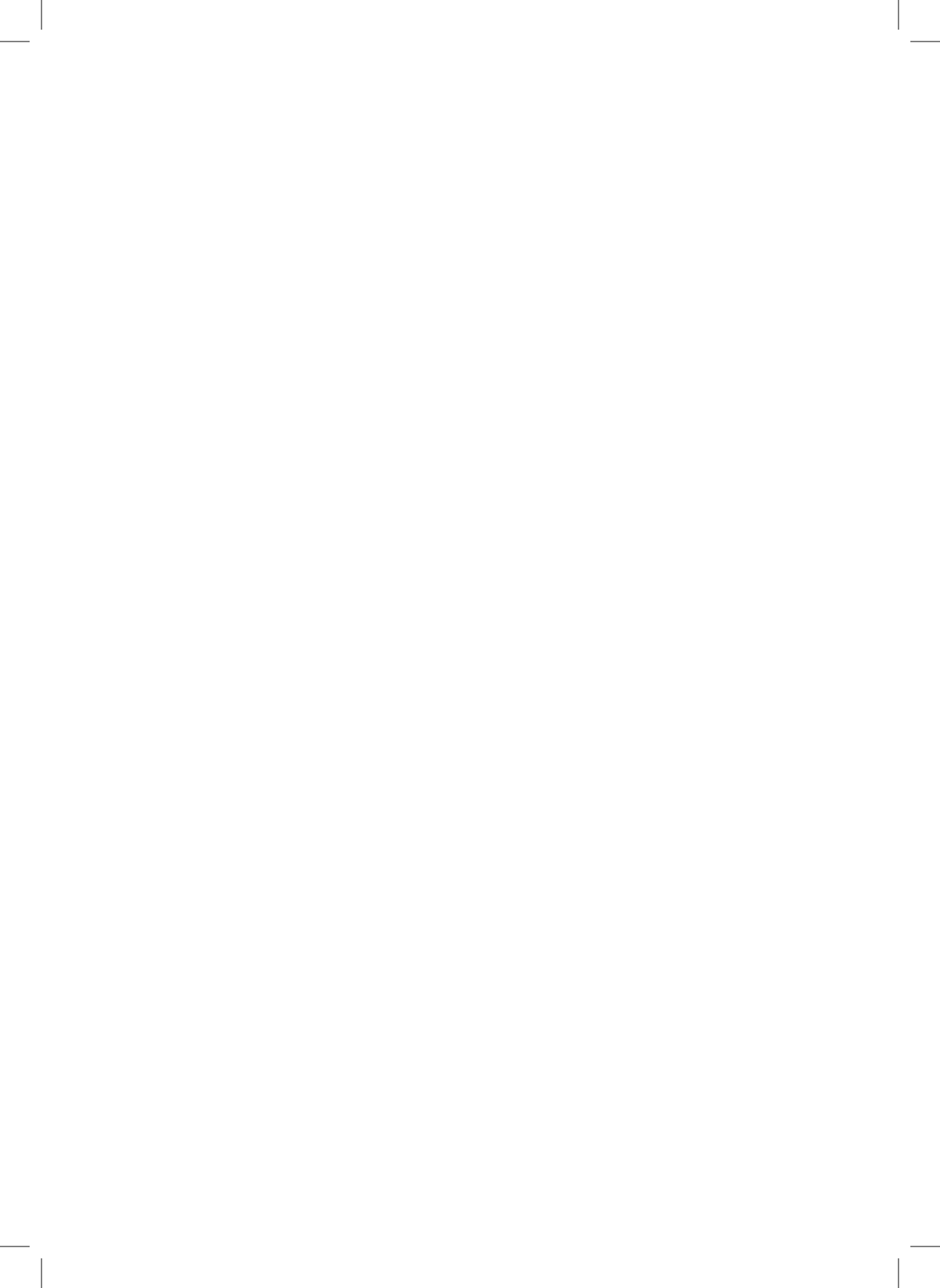
SANTOS, Marcos Dutra. **Transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEGEL, L. J.; SENNA, J. J. Essentials of criminal justice. Belmont, CA: Thomson Higher Education, 2007. In: RIBEIRO, Ludmila. **O tempo da justiça criminal: Estados Unidos e Brasil em uma perspectiva comparada**. Revistas Eletrônicas. PUC RS.

SILVEIRA, José Joerlan Holanda. **Ação Penal e o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional**. Natal, RN: UnP/BSRF, 2010. 117f.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: arts. 32 a 120 do Código Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2.



**ESTADO DE DERECHO
INTERNACIONAL EN TRES CASOS**
INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN INTERNACIONAL Y
NACIONAL DE LA NORMA JURÍDICA
INTERNACIONAL SOBRE PIRATERÍA

*Sergio Peña Neira**

Resumen: El Derecho internacional público desde sus orígenes ha provocado una serie de controversias en un Estado de Derecho internacional y una es la interpretación progresiva de normas jurídicas internacionales por tribunales nacionales, con lo cual, interpretan y aplican Derecho internacional. La interpretación de los tribunales norteamericanos refleja los problemas enfrentados por un tribunal nacional frente a un delito internacional cuando aplica la jurisdicción universal por no haber un tribunal internacional para castigar un delito internacional, quizás el más antiguo.

Palabras claves: Derecho internacional público. Piratería marítima. Delito internacional.

Abstract: International Criminal Law has faced difficulties to define piracy, to prosecute this crime by an international tribunal as well as to have an international procedure. This article, after a research on international criminal law and three cases, Muse, Said and Hassan, defines some of the lack of international regulation on the crime of piracy and its punishment. Such a lack might create a strong difficulty for an International Rule of Law because everyone committing a crime must be prosecuted and punished. These cases might help in the evolution of the International Law of Crime by including them in a treaty in which an international tribunal and an international procedure will be included to punish it.

Keywords: International public law. Maritime piracy. International crime.

* Investigador en la Universidad Bernardo O'Higgins, Profesor invitado en la Universidad de Chile, Profesor en la Universidad Andrés Bello de Chile. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho internacional. Miembro de la International Law Association, Chilean Branch y de la línea de Investigación de la UNAM sobre Estado de Derecho internacional. Aceptado y presentado en los Coloquios de Derecho internacional 2013 de la Pontificia Universidad Católica de Chile, aceptado y presentado en las Jornadas de Derecho internacional de 2013 de la Sociedad chilena de Derecho internacional y en el Seminario de Derecho penal que dirige el colega profesor Dr. José Luis Guzmán D. en Valparaíso.

1 INTRODUCCIÓN

Es increíble la piratería en el siglo XXI¹. El delito consagrado en un tratado internacional y en el Código Penal de muchos países del mundo adquiere vida nueva en su estudio desde el Derecho internacional público porque para sancionarse debe buscarse una nueva interpretación aplicable al tipo penal y, a su vez, al delito internacional “piratería” por tribunales nacionales. Así se sanciona al delincuente sin violentar la tipicidad.

Muchas veces, los piratas son parte de verdaderas organizaciones sin forma visible² que les entregan los elementos necesarios (armas y medios de transporte) a fin de ejecutar el abordaje en Alta Mar, y en el caso de Somalia, la extracción de bienes o personas, la obtención de una cantidad de dinero por esas personas, la venta de las personas secuestradas y, luego, el “blanqueo” de los capitales obtenidos por el pago del rescate de las antedichas personas³.

Aquí se aborda la interpretación de “piratería” en el Orden jurídico nacional (norteamericano) y como éste es permeado por el Orden jurídico internacional concentrándonos en el tipo penal internacional. En cuanto a la metodología de trabajo es tanto en cuanto definimos cómo adquirimos conocimiento jurídico así como la manera en que determinamos la norma jurídica internacional⁴.

Aquí nos enfocamos en la interpretación internacional de un delito internacional que genera dificultades para la doctrina y la jurisprudencia de Estados Unidos de Norteamérica debido a que ha sido juzgado en dicho país. En este sentido el nuestro es un artículo académico. Esta distinción no es gratuita, en principio un delito de este tipo debería no sólo tipificarse internacionalmente sino conocerse, juzgarse y ejecutarse lo juzgado por tribunales internacionales. Desde

¹ UNITED STATES OF AMERICA (2011), **Piracy of the Horn of Africa**, Washington D. C., Congressional Research Service, p. 15. Donde se expresa el temor de represalias en próximos casos de piratería contra ciudadanos norteamericanos.

