

COLETÂNEA DO

VIII

SEMINÁRIO  
INTERNACIONAL

ORGANIZADORES

HANDEL MARTINS DIAS  
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO  
ROGÉRIO GESTA LEAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE  
**DIREITOS**  
**INDISPONÍVEIS**

Tutelas à Efetivação de  
Direitos Públicos Incondicionados

VOLUME



DIALÉTICA  
EDITORA

COLETÂNEA DO

**VII**

SEMINÁRIO  
INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE

**DIREITOS  
INDISPONÍVEIS**

Tutelas à Efetivação de  
Direitos Públicos Incondicionados

**VOLUME**

## CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia  
André Luís Vieira Elói  
Antonino Manuel de Almeida Pereira  
Antônio Miguel Simões Caceiro  
Bruno Camilloto Arantes  
Bruno de Almeida Oliveira  
Bruno Valverde Chahaira  
Catarina Raposo Dias Carneiro  
Christiane Costa Assis  
Cíntia Borges Ferreira Leal  
Eduardo Siqueira Costa Neto  
Elias Rocha Gonçalves  
Evandro Marcelo dos Santos  
Everaldo dos Santos Mendes  
Fabiani Gai Frantz  
Flávia Siqueira Cambraia  
Frederico Menezes Breyner  
Frederico Perini Muniz  
Giuliano Carlo Rainatto  
Helena Maria Ferreira  
Izabel Rigo Portocarrero  
Jamil Alexandre Ayach Anache  
Jean George Farias do Nascimento  
Jorge Douglas Price  
José Carlos Trinca Zanetti  
Jose Luiz Quadros de Magalhaes  
Josiel de Alencar Guedes  
Juvencio Borges Silva  
Konradin Metze  
Laura Dutra de Abreu  
Leonardo Avelar Guimarães  
Lidiane Mauricio dos Reis  
Ligja Barroso Fabri

Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem  
Luciana Molina Queiroz  
Luiz Carlos de Souza Auricchio  
Marcelo Campos Galuppo  
Marco Aurélio Nascimento Amado  
Marcos André Moura Dias  
Marcos Antonio Tedeschi  
Marcos Pereira dos Santos  
Marcos Vinício Chein Feres  
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral  
Marilene Gomes Durães  
Mateus de Moura Ferreira  
Milena de Cássia Rocha  
Mortimer N. S. Sellers  
Nígela Rodrigues Carvalho  
Paula Ferreira Franco  
Pilar Coutinho  
Rafael Alem Mello Ferreira  
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia  
Rayane Araújo  
Regilson Maciel Borges  
Régis Willyan da Silva Andrade  
Renata Furtado de Barros  
Renildo Rossi Junior  
Rita de Cássia Padula Alves Vieira  
Robson Jorge de Araújo  
Rogério Luiz Nery da Silva  
Romeu Paulo Martins Silva  
Ronaldo de Oliveira Batista  
Sylvana Lima Teixeira  
Vanessa Pelerigo  
Vitor Amaral Medrado  
Wagner de Jesus Pinto

COLETÂNEA DO

VIII

SEMINÁRIO  
INTERNACIONAL

ORGANIZADORES

HANDEL MARTINS DIAS

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

ROGÉRIO GESTA LEAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE  
**DIREITOS**  
**INDISPONÍVEIS**

Tutelas à Efetivação de  
Direitos Públicos Incondicionados

VOLUME



**DIALÉTICA**  
EDITORA

*Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.*

Copyright © 2023 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2023 by Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal (Orgs.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

[www.editoradialetica.com](http://www.editoradialetica.com)

## EQUIPE EDITORIAL

### Editores

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha  
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira  
Prof. Dr. Tiago Aroeira  
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

### Designer Responsável

Daniela Malacco

### Produtora Editorial

Kariny Martins

### Controle de Qualidade

Marina Itano

### Capa

Joyce Silva

### Diagramação

Joyce Silva

### Preparação de Texto

Nathália Sôster

### Revisão

Responsabilidade do autor

### Assistentes Editoriais

Jean Farias  
Rafael Andrade  
Ludmila Azevedo Pena  
Thaynara Rezende

### Estagiários

Diego Sales  
Laís Silva Cordeiro  
Maria Cristiny Ruiz



## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C694s Coletânea do VII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis : volume 1 : Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal. – São Paulo : Editora Dialética, 2023.

300 p. = (v. I)

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-252-8125-4

1. Efetivação de Direitos Indisponíveis. 2. Direito. 3. Política.

I. Organizadores. II. Título.

CDD-340

## APRESENTAÇÃO

Com o apoio da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC), Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos (CAPL), Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC), Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH), Universidade Católica Portuguesa (UCP) e Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) promoveu, entre os dias 18 e 19 de outubro deste ano, o **VII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**, consolidando no cenário internacional um espaço próprio para a comunidade acadêmica apresentar, debater e publicar pesquisas sobre tutelas à efetivação de direitos indisponíveis, tema que ao qual se envolve o Mestrado Acadêmico em Direito da FMP. Durante o evento houve intensas e profícuas discussões entre os participantes nos painéis e grupos de trabalho, realizados em ambientes virtuais com transmissão ao vivo pelo canal da FMP no YouTube.

Observando o recorte epistemológico da área de concentração do Mestrado Acadêmico em Direito e das atividades de pesquisa em geral da FMP, o **VII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** organizou-se a partir de dois eixos temáticos: *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* e *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*. Os painéis contaram com a participação de juristas convidados e professores da FMP. Sob a moderação do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal (PPGD/FMP), o painel *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* teve como painelistas o Prof. Dr. Mário Ferreira Monte (Universidade do Minho), a Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Flavia Novera Loureiro (Universidade so Minho) e o Prof. Dr. Carlos Aymerich Cano (Universidade da Coruña). Já o painel *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* foi moderado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias (PPGD/FMP) e teve como painelistas o Prof. Dr. Patricio Maraniello (Asociación Argentina de Justicia Constitucional), a Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rita Lynce de Faria (Universidade

Católica Portuguesa) e o Prof. Dr. Jorge Isaac Torres Manrique (Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia).

Nos grupos de trabalho, foram apresentadas, mediante comunicações orais, as pesquisas cujos artigos submetidos previamente selecionados através do sistema *double blind peer review*. Sob a coordenação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (PPGD/FMP) e do Prof. Dr. Pablo Darío Villalba Bernié (Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción), o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* foram apresentadas as seguintes pesquisas: *Bifurcación de los derechos humanos convencionales* (Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *Las sentencias piloto em la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Haideer Miranda Bonilla); *A transparência do Poder Público como vetor de combate à corrupção* (Pedro Henrique Marcon Rockenbach e Rogério Gesta Leal); *Breve análise das alterações do Decreto nº 11.129/2022 na Lei Anticorrupção Brasileira: a necessidade de uma cultura de integridade no ambiente empresarial* (Chaiene Meira de Oliveira e Rogério Gesta Leal); *(Re)visitando o encarceramento de mulheres no Brasil: por uma criminologia feminista* (Giovanna de Carvalho Jardim e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger); *Medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha: desafios e perspectivas na violência doméstica contra a mulher* (Geórgia Sperling Garcia e Júlia Casagrande Valduga); *A (não) violação do princípio do juiz natural frente à adoção da figura do juiz de garantias por meio da Lei nº 13.964/2019: uma análise a partir da ADI nº 6.298* (Gabriel Delving Ely e Larissa Sberse Morás); *Las lenguas indígenas u originarias y el himno nacional del Perú: una mirada constitucional* (Nuccia Seminario-Hurtado e Gerardo Manuel García-Chinchay); *O direito ao aborto à luz da Teoria de Hans Kelsen: breve análise da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que revogou o precedente do caso Roe vs. Wade* (Leandro Reis de Souza); *Licencias obligatorias em Latam* (Hugo Carrasco Soulé López); *Racionalidade, proporcionalidade e razoabilidade à luz da doutrina de Bernal Pulido e a aplicação do Teste de Proporcionalidade em Tribunais Constitucionais latino-americanos* (Gabriel Amaral Lopes).

Por outro lado, o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* dividiu-se em duas salas simultâneas. A primeira delas teve como coordenadores o Prof. Dr. Augusto Tanger Jardim (FMP) e o Prof. Dr. Henry Eyner Isaza (Universidad Autónoma de Chiriquí). Nela foram apresentadas as seguintes pesquisas: *O fornecedor na economia*

*compartilhada: uma resignificação conceitual* (Marcio Pasquali Afonso); *Proteção do direito à privacidade sob a ótica da análise econômica do direito* (Gabriel Pessoti da Silva, Jenifer Carina Pereira e José Everton Viana da Silva); *Las acciones populares constitucionales em el ordenamento jurídico colombiano* (Edgar Andrés Quiroga Natale); *A necessidade de controle judicial para a representação adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas* (Fábio Weber Ludwig); *A escolha da causa-piloto como forme de assegurar o princípio do contraditório no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas* (Gustavo Ledur e Vitorio Souza Pagnussat); *Limitação territorial da coisa julgada coletiva: inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97* (Brunno Leonarczyk Bomfim); *Acesso à justiça e online dispute resolution: (des)necessidade de prévia tentativa de resolução virtual dos conflitos consumeristas* (Lara de Sousa Duarte e Matheus Prestes Tavares Duarte); *Desjudicialização da execução, acesso à justiça e hipossuficiência: uma análise da assistência judiciária gratuita e da concessão do benefício da gratuidade da justiça no PL 6.204/2019* (Alana Gabriela Engelman e Gustavo da Cunha Tewes); *Decisões judiciais em processo estrutural: da legitimidade à efetividade* (Diego de Ávila Rodrigues); *Sistema de precedentes e Administração Pública: efetivação do princípio constitucional do acesso à justiça* (Thomás Henrique Welter Ledesma).

Na Sala II, sob a coordenação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Betânia de Moraes Alfonsin (PPGD/FMP) e da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Milagros Patricia Campos Maldonado (Universidad Privada Antenor Orrego), foram apresentadas as seguintes pesquisas: *Las opiniones consultivas: um mecanismo para la materialización del diálogo interjurisdiccional* (Diana Marcela Peña-Cuellar, Astrid Daniela Vidal-Lasso e Laura Daniela Guaraca-Espinosa); *Poder local e participação popular* (Gabriela Bolza Souza e Janaina Rigo Santin); *A importância dos Tribunais de Contas para o controle social: a ouvidoria como uma ferramenta viabilizadora na esfera local* (Bertieli da Rosa Sauzem Machado, Camila Lemos de Melo e Ricardo Hermany); *Programa ressanear – esgotamento sanitário* (Fernanda Machado de Oliveira e Maurício Trevisan); *O uso do banheiro por pessoas transexuais em espaços públicos: uma análise do caso sob julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE 845.779/SC à luz da dignidade da pessoa humana e da teoria do reconhecimento* (Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli e Laraiane Luçoli); *Estudos de gênero sob a perspectiva do direito e da psicanálise e a*



*relação com as cirurgias de afirmação de gênero* (Amanda Maria Trojan e Carolina D'Amorim Barreto); *A (im)prescritibilidade da ação de investigação de parentalidade: análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português* (Luíza Sartori Parise e Natália Trindade Emmel); *A perspectiva dos idosos na curatela e na tomada de decisão apoiada* (Cinara Furian Fraton, Martha Silva Beltrame e Patrícia Zanchi Cunha); *Inventário e partilha extrajudiciais: entre a Lei n. 11.441/2007 e as tendências à desjudicialização* (Marina Mayer Pereira, Luciana Ignácio Krieger e Larissa Oliveira Palagi de Souza).

Esta coletânea reúne, em dois volumes, os estudos apresentados no **VII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. No volume 1 encontram-se as investigações objeto do painel e do grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Já as pesquisas divulgadas no painel e no grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* estão no volume 2. Recuperando essas valiosas contribuições com a presente obra, a Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público renova mais uma vez o seu sólido compromisso de difusão do conhecimento e dos benefícios resultantes da pesquisa científica.

Uma excelente leitura a todos!

Porto Alegre, 1º de dezembro de 2022.

**Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

**Prof. Dr. Rogério Gesta Leal**

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

**Prof. Dr. Handel Martins Dias**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

# SUMÁRIO

LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM FACE DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL	<b>13</b>
--	-----------

---

ROGÉRIO GESTA LEAL & MÁRIO FERREIRA MONTE

LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, VISIÓN TEÓRICA	<b>45</b>
---	-----------

---

PABLO DARIO VILLALBA BERNÉ

BIFURCACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CONVENCIONALES	<b>65</b>
--	-----------

---

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

LAS SENTENCIAS PILOTO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	<b>87</b>
---	-----------

---

HAIDEER MIRANDA BONILLA

A TRANSPARÊNCIA DO PODER PÚBLICO COMO VETOR DO COMBATE À CORRUPÇÃO	<b>107</b>
---	------------

---

PEDRO HENRIQUE MARCON ROCKENBACH & ROGÉRIO GESTA LEAL

BREVE ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES DO DECRETO Nº 11.129/2022  
NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: A NECESSIDADE DE UMA  
CULTURA DE INTEGRIDADE NO AMBIENTE EMPRESARIAL **127**

---

CHAIENE MEIRA DE OLIVEIRA & ROGÉRIO GESTA LEAL

(RE)VISITANDO O ENCARCERAMENTO DE MULHERES  
NO BRASIL: POR UMA CRIMINOLOGIA FEMINISTA **143**

---

GIOVANNA DE CARVALHO JARDIM & RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA:  
DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA  
CONTRA A MULHER **161**

---

GEÓRGIA SPERLING GARCIA & JÚLIA CASAGRANDE VALDUGA

A (NÃO) VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL FRENTE À  
ADOÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS POR MEIO DA  
LEI Nº 13.964/2019: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI Nº 6.298 **191**

---

GABRIEL DELVING ELY & LARISSA SBERSE MORÁS

LAS LENGUAS INDÍGENAS U ORIGINARIAS Y EL HIMNO  
NACIONAL DEL PERÚ: UNA MIRADA CONSTITUCIONAL **219**

---

NUCCIA SEMINARIO-HURTADO & GERARDO MANUEL GARCÍA-CHINCHAY

O DIREITO AO ABORTO À LUZ DA TEORIA DE HANS KELSEN:  
BREVE ANÁLISE DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS  
ESTADOS UNIDOS QUE REVOGOU O PRECEDENTE DO  
CASO ROE VS. WADE **239**

---

LEANDRO REIS DE SOUZA

HUGO CARRASCO SOULÉ LÓPEZ

RACIONALIDADE, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE À  
LUZ DA DOCTRINA DE BERNAL PULIDO E A APLICAÇÃO DO  
TESTE DA PROPORCIONALIDADE EM TRIBUNAIS  
CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANOS

GABRIEL AMARAL LOPES



# LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM FACE DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

ROGÉRIO GESTA LEAL<sup>1</sup>  
MÁRIO FERREIRA MONTE<sup>2</sup>

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O objetivo geral deste trabalho é avaliar como tem se constituído o debate doutrinário e casuístico das tensas equações entre o direito fundamental a proteção de dados da pessoa física em face da persecução penal, nomeadamente no Brasil.

Para tanto, o problema que pretendemos indagar é se podemos estabelecer, pela via judicial, modulações eventualmente restritivas daquele direito – e com que critérios – diante da necessidade de persecução penal.

Nossa hipótese é a de ser possível, observando critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, e pela via judicial, estabelecer, caso a caso, modulações restritivas a inviolabilidade de dados relacionados a privacidade e intimidade para fins de apuração da responsabilidade penal no Brasil.

Elegemos desenvolver este texto a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) demarcar alguns contornos do debate sobre a proteção de dados na experiência internacional, tanto na perspectiva doutrinária como jurisprudencial; (ii) delimitar como está se desenvolvendo esta temática no Brasil, no âmbito doutrinário e casuístico; (iii) identificar

- 1 Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e FMP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
- 2 Mestre e Doutor em Direito. Professor Associado e Diretor do Centro Interdisciplinar de Direitos da Escola de Direito da Universidade do Minho. Diretor do Curso de Mestrado em Direito Judiciário (Organização Judiciária e Direitos Processuais) da Universidade do Minho. Membro da Comissão directiva do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da Universidade do Minho.

como tem se dado as equações entre a proteção de dados – com alguns casos concretos – e a persecução penal no Brasil, propondo sugestões para o seu tratamento.

Pretendemos utilizar na pesquisa o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

## **2 A PROTEÇÃO DE DADOS NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL**

Na sociedade moderna em que vivemos, caracterizada pelo constante e acelerado desenvolvimento tecnológico, compreender de que modo se possa tutelar adequadamente o direito à privacidade, intimidade e dados individuais, representa questão fundamental. Em particular, a grande difusão de smartphones e das redes sociais tem proporcionado que se possa vir a acessar/conhecer informações do passado e do presente, de aspectos importantes da vida das pessoas – físicas e jurídicas.

Evidente que esta espetacularização do privado recebe impulso cotidiano de auto exposições multifacetárias envolvendo opiniões, relações sociais, hábitos, experiências de trabalho, de relacionamentos, projetos de vida, etc. Provavelmente, e em certos aspectos também inconscientemente, estamos perdendo a concepção e o valor da tutela da própria privacidade, deixando de perceber como a proteção dos dados pessoais representa articulação fundamental em relação a outros direitos e seus exercícios.

Por conta disto, os ordenamentos jurídicos democráticos hodiernos têm cada vez mais adotado mecanismos emergenciais e de polícia para enfrentar ameaças à segurança dos cidadãos e de seus dados, tendo de revisar, por vezes, antigos institutos dogmáticos vigentes para atualizá-los – ou criar novos – a fim de dar conta destas demandas.

Por outro lado, também os níveis de criminalidade e violência em todos os países do globo tem aumentado assustadoramente (tráfico de drogas, pessoas, órgãos humanos, armas, lavagem de dinheiro, cibercriminalidade), colocando em estado de alerta sistemas de segurança pública nacionais e transnacionais, e fazendo com que ordenamentos jurídicos sejam revistos, tanto no aspecto preventivo como curativo, para tentar dar conta de modo mais efetivo a tais cenários.

Dentre as ações e reações institucionais que temos observado surgir por conta destas conjunturas são as de caráter penal e processual penal que vamos dar destaque e, neste ponto, há certo consenso de que uma das primeiras respostas mais incisivas dadas aos riscos e perigos sob comento foram as adotadas pelos Estados Unidos da América – USA, a partir do *Patriot Act*, de 2001, impondo inúmeras restrições as liberdades individuais, e mesmo criando formas de duvidosa constitucionalidade e legalidade para lidar com o terrorismo, como a prisão de Guantanamo.<sup>3</sup>

Não bastasse isto, ainda temos o escândalo do chamado *Data-gate*, de autoria de Edward Snowden, revelando detalhes de programas de vigilância global da NSA norte americana, notadamente através do programa PRISM, expondo políticas de invasão de privacidade do governo sem controle político ou social, tudo em nome da segurança contra o mesmo terrorismo.<sup>4</sup>

A partir do século XXI só aumentam os instrumentos de investigação do Estado em nome da segurança pública e para o enfrentamento de várias espécies de criminalidades, o que inexoravelmente atinge dados de pessoas físicas e jurídicas, colocando em risco vários e históricos direitos e garantias constitucionais.

O problema é que esta expressão segurança pública tem tido múltiplas designações conceituais, passando por segurança interna e externa, dependendo de tomarmos em conta a proveniência de ameaças a determinados grupos sociais; também se pode contrapor segurança individual à segurança coletiva; assim como podemos falar de segurança material (relacionada a incolumidade de bens e pessoas), e segurança formal (preservação de princípios e valores fundamentais dos ordenamentos jurídicos).<sup>5</sup>

---

3 Ver melhores informações sobre esta política de segurança em: <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>.

4 Ver a interessante matéria do The Guardian em: <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/4>. Isto se espalha também à Europa, até por conta dos atos terroristas que lá ocorrem, basta vermos as normativas francesas relacionadas na chamada *assignation à résidence*, estabelecendo restrições de circulação a determinados sujeitos identificados como perigosos à ordem pública e segurança, *ex vi* a Lei nº 1501, de 20/11/2015, sobre o estado de urgência e seus poderes investigativos. Ver o texto de GAZZETTA, 2015.

5 Estas são definições bastante amplas apresentadas pelo trabalho coordenado por COCCO, 2012.



Em qualquer destas perspectivas a segurança configura bem jurídico fundamental as relações sociais e interindividuais, e isto porque representa valor constitutivo de qualquer ordem pública contemporânea, indo além Marco Rutuolo ao sustentar que o conceito de segurança está muito vinculado à proteção de bens constitucionais e infraconstitucionais permanentemente, e isto no sentido de que *la sicurezza sarebbe strettamente collegata alla rimozione degli ostacoli che si frappongano all'effettivo godimento dei diritti: e dunque si dovrebbe parlare più appropriatamente di «sicurezza dei diritti» piuttosto che di «diritto alla sicurezza» nella forma di Stato sociale* (RUTUOLO, 2013, p. 06)<sup>6</sup>.

A par disto, a segurança configuraria *valor super primário*, no sentido de que não se presta a balanceamentos, mas deve sempre ser garantida em face de sua natureza contratualista matricial, inexoravelmente vinculada a dignidade da vida humana, à incolumidade física, patrimonial e extrapatrimonial das pessoas, seu bem estar e qualidade de existência, ou seja, trata-se de direito fundamental indispensável à fruição de direitos os quais os indivíduos são titulares (CERRINA FERONI; MOBIDELLI, 2008)<sup>7</sup>.

Nos dias atuais por certo temos tido mutações significativas destes conceitos, eis que os ordenamentos jurídicos democráticos garantem níveis de segurança mais robustos em face de tempos pretéritos, para alcançar dimensões sociais indispensáveis à vida em comunidade.

Por isto está na agenda atual do debate jurídico e político internacional como devemos nos situar entre o princípio *salus rei publicae suprema lex esto*, no sentido de que eventuais derrogações ou flexibilizações a direitos fundamentais individuais devem ser aceitos na medida e quando efetivamente necessários, adequados e proporcionais, à garantia de direitos fundamentais sociais – como a segurança pública.

E neste sentido ganha relevo, a título exemplificativo, a decisão da Corte de Justiça da União Europeia de 21/12/2016, conhecida como *Caso Tele2*, na qual estabeleceu que os Estados membros não podem impor a fornecedores de serviços de comunicação eletrônica obrigação ge-

6 A Itália já conta com um Código de Proteção de Dados Pessoais, acessível pelo site <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9042678>.

7 Diz este autor: “C'è un bisogno di sicurezza che si impone nella società odierna, che è sempre più una società del rischio: e la sicurezza si impone sia come attività statale per tutelare il cittadino da rischi e pericoli sociali, sia come diritto fondamentale, quale condizione 'per l'esercizio delle libertà e per la riduzione delle disuguaglianze'”.

nérica e indiferenciada de conservação de dados relativos ao tráfego e à localização dos usuários, sem o consentimento destes. Autorizou a Corte, somente a título preventivo, a conservação destes elementos voltada exclusivamente ao enfrentamento de graves fenômenos de criminalidade, limitando-se ao quanto necessário para os que detêm a categoria de dados a conservar.<sup>8</sup>

E o fez bem a Corte, porque o conceito de privacidade e comunicação resultam indissociáveis da proteção dos dados pessoais, o que lhes dão enquadramento mais dinâmico do que estático em termos de configuração e aplicação no tempo e espaço – nomeadamente em face dos aspectos virtuais que lhes alcançam. E na medida em que resta considerada a *privacy* como ínsita a liberdade pessoal, isto de um lado implica certo tipo de *liberdade negativa*, no sentido de que ninguém possa se intrometer na esfera privada do titular de liberdade; em outro viés, *liberdade positiva*, tomada como possibilidade de atribuir ao titular de direito a autonomia de agir/reagir em face de comportamentos de outrem que possam ofender sua posição.<sup>9</sup>

De lembrar que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, deu proteção internacional à privacidade, em seu artigo 5º, dispondo que “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar”. Em 10 de dezembro do mesmo ano foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal de Direitos do Homem, prevendo em seu art.12 que “ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

No plano doutrinário, ao término da 26ª *International Conference on Privacy and Personal Data Protection*, Stefano Rodotà sustentou que:

---

8 Ver a íntegra da decisão no site: [https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-08/CELEX\\_62015CJ0203\\_EN\\_TXT.pdf](https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-08/CELEX_62015CJ0203_EN_TXT.pdf). O Parlamento Europeu e o Conselho da Europa modificaram a Diretiva 2002/58/CE, através da Diretiva 2006/24/CE, que agora versa sobre a conservação de dados gerados ou tratados no âmbito do fornecimento de serviços de comunicações eletrônicas acessíveis ao público ou de redes públicas de comunicação.

9 Ver no ponto o excelente texto de BALDASSARRE, 1997.

La privacy si presenta come un elemento fondamentale della società dell'eguaglianza. Senza una forte tutela dei dati riguardanti le convinzioni politiche o l'appartenenza a partiti, sindacati, associazioni, i cittadini rischiano di essere esclusi dai processi democratici: così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella società della partecipazione. Senza una forte tutela del "corpo elettronico", dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo. Diventa così evidente che la privacy è uno strumento necessario per difendere la società della libertà, e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale (RODOTÁ, 2004).

O problema é que determinados fenômenos criminais, como já anunciamos, continuam a fazer vítimas em todo o mundo, levando Estados a buscarem novas formas de proteção e enfrentamento dos riscos e perigos que isto representa, dentre as quais políticas de acesso, armazenamento e manejo de dados de pessoas físicas e jurídicas para fins de prevenção e responsabilização por atos de violência e defraudação dos sistemas normativos, e mesmos inéditos mecanismos de investigação e persecução criminal.

A tal ponto que o Reino Unido vai instituir o *investigatory powers bill*, medida de grande impacto sob a tutela da liberdade e privacidade das comunicações dos cidadãos em nome da segurança contra atos de terror, permitindo as autoridades investigativas do Estado desenvolver interceptações telefônicas e telemáticas sem que os fornecedores destes serviços possam descumprir tais determinações, e autorizando o acesso e conservação destes, mais as informações concernentes aos sítios web objetos de navegações, pelo prazo de um ano.<sup>10</sup>

Na Alemanha, desde 2016, vige lei de reforma dos poderes investigativos da agência para a segurança externa do país (BND), que prevê a possibilidade de interceptar comunicações telemáticas da internet de estrangeiros para fins de prevenção de potenciais e indiciários atos de terrorismo, introduzindo no ordenamento jurídico discutível diferenciação entre cidadãos tedescos e estrangeiros. A par disto, o Tribunal Constitucional Alemão, em sentença de 20/04/2016, decidiu que seriam

---

10 Ver mais dados no sitio: <https://www.gov.uk/government/collections/investigatory-powers-bill>.

*necessários rígidos escrutínios de proporcionalidade* à aplicação de várias disposições da lei federal sobre atividades de forças policiais – *Bundeskriminalamtgesetz – BKAG* –, que buscavam utilizar formas de vigilância oculta e o emprego de meios informáticos para adquirir dados remotos de investigados (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2016).

A Corte de Cassação italiana, por sua vez, já teve oportunidade de reconhecer significativas restrições de liberdades fundamentais para fins de investigação criminal, admitindo que instrumentos de captação e invasão (trojan) informática, veiculados por e-mail na forma de vírus, mensagens ou download de aplicações da rede, fossem instalados, de forma remota, em aparelhos múltiplos (celulares, tablets, pcs) de pessoas investigadas ou suspeitas, por setores de investigação oficiais e com autorização judicial, para fins de obtenção de provas sobre crimes tentados, em execução ou consumados (INTERCETTAZIONI..., 2016). Como refere Albrecht (2016, p. 51):

verifica-se na atualidade uma crescente tematização do que seria uma suposta tensão envolvendo a eficiência do processo penal e da política de segurança, de um lado, e a liberdade dos cidadãos, de outro. Os debates sobre essa relação conflituosa entre segurança, eficiência e liberdade vêm sendo marcados por um deslocamento da função atribuída ao Direito Penal, do qual se exigem mais e mais medidas garantidoras da segurança e pela ênfase dada a riscos excepcionais atribuídos à criminalidade organizada transnacional e, sobretudo, ao terrorismo internacional. Com isso, também o conceito de “segurança” ganha novos contornos, passando a ser entendido cada vez mais como segurança frente à criminalidade e sobretudo frente à violência, convergindo nos conceitos de “segurança interna” e “segurança externa”.<sup>11</sup>

Mesmo assim, parte da doutrina assente no argumento de que eventual aumento das condições de segurança vem sempre acompanhado do crescimento da sensação subjetiva de insegurança. “Esse problema, em si já relevante, torna-se ainda maior quando lembramos que, frente

---

11 Ainda agrega o autor – e concordamos com ele: “O problema central consiste certamente na simples constatação de que a segurança em sentido amplo constitui necessariamente pressuposto da liberdade, de modo que, na realidade, não pode existir qualquer oposição entre esses dois valores. A liberdade apenas pode ser exercida se existirem condições sociais básicas de segurança que permitam a fruição desse Direito”.

a novas formas de criminalidade, os padrões convencionais de interpretação dos perigos tendem a se mostrar ineficazes, dado que esse tipo de medição tem por base prognósticos cujos pressupostos são normalmente controversos” (ALBRECHT, 2016, p. 51).

Neste sentido, políticas de segurança pública podem, em determinados contextos singulares, implicar/justificar ações de restrições de direitos e garantias individuais, mas isto também pode acarretar abusos de poder e desvios de finalidades se não avaliados e ponderados com direitos e garantias fundamentais individuais igualmente assegurados pelo constitucionalismo contemporâneo.

Daí porque os tribunais na União Europeia- UE têm insistido com o argumento de que seja utilizado para aferir tais elementos – e a possibilidade ou não de se acessar, armazenar e manejar dados pessoais sem o consentimento dos seus titulares – severos testes de proporcionalidade entre os escopos perseguidos e bens tutelados, a partir do que tem evoluído a regulamentação destes temas, basta vermos, a título exemplificativo, documentos como: (i) o Tratado de Lisboa, de 2009, reconhecendo a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental; (ii) a edição da Diretiva (EU) 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27/04/2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que tange ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e a livre circulação destes dados, revogando a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

Caso polêmico tratando deste tema na UE foi concluído em maio de 2021, com o julgamento do processo *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* (2021)<sup>12</sup>, pela Corte Europeia dos Direitos Humanos - CEDH, envolvendo Grã Bretanha e Irlanda do Norte, por conta de violação do art.34, da Convenção à Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, fundados em três requerimentos chegados a Corte (58170/13, 62322/14 e 24960/15).<sup>13</sup>

12 Ver também o caso *Google Spain, Data Retention e Teledue*, paradigmático nestes temas, acesso pelo site: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=PT>.

13 Os postulantes destes requerimentos foram: Human Rights Watch, Access Now, Dutch Against, Plasterk, Center For Democracy & Technology, European Network of National Human Rights Institutions and the Equality and Human Rights Commis-

Os requerimentos sustentam que se afigura ilegal o escopo e a magnitude dos programas de investigações eletrônicas operados pelo governo da UK. Em 04 de julho de 2017, a Câmara da Primeira Sessão, da CEDH, resolveu por agrupar todos os reclamantes e ouvi-los sobre suas petições, o que ocorreu em Strasbourg, na data de 07/11/2017. Os peticionantes apresentaram neste caso vários aspectos e abordagens de invasão de privacidade ilícita, mas também se referenciaram a partir das revelações feitas por Edward Snowden, atinentes aos programas de vigilância operados pelos serviços de inteligência dos Estados Unidos da América – EUA e da UK, sustentando que, devido a natureza das atividades monitoradas por estes programas, as suas comunicações eletrônicas tranquilamente poderiam ter sido interceptadas; ou mesmo obtidos por autoridades dos EUA e da UK de provedores de serviços de comunicação.<sup>14</sup>

As revelações de Edward Snowden, feitas em 2013, indicaram que o quartel general governamental de comunicações do serviço de inteligência britânico - GCHQ estava operando um modelo global de vigilância e investigação secreta de dados e informações de pessoas físicas e jurídicas em nome da segurança nacional, denominado de *tempora*, o qual permitia acessar e armazenar milhões de dados extraídos de provedores, sendo que as autoridades deste país não confirmavam ou negavam a existência deste programa.<sup>15</sup>

Por mais que os sistemas e modelos de tratamento dos dados acessados e armazenados por estas ferramentas conseguissem constituir imensos acervos de informações, sempre foi impossível avaliar detidamente todos eles, razão pela qual foram criadas metodologias de abordagem e procedimentos, com seus respectivos protocolos, para selecionar

---

sion, the Helsinki Foundation For Human Rights, the International Commission of Jurists, Open Society Justice Initiative, The Law Society of England and Wales and Project Moore, Center For Democracy & Technology, the Helsinki Foundation For Human Rights, the International Commission of Jurists, the National Union of Journalists and the Media Lawyers' Association, Electronic Privacy Information Center and to the Equality and Human Rights Commission.

14 Os chamados communications service providers – CSPs.

15 Ver no ponto a matéria publicada em 2013, por Philip Bump, no The Atlantic, pelo site: <https://www.theatlantic.com/national/archive/2013/06/uk-tempora-program/313999/>. Veja-se que somente em 2000 que a UK vai constituir sua *Regulation of Investigatory Power Act*, cujas informações podem ser obtidas através do site: <https://justice.org.uk/regulation-investigatory-powers-act-2000/>.

quais elementos deveriam ser inspecionados com rigor (*complex queries*), advindo daí os seletores de dados e informações com base em perfis previamente demarcados por critérios e indicadores dos gestores destes sistemas de vigilância, o que, de qualquer sorte, não ameniza a gravidade da violação de privacidade e intimidade levada a cabo, e mais que isto, de forma secreta e sem prestação de contas. Para além disto, nenhuma informação segura existia sobre o modo de descarte dos dados/informações não considerados importantes, e quais as políticas de segurança na manutenção daqueles selecionados como tais.<sup>16</sup>

Também a *National Security Agency* – NSA, dos EUA, reconheceu, neste processo, a existência de duas operações globais voltadas a vigilância de dados e informações de pessoas físicas e jurídicas para fins de segurança nacional, a saber: (i) o programa PRISM, e o (ii) programa UPSTREAM. O primeiro visava obter comunicações através de provedores de serviços de internet (ISPs), estando regulado pelo *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA), sendo que o seu uso deveria ser aprovado pela *Foreign Intelligence Surveillance Court* (FISC). Todavia, os documentos trazidos a tona por Snowden revelaram que o programa PRISM vinha sendo utilizado pelos EUA desde julho de 2010, gerando milhões de relatórios de inteligência, sem os devidos protocolos integrais de permissão e aprovação.<sup>17</sup>

16 Mais tarde a UK vai instituir seu *Interception of Communications Code of Practice*, regulamentando melhor esta matéria, (como mostra o documento acessado pelo site: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/715480/Interception\\_of\\_Communications\\_Code\\_of\\_Practice.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715480/Interception_of_Communications_Code_of_Practice.pdf)), assim como criar *Investigatory Power Tribunal* – IPT, órgão independente do governo que busca justamente julgar os abusos cometidos por autoridades em termos de violação do direito de privacidade e intimidade por meios tecnológicos (ver o site: <https://www.ipt-uk.com>).

17 O *The Guardian*, em 2013, publicou matéria sobre o tema dizendo que: *The National Security Agency has obtained direct access to the systems of Google, Facebook, Apple and other US internet giants, according to a top secret document obtained by the Guardian. The NSA access is part of a previously undisclosed program called Prism, which allows officials to collect material including search history, the content of emails, file transfers and live chats, the document says.* Acesso pelo site: (<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>). É preciso lembrar que nos Estados Unidos da América o tema da proteção de dados privados tem como base normativa fundamental a Quarta Emenda da sua Constituição – que trata justamente do Direito Fundamental à Privacidade-, que se viu ampliada para além da privacidade em termos de espaços físicos e de interpretação jurisprudencial, dentre outros, a partir dos casos *Griswold vs. Connecticut*, de 1965; *Katz vs. United States*, de 1967; *United States vs. Antoine Jones*, de 2012, julgados pela Suprema Corte deste

A partir daí as regulamentações foram se dando de forma fragmentada, nomeadamente pelos parlamentos dos Estados<sup>18</sup>, o que não permitiu formatar base normativa nacional a fim de orientar a todos sobre a matéria, tanto que a *Federal Trade Commission - FTC*, órgão público que responde pela supervisão do comércio nos EUA, em março de 2012, reconheceu que os níveis de tutela dos dados privados em seu território não eram adequadamente seguros, indicando ao Congresso a adoção de regulamentação nacional à proteção de dados (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2012).<sup>19</sup>

Estes movimentos todos levaram este Congresso, por sua comissão antitruste, em julho de 2020, a realizar audiência pública com os CEOs da Amazon, Apple, Google e Facebook, para tratar de eventuais problemas de monopólio excessivo relacionado as suas posições dominantes no mercado da internet, o que envolve, por óbvio, o tema da proteção de dados privados e públicos.<sup>20</sup>

Na América Latina, a Argentina, já em 2002, obteve a aprovação europeia para receber dados pessoais de sua comunidade, tendo previsto na Constituição a proteção da dados pessoais, contando ainda com a regulamentação da Lei de Proteção de Dados Pessoais -LPDP (nº

---

país. Ver igualmente o trabalho de MCNEIL, 2011. Em termos históricos ver também o texto clássico de WARREN; BRANDEIS, 1890.

- 18 Podemos citar aqui o *California Consumer Privacy Act (CCPA)* – acesso pelo site: <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>; e a *New York Stop Hacks and Improve Electronic Data Security Act (NY SHIELD)* – acesso pelo site: <https://legislation.nysenate.gov/pdf/bills/2019/S5575B>, como iniciativas inovadoras na proteção de dados privados.
- 19 Por certo que existem outras agências que também tratam de proteção de dados, mas aí de forma setorializada, como: (i) *Federal Communications Commission (FCC)*; (ii) *Department of Health and Human Services (HHS)*; (iii) *Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)*; (iv) *Securities and Exchange Commission (SEC)*.
- 20 Ver matéria no site: <https://www.nytimes.com/2020/10/06/technology/congress-big-tech-monopoly-power.html>. As matérias jornalísticas dão conta de que só a Google tem o monopólio de 92% das ferramentas de pesquisas na internet, o que lhe dá condição de monopólio absoluto destes serviços, com todas suas implicações comerciais e de acesso a dados pessoais os mais distintos, pagando a Apple bilhões de dólares por ano para que esta mantenha a sua plataforma de busca como padrão em seus aparelhos – por certo implicando algum tipo de compartilhamento de dados -, tudo a ser investigado pelo Congresso. Ver também a reportagem publicada no site da <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/big-tech-congress-squared-frustration-was-palpable-rcna507>.



25.326/2000), e o Decreto Regulamentar nº 1.558/2001, e o fez tendo como base as normativas da Europa, ampliando-as por conta de ter contemplado também a proteção de dados das pessoas jurídicas.

Da mesma forma o Uruguai regulamentou o tema, tendo sido considerado em 2010 como detentor de normas protetivas de dados adequadas para receber dados da União Europeia, a despeito de sua Constituição não prever o direito a esta proteção. O país reconheceu a proteção de dados privados como fundamental na Lei nº 18.331/2008, e por sua regulamentação através do Decreto nº 414/2009.