² HAHN, LAUREEN (2011), **Juvenile Justice and Piracy**: Prosecutions of juvenile pirates in the United States, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol 20: 1.

³ KRASKA, JAMES (2011), **Contemporary maritime piracy**, Santa Barbara, Praeger, p. 45, 48-49 ss.

⁴ DOMINICE, Christian (1981), *Methodology of International Law* en Bernhardt, Rudolf et. al (eds), **Encyclopedia of Public International Law, (History)**, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, p. 334.

esa perspectiva, el principio de legalidad procesal, como veremos, si bien tipificada en el Estatuto de Roma sobre el Tribunal penal internacional⁵ Derecho internacional penal no alcanza a este delito⁶ y en ese sentido provoca un vacío legal⁷ y, además, si entendemos al Derecho internacional público como un conjunto de normas jurídicas, cualquiera sea su fuente (un Estado de Derecho internacional)⁸, nos enfrentamos a una falta de regulación jurídica imposible de ser suplida si no es por un tratado⁹.

2 EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

El Derecho internacional penal es una rama del Derecho internacional que regula los delitos cometidos por el Estado y los Seres

⁵ La existencia de un tribunal internacional penal supone la existencia de delitos internacionales uno de los cuales es la piratería, otro, esclavitud, otros, crímenes de guerra, terrorismo, crímenes contra la paz (agresión), genocidio, cf. Ferencz, Benjamin, International Criminal Court, en Bernhardt, Rudolf et. al (eds) (1981), **Encyclopedia of Public International Law, (Settlement of Disputes)**, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, p. 99-101.

⁶ Promulga Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Decreto 104, Diario Oficial 1 de agosto de 2009.

⁷ VAN SCHAACK, Beth, SLYLE, Ron, A concise history of International Criminal Law: Chapter 1 VAN SCHAACK, Beth, SLYLE, Ron en **Understanding International Criminal Law**, Santa Clara, Legal Studies Research Papers Series, Working Paper No. 07-42, Santa Clara University, 2007, p. 9-10.

⁸ Sobre el concepto de Estado de Derecho internacional debemos señalar que no es el de comunidad jurídica internacional, que en un sentido amplio incluye “toda entidad organizada a quien se le ha reconocido la capacidad de entrar en relaciones internacionales” si sus “relaciones entre sujetos en igualdad se ejecuta conforme a principios jurídicos y normas jurídicas (...) la totalidad de los miembros de esta relación de mandatos y derechos debe ser considerados una comunidad jurídica”, MOSLER, Hermann, International Legal Community en BERNHARDT, Rudolf et. al (eds), **Encyclopedia of Public International Law, (History)** (1981), Amsterdam, North-Holland Publishing Company, p. 309, sino que se refiere a las normas jurídicas que componen el Orden jurídico internacional. Este es un concepto complementario, la razón es que es un concepto subjetivo, mira a los sujetos o entidades que son reguladas por las normas jurídicas, un Estado de Derecho internacional mira a las normas jurídicas.

⁹ En este caso se ha tipificado el delito (nullum crimen nulla poene sine lege) mas no el tribunal (nullum crimen nulla poene sine tribunal) siendo éste un delito internacional pero no habiéndose incluido en la lista de delitos del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Promulga Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículos 5 y 1; Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus anexos y el Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de dicha convención y su anexo, Diario Oficial de 18 de noviembre de 1997.

humanos así como personas jurídicas, es decir, personas todas, sean naturales o jurídicas, nacionales e internacionales que transgreden las normas jurídicas que tipifican un acto antijurídico y culpable en lugares no sometidos a la competencia de un Estado e inclusive entre los representantes de un Estado en dicha calidad.

Esta diferencia se manifiesta en el término francés “*droit international pénal*” se “focaliza en crímenes que son internacionales en naturaleza generalmente porque tienen el carácter de transfronterizos o de dimensión internacional.” La piratería es uno de los ejemplos más clásicos¹⁰. Esto es de importancia para entender lo que se considera o no parte del Derecho internacional o lo que, como el Derecho penal internacional (*droit penal international*) se refiere a un cuerpo normativo regulador de las relaciones entre Estados en la supresión de los crímenes comunes internacionales en esencias como los que son producto del crimen organizado cuando se convierte a una dimensión internacional¹¹ y que dice relación con las normas jurídicas de un Estado en particular.

Este concepto reúne alguno de los elementos de los “delitos internacionales” la comisión por personas naturales o jurídicas contra otras personas naturales o jurídicas siempre que las mismas se ejecuten internacionalmente y se encuentren tipificadas.

La explicación de la relación entre Derecho internacional público y Derecho penal fusionados en el Derecho internacional público penal se entiende por los autores Ilias Bantekas y Susan Nash a propósito de la piratería:

Ciertamente es correcto que uno puede encontrar ciertos elementos de Derecho penal en la ciencia del Derecho internacional, es ciertamente incorrecto que la totalidad de tales elementos que levantan la disciplina del Derecho internacional público criminal. Su existencia depende de las fuentes y procesos del Derecho internacional público, dado que son estas fuentes y procesos que crean y definen al mismo. Esto

¹⁰ SCHABAS A. William, BERNAZ, Nadia, Introduction en SCHABAS A. William, BERNAZ, Nadia (eds.) (2011), **Routledge Handbook of international criminal law**, London and New York, Routledge, p. 1.

¹¹ Ibid.

puede ilustrarse al examinar una de las reconocidas ofensas internacionales. Piratería *jure gentium*, por ejemplo, existe simultáneamente como crimen en el Derecho internacional público consuetudinario, así como en el Derecho de los Tratados, específicamente la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (Convemar). En examinar sus situación y naturaleza, así como tratado o norma jurídica de carácter consuetudinaria, debe recurrirse no sólo a las fuentes y normas del Derecho internacional público sino a las normas jurídicas de no piratería (non piracy clauses) de la Convemar en sí mismas. El concepto de piratería no puede entenderse de manera completa a menos que otros conceptos puedan ser explorados primero como la libertad de navegación sobre el Alta Mar, la jurisdicción del Estado del pabellón y tantas otras. Del mismo modo uno no puede examinar una ofensa internacional como la piratería sin recurrir a aquellas normas jurídicas que definen la capacidad procesal de personas naturales en el sistema jurídico internacional y su capacidad de poder disfrutar de derechos directamente del sistema y de sufrir consecuencias jurídicas por cualquier violación (personalidad jurídica internacional)¹².

Se agrega que no se pueden extrapolar todos los elementos propios del Derecho penal al internacional de manera mecánica a fin de combinarlo para obtener una nueva disciplina porque no ayuda ni a entender la naturaleza obligatoria de las normas jurídicas penales internacionales y su función dentro del sistema jurídico¹³.

Este concepto auxilia a enriquecer el de Estado de Derecho internacional, las normas jurídicas internacionales que constituyen un orden jurídico internacional y el Estado de Derecho internacional no sólo regulan a los Estados sino a las personas protegiéndolas no sólo de los agentes del Estado sino de quienes actúan ilícitamente internacionalmente.

¹² BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan (2003), **International Criminal Law**, London, Cavendish publishing, 2nd Edition, p.1. Aquí se expresa el problema y el desafío del Derecho internacional penal.

¹³ Ibid.

2.1 Breve distinción

Es necesario distinguir entre bienes jurídicos importantes para los Estados y sus relaciones inter estatales y bienes jurídicos importantes para los Seres humanos y sus relaciones con personas. No nos referiremos a la primera sino a la segunda de las categorías. Seres humanos que se encuentran frente a la comisión de delitos contra alguno de los bienes jurídicos protegidos por el Orden jurídico internacional que no se encuentra tipificado o cuya tipificación es insuficiente además de no contarse con la tipificación del procedimiento y del tribunal que conocerá del asunto. En este sentido, el caso Muse es paradigmático.