Também o Chile previu em Constituição o direito à vida privada, sendo que em 1999 aprovou a Lei nº19.628, regulamentando de forma detalhada o disposto na Carta Política a este título, assim como editou o Decreto nº 779/2000, aprimorando ainda mais a tutela.<sup>21</sup> Já no ano de 2018 foi modificado o art.19, nº4, da Constituição, justamente para constitucionalizar o direito a proteção de dados pessoais, incorporando-o ao catálogo de Direitos Fundamentais, encontrando-se o parlamento chileno discutindo mudanças nesta legislação.

O Peru, em 2011, aprovou legislação própria sobre proteção de dados (Lei nº29.773), atendendo a tutela já existente que a Constituição dava a tais bens jurídicos, regulamentando-a pelo Decreto Supremo nº-003-2013-JUS. Da mesma maneira o México, em 05 de julho de 2010, aprovou sua lei de proteção de dados pessoais, com o correspondente regulamento aprovado em dezembro de 2011. E a Colômbia seguiu o mesmo caminho, aprovando, em 2012, sua Lei (nº1.581) de Proteção de Dados, regulamentada pelo Decreto Nacional nº1.337/2013, e pelo Decreto nº1.081/2015. Todos estes dispositivos muito semelhantes as diretivas da União Europeia.

---

21 Até pelo fato do Chile não tomar como referência expressa as normativas europeias para tratar do tema de proteção de dados em seu território, há várias críticas sobre alguns déficits destes marcos normativos, dentre os quais o silêncio sobre: (i) a relação direta entre a coleta e a utilização dos dados (princípio da finalidade); (ii) clareza sobre o responsável pelos dados privados; (iii) informação a ser dada para o processamento dos dados; (iv) sanções em caso de infração; (v) previsão sobre a autoridade de controle de proteção de dados. Ver no ponto o texto de CORTÉS, Raúl Arrieta. *El nuveo entorno regulatorio de la proteccion de datos personales en Chile*. Publicado no site <https://iapp.org/news/a/el-nuevo-entorno-regulatorio-de-la-proteccion-de-datos-personales-en-chile/>.

Cumpra agora avaliar como está posto o debate no Brasil sobre o tratamento da proteção de dados em face em especial da persecução penal, o que passamos a fazer.

### 3 A PROTEÇÃO DE DADOS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

Falar de proteção de dados nos remete – como já referimos - aos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial relacionados com a intimidade e privacidade, e no ponto as reflexões de Robert Alexy precisam ser chamadas a colação, muito particularmente quando menciona, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, a *Teoria das Esferas*, pela qual é possível separar três esferas com decrescente intensidade de proteção dos sistemas jurídicos contemporâneos destes direitos, quais sejam: (i) a *esfera mais interna* (âmbito último intangível da liberdade humana), caracterizando-se por ser o núcleo mais íntimo e, conforme interpretação do Tribunal Constitucional alemão, campo absolutamente protegido da organização da vida privada, compreendendo os assuntos mais secretos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à sua natureza extremamente reservada; (ii) a *esfera privada ampla*, que não pertença à esfera mais interna, incluindo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o resto da comunidade; (iii) e a **esfera social**, que engloba tudo o que não for incluído na esfera privada ampla (ALEXY, 2010).

Com o objetivo de encontrarmos esse âmbito mais íntimo e interno do indivíduo, bastaria indagar se existe comportamento de pessoa que, em nenhum aspecto, refira-se ou afete a esfera de outras, ou os interesses da vida em comunidade. Assim, determinadas situações e formas de comportamento conduziram a prioridade absoluta do *princípio da liberdade negativa*, conjuntamente com o da dignidade da pessoa, frente a quaisquer princípios opostos concebíveis.

A Constituição Federal do Brasil, em seu art.5º, X, estabelece como princípio fundamental da República que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. A reforçar tal disposição, recentemente foi aprovada a Emenda Constitu-

cional nº115, de 10/02/2022, que incluiu a proteção de dados pessoais, inclusive os disponíveis em meios digitais, na lista das garantias individuais da Constituição Federal.<sup>22</sup>

Ao mesmo tempo o texto constitucional igualmente prevê, em seu art.5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial; e no art.102, I, *a*, II, *a e b*, III, *a, b e c*, e art.103, §2, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da ordem normativa e seus remédios/instrumentos protetivos.

Por conta disto temos que ter em conta a necessária leitura sistemática do ordenamento jurídico pátrio (CANARIS, 1996). Ou seja, aqueles dois campos regulatórios reclamam, sempre, integração racional e ponderada dos bens jurídicos e interesses tutelados, daí porque – e já adiantando um pouco nossas percepções sobre o objeto proposto neste trabalho -, direitos fundamentais individuais personalíssimos não podem configurar obstáculo impeditivo de acesso à informação qualificado, por exemplo, em face de investigações sobre cometimento de violações de normas cogentes. Vai na mesma direção o trabalho de Paulo José da Costa Jr., ao dizer que:

Não pode o princípio *la vie privée doi être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.

Hipóteses se configuram em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificando-se o sacrifício da intimidade (COSTA JÚNIOR, 2007).

Por mais que a norma constitucional – e o sistema jurídico como um todo - estabeleçam catálogos de direitos e garantias constitucionais

---

22 Em face disto o art. 5º, da Constituição Federal, conta com o inciso LXXIX, que diz: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

como autoaplicáveis, e disto não se tem dúvidas, o fenômeno de efetivação concretizante destes sempre contará com graus/medidas passíveis de mensuração, e estas, definitivamente, não estão dadas de modo absoluto pela Carta Política, demandando do intérprete/aplicador atribuição de sentido racional e material às suas reivindicações, caso por caso (que inclusive pode tratar de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo), levando em conta o universo de variáveis que convergem a ele.

O Novo Código Civil brasileiro regulamentou ainda mais o tema sob comento, destacando, dentre outras coisas: (a) que toda a pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (art.16); (b) que, salvo se autorizadas, *ou se necessárias à administração da justiça*, ou manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais (art.20); (c) ao fato de que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art.21).

Em outras palavras, há determinadas qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, dentre elas, o respeito dos concidadãos (honra subjetiva e objetiva), o bom nome, a imagem e a reputação, e por tal razão devem ser preservadas (CARVALHO, 2002). Perez Luno lembra, neste particular, que se tratavam destas questões como o direito das pessoas à fama e reputação, bem como direito à tranquilidade do espírito e à solidão (LUÑO, 1999).

O direito de privacidade, entretanto, não se confunde com o de intimidade, representando este o núcleo mais reservado e indevassável da vida de determinada pessoa, em nada interessando à opinião pública o que faz ou deixa de fazer, pensar, sentir, fruir, etc., desde que não interferindo de forma invasiva na vida de outrem, e que não represente risco/perigo, atual ou iminente, à ordem jurídica e segurança pública.<sup>23</sup>

A nova legislação sobre proteção de dados no Brasil, Lei nº 13.709/2018, que versa sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive

---

23 No Brasil ver os textos já clássicos de PONTES DE MIRANDA, 1955; GOMES, 2000; FRANÇA, 1999.

nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, avançou mais nos níveis de proteção destes bens sobre os quais estamos tratando, atribuindo várias responsabilidades aos gestores e usuários de dados.

Em seu art.4º, inciso III, a mesma norma faz referência o acesso a dados para os fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, evidenciando a preocupação acertada com o enfrentamento da criminalidade que, muitas vezes, se oculta em situações de aparente legalidade ou através de estratégias complexas e sofisticadas, como a lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas.

Registre-se que o tratamento de dados pessoais previsto neste inciso III será regido por legislação específica, “que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular”(art. 4º, parágrafo único). Por certo que aqui já temos outros desafios que é o de densificar materialmente – e no caso concreto – os níveis e possibilidades das *medidas proporcionais e estritamente necessárias* ao escopo da norma, matéria a ser aferida pelo devido processo legal e decisão judicial.<sup>24</sup>

Recentemente o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, reconheceu a proteção de dados pessoais como categoria autônoma no catálogo de direitos fundamentais, com conteúdo independente do direito ao sigilo de informações, o que se projeta para o âmbito dos critérios de identificação da licitude da prova produzida em investigações criminais.<sup>25</sup> E mais, ratificou a Corte o entendimento de que con-

---

24 Por exemplo, no caso do artigo 13-B, do Código de Processo Penal brasileiro - CPP, incluído pela Lei nº13.344/2016 (Lei do Tráfico de Pessoas), nomeadamente em seu §4º, temos delicada, mas necessária, *cláusula de quebra da reserva de jurisdição* para a requisição, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, de informações sobre aparelhos que utilizam antena de torres de celular que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos de delito em curso, quando não houver manifestação judicial no prazo de 12 horas a contar do pedido para tal do Ministério Público ou Delegado de Polícia.

25 Estas ADIs foram interpostas contra a Medida Provisória nº954/2020, que dispôs sobre o compartilhamento de dados cadastrais de usuários por pres-

figura decorrência dos direitos da personalidade o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, eis que positivados no art. 2º, I e II, da Lei nº13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.<sup>26</sup>

Entendeu a Corte que relativização da proteção constitucional referida somente pode se dar em caráter excepcional, condicionado ao atendimento dos seguintes critérios: (i) finalidade e amplitude específicas; (ii) acesso permitido na extensão mínima comprovadamente necessária ao atendimento do objetivo estabelecido; (iii) e adoção de procedimentos de segurança adequados para prevenção de danos, como vazamentos acidentais e utilização indevida.

E tal posição jurisdicional ganha ainda mais relevo quando sabemos que, na persecução penal, a mineração de dados, por exemplo, constitui ferramenta de grande relevância na investigação de crimes de alta complexidade, praticados por organizações criminosas. E ainda outras formas de investigação penal – e produção de prova – podem ser avaliadas a partir dos elementos trazidos até aqui, o que passamos a fazer.

#### 4 A PERSECUÇÃO PENAL E A TUTELA DE DADOS

Lembremos que, historicamente, o poder requisitório dos órgãos de persecução penal encontra fundamento, de um lado, no sistema jurídico nacional, e também na chamada *teoria dos poderes implícitos*<sup>27</sup>, destacando-se, nomeadamente, as normas específicas autorizadoras de acesso e coleta de dados e informações voltadas a investigação e respon-

---

tadores de serviço de telecomunicações com o IBGE, durante a emergência sanitária da COVID-19.

26 Em face disto conclui a decisão que: “ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Lei Maior), em sua dimensão substantiva”.

27 Entenda-se como tal a ideia de que, quando o sistema normativo outorga competência explícita a determinado órgão estatal, pode-se interpretar, a partir de critérios e contextos de razoabilidade e proporcionalidade, que a esse mesmo órgão tenham sido dados os meios necessários para a efetiva e completa realização dos fins atribuídos. Ver no ponto a pesquisa de HODUN, 2015.

sabilização penal, *inclusive de modo direto – independentemente de autorização judicial*, como as contidas na lei de lavagem de dinheiro, do crime organizado e do tráfico de pessoas.<sup>28</sup>

Ou seja, desde o inquérito policial e seus meios de investigação, procura-se, na apuração penal, elementos informativos os mais diversos passíveis de indicar fontes de prova associados ao suposto fato penalmente típico, ilícito, culpável e punível, o que se estende para o processo penal judicializado (aí já com os meios de prova constituídos dialeticamente entre todos os envolvidos), até a decisão final transitada em julgado. Para tanto, vale-se o sistema jurídico nacional de meios e procedimentos técnicos previamente regulados em lei (oitiva de pessoas, monitoramentos, interceptações, infiltrações, vigilâncias, buscas e apreensões), de forma exemplificativa para as investigações policiais, e de modo mais exaustivo a produção da prova no processo penal.

Em termos específicos de dados pessoais, interessante notar o que tem ocorrido com o *uso da imagem* na seara penal no Brasil, e a forma deficitária com que a legislação nacional tem regulado a matéria, considerando que o reconhecimento pessoal é cada vez mais fundamental neste âmbito, sendo, por vezes, a única possível. Por outro lado, as tecnologias têm sido importantes na formatação desta prova, desde os vetustos álbuns de fotos de investigados, réus e condenados, das delegacias de polícia brasileiras, até a captação de imagens feitas por câmeras de vídeo e monitoramento privadas e públicas.<sup>29</sup>

Mas quais os critérios e limites de utilização deste dado informacional imagético na esfera penal e processual penal? Esta pergunta é

---

28 É dever da autoridade policial coletar informações e dados sobre o evento criminoso investigado, nos termos do art.6º, do CPP. Para além disto, em determinadas situações, tais coletas podem se dar sem autorização judicial prévia, consoante nas disposições expressas: (i) do artigo 17-B, da Lei nº 9.613/1998, incluído pela Lei nº 12.683/2012; (ii) do artigo 15, da Lei nº 12.850/2013; (iii) e do artigo 13-A, do CPP, incluído pela Lei nº 13.344/2016.

29 Interessante estudo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, no ano de 2021, deu conta de que o tempo médio perdido nas prisões do Estado por conta de reconhecimento fotográfico equivocado em delegacias foi de um ano e dois meses, sendo que nos 242 casos analisados (envolvendo 342 pessoas), 30% dos réus foram absolvidos. Entre eles, mais de 80% (54 pessoas) tiveram sua prisão preventiva decretada e há quem tenha passado quase seis anos encarcerado preventivamente até a absolvição (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2022).

importante na medida em que outros países com mais dados sobre este tema do que o Brasil, como os EUA, em pesquisa tópica, tem evidenciado que a cada dez condenações de inocentes, sete deveram-se a reconhecimento falso de imagem.<sup>30</sup>

O CPP, em seu art.226, estabelece forma adequada para se dar o reconhecimento de pessoa, indicando procedimentos próprios<sup>31</sup>, havendo inclusive a possibilidade de que isto ocorra por videoconferência, nos termos do art.185, §8º, do mesmo estatuto<sup>32</sup>, sendo que os Tribunais têm minimizado a importância desta modalidade de prova quando houver outros elementos que possam fundamentar o veredito.

O STF, em 22/02/2022, absolveu réu condenado pelo crime de roubo tendo como prova tão somente o reconhecimento fotográfico feito, inicialmente, por WhatsApp. O órgão colegiado entendeu que o reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial, para fins de gerar édito condenatório, deve estar lastreado em outros elementos de prova que indiquem com segurança a autoria do fato, o que não ocorreu no caso.<sup>33</sup> Ou seja, a tecnologia pode e deve ser utilizada também para fins de segurança pública e persecução penal, todavia, isto deve se dar atentando-se para os direitos e garantias fundamentais, dentre eles o devido processo legal, sob pena de comprometer-se a fiabilidade da prova produzida ilicitamente.

---

30 Dados colhidos pela pesquisa pelo *Innocence Project*. Refere a pesquisa que: Mistaken eyewitness identifications contributed to approximately 69% of the more than 375 wrongful convictions in the United States overturned by post-conviction DNA evidence.

31 Sendo imperioso que a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento descreva aquela que deva ser reconhecida; e que o suspeito seja colocado, se possível, ao lado de outras que com ele tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.

32 Lembrando que tal possibilidade pode ocorrer nos termos do §2º, do mesmo artigo (excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real), desde que a medida seja necessária para atender uma das finalidades descritas nos incisos I a IV, deste parágrafo.

33 Recurso em Habeas Corpus nº206846, Segunda Turma do STF, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/02/2022, por maioria. O caso tratava de roubo e, segundo a narrativa dos autos, uma hora após o crime o recorrente foi abordado por policiais que o fotografaram, enviando a imagem por WhatsApp para outro policial, que estava com a vítima, a qual, por sua vez, teria reconhecido o suspeito.



Também o Superior Tribunal de Justiça – STJ, depois de sustentar que o reconhecimento por fotografia é válido e suficiente para fundamentar a condenação, desde que repetido em juízo, com contraditório e ampla defesa<sup>34</sup>, mais recentemente decidiu, por sua 5ª Turma, absolver indivíduo condenado com base no reconhecimento feito por meio de foto em sede policial. No ponto a Tribunal expressamente referiu que:

O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.<sup>35</sup>

Em outra decisão paradigmática mais antiga o STJ já reconhecia, inclusive, que são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. *O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.*<sup>36</sup>

34 Como na decisão indicada no Jurisprudência em teses n°105, de 2018.

35 Habeas Corpus nº652284, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27/04/2021, a unanimidade, Dje 03/05/2021. Ainda teve oportunidade o julgado de destacar outros elementos importantes destes cenários que são: *Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido.* Da mesma forma a 6ª Turma do STJ assim decidiu, nos autos do HC nº598.886, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Dje de 18/12/2020.

36 HC 598.886/SC, julgado pela 6ª Turma do STJ, relator Min. Rogério Schietti Cruz, em 27/10/2020, Dje de 18/12/2020. Aduz a Corte ainda que: *O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e traços corporais e*

A mesma lógica, entretanto, e de modo equivocada, não tem sido aplicada para fundamentar decreto de prisão preventiva, haja vista que esta reclama apenas indícios suficientes de autoria do crime, assim como de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, nos termos do art.312, do CPP. Nestes casos, o STJ já denegou ordem de habeas corpus impetrado por indivíduo acusado de latrocínio tentado, cuja preventiva fora determinada após reconhecimento feito por fotografia pelas vítimas. A questão é que esta fotografia seria datada de 2013, enquanto o crime teria ocorrido em 2020, entendendo o relator do caso, Min. Antonio Saldanha Palheiro, que a imagem identificada como sendo do autor atendeu os ditames do art.226, do CPP, tendo o conjunto de outras provas evidenciado indícios suficientes para autorizar a segregação extraordinária.<sup>37</sup>

E por que isto é importante debater? Pelo simples fato de existir alto índice de condenados nomeadamente por conta dos chamados *catálogos de suspeitos* (acervo de fotografias de pessoas retiradas, na grande maioria, de redes sociais, ou compondo álbum de fotos físicas antigas de delegacias de polícia), conforme demonstra a pesquisa levada a cabo pelo Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais, e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, no período de 2012 a 2020, avaliando aproximadamente 90 (noventa) prisões levada a efeito, fundamentalmente, por meio destes tipos de reconhecimento fotográfico (CONDEGE, 2021).

Saindo desta experiência mais antiga, podemos passar para os casos de utilização nas investigações penais da chamada técnica *geo-fencing*, entendida como medida que permite a anunciantes e empresas atingir usuários da internet a partir de *cercas virtuais*, com parâmetros como geolocalização, termos de busca ou histórico de navegação, entre outros. No campo específico da investigação criminal, ela pode identificar quem esteve no local de um crime durante determinado horário, a partir dos dados de celulares conectados à internet (GEOFENCE..., 2021).<sup>38</sup>

---

*a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.* O mesmo ocorre no HC nº768881/RJ, 6ª Turma do STJ, relator Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 04/10/2022.

37 Autos do HC nº651.595, julgado pela 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 17/08/2021, Dje 25/08/2021.

38 Ver também matéria no U.S.News, intitulada *Cellphone dragnet used to find bank robbery suspect was unconstitutional, judge says*, publicada em 07 de julho de 2022, no site: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/geofence-warrants-help-police-find-suspects-using-google-ruling-could-n1291098>.

Aliás, em termos de *acesso a agenda telefônica e registro de chamadas sem autorização judicial*, no Brasil, o STF está discutindo a matéria no âmbito da Repercussão Geral nº977, oriunda do Recurso Extraordinário com Agravo nº1042075/RJ, relatoria do Min. Dias Toffoli. O relator propôs em seu voto dar provimento ao recurso, apresentando a seguinte proposta de tese: *É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII).*

Entretanto, os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin propuseram negar provimento ao recurso, constituindo a seguinte tese: *O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX).*

Mas temos o caso Marielle Franco, no Brasil – vereadora do Rio de Janeiro que foi assassinada a tiros, junto com seu motorista, em 14/03/2018 -, que até hoje não está totalmente solucionado em termos do mandante do crime, tem sido paradigmático no tratamento jurisdicional destas questões, isto porque o Ministério Público do caso solicitou ao Judiciário fluminense – que deferiu – que o Google fornecesse: (i) os dados estáticos dos IPs ou *Device IDs* de usuários que tenham aberto o Google Maps, ou Waze, entre 10 e 14 de março de 2018, para pesquisar o endereço de rua em que a vereadora Marielle estaria participando de evento na noite em que foi executada; (ii) a identificação de quem, no mesmo período, pesquisou termos relacionados ao nome da vereadora e sua agenda. Em outros pedidos igualmente deferidos pelo magistrado, foram solicitadas informações e acessos ainda mais privados como: mídias (fotos e vídeos), e-mails, agenda, agenda de contatos, aplicativos instalados, backups contidos nos serviços de driver, mensagens instantâneas.<sup>39</sup>

---

39 Como referido expressamente no Acórdão do Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº64.941/RJ, 3ª Seção, relator Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 03/08/2021, DJe 13/08/2021, fl.06.

O Google, em defesa, apontou que a medida atingiria número indeterminado de pessoas, pois abrangeria locais de amplo acesso público, fazendo referências ainda a óbices tecnológicos capazes de gerar resultados com baixa confiabilidade, podendo indicar usuários que não estiveram no local, ou mesmo excluir pessoas que por ali passaram, sustentando a configuração, em tal expediente, de pesca probatória (*fishing expedition*).<sup>40</sup> Além do que, sustentou que a quebra do sigilo de dados tem que obrigatoriamente indicar as pessoas suspeitas que serão investigadas e o objeto da medida invasiva, exigência do art.5º, X, XII, e 93, IX, ambos da CF/88, regulamentados pelo art. 2º, da Lei nº9.296/96, e pela Resolução CNJ nº 59/2008, combinados com o art. 22, do Marco Civil da Internet (Lei nº12.965/14)<sup>41</sup>, e art.11, do Decreto-Federal nº8.771/2016.

O STJ manteve o deferimento das medidas deferidas pelo Judiciário do Rio de Janeiro, em vários recursos interpostos e decididos por suas turmas criminais, até chegar a Terceira Seção, que ultimou o entendimento da matéria, ratificando a decisão tomada no primeiro grau.<sup>42</sup>

O argumento do relator, Min. Rogério Schietti, no caso, é que a Corte deveria fazer distinção entre os **dados** (estáticos) que a investigação criminal queria acessar, entendidos como conjunto de fatos registrados no formato de declarações textuais, de modo a permitir seu compartilhamento ou análise por conjunto indefinido de observadores, a partir do qual pode ser obtida alguma informação dirigida a determina-

---

40 Modo geral a pescaria probatória é tida como a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem causa provável ou mesmo de alvo definido, de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal. Para melhor abordagem do tema ver o trabalho de ROSA; DA SILVA; SILVA, 2022.

41 Lembrando que o Marco Civil da Internet não prevê, dentre os requisitos que estabelece para a quebra de sigilo, que a decisão judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação, ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada facilmente por outros meios (arts. 22 e 23).

42 Agr.Reg. RMS nº64.941/RJ, acima citado.Veja-se que, a partir daí, esta Corte já deferiu medidas similares a vários outros casos menos complexos: (i) uso do *geo-fencing* para apurar roubo e estupro de uma vítima (RMS 66.668); (ii) roubo de joias e bens avaliados em R\$1 milhão efetuado em joalheria (RMS 66.563); (iii) 84 furtos de “airbags” cometidos desde 2018, em especial de veículos Honda/Civic (RMS 65.064); (iv) sequestro seguido de homicídio de criança de nove anos de idade (RMS 65.412); (v) prática de associação para o tráfico e homicídios (RMS 61.419); (vi) homicídio qualificado (RMS 64.603); (vii) furtos em imóvel residencial no qual foram subtraídas joias, bebidas e outros bens móveis (RMS 65.242).

do propósito; e *conteúdos* (dinâmicos), enquanto produto do fluxo ou das formas de comunicação, as quais se imbricam com a proteção constitucional à intimidade, tendo como objeto de tutela, de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento, de outro, o segredo como expressão do direito à intimidade.<sup>43</sup>

## 5 NOTAS CONCLUSIVAS

A aceleração de crescimento do crime organizado no mundo tem se mostrado inversamente proporcional à capacitação e eficiência das forças de segurança pública, o que é possível ser deduzido dos indicadores de delinquência global que temos no campo do tráfico de drogas, de armas, de pessoas, de órgãos humanos, cibercriminalidade, lavagem de dinheiro, e tantos outros.<sup>44</sup> Mas não é só no campo da microcriminalidade que isto ocorre; também na microcriminalidade há organização, basta vermos os fenômenos das milícias, das facções de menor porte, dos crimes contra a Administração Pública em geral.

Mesmo no caso que referimos envolvendo a vereadora Marielle Franco, o primeiro delegado que começou a investigar o tema, Giniton Lages, reconheceu os altos níveis de profissionalismo dos executores assassinos, tanto que, ao longo do primeiro ano das investigações policiais, as equipes ouviram 230 pessoas, analisaram mais de 33 mil linhas telefônicas, e interceptaram outras 318, com ordem judicial. Desde então, ou-

---

43 Aliás, o que vai ao encontro de decisão já tomada pelo STF, quando assentou que não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados, nos termos do HC nº 91.867/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 20/9/2012. Em outra decisão o STJ também já assentava o mesmo entendimento, no sentido de que a proteção contida no artigo 5º, inciso XII, da CF/88, restringe-se ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, não abrangendo os dados já armazenados em dispositivos eletrônicos. (HC nº167.720/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 14/4/2019).

44 E cada país tem suas particularidades no âmbito desta criminalidade, pois na Itália a criminalidade organizada é comumente identificada com a máfia ou outras organizações similares; em Portugal, está associada aos crimes contra o mercado financeiro; na Alemanha caracteriza-se basicamente pela lavagem de dinheiro e corrupção, enquanto na Espanha tem uma identidade mais acentuada com o terrorismo, conforme relato de SCHOUCAIR; CAIRES, 2021, p. 95.

tros quatro delegados passaram pela investigação, sem chegar à resposta sobre os mandantes.<sup>45</sup>

A despeito disto, não podemos esquecer que o direito a proteção de dados já é uma realidade no país, e ele se conecta diretamente com vários elementos, dentre os quais, nos termos do art.2º, IV, da Lei nº13.709/2018, à proteção da inviolabilidade da intimidade, honra e imagem – a despeito de não se aplicar ao tratamento de dados realizado para fins exclusivos de atividades investigativas à repressão de infrações penais (art.4º, III, d).

Mas, de qualquer sorte, por contarem aqueles direitos com tutela constitucional, eles se impõem inclusive à persecução penal, com modulações, como demonstrou já o STF, ao reconhecer que intimidade e privacidade, enquanto garantias públicas asseguradas, não tem caráter absoluto, inexistindo no sistema jurídico brasileiro bens que se revistam desta forma, 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.*<sup>46</sup>

Ou seja, sob o ponto de vista da argumentação jurídica que estamos adotando aqui, afigura-se mais do que possível, mas recomendado, no âmbito da ponderação e do balanceamento de normas em face do caso concreto, elaborar certa **ordem hierárquica conjuntural** entre os princípios que se encontram em tensão na casuística, tutelando assim valor importante ao sistema jurídico que é a certeza do direito; entretanto, ele não é o único que demanda realização, pois ao seu lado está o valor de caráter pragmático relativo à eficiência social da prestação jurídica, igualmente importante e cuja realização pode eventualmente mitigar a realização do ideal de completude do ordenamento – como e o caso da *condição hierárquica conjuntural superior da segurança pública perseguida pela responsabilização penal.*<sup>47</sup>

---

45 Ver excelente matéria e entrevista do Delegado no site <https://theintercept.com/2022/04/27/entrevista-marielle-ginton-lages-alguem-dava-informacao-privilegiada/>. Também o livro publicado sobre o tema, LAGES; RAMOS, 2022.

46 MS nº 23.452/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 15/5/2000.

47 Como nos ensina ALEXY, 2010.

Partilhamos, no ponto, do entendimento do Min. Rogério Schietti, no sentido de que quando o:

direito à segurança pública e à preservação e restauração da ordem pública tem algum resvala no direito ao sigilo de dados –, nota-se a realização da proporcionalidade em suas três diretrizes essenciais. Ela é adequada, na medida em que serve como meio auxiliar na elucidação dos delitos, cuja investigação se arrasta por dois anos, sem que haja uma conclusão definitiva. É necessária, diante da gravidade e complexidade do caso e da inexistência de outros meios menos gravosos para se alcançar os legítimos fins investigativos. E, por fim, é proporcional em sentido estrito, porque a restrição aos direitos fundamentais que dela redundam não ensejam gravame as pessoas afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrares publicizados, certo, ainda, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão descartados.<sup>48</sup>

Agora o STF está apreciando o tema de repercussão geral nº1148, envolvendo controvérsia relativa aos limites e ao alcance de decisões judiciais de quebra de sigilo de dados pessoais, nas quais determinado o fornecimento de registros de acesso à internet e de IPs, circunscritos a lapso temporal demarcado, sem, contudo, a indicação de qualquer elemento concreto apto a identificar os usuários, atinente, na origem, ao mesmo caso Marielle Franco.<sup>49</sup> Esta decisão será paradigmática para os fins de demarcarmos com mais segurança os parâmetros que deverão ser utilizados no país para medidas judiciais desta natureza, providência necessária a compatibilizar os interesses públicos e privados envolvidos.

Até que isto se resolva, temos que a requisição de dados pessoais armazenados por provedores de serviços de internet pode se dar desde que indicados os elementos previstos em na Lei nº12.965/2014, em seus arts.22 e 23, a saber: a) fundados indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa motivada da utilidade da requisição; e c) período ao qual

---

48 Agr.Reg. RMS nº64.941/RJ, citado, p. 21.

49 A presente Repercussão Geral se constituiu a partir do Recurso Extraordinário nº1301250/RJ, relatoria da Min. Rosa Weber, tendo como recorrente Google Brasil Internet Ltda. e Google Inc., estando concluso à relatora desde 15/09/2022, conforme site do STJ. Ao lado desta Repercussão Geral, o STF também está debatendo, no âmbito da ADI nº5.527/DF, ADPF nº403/SE, o mesmo tema da proteção de dados em face do Marco Civil da Internet – Lei nº12.965/2014.

se referem os registros, e que sua execução também se dê observados os ditames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito referidos.

## REFERÊNCIAS

2ª TURMA absolve homem condenado por roubo com base em reconhecimento fotográfico. **Portal STF**, 22 fev. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=482230&ori=1>. Acesso em: 03 out. 2022.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Direito Penal e Periculosidade: a política criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa. *In*: MACHADO, Marta R. de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella (org.). **Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: FGV, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2010.

ALEXY, Robert. The Construction of Constitutional Rights. **Law & ethics of Human Rights**, Volume 4, Issue 1. Article 2. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010

ARE your details secure? **The guardian**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/4>. Acesso em: 12 maio 2021.

ARGENTINA. **Ley 25.326, de 04 de outubro de 2000**. Protección de los datos personales. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/60000-64999/64790/texact.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BALDASSARRE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionale**. Torino: Giappichelli, 1997.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=2&data=11/02/2022>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo em Recurso Extraordinário n. 1042075. Relator: Min. Dias Toffoli, 23 de novembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 dez. 2017.



BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 1301250. Relatora: Min. Rosa Weber, 27 de maio de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 jun. 2021.

BUMP, Philip. The UK Tempora Program Captures Vast Amountst of Data – and Shares with NSA. **The Atlantic**, 21 jun. 2013. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/national/archive/2013/06/uk-tempora-program/313999/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Headnotes to the Judgment of the First Senate of 20 April 2016. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420\\_1bvr096609en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html). Acesso em: 16 jun. 2021.

CALIFORNIA Consumer Privacy Act (CCPA). 2018. Disponível em: <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CANARIS, Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. **A defesa da honra e o direito à informação**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

CASTRO, Carol. Entrevista: “alguém dava informação privilegiada aos criminosos”, diz primeiro delegado do caso Marielle. **The Intercept Brasil**, 27 abr. 2022. Disponível em: <https://theintercept.com/2022/04/27/entrevista-marielle-ginton-lages-alguem-dava-informacao-privilegiada/>. Acesso em: 04 out. 2022.

CERRINA FERONI, Ginevra; MOBIDELLI, Giuseppe. La sicurezza: un valore superprimario. **Percorsi Costituzionale**. V.I, n°1/2008.

COCCO, Giovanni. (a cura di). **I diversi volti della sicurezza**. Milano: Giuffrè, 2012.

COLOMBIA. Ley 1581, de 2012. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981>. Acesso em: 14 abr. 2021.

CONDEGE. **Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico**. 19 abr. 2021. Disponível em: <http://condege.org.br/arquivos/1029>. Acesso em: 11 out. 2022.

CORTÉS, Raúl Arrieta. El nuevo entorno regulatorio de la protección de datos personales en Chile. **Iapp**, 4 set. 2019. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/el-nuevo-entorno-regulatorio-de-la-proteccion-de-datos-personales-en-chile/>. Acesso em: 14 jun. 2022.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O Direito de estar só – tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **O reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro**. 04 maio 2022. Disponível em:

EUROPA. Joined Cases C-203/15 and C-698/15. Tele2 Sverige and Watson and Others. 21 dez. 2016. Disponível em:

EUROPA. Processo C- 131/12. Google Spain e Google. 13 maio 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=PT>. Acesso em: 11 out. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Applications ns. 58170/13, 62322/14 and 24960/15. Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom. 2021. Disponível em: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/eu/cases/ECHR/2021/439.html&query=\(title:\(+Big+\)\)+AND+\(title:\(+Brother+\)\)+AND+\(title:\(+Watch+\)\)+AND+\(title:\(+Others+\)\)+AND+\(title:\(+v+\)\)+AND+\(title:\(+the+\)\)+AND+\(title:\(+United+\)\)+AND+\(title:\(+Kingdom+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/eu/cases/ECHR/2021/439.html&query=(title:(+Big+))+AND+(title:(+Brother+))+AND+(title:(+Watch+))+AND+(title:(+Others+))+AND+(title:(+v+))+AND+(title:(+the+))+AND+(title:(+United+))+AND+(title:(+Kingdom+))). Acesso em: 14 jun. 2021.

FEDERAL TRADE COMMISSION - FTC. **Protecting consumer privacy in an era of rapid change: recommendation for businesses and policymakers**, 2012. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FROSINI, Tomaso Edoardo. Il diritto costituzionale alla sicurezza. **Forum on line di Quaderni Costituzionali**, 2006. Disponível em: [https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre\\_2006/440.pdf](https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/440.pdf). Acesso em 26 maio 2021.

GAZZETTA, Cristina. Sicurezza, terrorismo e cittadinanza: la nuova legislazione francese anti-terrorismo e l'impegno Internazionale contro i cd. foreign fighters. **Osservatório sulla normativa**, anno V, nº3, 2015.

GEOFENCE warrants and the fourth amendment. **Harvard Law Review**, 10 maio 2021. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2021/05/geofence-warrants-and-the-fourth-amendment/>. Acesso em: 03 out. 2022.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HODUN, Milozs. **Doctrine of implied powers as a judicial tool to build federal politics** – comparative study on the doctrine of implied power in the European Union and the United States of America. Islândia: Reykjavik University, 2015. Disponível em: <https://opinvisindi.is/bitstream/handle/20.500.11815/2479/Doctrine%20of%20implied%20powers%20as%20a%20judicial....pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 out. 2022.

INNOCENCE PROJECT. Eyewitness identification reform. Disponível em: <https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>. Acesso em: 11 out. 2022.

INTERCEPTION OF COMMUNICATIONS. **Code of Practice**. Pursuante to Schedule 7 to the Investigatory Powers Act 2016. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/715480/Interception\\_of\\_Communications\\_Code\\_of\\_Practice.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715480/Interception_of_Communications_Code_of_Practice.pdf). Acesso em: 21 jun. 2021.

INTERCETTAZIONI su dispositivi elettronici mediante “captatore informático”: depositare le motivazioni delle Sezioni Unite (26889/2016). **Giurisprudenza Penale**, 2 jul. 2016. Disponível em: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2016/07/02/intercettazioni-su-dispositivi-elettronici-mediante-captatore-informatico-depositare-le-motivazioni-delle-sezioni-unite-268892016/>. Acesso em: 16 jun. 2021.

INVESTIGATORY Powers Act. Gov. UK. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/collections/investigatory-powers-bill>. Acesso em: 16 jun. 2021.

ITÁLIA. Codice in matéria di protezione dei dati personali. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9042678>. Acesso em: 01 jun. 2021.

LAGES, Ginton; RAMOS, Carlos. **Quem matou Marielle?** São Paulo: Matrix, 2022.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** Madrid: Tecnos Ltda, 1999.

MCNEIL, Sonia. Privacy and the modern grid. **Harvard Journal of Law & Technology.** V.25 n.1, 2011.

MÉXICO. **Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.** 5 jul. 2010. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others. **The guardian.** Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>. Acesso em: 21 jun. 2022.

PERU. Ley 29733, de 3 de julho de 2011. Ley de Protección de Datos Personales. Disponível em: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29733.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Direito de Personalidade. Direito de Família. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

REGULATION of Investigatory Powers Act 2000. **Justice.** Disponível em: <https://justice.org.uk/regulation-investigatory-powers-act-2000/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

RODOTÀ, Stefano. Privacy, libertà, dignità. **Garante per la Protezione dei dati personali**, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da; DA SILVA, Viviane Ghizoni; SILVA, Philippe Benoni Melo e. **Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão** – Um dilema oculto do processo penal. Florianópolis: EMais, 2022.

RUTUOLO, Marco. Diritto ala sicurezza e sicurezza dei diritti. **Osservatorio sulla normativa**, anno III, nº2, 2013.

SCHOUCAIR, João Paulo Santos; CAIRES, Luciana Matutino. Ação controlada e sua análise no combate ao crime organizado. *In*: PAULINO, Galtiênio da Cruz et. al (Org.). **Técnicas avançadas de investigação**. Brasília: ESMPU, 2021.

SCHUPPE, Jon. Cellphone dragnet used to find bank robbery suspect was unconstitutional, judge says. *NBC News*, 7 mar. 2022. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/geofence-warrants-help-police-find-suspects-using-google-ruling-could-n1291098>. Acesso em: 03 out. 2022.

STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE. **Portal STF**, 07 maio 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>. Acesso em: 06 out. 2022.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. United States od America, petitioner v. Antoine Jones. Ago, 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2011/01/01/2010-1259.mer.aa.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

THE Investigatory Powers Tribunal. Disponível em: <https://www.ipt-uk.com>. Acesso em: 21 jun. 2021.

THE USA PATRIOT Act: Preserving Life and Liberty. **Preserving Life & Liberty**. Disponível em: <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

US SUPREME COURT. Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 1965. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso em: 14 abr. 2022.

US SUPREME COURT. Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *In*: **Harvard Law Review**, vol.4, nº5. December 15, 1890.

ZADROZNY, Brandy. Big Tech and Congress squared off again. The frustration was palpable. *NBC News*, 25 mar. 2021. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/big-tech-congress-squared-frustration-was-palpable-rcna507>. Acesso em: 16 jun. 2022.

# LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, VISIÓN TEÓRICA

PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ<sup>1</sup>

## 1 PÓRTICO INICIAL

Bajo el prisma la Justicia Constitucional y de las tutelas efectivas de los derechos fundamentales deviene preciso abordar el análisis de situaciones coyunturales, que arremeten hacia la comprensión de los nuevos cánones de para la compresión de los postulados que lo rigen. Se intentará plasmar la idealización de la necesidad de mutación hacia el espectro constitucional, para definitivamente ajustar sus arbotantes al escenario moderno donde se implementará.