3 EL DELITO INTERNACIONAL, UN PROBLEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: LA PIRATERÍA

Hoy día desde el Derecho internacional penal¹⁴ se han escuchado algunas voces que han propuesto una opción lógica en un Estado de Derecho internacional, así, incluir el delito de “piratería” dentro de la tipificación de delitos¹⁵ que constituyen las fuentes en materia de Derecho penal internacional o de Derecho internacional penal y en el tratado¹⁶ de Corte Penal internacional¹⁷.

¹⁴ Acerca de la distinción entre Derecho penal internacional, Derecho internacional penal y Derecho internacional sobre los Derechos humanos no entregaremos aquí noticia pero baste indicar que hay diferencias importantes en los Órdenes jurídicos mencionados.

¹⁵ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (2009), **La represión del crimen internacional de piratería, una laguna imperdonable en nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional**, Madrid, Real Instituto Elcano, p. 7.

¹⁶ Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, Diario oficial 30 de mayo de 2009; Promulga el Estatuto de Roma que establece una Corte Penal Internacional, no hay que olvidar que el conocimiento de las controversias o conflictos suscitados por la persecución de la piratería podría contar con múltiples foros conforme al artículo 287 que supone la controversia entre Estados (Tribunal Internacional sobre Derecho del Mar, Corte Internacional de Justicia, tribunales arbitrales de anexos VII y VIII) pero no limita a dichos tribunales en cuanto al conocimiento de la piratería sin dejar claro si estos tribunales internacionales podrán, o no, conocer y aplicar sanciones a los que hayan incurrido en el ilícito o serán los tribunales nacionales quienes deberán ejecutar tal actividad.

¹⁷ Promulga el acuerdo sobre los privilegios de la Corte Penal Internacional, Diario Oficial de 18 de enero de 2009.

Sin embargo, un serio problema es el de la aplicación de la piratería como delito internacional (en cuanto no se ha ratificado por algunos países la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) que incluye una definición de piratería¹⁸, y, otro problema, es si dicha tipificación es suficiente para que el delito sea conocido y juzgado por la Corte Internacional Penal, la legalidad como elemento suficiente. El Estatuto de la Corte Internacional Penal no contempla la piratería dentro de la tipificación de delitos competencia del tribunal.

La piratería, desde el Derecho internacional público ha sido definida como:

Artículo 101

Definición de la piratería

Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

- a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:
 - i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;
 - ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;
- b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;
- c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.¹⁹

La definición es criticable por el uso de términos que no dan cuenta de lo que la piratería es, el carácter ilegal de la violencia o detención

¹⁸ Es el caso de Los Estados Unidos de América, cfr. ASHFAQ, Sarah (2010), Something for everyone: Why the United States should ratify the law of the sea treaty, Vol. 19. 2, **Journal of Transnational Law and Policy**, Washington.

¹⁹ Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus anexos y el Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de dicha convención y su anexo.

o depredación. En principio tendería a ser correcta la posibilidad de ser debidamente considerado un solo bien jurídico (la libertad de comercio) y un concepto único, (el pillaje o robo en el mar).

Cualquier acto en dicho sentido debería, conforme a las reglas de tipificación del Derecho penal y del Derecho Internacional Público constituir piratería precisamente al ser tal no cabe duda que es ilegal.

Segundo la pluralidad de actos que constituyen la piratería, tres verbos rectores²⁰. Esta crítica podría obviarse con una mejor “técnica legislativa” pero al no haber posibilidad de mejorar la redacción por razones obvias podemos concluir que la pluralidad de verbos rectores empaña el trabajo legislativo dejando un cierto grado de incerteza en el sometido a esta norma jurídica por la amplitud del tipo²¹.

Algunos autores ponen énfasis en el hecho que los barcos deben ser privados, no barcos públicos²², si lo fueren e incluyéremos todo barco entonces cometeríamos un error, nos enfrentaríamos a barcos público, sometidos a la soberanía de un Estado, bajo licencia de corso, no explicable aquí debido al espacio que poseemos.

En lo que nos interesa la definición de piratería de la Convención sobre Derecho del Mar, citado, constituye un avance para castigar el delito cometido porque ha aparecido definida en un tratado en cuanto existe²³.

Finalmente, cuestión que se adelanta, es que no habría tribunal internacional competente para conocer de la piratería, el artículo 287 de la Convención sobre Derecho del Mar menciona una serie de tribunales que solucionan controversias entre Estados, no la persecución de piratas,

²⁰ Nosotros sólo haremos notar la falta de regulación sobre la materia de forma definida por el tratado internacional en comentario.

²¹ Como se verá más adelante en el caso Said, desafortunadamente este criterio lleva a un problema ulterior, la imposibilidad de considerar éste como el nuevo concepto de “piratería” debido a la ausencia de tipificación.

²² ELAGAB, Omer (2010), **Somali piracy and international law: some aspects**, 24 A&NZ Mar LJ, p. 62.

²³ No hablaremos aquí acerca del problema relativo a la prueba de la calidad de piratas. Al respecto BENTO, Lucas (2011), *Toward and International Law of Piracy Sui Generis: How the Dual Nature of Maritime Piracy Law Enables Piracy to Flourish*, Vol 29: 2, United States of America, **Berkeley Journal of International Law**, p. 113-114. La piratería, en su núcleo central, es la extracción violenta de bienes desde un vehículo marítimo. Este concepto, sencillo en su origen, nos lleva a los problemas que se generan por el cambio de la tecnología. ¿Una plataforma marítima puede considerarse como vehículo marítimo y que sucede en el caso de los submarinos, por ejemplo?

quedaría la persecución en manos de tribunales nacionales supuesto que tengan normas jurídicas sobre competencia sobre dicho delito y la aplicación del delito por los tribunales criminales o del mar nacionales. Sin perjuicio de las críticas al artículo 101 citado.

Este problema se magnifica aun más debido a la posibilidad de contar con diversas definiciones de lo que la piratería es de acuerdo a cuántos tratados existen sobre la materia. Asimismo, hay delitos directamente relacionados con el acto de piratería y cuya exacta tipificación es necesaria y donde el abordaje, no la piratería, es el medio para la comisión del delito, por ejemplo, la esclavitud, secuestro, la violencia en el mar²⁴. Es necesario distinguir los diversos delitos cometidos.

Hay tratados internacionales conteniendo delitos (trata de personas, esclavitud) cuya tipificación y relación con delitos como la piratería no es clara. La limpieza de activos provenientes del delito de piratería debería estudiarse debido a que no será ejecutado por un Estado sino personas. Es decir, establecer la relación con el respectivo delito y delimitar la piratería resulta fundamental.

Aún más, las definiciones que compiten por ser oficiales no necesariamente son aplicables sino en la medida que los tribunales internacionales y nacionales (de países que son parte y en que se encuentre vigente dicha norma jurídica) apliquen las normas jurídicas de la Convención correspondiente²⁵.

²⁴ En este caso tenemos la Convención para la Supresión de actos ilegales contrarios a la seguridad de la navegación marítima de 10 de marzo de 1988 entrando en vigor internacionalmente 1. Marzo de 1992, 1678 UNTS 221.

²⁵ El artículo en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar indica:
“Artículo 101 Definición de la piratería.

Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:

i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;
ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;

b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;

c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.

3.1 La ausencia de tribunal: Corte Penal internacional y piratería

La opción de incluirlo en alguna de las figuras jurídicas, delitos, contenidos en el Tratado para la Corte Penal Internacional no son posible porque no contiene en su lista de actos típicos y antijurídicos la figura de la “piratería” sino el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el crimen de agresión²⁶.

Si el legislador internacional incluye “piratería” en un tratado de Derecho internacional público como la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar debería conocer y fallar el tribunal establecido por la convención la condena a quienes han cometido dicho delito, ello no es así.

Es decir, el principio de legalidad y del debido proceso, que informa las normas jurídicas de Derecho público se hace presente de

Artículo 102. Piratería perpetrada por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado

Se asimilarán a los actos cometidos por un buque o aeronave privados los actos de piratería definidos en el artículo 101 perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave.

Artículo 103. Definición de buque o aeronave pirata

Se consideran buque o aeronave pirata los destinados por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentran a cometer cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 101. Se consideran también piratas los buques o aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos mientras se encuentren bajo el mando de las personas culpables de esos actos.