Sin embargo, la tarea no es fácil, en especial por la complejidad del enmarcamiento del temario, pues en ella confluyen la necesidad de humanización como de la tutela de los derechos fundamentales. Los antagonismos propios de la visión constitucional, exteriorizan agudamente el semblante clarificador que sobre algunos temarios deben reflexionarse.

La panorámica que insta tutelar a la persona humana por sobre todas las cosas, muchas veces colisiona con pensamientos de legalismo exacerbado, lo cual indefectiblemente lleva a avizorar que se vuelve imperioso

---

1 Doctor, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay, Prof. de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional en dicha casa de estudios; Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay; Profesor de posgrado en varias universidades nacionales e internacionales; Vicepresidente para Sudamérica de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos; Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional; Presidente del Instituto Itapuense de Derecho Procesal; Conferencista internacional, autor una docena de libros jurídicos como de artículos científicos e indexados.

el abordamiento de contenidos sensibles como el filosófico y el teórico. Debate dialéctico de gran profundidad y envergadura, que exhibe la necesidad de un tratamiento adecuado a las circunstancias latinoamericanas.

En esta estela se orienta la propuesta, referenciando a clarificar si se posee o no una visión teórica filosófica en Latinoamérica que apunte la mutación propiciada, o si por el contrario navegamos como un barco a la deriva, sin rumbo fijo. A la vez si esta situación nos transporta a reconocer una gran crisis del pensamiento constitucional, análogamente si se transita hacia un sistema constitucionalista. En idéntico soneto de adecuación de ideas, la realidad del enfoque invita a clarificar que rol cumple el Poder judicial; si es tan cierto o no que la Justicia Constitucional o Derecho Procesal Constitucional deba ser construido sobre nuevas fronteras; como también, articular el debate sobre si incorpora la viabilidad de la ponderación en el ámbito constitucional.

## 2 CARESTÍAS *IUS* FILOSÓFICAS LATINOAMERICANAS

No se realiza una divulgación notable cuando sostiene que Latinoamérica está sumergida en una gran crisis teórica *ius* filosófica, al afirmar este hecho no se hace otra cosa más que describir la realidad absoluta, situación apesadumbrada y sombría en la que estamos inmersos.

Afirmar que no se cuenta con una escuela jurídica filosófica latinoamericana, menos aun de un país en particular. Lo que conlleva a que los problemas surgan por variados motivos, los que intentarán ser abordadas a continuación con grandes limitaciones.

### 2.1 Parvedad de compromiso *ius* filosófico: *mare magnum* de desconcierto

Quizás el principal problema en que estuvo envuelta endémicamente la academia latinoamericana es su falta de compromiso con el estudio del marco filosófico que rodea a la ciencia del derecho, iniciando un tenue cambio a partir de este nuevo milenio, con el objetivo de rescatar lo descollante de la *ius* filosofía.

Fue enseñada la ciencia jurídica en las aulas universitarias sin la suficiente contracción a las leyes del pensamiento humano, como no

dando trascendencia a la filosofía jurídica, base de todo ordenamiento legal. La instrucción se limitaba a un papel básico, de memorización de las reglas contenidas en las leyes y en los códigos, dando preponderancia a la legalidad, un proceso cognoscitivo que privilegiaba al formalismo, con una creencia acrítica, en ámbitos de rigidez y jerarquización de las normas, haciendo creer que así se formulaba ciencia.

Como afirmaba Dworkin (1980, p. 8) “la filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión del derecho”. Kaufmann (1992), señalaba que la filosofía del derecho no es ningún juguete, para una elite de logias aventajadas, por lo que cultivar la filosofía significa tomar responsabilidad frente al hombre y su mundo.

Ase arriba al momento de reflexionar sobre estas debilidades académicas de filosofía jurídica, con el fin de construir un modelo teórico adecuado a cada localismo. Quizás a consecuencia de no haber comprendido esta situación, es que yace tan retrasado el ámbito jurídico por estos lares. Aun así, se avizora una luz, que desde nuestro punto de vista constituye el control de convencionalidad al cual deberá dársele un sustento *ius* filosófico adecuado para concebir una irrupción acorde con las necesidades latinoamericanas.

La consecuencia lógica de la falta de relevancia otorgada a la filosofía, encaminó a que el sub-continente latinoamericano se viera sumido en un mar de confusiones teóricas, por la gran diferencia y deficiencia de los marcos doctrinarios de pensamientos copiados de modelos foráneos; y consecuentemente, porque pareciera ser que no se ha tomado conciencia de dicha calamitosa situación. Así afirmar, que nunca fue forjado un modelo teórico propio (LÓPEZ MEDINA, 2004, p. 12)<sup>2</sup>.

Al originarse los ordenamientos jurídicos de la región se han cometido errores de connotada fuste, por ejemplo, al cimentar codificaciones basadas en orientadores *ius positivistas* que a su vez aceptaban connotaciones *ius naturalistas* en una mezcla de concepciones teóricas; incluso, adoptando legislaciones de extracto del *civil law*, pero con normativas contradictorias que provenían de distintas escuelas; o bien, aceptando ideas del *common law* (como la del precedente obligatorio) en un enquis-

---

2 Reflexionando: “no poseemos una iusfilosofía o un derecho distinto que pudiera ser usado como fundamento para una contribución genuinamente exótica o alternativa”.



tamiento problemático, que resulta incomprensible y a veces inaplicable, incrustada en la corriente sanguínea del *civil law*.

## 2.2 Sinopsis de los inconvenientes

Justificando la afirmación de una gran confusión *ius* filosófica, graficarla conforme a las siguientes connotaciones:

a) Al iniciar el despliegue de los problemas, se sostiene que Latinoamérica no ha sido capaz de construir un modelo teórico propio adaptable a las condiciones de cada sociedad en particular, donde la mayoría de las legislaciones cuentan con sesgos diferenciales a los modelos que le sirvieron de base, como también la asimilación de constructos jurídicos contradictorios; y lo que es peor aún, no cuentan con las adaptaciones a sus particulares condiciones de vida.

Desde siempre se ha sustentado que las ciencias jurídicas latinoamericanas han sido una derivación de los modelos y sistemas europeos, una especie de colonización intelectual (neocolonialismo jurídico), donde el mayor mérito de la mayoría de los *ius* filósofos era describir las teorías que se esgrimían en el Viejo Continente.

América Latina parece ser uno de los sitios *ius* filosóficos menos interesantes siendo considerado un mero apéndice del pensamiento jurídico europeo (KAUFMANN, 1992). Los pensadores de este sub-continente se han preocupado más en defender la posición teórica de los juristas europeos, que apuntalar la idea de transformar y ajustar a los cánones prioritarios de los sistemas legales donde se tendrían que instalar, léase como efecto oclusivo, que en los países de este continente se han respondido a otras prioridades (típicos de Europa) derivando en síntomas de aculturización e inadecuación a la idiosincrasia latinoamericana.

El devenir de este conflicto, deriva en haberse tornado modelos de pensamientos que aun de avanzada, debían ser acomodadas a las realidades de una necesidad disímil al contexto donde se había generado la concepción primigenia. Esta adaptación generalmente no fue practicada, al contrario, fue desplegada tal cual provenía desde su origen, haciendo que la misma se exhiba inadecuada para estos lares.

Como afirmaría Kunz (1992), la iusfilosofía latinoamericana no es en ningún sentido de la palabra propiamente latinoamericana, deviniendo

del pensamiento europeo. Así indicar, que un primer momento durante el periodo colonial perduró la filosofía escolástica; luego, al comienzo de las independencias, se afinó el Derecho Natural Francés del Siglo XVIII, que apuntalara la Revolución Francesa; más adelante, se construyó toda la legislación en la exégesis francesa, y luego sustentada en un positivismo agnóstico (Spencer y Comte); para luego proyectar la idea, de un positivismo normativo con Kelsen a la vanguardia a partir del Siglo XX, que con seguridad se proyecta hasta este tiempo actual. Aseverando que la mayor influencia ha sido la kelseniana, situación aún insuperada por la doctrina latinoamericana. Aunque opera certero, que en forma posterior se proyectaron otros modelos, como las basadas en la fenomenología (Husserl) y el existencialismo (Haidegger), más no prosperaron en el área jurídica, como sí lo hiciera la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

El muestrario evidencia una clara inclinación hacia las teorías europeas en el derecho latinoamericano, una especie de alienación y mimetismo con aquellas concepciones que no transigieron aflorar una teoría ajustada a sus urgencias indispensables.

En este aspecto hubo una gran diferencia con los Americanos del Norte, quienes también recibieron esta orientación teórica europea, pero mientras los estadounidenses profundizaron el modelo adaptando los proyectos endógenos a la cultura jurídica local, marcando diferencias; los países latinoamericanos representan la continuidad de las teorías europeas, de allí su gran debilidad (KAUFMANN, 1992)<sup>3</sup>.

b) La problemática teórica ha acarreado innumerables inconvenientes e incomprendimientos, haciendo que los análisis jurídicos se efectúen de manera superficial, aplicando sistemas legales pensados para otras comunidades.

---

3 “Las influencias y las lecturas tergiversadas conducen a los conceptos, aún más peyorativos, de *copia* y *plagio*. Los conceptos que hasta aquí he utilizado, influencia, mala lectura, transmutación, imitación, copia y plagio definen, aunque con matices, el espacio vacío entre producción y recepción en ius teorías. Marcadores geopolíticos y jerárquicos como centro y periferia, sitios de producción y recepción, jurisdicciones prestigiosas y no prestigiosas, tradiciones fuertes y tradiciones débiles, también ayudan a definir preliminarmente el sitio en el que ocurre el flujo de ideas y teorías. La trayectoria empieza usualmente en lugares de producción en Occidente (Francia, Alemania, Estados Unidos) prosigue por sitios intermedios de difusión y traducción en la semi periferia (México, Argentina y ahora quizás Colombia, son ejemplos de dichos sitios intermedios en Latinoamérica) para llegar, por último, a los lugares de (aparentemente) pasiva y total recepción”. (KAUFMANN, 1992, p. 32).

Sobre dichos vestigios se forjaron generaciones de profesionales bajo el manto del legalismo y el positivismo, asentadas sobre constituciones cerradas, campo evolutivo que no fue sobrepasado, a pesar de que a partir de los años 90 la nueva ola constitucionalista propendió concretar Constituciones abiertas, con énfasis en la argumentación y la ponderación, como método de concreción de una mejor tutela jurídica.

La asimilación comienza a perfilarse en la actualidad, mediante la labor jurisprudencial de los tribunales internacionales vía control de convencionalidad, erosionando los diseños anteriores y transigiendo un reordenamiento jurídico de fuste, que aún no ha sido cabalmente comprendida.

Obra advertir que se trata de una transformación de la ciencia jurídica, en el caso que nos convoca la transmutación del derecho procesal con una incidencia para las generaciones futuras. Advertía Jefferson, que las generaciones presentes no pueden atar de por vida a las generaciones futuras, ya que existiría una especie de dictadura de los muertos sobre los vivos.

c) La composición del discurso jurídico construida en el nuevo milenio no es la misma que en la época de la codificación del Siglo XIX, por tanto se trata de cimentar una novel visión superadora de los soportes del formalismo del siglo pasado, elaborando una neófito forma de pensar con tintes de antiformalismo.

La flamante teoría del derecho formulada a través de una sinergia entre la constitucionalización y la globalización, corriente dinámica que convoca elaborar constructos diferentes para el discernimiento de la repercusión jurídica. Idealización que indica que hay derechos en las leyes, por encima de las leyes y por fuera de las mismas, en una connotación de difícil percepción, fundamentalmente si se trata de racionalizar basado en axiomas rebasados.

## 2.3 Recapitulación

Nunca fuimos latinoamericanistas, sino más bien copias europeizantes y en los últimos tiempos con gran incidencia del *common law*, sirviendo como muestra de esta última afirmación las constituciones de algunos países que adoptan el control difuso puro de constitucionalidad, cuando el resto del ordenamiento legal responde a otras coordenadas, generando asistematicidad.

La conclusión transige reconocer la permanencia mimetizada en filosofías foráneas, extrañas a las necesidades de estos lares, que no implica dejar de referenciar su importancia, al contrario, reconocer su proeza de estudio como marcos teóricos orientadores, aunque al momento de asimilar en el orden interno deberá acomodarse a las necesidades de cada localismo.

Los juristas estaban más ocupados en entender a los autores internacionales, que en dar respuestas *ius* filosóficas a su tiempo y a la conciencia jurídica que les involucraba. Así se gestaron doctrinarios que solo eran meros repetidores de ideas ajenas, que reflexionaban sobre realidades aplicadas a otros lares, que se vieron obnubilados por ideas extramuros, como creyendo que con ellas solucionarían los problemas sociales que acaecían en sociedades modeladas sobre distintos parámetros y realidades. Solo mediante estos elementos, se pueden justificar los porqués de haber yacido atrincherados en modelos que luego de mucho tiempo muestran signos de naufragio y decadencia.

Agregando, que se ha perseverado con arquetipos que aun en sus lugares de origen ya habían sido cambiados, por su inutilidad o por su perfeccionamiento, advirtiendo transitar por un grado de estancamiento mayúsculo. No en vano se avala aquello de que la iusfilosofía latinoamericana no es, en ningún sentido de la palabra propiamente latinoamericana.

### **3 EL TRANCE TEÓRICO SOBRE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La situación precedentemente descrita evidencia una verdadera situación de crisis existencial desde la visión de la epistemológica jurídica, por cuanto se carece de un rumbo fijo, como de una dirección adecuada para el Constitucionalismo, que terminó afectando a los mecanismos de litigación apuntalados en el Derecho Procesal Constitucional, repercutiendo sobre la tutela de los derechos fundamentales.

La descriptiva cimentada fue la de un pensamiento irreflexivo o ante el análisis superficial de ideas y sistemas, lisonjeando con una masa obediente, sumisa sin incentivo, que no ha priorizado la mente crítica, sino al contrario parece atascada en atiborrados pantanos que no plantean salidas razonables.

Implicó que se hayan construido modelos legales en contravía de las tendencias adecuadas, gestando sistemas inadecuados, olvidando aquello que no hay nada más prácticos que ser teóricos. Desenvainó en un clima tórrido donde los meridianos y longitudes jurídicos, no encontraban las coordenadas de eficacia en una trágica senda de fracasos permanentes.

Fue forjado el ámbito académico rebosante de verdades mitológicas de dudosa procedencia, falsas y engañosas que no dan las respuestas requeridas por la sociedad. Una comunidad que tiene sesgos y matices distintivos, merece una visión adecuada a su realidad, al no respetar estas condicionales derivó que los sistemas jurídicos hayan fracasado uno a uno, en una historia que se repite por doquier en el sub-continente.

En los últimos tiempos ha reflatado una ola reformista, donde se cometieron los mismísimos errores de antaño, quizás al no percibir la imperiosa penuria de encontrar justificativos *ius* filosóficos que asienten un desarrollo con perspectiva de éxito.

Se ha llegado a la instancia que en Latinoamérica deba construirse verdadera cientificidad jurídica, adecuada a estos lares, lo que significa conocer los distintos modelos, pero sin vueltas, ser capaces de diseñar o proyectar una sistematización acomodada a las condicionales sociales que se presentan. Significa aceptar un conocimiento basado en la globalidad, pero respetando al localismo y la multiculturalidad. El derecho no es igual en todos lados, por ende, trae como consecuencia que de a poco se vayan ajustando o acomodando aquellos sistemas traídos de otros modelos, porque de no hacerlo no cubrirán las carencias, ni explotarán favorablemente las virtudes, que la sociedad latinoamericana con seguridad precisa y trasluce.

Se observa que en alguna época predominó el *ius naturalismo*, en otras el positivismo; en algún momento el apego a la ley, en otras circunstancias esta idea colapsó, trastocándose por la preeminencia de los principios y valores; la exégesis dio pie al movimiento codificador y el derecho evolucionó; más adelante esta tarea fue completada por el pensamiento kelseniano y el derecho progresó; luego de la II Guerra Mundial, se constató que las ideas anteriores no daban sustento suficiente al derecho, por lo que se rescató la visión dorkiniana y alexiana de los principios y valores, con gran beneficio para la ciencia jurídica. Todos estos cambios

tuvieron efecto positivo en la forma de prestar el servicio de justicia, fueron parte de la evolución propia de la ciencia.

Acierta preguntarse entonces ¿Cómo es que Latinoamérica no captó esta onda evolutiva?, ¿Por qué a partir del desarrollo de los derechos humanos y del control de convencionalidad, no se ha apostado por ampliar horizontes, comprendiendo que ya no es conveniente seguir ligados a antiguos modelos que no dan con las soluciones esperadas? ¿Por qué no fueron comprendidas estas realidades en beneficio de la tutela de los derechos fundamentales?

Con la idea humanista esbozada se han demostrado que el derecho va mucho más allá del derecho positivo, en suma, no se agota en el Derecho vigente, en el fondo de todo ordenamiento legal están los valores y principios que el juez debe ponderar para descubrir y aplicar la mejor solución.

#### **4 EN EL ALBOR DE UN SISTEMA CONSTITUCIONALISTA**

La llegada a un sistema constitucionalista como reto perseguido, conlleva una apuesta que si bien no es desconocida en el orbe constitucional proviniendo de antigua data, constituye un convite para dejar atrás los obstáculos y definitivamente impere un sistema constitucional en reemplazo del sistema legalista, que aunque cueste reconocer sigue prevaleciendo.

Pasar de las teorizaciones y promesas a los hechos, a las concreciones efectivas y prácticas, que asientan aplicar ideas urdidas por el Constitucionalismo, proclamando como parte del Sistema Constitucional al Estado Social de Derechos. Sumándonos a la afirmación que el Estado Liberal proclamó derechos, pero el Estado Social los hace efectivos. Con la salvedad, que de acuerdo a nuestro punto de vista, la falta de consolidación del sistema constitucionalista impide dicha concreción efectiva de derechos, aun en este tiempo.

Un sistema constitucionalista que traiga aparejada la superación de la visión kelseniana (con gran relevancia para su tiempo histórico, pero que tendrá que morigerarse, readecuarse o dejarse de lado en el presente), porque el Constitucionalismo actual se ha construido sobre la base de aquello que justamente el maestro austriaco combatía, cual es que el derecho gira alrededor de principios y valores, obligando al juez a realizar esa tarea interpretativa, argumentando al derecho sobre principios y

valores como mandato concreto de la Corte IDH, a través del control de convencionalidad y de la custodia de los derechos humanos.

Rememorar que Kelsen (1988) había justificado una doctrina legalista de justicia constitucional a cargo de un Tribunal Constitucional concentrado, que garantizaba los derechos fundamentales basados exclusivamente en el ámbito normativo y positivista en una especie de no aplicabilidad de valores y principios, evitando el decisionismo judicial.

Ante lo cual respaldar, que el reto y desafío actual radica en comprender este nuevo mapeo constitucional, que no significa dejar de estudiar a Kelsen (sería una afirmación absurda e imprudente, que tampoco se pretende transmitir), sino otorgar la relevancia que merecida a sus ideas pero ubicado en su tiempo histórico. Basta evocar que para Europa el pensamiento kelseniano fue una solución, como lo fue en su momento la Revolución Francesa con sus consecuencias constitucionales y jurídicas, empero que para estos tiempos modernos las teorías precisan evolucionar consagrando un sistema de protección constitucional adecuado a las necesidades de los pueblos latinoamericanos, que por el momento resulta una tarea inconclusa.