Artículo 104. Conservación o pérdida de la nacionalidad de un buque o aeronave pirata

Un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad no obstante haberse convertido en buque o aeronave pirata. La conservación o la pérdida de la nacionalidad se rigen por el derecho interno del Estado que la haya concedido.

Artículo 105. Apresamiento de un buque o aeronave pirata

Todo Estado puede apresarse, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

(...) Artículo 107. Buques y aeronaves autorizados para realizar apresamientos por causa de piratería

Sólo los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin, podrán llevar a cabo apresamientos por causa de piratería.”

²⁶ Promulga el Estatuto de Roma que establece una Corte Penal Internacional.

manera aun más fuerte en el “debido proceso” así como la tipicidad. Es por eso que si no conoce el tribunal de la convención mencionada no habría sino un tribunal, el que conoce, en general, del ilícito descrito. Sin embargo, tal ilícito queda impune, falta un tribunal que lo conozca en el Orden jurídico internacional.

3.2 Ejemplos de impunidad: casos Muse, Said y Hasan

Recientemente tres casos se han planteado en tribunales norteamericanos, piratas somalíes han protagonizado actos que constituyen “piratería”, siendo detenidos, procesados y condenados por tribunales norteamericanos pero no por piratería debido a la interpretación del tipo desde el siglo XVIII. Lo interesante es la evolución de la interpretación y la forma de incorporación de la definición en el Derecho norteamericano como expresión de un Estado de Derecho internacional.

3.2.1 El caso Muse, hechos

Desde el día 8 de abril hasta el día 12 de abril de 2009 el señor Muse abordó y ejecutó actos contrarios al Derecho internacional público en el barco “Maersk Alabama”²⁷.

El barco “Maersk Alabama” es un barco bajo bandera estadounidense²⁸. Los actos contrarios a Derecho internacional público del señor Muse y de los coautores consistieron en abordar el referido barco, aterrorizar a su tripulación y conducir al capitán en calidad de rehén a un bote desde donde fue rescatado, luego.

- Las acusaciones y los hechos desde la fiscalía

Las acusaciones al señor Muse fueron las que se siguen en estas líneas, a saber:

²⁷ VIGNOS, Scott A (2011), **Pirate trials**: An examination of the United States’ non refolement duties pursuant to the United Nations Convention Against Torture, Vol. 17:1, California, University California-Davis, p. 195.

²⁸ UNITED STATES OF AMERICA (21.04.2009), United States of America v Abduwali Abdukhadir Muse, Michael Farbriaz, Brendan R. McGuire, Charges, Nueva York, Office of the General Attorney.

- a) Piratería desde el 8 de abril al 12 de junio de 2009, por haber ejecutado el robo y haber tomado por la fuerza un barco con bandera estadounidense identificado como “Maersk Alabama”, todo de manera voluntaria, contraria a la ley²⁹.
- b) Piratería desde el 8 de abril al 12 de junio de 2009, por haber ayudado a ejecutar el robo y haber tomado por la fuerza un barco con bandera estadounidense identificado como “Maersk Alabama”³⁰.
- c) La ejecución de los actos que constituyen piratería porque sus actos fueron contrarios a las normas jurídicas que constituyen el Derecho internacional³¹.
- d) La ejecución de los actos que constituyen piratería que fuere ejecutada fuera de los límites del Mar territorial de cualquier país³².
- e) La violación y la cooperación en la violación de las normas del título 18 de Código de los Estados Unidos, Sección 2280 (delitos contra la seguridad de los buques y plataformas fijas)³³.
- f) Ejecución de control por la fuerza sobre las personas y el barco Maersk Alabama en la fecha indicada³⁴.
- g) Secuestro de personas en el barco y en la fecha mencionada³⁵.
- h) El secuestro posterior del capitán del barco³⁶.

- Acuerdo llegado con la Fiscalía

En este caso se llegó a un acuerdo (*plea bargain*) con la Fiscalía de los Estados Unidos. Este acuerdo limita el conocer el razonar del tribunal así como la sanción establecida en la sentencia para el crimen de piratería conforme al Derecho internacional (Law of Nations) al impedir que la acusación de piratería fuere planteada ante el tribunal.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

El fundamento de tal omisión por la fiscalía es acusar al señor Muse de una serie de delitos que éste reconocía al declararse culpable. Sin embargo, no se presentaba acusación por cuya sanción conforme al Derecho penal federal de los Estados Unidos es prisión perpetua³⁷. Así, además, facilitaba la prueba al confesar³⁸. La sentencia, en caso de haberse encontrado culpable al acusado como se indicó más arriba, de piratería, debe aplicar la pena de prisión de por vida³⁹.

- Las alegaciones de las partes

La parte acusadora mantuvo lo que se han descrito como las acusaciones en la sección 2 de este trabajo, básicamente, piratería. Ha arguido que el acusado tenía capacidad penal plena frente al delito cometido⁴⁰.

De otra parte, la defensa del señor Muse alegó:

- a) La piratería se ha convertido para los somalíes en una opción de vida producto de que el país está en guerra⁴¹.
- b) El acusado creció en pobreza extrema⁴².
- c) El acusado siempre tuvo que recurrir a la revisión de la basura para encontrar qué comer⁴³.
- d) Fue atrapado por las redes de trabajo de la piratería de Puntland en el norte de Somalía⁴⁴.
- e) En el momento del acto de piratería el acusado tenía 16 años⁴⁵.

³⁷ UNITED STATES OF AMERICA, **United States of America**, 18 USC 1651.

³⁸ Poco tiempo antes otro caso había sido presentado ante tribunales norteamericanos, rechazado en cuanto a su conocimiento por cuanto habría falta de suficiencia probatoria.

³⁹ PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND POLICY GROUP (2011), **Seeking uniformity: a comparative law study of authorization and self-defense laws for personal security contractors in a maritime context** (Grant Rafter, Frederick Michael Lorenz), Washington, p. 11, nota 7.

⁴⁰ WEISE, Benjamin (February 13, 2011), Lenience of Sentence for Somali Hijacker is at issue, **New York Time**, < http://www.nytimes.com/2011/02/14/nyregion/14pirate.html?_ref=abduwaliabdukhadirmuse&r=0> (04.04.2013), BRITISH BROADCASTING CORPORATION (2011), Somali pirate sentenced for 33 year in US prison, **News US and Canada**, London, p. 16, <<http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-12486129>> (10.04.2013).

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

- El razonamiento del tribunal

El tribunal, a través de la magistrado, Jueza Loretta Preska, fundó su sentencia en los siguientes argumentos:

- a) La crueldad extrema de los piratas, “sádicos”⁴⁶.
- b) Uso de actos de violencia psicológica y física en contra de sus capturados, en particular el capitán de la nave Sr. Phillips⁴⁷.
- c) La necesidad de lograr disuadir a otros posibles piratas de ejecutar el acto de piratería⁴⁸.

Lo anterior llevó a aplicar como delito al secuestro a ciudadanos norteamericanos, conspiración para secuestrar y una serie de penas accesorias además de penas pecuniarias muy altas, desde el punto de vista financiero, ordenando tratamiento psiquiátrico y enseñanza del inglés⁴⁹.

3.2.2 El caso Said, los hechos

El día 10 de abril de 2010 el señor Said junto a sus cómplices se aproximaron al barco de los Estados Unidos “USS Ashland” en un bote. Desde el barco se les disparó, contestando disparos hechos con una ametralladora, destruyendo el bote y luego el señor Said fue izado en el barco para ser detenido y llevado ante los tribunales norteamericanos⁵⁰.

- El caso Said, la acusación

La acusación se debió a la “Comisión del Crimen de Piratería así definido en el Derecho internacional” en violación de la norma jurídica 18 U.S.C. párrafo 1651 de los Estados Unidos.

⁴⁶ BRITISH BROADCASTING CORPORATION (16 February 2011), Somali pirate sentenced for 33 year in US prison, News US and Canada, London.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ WEISE, Benjamin (Febrero 17, 2011), Somali who hijacked ship receives 33 years in prison.

⁴⁹ UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, *United States of America v. Abdulwali Abdulkhadir Muse*, Judgement in Criminal Case, Case number: 1: S109CR00512-01 (LAP) Nueva York, 25.02. 11, <<http://ia600406.us.archive.org/19/items/gov.uscourts.nysd.346053/gov.uscourts.nysd.346053.31.0.pdf>> (04.04.2012); RIVERA, Ray, Somali Man Plead Guilty in 2009 Hijacking of Ship, New York Times, 18 de mayo de 2009, <<http://www.nytimes.com/2010/05/19/nyregion/19pirate.html?ref=abduwaliabdukhadirmuse>> (05.04.2013).

⁵⁰ UNITED STATES OF AMERICA, Memorandum, Opinion and Order of United States of America v Mohamed Ali Said, a/k/a/ Maxamad Cali Sacid, et. al., Criminal Action NO. 2: 10 cr 57, Norfolk, VA, 17.08.2012, p. 1.

Así también la misma se debió a actos que históricamente son diferentes, es decir, carecen de una posibilidad concreta de ser considerados tales actos como únicos y determinantes de la tipificación del delito de piratería. La piratería no implica la actual toma de la propiedad aunque sí el “asalto armado no autorizado o acto violento directo” en Alta Mar es suficiente para configurar la denominada piratería⁵¹.

Sigue la lógica del caso *Muse* donde el problema para los acusados es que existe presidio perpetuo para quien ha cometido el delito de piratería en Alta Mar, conforme a la violación de 18 USC párrafo 1651.

La contraparte alega la no configuración de una acusación que permita entender lo que se acusa, (constitucionalmente se encuentra garantizada bajo la fórmula “fair warning of the charged conduct”) y que ha sido establecido en *United States v. Hassan*, 542 F. 3d 968, 978 (2d. Cir. 2008). De acuerdo con este principio ningún Ser humano debe ser considerado criminalmente responsable por una conducta que él no pueda razonablemente considerar que se encuentra prohibida (en el entendido que se le anuncia de manera razonablemente clara) contenido en *Bouie v City of Columbia* 378 U. S. 347, 351 (1964). Es más, se indica que dicho aviso de una ley que “o prohíbe o exige la ejecución de un acto en términos tan generales que un hombre de inteligencia común debe necesariamente adivinar su sentido y tendrá diferentes versiones de su aplicación” (*United States v. Lanier*, 520 US. 259, 266 (1997) es contraria a la constitución⁵².

Sólo es aplicable la norma jurídica a una conducta claramente descrita (*Lanier*, 520 U.S. at 266)⁵³.

- Argumentos de la Corte y modificación de la interpretación tradicional

La Corte considera que el caso *United v. Smith* (18 U.S. 153,5 Wheat 153 (1820) es la autoridad definitiva para definir piratería bajo el Estatuto correspondiente y lo define como “robo en el mar”⁵⁴ con *animus*

⁵¹ Ibid., p. 2.

⁵² Ibid., p. 4.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid., p. 6.

*furandi*⁵⁵. El Estado busca disminuir el concepto pero se le ha definido como “robo o depredación forzada cometido en Alta Mar”⁵⁶.

Así también se define al pirata como “quien actúa solamente bajo su propia autoridad sin ningún tipo de comisión o autoridad de un Estado soberano, ejecutando por la fuerza y apropiándose para sí sin discriminación alguna cada uno de los barcos con los cuales se encuentra y a los piratas siempre se les ha comparado a ladrones” (United States v. Furlong, 18 U. S. 184, 197 (1820)).

También la piratería tiene como definición “cualquier acto que conlleve hostilidad universal no sólo el robo actual por consiguiente, cruzar el Alta Mar sin un objetivo y con la intención de robar” pero el tribunal luego señala, contradiciéndose, al decir que “todos acuerdan que piratería, bajo el Derecho internacional, es la ofensa de depredar sobre el mar sin autoridad o comisión de ningún Estado soberano o beligerante”, opiniones sostenidas en el caso Chapman (5 F Cas. 471, 473 (N.D. Cal. 1864)⁵⁷.

Otra sentencia dictada en esta materia es Estados Unidos v Shi (525 F. 3d709, 721 (9th Cir. 2008) un caso que no se refiere al párrafo 1651⁵⁸. Aquí se define piratería como “robo en el mar” (aunque esta es una sentencia de un Tribunal de Apelación, no de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Se deja constancia, sin embargo, que “depredación forzada” no incluye ningún acto no autorizado de violencia sino que el argumento del Estado norteamericano carece de mérito lo que implica carecer de fundamentos o evidencia suficiente para auxiliar en el razonamiento y hacer parte del razonamiento de la Corte la afirmación que “depredación forzada” incluye todo acto no autorizado de violencia dado que “depredación” es equivalente a “pillaje”, cuestión que no ocurrió en la especie⁵⁹. El Estado falló en citar los fallos correspondientes.

A su vez, la Corte recurre al “Reporte de la Comisión para Revisar y Codificar las Leyes Criminales y Penales de los Estados Unidos” de 1901 donde se define a piratería: “piratería en el Derecho internacional es: un robo con depredación forzada en el Alta Mar sin autoridad legítima ejecutado con *animus furandi* en el espíritu e intención de hostilidad

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., p. 7.

⁵⁷ Ibid., p. 9.

⁵⁸ Ibid., p. 9-10

⁵⁹ Ibid.

universal⁶⁰ y por tanto lo que dijo el Juez Story en 1820 en el caso *United States v. Smith* es lo mismo dicho por esta Comisión en 1905.

Además el Derecho internacional sería inapropiado para definir piratería bajo el título 18 U. S. C. párrafo 1651 aun cuando pudiera ampliarse dicho concepto por voces determinadas. Para ello la Corte arguye que se debe considerar evidencia concreta de costumbre jurídica internacional, práctica de los Estados, por medio de las leyes de dicho Estado y no sólo trabajos académicos sino actos judiciales o sentencias dictados por sus tribunales (hay una enumeración de los “medios de prueba”).

Sin embargo, el caso *Smith* aludido ya es el único caso sin discusión sobre el punto en análisis. Sin embargo, es correcto indicar que se ha producido una modificación en la visión de lo que es el “supuesto de hecho” del tribunal. Así en el caso inglés denominado *In Re Piracy Jure Gentium*, se indica que un ataque puede ser otro elemento, además del robo, como acto propio de la piratería. Es por eso que se cita al artículo 101 de la Convención sobre el Derecho del Mar como otra evolución, también se cita al profesor Lassa Oppenheim quien caracteriza al acto del pirata como “acto no autorizado de violencia con el intento de robo o pillaje” y dicho acto de ataque debe ser o estar consumado⁶¹. Finalmente se citan una serie de autores que están contestes en cuanto no existe una definición de piratería con lo cual no es posible determinar sus elementos⁶².

- Los límites procesales

El sentido del “debido proceso” indica que además de no existir norma jurídica que se aplique al supuesto de hecho del mismo modo las normas procesales no han sido debidamente respetadas por el Estado norteamericano. La línea de razonamiento, el razonamiento del Estado es que los actos de los acusados son piratería por la evolución del concepto de piratería. Sin embargo, tal opinión es equivocada según indica la Corte por ser contraria a los precedentes de la misma así como al debido proceso⁶³.

⁶⁰ Ibid., p. 11.

⁶¹ Ibid., p. 15.

⁶² Ibid., p. 16.

⁶³ Sobre el tema de los precedentes de los tribunales y su efecto “horizontal”, SPELLMAN, Barbara; SCHAUER, Frederick, **Legal Reasoning**, University of Virginia, Virginia, 2012, p. 14.

El problema es que habría que ejecutar, frente a la norma jurídica, la actividad de adivinar (cuestión contraria al debido proceso) si la conducta ejecutada cae bajo la norma jurídica del párrafo 1651 (con lo cual se les sancionaría). Con ello la ley sería constitucionalmente vaga al convertirse en una “adivinanza de lo que el Congreso ha establecido” (*Ladner v. United States*, 358 U.S. 169, 178, (1958)), y rechaza el concepto de “probabilidad” a fin de construir el concepto de un delito (*United States v. Wiltberger*, 18 U. S. 76, 105, 5 Wheat. (1820)), en este caso, piratería⁶⁴. Por consiguiente el concepto del derecho internacional sobre piratería es poco claro.