## **5 RESONANCIA DEL PODER JUDICIAL**

También deviene inexorable discernir que para salir del estado de letargo involutivo, se tendrá que comprender los móviles y consecuencias en cuanto a la magnitud adquirida por el Poder Judicial. En los últimos tiempos, especialmente en Latinoamérica se ha visto trastornada la visión tradicional por un cambio de paradigma profundo, pocas veces advertida, al adquirir gran trascendencia la magistratura, suponiendo el crecimiento cualitativo del Poder Judicial, que contrae un predicamento incluso superior a los otros poderes del Estado (Legislativo y Ejecutivo), proyectando una variable en cuanto al eje de prelación de la tradicional división de poderes de Montesquieu.

Así como los Siglos XVIII y XIX fueron del surgimiento y hegemonía del Parlamento, trasuntado a la luz de la Revolución Americana, luego la más trascendente Revolución Francesa, eminentemente Parlamentaria; el Siglo XX en cambio, mudó la visión parlamentarista, reemplazándola por una clara relevancia del Poder Ejecutivo, donde las ideas

del Presidencialismo y de un agudo caudillismo socavaron los cimientos Parlamentarios, que fueron puestos al servicio del gobernante de turno; sin embargo, el Siglo XXI, asoma floreciente con la idea de un gran predominio del Poder Judicial, que puede palpase permanentemente ante la notabilidad adquirida por el denominado “gobierno de los jueces” proveniente de la connotación de política social que viene inmersa en la actuación de los magistrados.

El antiguo liberalismo constitucional generó una disputa terrible entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, en cambio el constitucionalismo social planteó un equilibrio entre ambos que comienzan a vislumbrarse con la visión moderna del Estado Social de Derecho, que como sin querer convierte al Judicial como el Poder que equilibra las divergencias entre los otros poderes del Estado, bregando que la famosa división de poderes se concrete en la realidad. La superestructura de constitucionalismo liberal reajustado por una nueva visión del Estado, que hace más protagonista al poder olvidado, cual es Poder Judicial.

Un Poder Judicial que siempre fue codiciado por otros poderes para someterlo, pero que en este tiempo adquiere gran repercusión a partir de la judicialización de la política, exhibiendo un gran cúmulo de potestades directrices, no para ejecutar, sino para orientar las políticas públicas, aquello que es sensible para la sociedad.

Los principios de libertad e igualdad que persiguen imperando como legado del Estado Liberal Constitucional, pero que reajustan sus cimientos a la luz de una percepción social democrática acomodando las desigualdades que devienen tuteladas por el más débil de los tres poderes, el Poder Judicial.

Aquí no se trata de un gobierno de los jueces, sino más bien de superar el legocentrismo, la omnipotencia del legislador y de la mesianidad de los ejecutivos, propendiendo a un respeto del elenco de derechos fundamentales concebidos en el marco constitucional.

Procedente de la descriptiva, denotar que los conceptos tradicionales son cuestionados y reacomodados a las necesidades sociales, no debiendo sorprender la vital trascendencia adquirida por el Poder Judicial, como alternativa de equilibrio en algunos casos en la protección de los derechos fundamentales, en especial, cuando son violentados por los otros poderes del Estado.



Las consideraciones precedentes invitan a concretar un modelo procesal basado en la actuación de los órganos jurisdiccionales. De una buena vez se tiene que comprender que el proceso debe construirse sobre arbotantes de justicia y solidaridad, convirtiendo al juez en gestor del resultado del proceso, donde tendrá que bregar por el logro de justicia, sin dejar de lado las garantías de las partes, concibiendo un sistema equilibrado.

## **6 DIVERSIFICACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES**

A colación de lo precedentemente expuesto, también emerge como un nuevo reto para la consolidación de los derechos indisponibles, la comprensión de la variación del sistema de fuentes del derecho, que fuera puesto en crisis luego de la posguerra.

Basta recordar que la teoría vigente justificativa del derecho hasta hoy día muestra como fuentes del derecho a los postulados contenidos en el orden normativo, enseñanza que se sigue impartiendo en las universidades, donde fluye que las fuentes son esencialmente la ley, la costumbre y la jurisprudencia. Esto tiene mucho que ver con el grado de involución de la academia jurídica, que no se ha percatado de la variación.

Así, por estos días se justifica la superación de la vieja teoría decimonónica poniéndola en crisis, asintiendo un conglomerado de muchas fuentes del derecho abastecidos por los principios y por los derechos humanos que se integran al cuerpo constitucional. Nótese que se referencia a una fuente infraconstitucional como lo son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Da la pauta que las fuentes del derecho se generan más allá de los Estados Nacionales (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) pero con efectos y aplicación dentro de los Estados, lo que conlleva a asentar que no se pueda afirmar sobre una jerarquía de fuentes, sino que comienza a guardar relevancia la tesis argumentativa vital para referenciar que actuación tuvo el juez al valorar la fuente aplicada.

Cuando se utiliza la locución “fuente” en el ámbito jurídico figura una cierta ambigüedad, al otorgarle efectos diferentes o fenómenos dispares, así vemos que al hablar de fuentes refiere a la razón de validez de las normas jurídicas, en el sentido que una norma de superior jerarquía es fuente de la inferior; como también, al acto legislativo que crea la

norma que es fuente de la ley; o, al acto de sentencia que es fuente de la sentencia; o, la costumbre que es fuente de las normas consuetudinarias.

En este contexto se puede diferenciar: a) *fuentes de aplicación directa*, como serían la Constitución, la Ley y los Tratados Internacionales; b) *fuentes secundarias*, como ser aquellas que nacen de la interpretación hecha de la norma, derivado de ello se encuentra la doctrina y los principios generales del derecho, antecedentes parlamentarios, constituciones derogadas, reglas de la sana crítica y la costumbre constitucional; c) *fuentes supletorias*, que enlazan criterios interpretativos y las valoraciones axiológicas, reseñando a la equidad, la lógica y la experiencia, adicionando a los principios rectores de la humanidad (VILLABA BERNIÉ, 2021).

Comienza a tener transcendencia la jurisprudencia, justamente porque las fuentes ya no se encuentran exclusivamente en la ley y en la Constitución, sino en las respuestas dadas por los jueces mayormente en los procesos constitucionales. Como difundida a través de la jurisprudencia, también adquiere importancia la doctrina jurídica esbozada en el caso concreto.

Como corolario de lo descripto, exhibir una concepción superadora de viejos postulados, que en materia de fuentes se trasluce con meridiana claridad, al no poder proseguir con las fuentes clásicas del derecho, impulsando un repertorio más amplio que muda los contornos tradicionales, invitando a una gran apertura doctrinaria.

## 7 LA ARGUMENTACIÓN: COMO DESENLACE CONCLUSIVO

El debate Hart-Dworkin, trajo consigo las primeras herramientas para la comprensión del paso del derecho interpretativo (modelo legalista), al derecho argumentativo (modelo constitucionalista), puesto que la injerencia de valores y principios en el ámbito constitucional generó la necesaria ponderación para verificar su aplicabilidad, exponiendo al derecho hacia una ineludible tarea argumentativa.

La teoría neconstitucionalista obliga a que el derecho sea visualizado como una tarea de ponderación de valores y principios realizados bajo el manto de la argumentación, brindando una justificación interna como externa de la decisoria. Deja de lado el silogismo jurídico, circuns-

tancia de aplicación simplista del hecho a la norma, para adentrarse al mundo de los argumentos y la fundamentación.

La necesidad argumentativa supera con creces el modelo del positivismo jurídico, por cuanto, ha trasvasado la simple idea de subsunción del hecho a la norma, requiriendo en estos tiempos de la ponderación, tarea mucho más compleja y de modulación de valores y principios aplicados al caso concreto. La Constitución en esta época supone un orden de valores a partir del cual el intérprete construye el derecho, siendo el momento central de la tarea creadora cuando el juez emite el fallo final del litigio, o lo que es lo mismo, profiere la sentencia constitucional.

El deber de motivar y argumentar germina como esencia de la institucionalidad democrática, dependiendo de la aplicación de estos valores y principios constitucionales obedecerá el destino jurídico de un país (NOGUEIRA ALCALÁ, 2004), pues en las sentencias constitucionales se estampa la tendencia conservadora o progresista que tiene una determinada sociedad. En ese margen de discrecionalidad nada despreciable es donde surgen los criterios que rubricarán el derrotero evolutivo de una comunidad, vinculada al fallo. En definitiva, la importancia de los derechos fundamentales se vislumbra reflejada en la teoría de la argumentación jurídica (ALEXI, 2010).

La simple interpretación se plantea así, como una tarea poco compleja y mecánica de subsunción, en cambio la argumentación supone elegir entre respuestas posibles la más justificativa para el caso en concreto, elección por el cual se dirime la disputa con la obligación de fundamentar argumentativamente las razones de su aplicabilidad, dando consistencia al fallo y tranquilidad al ciudadano que solicita la tutela.

Obra una obligación del Estado brindar las herramientas indispensables con el fin de llegar a la argumentación jurídica de la sentencia judicial, pues en estos días la construcción del derecho se concreta de manera argumentativa. Tanto el poder público como el de los particulares, deben bregar por la aplicación, interpretación, motivación y argumentación del texto legal que no solamente se concentra en la Constitución y sus leyes inferiores, sino se traslada a la Convención, como norma internacional objeto de aplicación en el derecho positivo.

Vislumbra cumplir con la función propia del órgano jurisdiccional, ya no es suficiente seguir dictando sentencias en función de obedecer

el silogismo lógico formal de aplicabilidad del derecho al caso concreto, requiere un paso más avanzando en una concepción ideológica de mayor connotación y envergadura que engarza un cambio de la cultura jurídica, trasmutando desde una “Justicia de Reglas” hacia la “Justicia de Principios” al amparo de la argumentación jurídica.

Una de las pautas impuestas desde lo transnacional es el deber judicial de fundamentar la sentencia, con el objetivo de evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad. Las sentencias compendiarán una descripción colegida de los hechos y del derecho discutido en la casuística, porque es necesario contar con una racionalidad aplicada a los sucesos, constituyendo un requisito natural para que los litigantes conozcan puntillosamente los motivos que han provocado la persuasión y certeza de la decisión (VILLALBA BERNIÉ, 2021).

## **8 EL ENSANCHAMIENTO DE FRONTERAS**

Tanto los derechos Humanos como los derechos fundamentales son mecanismos de protección del régimen jurídico, emergiendo una coincidencia de finalidad entre los dos sistemas, aceptándose que el ámbito constitucional reconoce la existencia del orden internacional y la identificación de los derechos que protege, algo así como la constitucionalización de los derechos internacionales; y en un sentido inverso, se reconoce la contribución de los ordenamientos transnacionales a la aplicabilidad del derecho interno, aunque con los valores reconocidos en los instrumentos internacionales, sería como la internacionalización de los derechos constitucionales.

En una retrospectiva hacia el interior del marco constitucional, con el objeto de ligarlo a lo procesal se arriba a la consagración de las tutelas constitucionales, que están representadas por las vías específicas para efectivizar el control con instrumentos procesales para una protección eficiente.

Es pertinente aclarar, que no se dan procesos constitucionales propiamente dichos, sino funciones desplegadas de acuerdo a la jurisdicción ejercida, dando herramientas para provocar la actuación constitucional (GOZAINI, 2006). Son estas vías los mecanismos que aseguran la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, que a la postre dan salvaguarda a los derechos humanos, como derechos esenciales del hombre.

A consecuencia de la consolidación de la constitucionalización, en especial del constitucionalismo social, se abren nuevas dimensiones a la litis, la que fuera ortodoxamente bilateral y singular en la legitimación activa y pasiva, fenomenología que cambia por otra que propone la defensa de los intereses colectivos y de grupos, pasándose a tolerar una legitimación amplia, tanto activa como pasiva, en rigor que no pasan de una mera consagración constitucional al no estar convenientemente reglamentados, por tanto de difícil viabilización.

Todo el sistema jurídico orientado en salvaguardar los derechos de las personas como tal, es la razón de ser y fin último del derecho, este no tendría razón de existencia sin la persona humana. Ni el Ejecutivo, ni el Parlamento, ni el Poder Judicial pueden dejar de lado estos axiomas primordiales.

Se sostiene que los derechos fundamentales también surgen comprometidos con la defensa de la democracia, su razón de ser es la defensa del sistema político republicano democrático, que abarca incluso al juicio político, en la forma que se viabilice reglamentado en los distintos países. La judicialización de la política obliga a determinaciones jurídicas que vinculan a las relaciones de poder, estos cimientos del Estado democrático deben ser custodiados con la aplicación del debido proceso y de un procedimiento justo (*due process of law*), como también diligenciamiento del plazo razonable y de un término indispensable para ejercer el derecho de defensa.

Debido a la funcionalidad que fuera manifestada y expuesta, adecuadas a las necesidades de vinculación con los derechos humanos, creemos que las fronteras de tutela deben ampliarse.

En resumen, a futuro se plantean fronteras móviles, que permitan la incorporación de mecanismos de litigación que tengan como puntal la consolidación del Estado Social de Derecho, pues en definitiva representa al fenómeno de mayor relevancia doctrinaria de los últimos tiempos, englobando a la renovación del concepto de acceso a la justicia, modificación del criterio tradicional de litis consorcio, para llegar a las acciones de clases, incluso abarcar el derecho ambiental, los derechos difusos y marcos derivados, como así también al *impeachment*.

## 9 LA PONDERACIÓN EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL

La Constitución se rubrica por los principios y la ley por las reglas, trayendo como consecuencia que se ha abandonado la simple subsunción del hecho a la norma propia del modelo dialéctico deductivo. Cuando se referencia a la Constitución, es necesario ponderar, aplicar la tesis alexiana de la ponderación (ALEXI, 1993), que consiente escoger un principio en lugar de otro.

Recordando que de las visiones *ius positivistas* (Kelsen o Hart) reivindicaban un modelo de derecho formulado a través de reglas o normas, que se resumen en aplicar a un caso fáctico en particular la correspondiente consecuencia prevista en la ley. Este razonamiento lógico es incompleto e inconsistente cuando se analiza la interpretación constitucional, desde que el derecho hoy día se ha principalizado (VIGO, 2012), a través de la operatividad de los principios, generando que estos no coincidan con la visión *ius positivista*. Confirmando, que el *ius positivismo* y los principios resultan incompatibles.

Emerge la transcendencia adquirida por la ponderación, debido a que en la actualidad en las tutelas fundamentales los problemas jurídicos se resuelven a través de la ponderación de principios y valores, que no es otra cosa que poner en la balanza a estos, pesándolos para su aplicabilidad, que indudablemente deberá ser la mejor o correcta respuesta posible al caso en cuestión.

Confluye que en una actividad de ponderación entre principios constitucionales, no es otra cosa que sopesar interpretativamente al sistema de fuentes. Rómboli (2014), brinda un excelente ejemplo de la ponderación de principios constitucionales, al refrendar que la libertad de pensamiento no puede ser realizado en contra de las buenas costumbres y la moralidad, la cual por tanto prevalece; o cuando el legislador debe decidir acerca del aborto, tendrá que ponderar entre el principio a la vida de los no nacidos y la salud de la mujer a la libre autodeterminación de la procreación.

Ciertamente que la ponderación plantea inconvenientes, en especial para aquellos acostumbrados resolver conforme a reglas, como se ha caracterizado la ciencia jurídica latinoamericana. Así suele referenciarse que las reglas son objeto de subsunción, donde comprobado el fac-

tor fáctico, la solución normativa yace allí para ser aplicada; en cambio, cuando el objetivo es la aplicabilidad de los principios, la solución está construida a partir de la ponderación, que implica dar razones suficientes de aplicabilidad entre las soluciones en pugna. Cuando existe un problema de principios es necesario ponderar (PRIETO SANCHÍS, 2003).

No cabe dudas que la ponderación es un tema netamente judicial, que podría incidir en el ámbito democrático, referenciando a un carácter eminentemente valorativo y de gran discrecionalidad para quien lo ejecuta, en este caso el Poder Judicial. En especial porque al optar por este proceso valorativo se escoge adherir a uno u otro principio en la casuística en particular, en consecuencia, esa dosis de discrecionalidad debe ir acompañada de un compromiso de brindar las argumentaciones de rigor, teniendo en cuenta la gran dosis de particularismo que representa.

La tendencia será evitar se desemboque en el judicialismo, porque representaría a un poder contramayoritario que pudiese alimentar el ejercicio de un poder elitista y no democrático. Es por ello que se procederá con sumo cuidado, evitando que por medio de la ponderación se abra las puertas de la intuición, el palpito y la corazonada (PREITO SANCHÍS, 2003). De todas maneras, la cuestión parecería inevitable, como de la propia esencia de la magistratura, reclamando una depurada forma de control y de argumentación, para que dicho poder se ejerza conforme a cánones de razonabilidad y justicia. El mejor antídoto para estas derivaciones, sería un juez probo, idóneo e incorruptible, a la postre un buen juez comprometido con la justicia.

## **10 CONCLUSION**

En este prelude el eje conector pasa por desenmarañar la gran confusión teórica jurídica en que incurre la ciencia jurídica latinoamericana, con irradiación de efectos sobre las tutelas fundamentales, que tendrá que ser clarificada con el objetivo de avanzar.

Una visión de sometimiento al yugo positivista radical, que no condice con la visión de los Derechos Humanos, que precisa superarse para generar un avance cualitativo, de lo contrario se proseguirá con posicionamientos asistémicos de difícil comprensión.

En una vereda, la ciencia procesal constitucional donde gran parte de la doctrina al parecer surge anclada en el positivismo; en cambio, los nuevos arbotantes de Derechos Humanos y convencionalidad atrincheros en teorías cuanto menos no positivistas. Una auténtica crisis *ius* filosófica, una verdadera contradicción que precisa ser analizada a profundidad.

Corresponde clarificar los posicionamientos teóricos, de otra manera los inconvenientes plantearán la encrucijada de disímiles visiones, por la sencilla circunstancia de provenir de senderos filosóficos diferentes. Desde siempre se ha sostenido, que la tutela de los derechos fundamentales deben pasar por un filtro teórico, lo contrario avalaría a institutos contrapuestos con la solución requerida o, cuanto menos, con soluciones no viables. La realidad esboza una mezcla de criterios e institutos, que en gran medida tienen otro recuento jurídico a los requeridos para el constitucionalismo contemporáneo, que sin vueltas se encuentra atrincherado en visiones de teorías no positivistas que asientan un avance cualitativo de la tutela.

En este tiempo el norte de la ciencia jurídica es la protección de la persona humana, partiendo de esta premisa básica el objetivo del ámbito constitucional son más abarcativos y no presos de las limitantes propias de los contornos antiguos y de visiones tradicionales, donde el legalismo imperante apremia haciendo que el proceso constitucional no pueda apartarse de la literalidad de la norma, condenando a que el *ius-positivismo* reine. Los postulados del presente indican la viabilización de una tutela de derechos fundamentales basada en principios, elevando la protección hacia la persona humana en su máxima expresión.

## REFERENCIAS

ALEXI Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXI, Robert. Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica. *In: Seminario Internacional de Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica*. Lima: Universidad San Marco, 2010.

DWORKIN, Ronald. **La filosofía del derecho**. México: F.C.E, 1980.



GOZAINI, Osvaldo Alfredo. **Introducción al Derecho Procesal Constitucional**, Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.

KAUFMANN, A. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 1992.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. *In*: MANERO, Ruiz J. (Dir.). **Escritos sobre democracia y el socialismo**. Madrid: Debate, 1988.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latino-americana**. Bogotá: Legis, 2004.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre las Sentencias en los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución**, México, Porrúa, n. 2, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

RÓMBOLI, Roberto. La función interpretativa del juez constitucional y del juez ordinario. *In*: BARRIOS, Luris; BARRIOS, Boris (Dir.). **El constitucionalismo de los derechos**. Panamá: Barrios y Barrios, 2014.