- Sentencia en el caso Said

En este caso se rechazó la solicitud del Estado norteamericano por no haberse establecido que los actos de los acusados fueren “piratería” y por la violación a las normas jurídicas del “debido proceso”. La sentencia es un avance.

3.2.3 El caso Hasan, los hechos

En el caso “United States of America v. Mohammed Modin Hasan et al.” se les acusó de piratería a una serie de sujetos bajo el Derecho internacional, ataque a un navío, asalto con armas peligrosas en una zona de jurisdicción especial marítima, conspiración para el uso de armas de fuego durante un crimen con violencia, uso de armas de fuego durante un crimen con violencia⁶⁵.

- Hechos

En 2010, alrededor del día 31 de marzo, ubicados en una zona de jurisdicción marítima y territorial especial de los Estados Unidos de Norteamérica, fue arrestado el señor Hassan y los demás miembros de su grupo delictual. Ellos actuando por sorpresa, y usando abiertamente la fuerza y de manera maliciosa o culpable atacaron y asaltaron un barco que pertenece a otra persona, particularmente el *USS Nicholas* que pertenece

⁶⁴ UNITED STATES OF AMERICA, op cit., p. 19.

⁶⁵ UNITED STATES OF AMERICA, *United States of America v. Mohammed Modin Hasan et al.* (Indictment), (Case 2:10-cr-00056-MSD-FBS, 20.04, 2010), Virginia, 2010, p. 1.

a los Estados Unidos de Norteamérica⁶⁶. En este caso utilizaron armas peligrosas, armas de fuego, con la intención de causar daño corporal y sin causa justificada o excusa y se apoyaron mutuamente para cometer el delito⁶⁷. Con la conspiración para cometer el crimen de piratería la Fiscalía norteamericana consideró que se configuraba el interés pecuniario en el ataque al barco indicado⁶⁸.

Lo que se prueba son las afirmaciones de las partes, reza un viejo adagio del Derecho procesal. La Fiscalía, a fin de evitar los problemas de los casos anteriores (Muse y Said), así lo entendió⁶⁹.

Primero, se relata que la conspiración se inicia con la salida desde Somalia en un barco buscando un barco mercante para cometer piratería sobre él usando dicho barco para un transporte de larga distancia marítima conteniendo inclusive comida y gasolina para una travesía de largo aliento con dos botes para el ataque de los barcos mercantes, luego las armas de fuego para el asalto y las “lanza-granadas” para atacar los barcos mercantes así como la tripulación fueron parte de la conspiración y el que los miembros de la misma serían compensados financieramente a cambio de la piratería sobre los barcos mercantes. Ellos creyeron, según la fiscalía, que lo que atacaban eran barcos mercantes cuando en verdad era el USS Nicholas⁷⁰. Se incorporan una serie de otros hechos relatados donde se vinculan a las normas jurídicas norteamericanas que regulan este tipo de delitos⁷¹.

- La defensa

La defensa ha indicado como argumentos:

a) La inexistencia de piratería. Si la piratería es considerada como “el robo en el mar” en la especie no hubo tal situación ya que en la acusación no hubo pruebas que indicaran que existió tal acto⁷².

⁶⁶ Ibid., p. 2.

⁶⁷ Ibid., p. 3.

⁶⁸ Ibid., p. 4.

⁶⁹ Estos son los “casos difíciles” descritos por Frederick Schauer en su libro “Thinking like a Lawyer”, cfr. SCHAUER, Frederick, **Thinking like a Lawyer**, Harvard University Press, 2009, p. 24-28.

⁷⁰ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., p. 4-5.

⁷¹ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., p. 6-8.

⁷² UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., p. 4-12.

b) La ausencia del “debido proceso”. Uno de los requisitos para aplicar la ley norteamericana a un extranjero es que exista un nexo suficiente entre ese extranjero y la ley norteamericana, lo que no es el caso⁷³.

c) Ausencia de tipificación por falta de norma jurídica nacional que así tipifique el delito de piratería en razón de jurisprudencia que así lo indica⁷⁴.

d) Tipificación en 1820 de acuerdo al caso Smith. No hay posterior tipificación y el hecho carece de descripción⁷⁵.

e) Superficialidad de la norma jurídica en caso de interpretar la norma jurídica “18 U.S.C. parra. 1659” donde se contiene el concepto de piratería como meros actos de violencia destinados a robar un barco de otro en Alta Mar.

- La sentencia

Finalmente los piratas fueron condenados, en primera instancia, a cadena perpetua⁷⁶. El fundamento es que no se requiere haber ejecutado el acto, en el *iter criminis*, puede ser efectivamente ejecutado o no, tentativa o frustrado, para que nos encontremos frente a la piratería⁷⁷. Además, agregó el tribunal el que el concepto de piratería se encuentra en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982⁷⁸. Lo anterior muestra una modificación de la interpretación de los tribunales norteamericanos, evolutivamente incorpora al Derecho internacional público y la norma jurídica internacional aplicable y amplia.

3.2.4 Los problemas jurídicos planteados por los casos⁷⁹

⁷³ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., p. 17.

⁷⁴ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., p. 22.

⁷⁵ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., p. 52.

⁷⁶ CNN, **Five Somalis sentenced to life in piracy case**, International Edition, New York, 2011.

⁷⁷ CHALOS & CO. P. C., **Eastern District of Virginia Judges Interpret Piracy Statute in conflicting Opinions**, New York, 2013.

⁷⁸ UNITED STATES OF AMERICA, op. cit., p. 93.

⁷⁹ Esta sección me ha sugerido una serie de preguntas. Fuente de la misma cfr. Sobrino, José Manuel, La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional, sin fecha, sin lugar.

¿Qué ocurre cuando no existe norma jurídica o existe una norma jurídica nacional y otra internacional que tipifican ambas la piratería pero de manera diferente?

Antes del juzgamiento del señor Muse, calificar sus actos y los de su compañeros como “piratería” constituía una dificultad en los Estados Unidos. En caso alguno se ajusta al tipo penal nacional la serie de actos del señor Muse y sus secuaces. Es decir, son ilícitos pero no ejecutaron el acto que constituye el elemento central del tipo, el acto de extracción ilegal de bienes que en el mar constituyen el delito, no había, al menos no aparece de los antecedentes obtenidos, intención de obtener una ventaja económica. Sin embargo, del tipo internacional, bastaría el acto de violencia contra personas en Alta Mar para encontrarnos frente a la comisión de la piratería, en los hechos el asunto aparece claro pero el mismo delito podría argüirse de un grupo de náufragos que al llegar a otro barco golpeará a uno de los marinos por la razón que fuere. Se observa cómo se ha planteado una contradicción incluyendo los actos cometidos a fin de lograr la derrota de la norma jurídica nacional frente a la mejor descripción de la norma jurídica internacional.

La pregunta que primeramente nos sigue es si es posible a un tribunal nacional conocer de la piratería. De acuerdo al Derecho internacional marítimo hay que distinguir si nos encontramos o no en que el acto de piratería se cometió o no en aguas territoriales de un Estado. Si se cometió en las aguas territoriales de un Estado es ese Estado el que tiene Jurisdicción sobre tales actos de piratería y deberán ser conocidos por los tribunales criminales del Estado en cuyo Mar Territorial se ha cometido el acto. Si fuere detenido fuera de tal espacio marítimo, en la Alta Mar, cabría la posibilidad de ser conocido por cualquier tribunal en el Mundo, el Tribunal Penal Internacional, o no ser conocido por ningún tipo de tribunal.

En este sentido, al menos, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar admite el apresamiento de un barco pirata o en cualquier lugar no sujeto a soberanía de un Estado (Jurisdicción) o en cualquier lugar sometido en el territorio marítimo del Estado del tribunal, establece la Jurisdicción universal (competencia universal) respecto de los delitos cometidos en aguas internacionales⁸⁰.

⁸⁰ Es este el caso del artículo 105 citado anteriormente.