VIGO, Rodolfo Luís. **Constitucionalización y judicialización del derecho**. Bogotá: Ibañez, 2012.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, **Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales**. Assunción: La Ley Paraguaya, 2021.

# BIFURCACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CONVENCIONALES<sup>1</sup>

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO<sup>2</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

Para comprender el impacto de los derechos humanos de fuente convencional en el derecho nacional, como cualquier otra rama jurídica, hay que abordar el estudio tanto desde su aspecto sustantivo como del procesal. En lo que se refiere el derecho sustantivo convencional de los derechos humanos, el efecto es inmediato y directo para los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), cuyo instrumento de aplicación para las autoridades locales es el control difuso de convencionalidad, regido por los principios efecto útil y el *pro homine*, a diferencia del derecho procesal convencional de los derechos humanos, donde impera el principio de complementariedad o subsidiario, la cual constituye una garantía adicional a la otorgada por los órganos jurisdiccionales de los países, ya que éstos son los primeros que deben tutelar de forma eficaz los derechos humanos y si no es así, se cuenta con instancias internacionales de carácter convencional que supervisan, en el caso de Latinoamérica, a través de 2 instituciones: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la

- 1 Artículo resultado del Proyecto de investigación “Derecho procesal convencional de los derechos humanos” del CECOCISE-Universidad Autónoma de Chiapas.
- 2 Abogado, Doctor en Derecho Público, profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la *Revista Primera Instancia* y presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente en Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la primera por medio de diversos procedimientos y de manera especial, por el sistema de peticiones y casos de carácter cuasijurisdiccional y la segunda, con facultades jurisdiccionales por medio del amparo interamericano, respectivamente. Para ello es fundamental empezar por lo que es el derecho convencional y la bifurcación de esta disciplina jurídica. La investigación es mixta, porque reúne las características teóricas y empíricas, basadas en el método del caso, mediante el análisis de las razones en los fallos nacionales como interamericanos, la jurisprudencia y la bibliografía actualizada que representa la frontera del conocimiento.

## **2 DERECHO CONVENCIONAL**

En una breve y apretada visión sobre el derecho convencional, esencialmente por el contenido de este capítulo, es factible definir a éste como el sistema de directrices, reglas y principios instituidos mediante pactos o tratados internacionales, en los que se establecen normas e instituciones comunes entre diversos Estados, que crean, transmiten y modifican derechos recíprocos o parámetros de regularidad convencional que ingresan al derecho nacional de los contratantes.

Para Romero-Pérez (2015), el derecho convencional puede entenderse como el conjunto de normas codificadas, creadas por los Estados, como consecuencia de la existencia de un consenso, consentimiento y voluntarismo de los Estados, que materializa la soberanía de estos.

La expresión “derecho convencional” cobija, en principio, las distintas clases de acuerdos, convenios y tratados que pueden celebrar los sujetos de derecho internacional (ROMERO-PÉREZ, 2015).

Este campo de estudio es difícil de delimitar debido a la gran evolución que ha tenido, dinamismo y rapidez con el que se está desarrollando, especialmente porque el hombre ahora también es sujeto de derecho internacional.<sup>3</sup>

---

3 Hay diversas etapas del desarrollo del derecho internacional público, una de éstas se refiere a los Estados y las incipientes organizaciones internacionales, como sujetos de este derecho, se puede decir el derecho clásico, sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial hay una mutación, integrándose a este campo al ser humano.

### 3 TRATADOS INTERNACIONALES

*Debido a la importancia que adquirió el derecho convencional en 1949, la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU decidió codificar la materia de tratados. Este proyecto, concluido como tal el 1966, adoptado como un tratado en la Conferencia de Viena del 23 de mayo de 1969 con el nombre de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ORTIZ AHLF, 2000).*

La Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados (CVDT) es la fuente principal y general del derecho convencional, misma que dispone:

*Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (Parte 1, a. 2, a).*

Como cualquier acto jurídico el tratado tiene como elementos de existencia: el consentimiento y el objeto, en cuanto a los elementos de validez, la forma dispone que el consentimiento deberá manifestarse por escrito.

Independientemente de los tratados, existen otras formas de realizar pactos internacionales: acuerdos, convenios, cartas, protocolos, declaraciones, memorandos de entendimiento, *modus vivendi* y canje de notas.

También la gran parte de la costumbre internacional poco a poco se ha ido transformando en derecho convencional, aunque se puede afirmar por los elementos de la costumbre entre ellos la aceptación tácita de los Estados, que está también puede considerarse cuasiconvencional.

#### a) *ius cogens*

¿Cuál es el límite, si lo hay para los Estados cuándo suscriben tratados y si lo rebasa cuáles son las consecuencias?

Como todo acuerdo, los Estados tienen restringido suscribir tratados que incluyan normas contrarias a valores fundamentales, y en caso de hacerlo éstas serán consideradas nulas.

En forma analógica es factible mencionar:

*El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres. (a. 1831 Código Civil de la Ciudad de México).*

De esta forma existen pautas de orden público internacional que no depende de la voluntad de los Estados contratantes, por ser irrenunciables, imprescriptibles, prohibitivas e imperativas, por lo cual no pueden ser excluidas ni alteradas.

A esta categoría de normas imperativas de derecho internacional se les conoce como “*jus cogens*”.

En consecuencia, es nulo todo tratado que, en el momento de la celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general... una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (Parte V, 2ª sección, a. 53 CVDT)

Este parámetro no es estático, ya que la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará. (Parte V, 3ª sección, a. 64 CVDT)

La Corte IDH en varias jurisprudencias cita la gran cantidad de disposiciones internacionales en relación con el *jus cogens*:

*El principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico (CORTE IDH, 2010).*

## b) Consentimiento

¿Cómo los Estados deben manifestar la voluntad de suscribir tratados?

Se prevén diversas formas de exteriorizar el consentimiento:

“Ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace cons-

tar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado (Parte I, a. 2, b), CVDT).

*Las Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido (Parte II, a. 11 CVDT).*

El carácter convencional se basa en el consentimiento de los Estados, ya que son ellos quienes pueden modificar su contenido o excluir su aplicación (MANDUJANO RUBIO, 2019).

Por ejemplo, Trinidad y Tobago dejó de ser Estado parte al denunciar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) el 26 de mayo de 1998, y Venezuela el 10 de septiembre de 2012 y al año siguiente surtió efectos el retiro.

Esquema 1.



Creadores del derecho convencional. Elaboración propia.

### c) Objeto

El objeto o materia del derecho convencional lo constituyen las prestaciones pactadas por las partes.

Los tratados internacionales, al igual que todo acto jurídico crean, transfieren, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre los contratantes, a ello se le conoce como objeto directo.

El tratado o convenio al ser un acto jurídico da origen a una serie de prestaciones recíprocas, así el objeto indirecto está conformado por las conductas por realizar: dar, hacer, o no hacer, y consiste en la cosa o en el hecho materia del convenio.

El objeto de la obligación convencional de los derechos humanos es la protección de éstos bajo determinados parámetros mínimos, que constituyen una serie de conductas que deben observar los Estados parte del SIDH dentro de su jurisdicción, y el derecho a todo ser humano, en lo individual o colectivo, de poder exigir al Estado contratante el cumplimiento de los derechos humanos sustantivos convencionales.

Las obligaciones convencionales pueden ser de carácter positivo o negativo, en el primer caso recibe el nombre de prestación, en el segundo de abstención (MARCEL PLANIOL, 2001).

El objeto debe ser determinado; posible; lícito y exigible al Estado.

Es importante destacar que los Estados parte de un tratado o convenio no deben realizar actos u omisiones que tengan como consecuencia impedir se cumpla con el objeto y fin del acuerdo internacional, desde antes que entre en vigor el tratado.

*a) si ha firmado el tratado o a canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado.*

*b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor de este y siempre que esta no se retarde indebidamente (Parte II, 1ª sección, a. 18 CVDT).*

Los tratados internacionales tradicionales constituyen obligaciones mutuas entre los contratantes tipo Westfalia.<sup>4</sup> Los tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos generalmente crean normas jurídicas bilaterales y recíprocas, en las que un derecho corresponde de manera correlativa a una obligación de la otra parte (Estado).

---

4 La serie de tratados internacionales de la Paz de Westfalia (Osnabrück y Münster) pusieron fin a la guerra de 30 años, en los que se destaca que la soberanía es un poder absoluto y perpetuo en manos del Estado y debe ser respetada.

En este aspecto el objetivo es regular las relaciones entre Estados, su fundamento es la voluntad de éstos, su alcance se extiende sólo a ellos (ELEFTherIADIS, 2009), en esta perspectiva para que el derecho internacional pueda aplicarse a los individuos es necesario legislar disposiciones específicas nacionales.

### Esquema 2.

Tratado Internacional tradicionales



Tratados internacionales tradicionales. Elaboración propia.

Mientras que los tratados internacionales de derechos humanos (TIDH) prevén obligaciones no entre los Estados contratantes, sino en beneficio de los habitantes de los países que son parte del tratado, así los Estados asumen el reconocimiento de los derechos y libertades que pasan a formar parte del derecho nacional, pero además se obligan a adoptar el derecho interno al derecho convencional.

Las normas convencionales de los TIDH son creadas por especialistas elegidos por los Estados, una vez diseñados los parámetros de protección los resultados están sujetos a la condición suspensiva de la aceptación libre y soberana de los Estados, de ser así se transformarán en fuente del derecho nacional, al elevarlas al estatus de tratado.

Prácticamente los gobernantes legitimados pactan estipulaciones a favor de terceros (población), ya que éstos últimos no participan directamente en el acuerdo, aunque se pudiera decir que sí, en un régimen democrático.

A diferencia de los tratados internacionales tradicionales, los de derechos humanos crean vínculos al interior del Estado entre los agentes y la población en general de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.



La Corte IDH en la opinión consultiva al referirse a los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención ADH, señaló que no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>5</sup>

Al respecto El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dispuso que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (TEDH, 1961).

### Esquema 3.

## Tratado Internacional de derechos humanos



Tratados internacionales de derechos humanos. Elaboración propia

Entre las diversas consecuencias de suscribir TIDH hay dos que son fundamentales:

Primera, adicionar los derechos y libertades previstos en los TIDH de derechos humanos, así el artículo 1º de la Convención ADH, dispone:

*Los Estados parte la Convención ADH se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación*

<sup>5</sup> OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención ADH (arts. 74 y 75), párrafo 29.

*alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Segundo efecto, el deber de los Estados de adoptar, hacer suyo el TIDH, implica adecuar el sistema normativo nacional conforme al derecho convencional, así se ordena en el artículo 2º de la Convención ADH:

*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención ADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

Lo anterior no es exclusivo de la Convención ADH, en la mayoría de los TIDH, se encuentra como objeto indirecto, la obligación general de hacer, la cual consiste en adoptar en el derecho nacional el derecho convencional.

El artículo 1º, punto 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

*Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.*

El artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordena:

*Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

El artículo 9º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala:

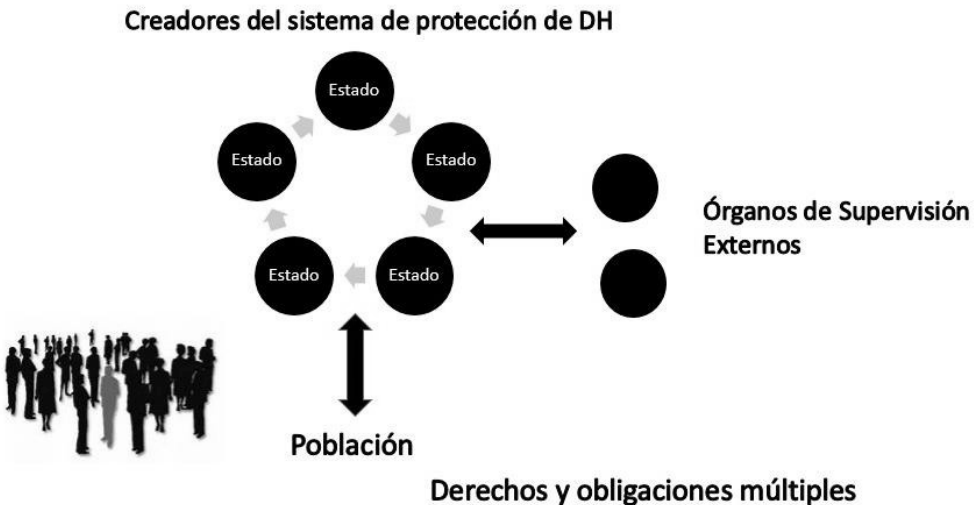
*Los Estados parte se comprometen a presentar al secretario general de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medi-*

das legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención: a) dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate; y b) en lo sucesivo, cada dos años y cuando el Comité lo solicite. El Comité puede solicitar más información a los Estados parte.

Entre las diversas acepciones de la palabra de adoptar, se hallan: admitir alguna opinión o doctrina considerándola propia, así cuando se suscribe el compromiso convencional, en congruencia, los Estados parte de los sistemas, universal y regional, deben hacer suyo el derecho convencional, así lo ha determinado la Corte IDH:

*El Estado deberá adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, financieras, de recursos humanos y de cualquier otra índole necesarias para adecuar el derecho nacional a los estándares convencionales, no sólo considerando como fuentes del derecho convencional previsto en los tratados internacionales, sino también la interpretación que a éstos realizan los órganos convencionales, especialmente la Corte IDH.*

Esquema 4.



Creadores del sistema convencional y órganos de supervisión externos a los países. Elaboración propia.

#### d) Principio de eficacia directa

El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los TIDH implica que éstos tienen aplicación inmediata, sin que la falta o defectuosa regulación de los derechos contenida en normas secundarias o reglamentarias deba servir de excusa para la plena vigencia de estos (AGUIRRE ARANGO, 2017).

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (siglas en inglés: CESCR) de la ONU precisó en la Observación General 9, que los DESC al igual que los derechos civiles y políticos, son de aplicación inmediata y que corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados parte y no a los poderes ejecutivo o legislativo, en cada caso, fijar el alcance de éstos, es decir, el tienen el deber jurisdiccional de tutelar los DESC.

*El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo. Para poder desempeñar efectivamente esta función hay que informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del Pacto y de la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación. Por ejemplo, cuando las actuaciones judiciales afectan a gobiernos, éstos deben fomentar las interpretaciones de las leyes nacionales que den efecto a sus obligaciones derivadas del Pacto. Del mismo modo, en la formación judicial se debe tener en cuenta la justiciabilidad del Pacto. Es especialmente importante evitar cualquier suposición a priori de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata (CESCR, 1998).*

#### e) Impacto del derecho convencional frente al nacional

¿Cuál es el impacto en el derecho interno de los Estados al suscribir tratados?

Un principio elemental del derecho previsto en toda disposición sustantiva, que forma parte también del derecho convencional es: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (a. 1797 código de la ciudad de México).

Existen dos disposiciones generales o principios de los tratados internacionales:

*“Pacta sunt servanda”.* Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (Parte III, a. 26 CVDT).

*El derecho interno y la observancia de los tratados.* Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...” (Parte III, a. 27 CVDT).

Por ello de forma genérica los tratados internacionales cuentan con preeminencia o supremacía formal respecto del derecho nacional.

Así lo ha determinado la Corte IDH en varias jurisprudencias:

*De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención ADH estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte IDH es conforme a la letra y al espíritu de la Convención ADH, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de pacta sunt servanda, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados parte (CORTE IDH, 2003<sup>a</sup>).*

*Respecto a los alegados impedimentos para investigar los hechos impuestos por el derecho interno, la Corte IDH ha recordado el principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, que los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado la Corte IDH y lo dispone el artículo 27 de la CVDT de 1969, aquellos no pueden por razones de orden interno dejar de cumplirlas. Por lo que, el Estado no puede excusar su incumplimiento de la obligación de investigar los hechos descritos en la ausencia de una tipificación al momento de los hechos (CORTE IDH, 2013).*

Las decisiones de la Corte IDH constriñen a los Estados a cumplirlas y no deben, por razones del orden interno, dejar de hacerlo, lo contrario da origen a la responsabilidad internacional.

En lo que atañe a la ejecución de las sentencias en el ámbito del derecho interno que se refieren a las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, los Estados responsables no pueden modificarlas o incumplirlas invocando para ello disposiciones de su ordenamiento jurídico interno (CORTE IDH, 2003b).

#### f) Teorías: dualista y monista

Estas teorías pueden servir para describir el fenómeno jurídico de suscribir tratados internacionales, partiendo de que el derecho interno regula relaciones entre individuos e instituciones y éstos con el Estado en el ámbito nacional, en contra partida el derecho internacional, en la versión clásica reglamenta las relaciones entre los Estados.

La teoría que implica la escisión entre los ordenamientos de carácter nacional y los de ámbito internacional se conoce como dualista, por el contrario, la unidad de estas disposiciones monista (LAVOPA, 1996).

Así para la teoría dualista hay dos órdenes jurídicos independientes entre sí y para la teoría monista las normas internacionales y las de derecho interno son un sistema único.

La CVTD<sup>6</sup> distingue una jerarquía formal *a priori* del derecho internacional sobre el nacional, puede concluirse que de forma general prevalece la teoría dualista, sin embargo, en los TIDH la graduación entre dichas disposiciones no está determinada en abstracto y de forma general, sino que está subordinada al principio *pro persona*.

El principio *pro persona* implica que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad, que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto

---

6 El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado... artículo 27 CVTD.

que puedan producir la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza (CORTE IDH, 2018).

Es factible por las consecuencias jurídicas de los TIDH, específicamente la Convención ADH, dividir al conjunto de normas, principios y directrices contenidas en ésta, en las de carácter sustantivo y procesal, la primera debe ser considerada dentro de lo previsto en la teoría monista, al constituir el bloque de constitucionalidad; las segunda, de acuerdo con lo previsto en la teoría dualista, al ser dos órdenes o niveles de protección de los derechos humanos independientes.

#### g) Autonomía de la acción

La bifurcación del derecho convencional parte de la teoría general del proceso, la cual dispone que la acción es un derecho abstracto, que se tiene para provocar la función jurisdiccional, sea la pretensión que se reclama fundada o no, de hecho esto último es materia del proceso, que se determina en la sentencia, sin embargo la acción implica el ser escuchado ante un tribunal competente e imparcial, que determinará si lo reclamado es justificado o no, mediante la decisión de la controversia, así el derecho a la acción es un derecho independiente al derecho que se reclama, cuya naturaleza es de carácter sustantivo (GÓMES LARA, 1998).

En el caso del SIDH quien ejercita la acción, en representación de las víctimas, inicialmente es la Comisión IDH, ante la Corte IDH, desde la recepción de la demanda, y una vez sustanciado el procedimiento, hasta determinar por sentencia inimpugnable, si hubo violación o no a los derechos humanos, en ambos supuestos la acción sí habrá ejercido plenamente, pero ahí no termina la labor de la Corte IDH, ya que se encarga de supervisar el cumplimiento de sus fallos.

Los Estados pueden instar directamente ante la Corte IDH.