En el caso de Jurisdicción de un tribunal nacional al cometerse el acto dentro del Mar territorial, entonces, es de competencia del tribunal nacional en cuyo territorio donde se ejecutó el acto ilícito.

La “Jurisdicción universal”, la decisión de un Estado de perseguir un delito cualquiera sea el lugar en el mundo donde se hubiere cometido o, en el caso de la piratería, en un determinado lugar como es la Alta Mar, es una de las opciones. Sin embargo, consideradas por las leyes el uso de normas jurídicas contenidas en el Orden jurídico nacional permitiendo estos actos, es poca⁸¹. Aun así, se admite respecto de este espacio marítimo por la Convención citada, la posibilidad de ejercer jurisdicción y competencia sobre el delito indicado.

¿Qué sucede con los actos de piratería cometidos dentro del territorio de otro Estado respecto de la Jurisdicción universal? Supongamos que el acto de piratería hubiere sido ejecutado en el Mar territorial de Somalía, en principio, sólo podría ser juzgado por los tribunales somalíes. No obsta a lo anterior, en caso que no exista tribunal que conozca del asunto y bajo el supuesto de “jurisdicción universal” del Estado que lo juzgue que un tribunal de este último Estado, en los casos presentados, Estados Unidos, juzgue a los piratas.

El tema de las diferencias entre definiciones de piratería en el Derecho internacional público y en el Derecho nacional de cada Estado son de importancia meridiana⁸². A nosotros nos generan un problema de interpretación entre normas jurídicas de mismo orden que se pueden resolver a través de las normas jurídicas contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados cuando se trate de normas jurídicas contenidas en tratados internacionales⁸³. Es un hecho que existe obligación internacional de aplicar las normas jurídicas internacionales en el Orden jurídico nacional. Cuestión diferente es la sanción frente a la

⁸¹ BENTO, Lucas (2011), Toward and International Law of Piracy Sui Generis: How the Dual Nature of Maritime Piracy Law Enables Piracy to Flourish, Berkeley **Journal of International Law**, Vol 29: 2, United States of America, p. 122.

⁸² BENTO, op. cit., p. 116.

⁸³ Un caso muy interesante en esta material es el caso Lubanga donde se enfrentan metodologías interpretativas entre el fallo de mayoría y su razonamiento interpretativo así como la disidencia planteada por el juez Fulford, PEÑA, Sergio, Interpretación internacional penal en un Estado de Derecho internacional ¿Es necesaria la aplicación de una teoría del Derecho penal al Derecho internacional penal o basta con la aplicación de las normas de interpretación?, presentación efectuada en el Seminario de Derecho penal dirigido por el Profesor Dr. José Luis Guzmán Dálbora, Valparaíso, septiembre 21 de 2013.

dicha aplicación. Aquí aparece la necesidad de aplicación de las normas jurídicas internacionales o que se encuentran incorporadas (cualquiera sea la forma, directa o indirecta) al Orden jurídico nacional o sirven para interpretar la tipificación del delito de piratería.

Así en los Estados Unidos en una norma jurídica de Derecho público, el Código de los Estados Unidos se señala: “Quienquiera, que en el Alta Mar, comete el crimen de piratería así definido por el Derecho internacional público, y es posteriormente traído a o encontrado en los Estados Unidos, debe ser puesto en prisión de por vida.”⁸⁴.

Además el mismo cuerpo legal establece la Jurisdicción universal⁸⁵.

Pero en los Estado Unidos no se define la piratería sino que se hace referencia al Derecho internacional público. Así la definición entregada anteriormente en este texto de un tratado internacional, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, es plenamente aplicable por especial referencia de una norma jurídica nacional a una internacional aplicando el concepto de Estado de Derecho internacional.

Un segundo problema es la necesidad de interpretar lo que se considera piratería. En Estados Unidos en los últimos dos casos planteados antes del caso Muse, el robo era el elemento esencial de la piratería o era alguna de las conductas expuestas en el artículo 101 citado de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y que no constituyen robo. Dos casos, dos tribunales, dos sentencias y dos soluciones diferentes. La interpretación nace del texto internacional, sólo del mismo, sin perjuicio de la aplicación de otros elementos⁸⁶.

La impunidad frente a cualquier delito, sea estatal o personal posee un alto grado de impacto dentro del Orden jurídico, supone la inexistencia de normas jurídicas descriptivas del ilícito, la existencia de las normas jurídicas pero ausencia de procedimientos de castigo o la existencia de nomas jurídicas y procedimientos pero se enfrenta a personas naturales carentes de suficiente juicio o discernimiento para ser procesados y condenados. Es el caso del señor Muse. Si era verdad su falta de suficiente edad para ser procesado debió habersele perseguido penalmente mediante un procedimiento diferente⁸⁷.

⁸⁴ UNITED STATES OF AMERICA, United States of America, 18 U.S.C. 1651.

⁸⁵ UNITED STATES OF AMERICA, United States of America, 18 U.S.C. 1653.

⁸⁶ UNITED STATES OF AMERICA, United States v. Said. No. 2:10cr57, 2010 WL3893761 (E. D. Virginia). Aug. 17.

⁸⁷ HAHN, Lauren, op. cit., p. 248-253.

4 CONCLUSIÓN

La ausencia o imperfección de los tipos penales internacionales, rechazada por tribunales nacionales frente a actos contrarios a la vida, la libertad, el comercio o la paz, son los problemas expuestos en estos casos. Otros, como la ausencia de regulación interna complementaria a la internacional a fin de perseguir y condenar a los delincuentes, resulta fundamental de ser debidamente completada. Evitando lagunas en un Estado de Derecho internacional tipificar y regular la condena de quienes han transgredido el Derecho internacional público de los Derechos humanos o de los actos de Guerra y de quienes cometen delitos de cualquier tipo debido a que tanto los grandes delitos como los pequeños delitos deben ser perseguidos resulta fundamental.

La interpretación y aplicación de una convención internacional en el Derecho nacional y el castigo de un delito de carácter internacional requiere de progresividad para ser aplicada (en el caso el artículo 101 y ss. de la Convemar), desvirtuando mitos para la aplicación del procedimiento de un tribunal carente de competencia *ratione materiae* como la Corte Penal internacional, normas jurídicas nacionales protectoras del “debido proceso”, la vigencia de una convención que incluya normas jurídicas tipificadoras del ilícito y de figuras similares, carente de procedimientos, sin embargo, para sancionar el ilícito, la necesaria aplicación de las normas jurídicas nacionales y la facultad de negociar el tipo de acusación, la posibilidad de impedir el conocimiento del asunto al tribunal nacional a fin de aplicar las normas jurídicas internacionales, es decir, una probable laguna jurídica así como una serie de problemas posibles de solucionar agregando a alguno de los tratados mencionados una norma jurídica y cumplir el principio de legalidad amén del respeto a los derechos humanos de menores de edad delincuentes y de la proporcionalidad de las penas.

Frente a un Estado de Derecho internacional no es posible considerar ningún caso como baladí, propio de la pobreza. El Derecho es un todo, uno de sus fines es la Justicia y es fundamental, a fin de alcanzarla, contar con normas jurídicas internacionales que, con las distinciones y prevenciones adecuadas, persigan a quienes cometen actos delictuales, en este caso, contrarios al Derecho internacional y por consiguiente al Orden jurídico internacional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ASHFAQ, Sarah (2010), Something for everyone: Why the United States should ratify the law of the sea treaty, Vol. 19. 2, **Journal of Transnational Law and Policy**, Washington.

BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan (2003), **International Criminal Law**, London, Cavendish publishing, 2nd Edition.

BENTO, Lucas (2011), Toward and International Law of Piracy Sui Generis: How the Dual Nature of Maritime Piracy Law Enables Piracy to Flourish, Vol 29: 2, United States of America, Berkeley **Journal of International Law**.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION (16 February 2011), Somali pirate sentenced for 33 year in US prison, **News US and Canada**, London.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION (2011), Somali pirate sentenced for 33 year in US prison, **News US and Canada**, London.

CHALOS & Co. P. C., **Eastern District of Virginia Judges Interpret Piracy Statute in conflicting Opinions**, New York, 2013.

CNN, **Five Somalis sentenced to life in piracy case**, International Edition, New York, 2011.

Convención para la Supresión de actos ilegales contrarios a la seguridad de la navegación marítima de 10 de marzo de 1988 entrando en vigor internacionalmente 1. Marzo de 1992, 1678 UNTS 221.

DOMINICE, Christian (1981), Methodology of International Law en BERNHARDT, Rudolf et. al (eds), **Encyclopedia of Public International Law, (History)**, North-Holland Publishing Company, Amsterdam.

ELAGAB, Omer (2010), **Somali piracy and international law: some aspects**, 24 A&NZ Mar LJ.

FERENCZ, Benjamin, International Criminal Court, en BERNHARDT, Rudolf et. al (eds) (1981), **Encyclopedia of Public International Law, (Settlement of Disputes)**, Amsterdam, North-Holland Publishing Company.

HAHN, Laureen (2011), **Juvenile Justice and Piracy**: Prosecutions of juvenile pirates in the United States, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol 20: 1.

KRASKA, James (2011), **Contemporary maritime piracy**, Santa Barbara, Praeger, p. 45, 48-49 ss.

MOSLER, Hermann, International Legal Community en BERNHARDT, Rudolf et. al (eds), **Encyclopedia of Public International Law, (History)** (1981), Amsterdam, North-Holland Publishing Company.

PEÑA, Sergio, Interpretación internacional penal en un Estado de Derecho internacional ¿Es necesaria la aplicación de una teoría del Derecho penal al Derecho internacional penal o basta con la aplicación de las normas de interpretación?, presentación efectuada en el Seminario de Derecho penal dirigido por el Profesor Dr. José Luis Guzmán Dálbora, Valparaíso, septiembre 21 de 2013.

Promulga el acuerdo sobre los privilegios de la Corte Penal Internacional, Diario Oficial de 18 de enero de 2009.

Promulga Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Decreto 104, Diario Oficial 1 de agosto de 2009.

Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus anexos y el Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de dicha convención y su anexo, Diario Oficial de 18 de noviembre de 1997.

PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND POLICY GROUP (2011), **Seeking uniformity**: A comparative law study of authorization and self-defense laws for personal security contractors in a maritime context (Grant Rafter, Frederick Michael Lorenz), Washington.

Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, Diario oficial 30 de mayo de 2009.

RIVERA, Ray, Somali Man Plead Guilty in 2009 Hijacking of Ship, **New York Times**, 18 de mayo de 2009.

RODRÍGUEZ Villasante; PRIETO, José Luis (2009), **La represión del crimen internacional de piratería, una laguna imperdonable en nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional**, Madrid, Real Instituto Elcano.

SCHABAS A. William; BERNAZ, Nadia, Introduction en SCHABAS A. William; BERNAZ, Nadia (eds.) (2011), **Routledge Handbook of international criminal law**, London and New York, Routledge.

SCHAUER, Frederick (2009), **Thinking like a Lawyer**, Harvard University Press, 2009.

SPELLMAN, Barbara; SCHAUER, Frederick, Legal Reasoning, University of Virginia, Virginia, 2012.

UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, **United States of America v. Abdulwali Abdukhadir Muse**, Judgement in Criminal Case, Case number: 1: S109CR00512-01 (LAP) Nueva York, 25.02. 11.

UNITED STATES OF AMERICA (2011), **Piracy of the Horn of Africa**, Washington D. C., Congressional Research Service.

UNITED STATES OF AMERICA (21.04.2009), **United States of America v Abduwali Abdukhadir Muse**, Michael Farbriaz, Brendan R. McGuire, Charges, Nueva York, Office of the General Attorney.

UNITED STATES OF AMERICA, **Memorandum, Opinion and Order of United States of America v Mohamed Ali Said, a/k/a/ Maxamad Cali Sacid, et. al.**, Criminal Action NO. 2: 10 cr 57, Norfolk, VA, 17.08.2012.

UNITED STATES OF AMERICA, **United States of America v. Mohammed Modin Hasan et al. (Indictment)**, (Case 2:10-cr-00056-MSD-FBS, 20.04,2010), Virginia, 2010.

UNITED STATES OF AMERICA, **United States of America**, 18 U.S.C. 1651.

UNITED STATES OF AMERICA, **United States of America**, 18 U.S.C. 1653.

UNITED STATES OF AMERICA, **United States** v. Said. No. 2:10cr57, 2010 WL3893761 (E. D. Virginia). Aug. 17.

VAN SCHAACK, Beth; SLYLE, Ron, A concise history of International Criminal Law: Chapter 1. VAN SCHAACK; Beth, SLYLE, Ron en **Understanding International Criminal Law**, Santa Clara, Legal Studies Research Papers Series, Working Paper No. 07-42, Santa Clara University, 2007.

VIGNOS, Scott A. (2011), **Pirate trials**: An examination of the United States' non refoulment duties pursuant to the United Nations Convention Against Torture, Vol. 17:1, California, University California-Davis.

WEISE, Benjamin (Febrero 17, 2011), Somali who hijacked ship receives 33 years in prison.

WEISE, Benjamin (February 13, 2011), Lenience of Sentence for Somali Hijacker is at issue, **New York Time**.

MENSAGENS INSTITUCIONAIS

“A nobre causa que nos impulsiona é a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses superiores da sociedade. Mas a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária exige o necessário aperfeiçoamento dos Poderes do Estado e de suas Instituições e reclama eficiência na prestação dos serviços públicos que permita a real efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais previstos na Constituição Federal. Portanto, cabe ao Ministério Público, Instituição forte e respaldada pela sociedade, compelir o Poder Público e seus gestores a concretizar os comandos da Lei Maior”¹.

“No começo desta semana, em entrevista para o jornal Correio Braziliense, o ex-Ministro Ayres Britto, ex-Presidente do STF e que comandou o julgamento do mensalão, asseverou que o Ministério Público brasileiro é o melhor do mundo! Esta afirmação reflete a confiabilidade da Instituição a que pertencemos perante os renomados operadores do direito. Portanto, zelemos ao máximo pela credibilidade de nossa atuação, para que continuemos a alcançar, por via deste diferencial, a realização da justiça almejada em nossa incansável labuta”².

“[...] o que espero dos senhores e senhoras, doravante, é que também logrem demonstrar suas aptidões como agentes modificadores da nossa realidade social, a qual, não obstante os avanços alcançados, muito ainda tem a evoluir nos aspectos básicos para que cheguemos ao estado de bem-estar vislumbrado pela Constituição Federal”³.

¹ Excerto do Discurso proferido pela Procuradora-Geral de Justiça, Dr^a. Regina Lúcia de Almeida Rocha, na Solenidade de Posse de 25 (vinte e cinco) Promotores de Justiça recém-aprovados no Concurso Público para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Maranhão, realizada em 14.08.2015.

² Ibidem.

³ Excerto do Discurso proferido pela Procuradora-Geral de Justiça, Dr^a. Regina Lúcia de Almeida Rocha, na Solenidade de Posse de 15 (quinze) Promotores de Justiça recém-aprovados no Concurso Público para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Maranhão, realizada em 17.09.2015.

“[...] tão elevada quanto a honra de se chegar a ocupar o cargo de Promotor de Justiça, é a expectativa existente nos ‘quatro cantos’ do Estado pela presença constante de um membro do Ministério Público. Com a assunção dos senhores, será possível atender a uma grande parcela da população maranhense”⁴.

⁴ Ibidem.

A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros pensadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As ideias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes: **a)** redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em uma via impressa, juntamente com o respectivo arquivo eletrônico, em formatação *Word for Windows*; **b)** apresentados em papel A4; **c)** configurados em espaço simples; **d)** escritos em tamanho 12, com base na fonte *Times New Roman*; **e)** adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas.
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como resumo e *abstract*, constituídos de uma seqüência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave e *keywords* logo abaixo do resumo e *abstract*, separadas entre si por ponto;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

Ministério Público do Estado do Maranhão
Coordenadoria de Documentação e Biblioteca
Rua Oswaldo Cruz, nº 1396 - Centro - São Luís – Maranhão.
CEP: 65020 – 910 - Tel.: (98) 3219-1656 - Fax.: (98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@mpma.mp.br