#### h) México

En México se ha reconocido que las obligaciones convencionales se deben cumplir de buena fe y la jerarquía formal de los tratados internacionales, además del deber de acatar los fallos de la Corte IDH:

*Pacta sunt servanda. Conforme a dicho principio, los órganos jurisdiccionales nacionales deben emitir sus fallos en concordancia con las cláusulas que componen los tratados suscritos por el Estado mexicano. El respeto a los tratados es condición de existencia y estabilidad del orden internacional y, en gran medida, el orden ad intra de los Estados se apoya en la obediencia a los mencionados instrumentos. Asimismo, la tradición jurídica de nuestro país es considerar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones, como efecto esencial del principio pacta sunt servanda, que significa reciprocidad en el cumplimiento de los pactos. Por tanto, conforme a dicho principio, los órganos jurisdiccionales nacionales deben emitir sus fallos en concordancia con las cláusulas que componen los tratados suscritos por el Estado Mexicano (CORTE IDH, 2012).<sup>7</sup>*

*Sentencias de la Corte IDH. Todas las autoridades del Estado mexicano, incluyendo el Poder Judicial de la Federación, deben acatar lo ordenado en aquéllas... la obligación de cumplir una orden que le incumba por estar contenida en una sentencia de un tribunal internacional, como sería el caso de juzgar a los perpetradores de violaciones de derechos humanos declaradas por el organismo internacional. Así, conforme a las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por México, todos sus poderes deben cumplir con lo ordenado en las sentencias emitidas contra el Estado Mexicano. Esto tiene su fundamento en el artículo 26 de la CVDT, que establece el principio pacta sunt servanda, y que prescribe que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe y, para el caso específico del SIDH, en el artículo 68.1 de la Convención ADH que establece que los Estados parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH, en todo caso en que sean partes.<sup>8</sup>*

En México el procedimiento general de suscribir cualquier tipo de tratado internacional es mediante la colaboración entre el poder ejecutivo<sup>9</sup>

---

7 Tesis: III.4o. (III Región) 3 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4499.

8 Tesis: 1a. CXLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 823.

9 “Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes: Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado...” Artículo 89, fracción X de la Constitución.



y el senado de la república,<sup>10</sup> una vez aprobado las disposiciones convencionales pasan a integrar parte del derecho positivo, desde la aceptación dejan de ser normas supranacionales<sup>11</sup> y extranjeras a ser convenciones de aplicación directa.

#### 4 DERECHO SUSTANTIVO CONVENCIONAL

El derecho convencional sustantivo de los derechos humanos es de aplicación directa, cuyos efectos son depurar el derecho nacional que sea contrario a los parámetros de protección desarrollados por el SIDH, como lo ordena el artículo 2º de la Convención ADH que establece el deber de adoptar, es decir, hacer propia las disposiciones convencionales.

El derecho convencional sustantivo de los derechos humanos es profiláctico, porque en consideración al efecto útil, se impide jurídicamente que ninguna norma nacional merme el derecho convencional salvo que las disposiciones del país sean más benéficas en los términos del principio *pro homine*.

En su conjunto el derecho convencional sustantivo de los derechos humanos y los derechos constitucionales que verse sobre derechos fundamentales, conforman el bloque de constitucionalidad o bloque de convencionalidad.

En el ámbito regional americano la interrelación entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos fundamentales o humanos adquiere una dimensión especial y más estrecha, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos, los cuales se alimentan de la fuente interna constitucional y de las fuentes del derecho internacional, incorporándose esta últimas generalmente como parte del bloque constitucional de derechos (ALCALÁ, 2012).

---

10 Son facultades exclusivas del Senado: "...aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos..." Artículo 76, fracción I, segundo párrafo de la Constitución.

11 Las normas supranacionales son aquellas que deben aceptarse por los Estado sin considerar la voluntad sobrenada de éstos, como sucede con el *ius cogens*, cuyas disposiciones son imperativas.

En este punto es fundamental señalar, que la Corte IDH ha determinado la trascendencia de los derechos humanos, como atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (CORTE IDH, 2021), la obligación, en consecuencia, es ampliar los parámetros de protección y no restringirlos.

La Corte IDH ha señalado que dicho dispositivo impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana, e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte IDH ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención ADH, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho (CORTE IDH, 2006).

## 5 DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL

El derecho procesal tiene como finalidad resolver controversias jurídicas mediante la aplicación o construcción del derecho a un caso concreto, requiere del diseño de procedimientos adecuados, de tribunales, operadores jurídicos y mecanismos para hacer efectivas sus decisiones.

*El mundo de derecho procesal en todos sus niveles y campos, por esencia, naturaleza y definición, es la solución de los litigios, de los ruidos, como se decía en el castellano técnico antiguo (SAÍD; GONZÁLES GU-TIÉRREZ, 2006).*

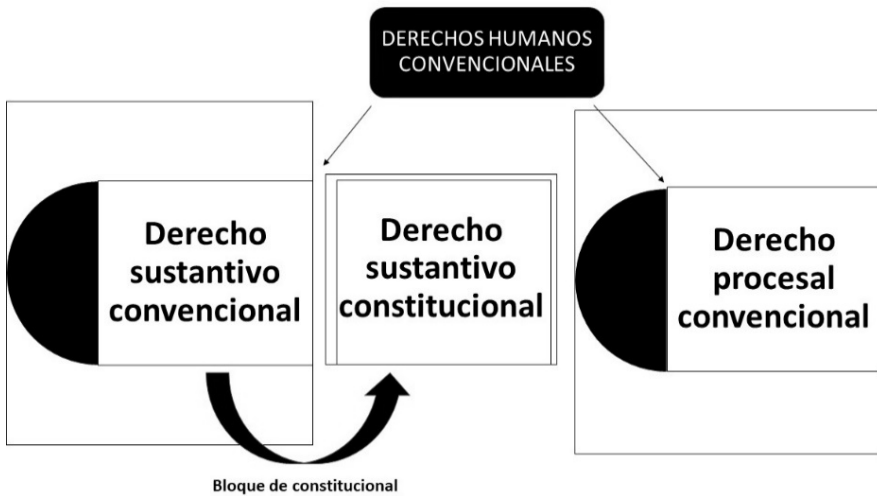
Litigio es el “Sustantivo que proviene de las voces latinas *lis*, *litis*, y más concretamente equivale a *ligitum* y a *lite* en italiano que significa disputa o alteración en juicio. En el lenguaje clásico forense *orare litem* era exponer un asunto en controversia” (MEDINA LIMA, 1992).

Litigio es una controversia, es la rivalidad entre dos posturas, de acuerdo con Carnelutti, litigio es el “...*conflicto de intereses calificados por la pretensión de los interesados y por la resistencia de otro*” (GÓMEZ LARA, 1998).

En una primera reflexión es factible dividir el derecho procesal convencional, en universal y regional, y a su vez éste en comunitario, de integración y de los derechos humanos.

A la fecha se han constituido tres sistemas jurisdiccionales regionales de protección de derechos humanos, en orden de creación: el europeo en 1950 (Pacto de Roma), con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo, Francia; el Interamericano o latinoamericano de Derechos Humanos en 1969 (Pacto de San José) integrado por la Comisión IDH, con sede en Washington, DC y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica y el Sistema Africano en 1981 (Carta de Banjul), conformado por la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, normalmente con sede en Banjul y la Corte Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, con sede en Arusha, en Tanzania.

Esquema 5.



Derechos humanos convencionales. Elaboración propia.

## 6 CONCLUSIONES

El impacto de los derechos humanos de fuente convencional en el derecho nacional, como cualquier otra rama jurídica, hay que abordar el estudio tanto desde su aspecto sustantivo como del procesal. En lo que se refiere el derecho sustantivo convencional de los derechos humanos, el efecto es inmediato y directo para los Estados parte del Sistema Interame-

ricano de Derechos Humanos (SIDH), cuyo instrumento de aplicación para las autoridades locales es el control difuso de convencionalidad, regido por los principios efecto útil y el *pro homine*, a diferencia del derecho procesal convencional de los derechos humanos, donde impera el principio de complementariedad o subsidiario, la cual constituye una garantía adicional a la otorgada por los órganos jurisdiccionales de los países, ya que éstos son los primeros que deben tutelar de forma eficaz los derechos humanos y si no es así, se cuenta con instancias internacionales de carácter convencional que supervisan, en el caso de Latinoamérica, a través de 2 instituciones: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la primera por medio de diversos procedimientos y de manera especial, por el sistema de peticiones y casos de carácter cuasijurisdiccional y la segunda, con facultades jurisdiccionales por medio del amparo interamericano, respectivamente. Para ello es fundamental empezar por lo que es el derecho convencional y la bifurcación de esta disciplina jurídica.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE ARANGO, José Pedro. **La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/ym7kwpvt>. Acesso em: 13 nov. 2022.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. **Revista Chilena de Derecho**, p. 149-187, 2012.

CESCR-GC-9. **La aplicación interna del Pacto**. 3 de diciembre de 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/5cxsd67p>. Acesso em: 13 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH). **Acerca de la historia de la Corte IDH**. Disponível em: <https://tinyurl.com/muk7kv6j>. Acesso em: 13 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH). **Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá**. Sentencia de 28 de noviembre de 2003b.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH). **Caso Bulacio vs. Argentina**. Sentencia de 18 de septiembre de 2003a.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH). **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH). **Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala**. Sentencia de 23 de agosto de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH). **Caso J. vs. Perú**. Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH). **Caso Vera Rojas y otros vs. Chile**. Sentencia de 1 de octubre de 2021.

ELEFTHERIADIS, Pavlos. Pluralism and integrity. **Legal Research Series**, Oxford, University of Oxford, Paper N° 43, p. 7, 2009.

GÓMEZ LARA, Cipriano. **Teoría general del proceso**. México: Harla, 1998.

LAVOPA, Jorge Horacio. La dimensión jurídica de la integración. **Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales**. 1996. Disponible em: <http://cari.org.ar/pdf/dimension.pdf>. Acceso em: 13 nov. 2022.

MANDUJANO RUBIO, Saúl. **Manual de derecho internacional público**. México: Tirant lo Blanch, 2019.

MARCEL PLANIOL, Georges Ripert. **Derecho civil**. México: Oxford, 2001.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. Derechos Humanos, contrapeso al ejercicio del poder. **Revista Estudios Constitucionales**, v. 20, n. 1, p. 175-206, 2022.

MEDINA LIMA, Ignacio. Voz litigio. **Diccionario jurídico mexicano**. México: IIJ-UNAM y Porrúa, 1992.

ORTIZ AHLF, Loretta. **Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, en Derecho internacional de los derechos humanos**. México: Fontamara, 2000.

ROMERO-PÉREZ, Xiomara Lorena. **Derecho convencional de los tratados**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

SAÍD, Alberto; GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Isidro M. **Teoría general del proceso**. México: Iure, 2006.

TEDH. “Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, European. **Yearbook of Human Rights**, v. 4, p. 140, 1961.



# LAS SENTENCIAS PILOTO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

HAIDEER MIRANDA BONILLA<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

La dimensión convencional europea a nivel judicial se caracteriza por la relación entre la jurisdicción nacional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – en adelante Tribunal EDH– a quien le corresponde determinar las posibles violaciones a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa.

En este sistema regional de protección existen temáticas de gran actualidad como la interpretación conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos por parte del juez nacional, la doctrina del margen de apreciación nacional, el procedimiento de supervisión en el cumplimiento de las sentencias, la posibilidad de las “altas jurisdicciones estatales” de solicitar opiniones consultivas al Tribunal EDH, el diálogo judicial con su homóloga la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

---

1 Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia aprobando su tesis Doctoral con mención de *sobresaliente cum laude*. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Especialista en Estudios Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos y Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. correo: haideer.miranda@ucr.ac.cr

\*\* Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

\*\*\* En el presente trabajo se utilizarán como sinónimos Corte y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



así como la tipología de las sentencias piloto cuando existen violaciones estructurales o sistemáticas.

En particular, el presente estudio analizará a modo introductorio, las sentencias piloto, las cuales son consideradas por la doctrina como un ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal EDH (QUERALT JIMÉNEZ, 2018). En particular, se estudiarán sus antecedentes históricos, fundamento normativo, características, el procedimiento que conlleva, así como dos importantes resoluciones emitidas, el caso *Broniowski vs. Polonia*, la cual fue el primer “arrêt pilote”, así como la sentencia *Torreggiani y otros vs. Italia*, relacionada con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

## **2 EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD**

El Sistema Europeo de Protección los Derechos Humanos, primer sistema regional de protección, fue creado con la promulgación Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales en 1950, en la cual se prevé la existencia de un órgano jurisdiccional, el Tribunal EDH para tutelar los derechos fundamentales contenidos en el respectivo parámetro convencional y determinar si existe responsabilidad internacional del Estado.

La protección jurisdiccional de los derechos humanos no es una competencia exclusiva de los ordenamientos nacionales a través de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, sino que puede ser llevada a cabo, a nivel convencional por el Tribunal EDH en la medida que la protección de los derechos no ha sido garantizada en el ordenamiento jurídico interno. En este sentido, la protección regional de los derechos fue concebida con un carácter subsidiario, complementario y coadyuvante respecto de la ofrecida por los Estados, con lo cual la regla del agotamiento de los recursos internos, es una expresión que tiene como significado general, la necesidad de que hayan sido presentados los recursos internos ordinarios antes de intentarse una reclamación ante una instancia convencional o internacional de protección<sup>2</sup>. No es bueno que la protección interna-

---

2 La regla del agotamiento de los recursos internos se encuentra prevista en el artículo 35 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos y las Liber-

cional actúe como sustituto de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia (PEREZ TREMP, 1992, p. 81).

La subsidiariedad es uno de los principios fundamentales que subyace todo el sistema de la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales y los demás sistemas regionales de protección. Puede adquirir diversas connotaciones, no obstante en el específico contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos significa que la tarea de velar por el respeto de los derechos consagrados en la Convención descansa ante todo, en las autoridades de los Estados Contratantes, más que ante la Corte. La Corte puede y debe intervenir sólo cuando las autoridades domésticas fracasan en esa tarea (SANTIAGO, 2013, P. 441). Ello evidencia que los primeros garantes de los derechos humanos siguen siendo los Estados quienes deben garantizar la existencia de recursos adecuados y efectivos a fin de que se respeten los derechos humanos reconocidos en la constitución y en el parámetro de convencionalidad.

El principio de subsidiariedad aún y cuando no se encuentra expresamente reconocido en la Convención Europea de Derechos de Derechos Humanos cuando fue promulgada en 1950 ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal EDH a partir del caso Lingüístico Belga, en 1968, y Handyside de 1976. Más adelante, ha sido objeto de atención en las conferencias intergubernamentales del sistema, como por ejemplo, en la Conferencia de Brighton en 2014 y últimamente, en el Protocolo número 15, en el que se propuso incluirlo expresamente en el Preámbulo de la Convención Europea (LÓPEZ GUERRA, 2019, p. 1).

Al respecto, en la Declaration de Brighton del 2012 en su artículo 3 se indicó: The States Parties and the Court share responsibility for realising the effective implementation of the Convention, underpinned by the fundamental principle of subsidiarity. The Convention was concluded on the basis, inter alia, of the sovereign equality of States. States Parties must respect the rights and freedoms guaranteed by the Convention, and must effectively resolve violations at the national level. The Court acts as a safeguard for violations that have not been remedied at the national level. Where the Court finds a violation, States Parties must abide by the final

---

tades Fundamentales (1950), en el numeral 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 50 de la Convención Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Sobre el tema se puede consultar, el interesante estudio de PISILLO MAZZESCHI, 2004.

judgment of the Court”. En su numeral 11 señaló: This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Además en el artículo 12 inciso b) determinó: Concludes that, for reasons of transparency and accessibility, a reference to the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation as developed in the Court’s case law should be included in the Preamble (HIGH..., 2012). Posteriormente, con la entrada en vigor del Protocolo No. 15, el 1 de agosto de 2021, el principio de subsidiaridad se encuentra expresamente reconocido en el preámbulo del convenio.

### **3 LAS SENTENCIAS PILOTO EN LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Las sentencias piloto son un mecanismo creado por el Tribunal EDH para hacer frente a problemas estructurales que provocan la vulneración reiterada de derechos fundamentales tutelados en la Convención Europea por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa. Es por ello que se le considera un instrumento paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a los nuevos retos y desafíos que enfrenta (QUERALT JIMÉNEZ, 2018).

Esta tipología de resoluciones surgió como una forma de resolver un grave problema, la interposición de un gran número de demandas individuales que tenían la misma causa estructural a nivel interno, es decir, los contenciosos repetitivos (RAPPORT EXPLICATIF, PROTOCOLE NO. 14 À LA CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L’HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES, AMENDANT LE SYSTÈME DE CONTRÔLE DE LA CONVENTION, 2004, párr. 7 y 8). Nace, por tanto, para ayudar al Tribunal EDH a gestionar su carga de trabajo con mayor eficacia, pero también a los Estados a resolver los problemas sistémicos o estructurales a nivel nacional, identificándose posteriormente un tercer objetivo: ofrecer a los individuos afectados una reparación más rápida (CACHO SÁNCHEZ, 2020, p. 131). En este sentido, surgieron con la finalidad de fortalecer el principio de subsidiaridad de la jurisdicción convencional, pues ante casos repetitivos, su respuesta

no puede ser identificar la misma violación estructural y otorgar una indemnización a cada recurrente, así como por tratar de disminuir la carga de trabajo del tribunal.

La *arrêt pilote* es aquel procedimiento en el que el Tribunal Europeo selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que ésta sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos idénticos (ABRISTEKA URIARTE, 2013, p. 73). Además de que se anticipa a recibir futuras demandas. Son demandas individuales presentadas por personas no organizadas pero generadas por la misma causa, con el mismo origen. Por lo general, además, la causa de la violación suele estar en una disposición general interna (leyes, reglamentos, etc.) o en un fallo estructural del sistema nacional de tutela de los derechos, por acción u omisión (QUERALT JIMÉNEZ, 2018, p. 403). Essi si caratterizzano semplicemente per il fatto che decidono un caso in vista delle decisioni di altri numerosi casi identici (seriali), già pendenti, la cui trattazione viene sospesa in modo di consentire al governo interessato di introdurre soluzioni nazionali riparatorie e preventive di violazioni ripetute o strutturali (CHENAL; TOMASI; ZAGREBELSKY, 2016, p. 51).

Los efectos provocados por una *sentenza pilota* son de gran transcendencia para el Estado implicado, en tanto le obliga a adoptar leyes internas, conductas administrativas o judiciales que corrijan el problema estructural que, precisamente, origina la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Justamente porque el Tribunal constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos (produciendo una especie de efecto domino) y exige al Estado que adopte medidas generales. El demandante (y todos los individuos afectados por el problema estructural) verá aplazado su proceso hasta que el Estado adopte dichas medidas. Con esto se ponen en evidencia dos tendencias: a) la inclinación del Tribunal a adoptar sentencias que van más allá de ser meramente declarativas. b) la orientación hacia la objetivación de los recursos con la consiguiente desafección del Tribunal por el derecho subjetivo individual (ABRISKETA URIARTE, 2013, p. 74).

En este sentido, el juez convencional europeo no se limita a resolver el caso en concreto y determinar la responsabilidad internacional del Estado demandado, sino que en la parte resolutive determina las medidas más adecuadas que el Estado debe realizar dentro de un determinado

plazo para remediar el problema “estructural” identificado. Una de las medidas que el Tribunal Europeo suele imponer a través de sus sentencias piloto es la creación por parte del Estado condenado de un recurso interno efectivo para poner fin al problema estructural (SAAVEDRA; CANO; HERNÁNDEZ, 2017, p. 211).

En el derecho comparado esta tipología de sentencias la doctrina las ha caracterizado como macrosentencias o sentencias estructurales. Éstas últimas son utilizadas con bastantes frecuencia por las Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales en América Latina, en la medida en que buscan, precisamente, activar a los órganos del Estado que han omitido en sus obligaciones convencionales o constitucionales. En este sentido, las sentencias estructurales son aquellas en las que las jurisdicciones constitucionales dictan ordenes específicas para la resolución de una situación que en la mayoría de los casos se origina en un problema reiterado que implica violaciones sistemáticas a los derechos humanos (MIRANDA BONILLA, 2018). Los jueces al comprobar, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de la sentencia) que de modo sistemática producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes (OSUNA, 2015, p. 91).

l respecto, la Sala Constitucional de Costa Rica ha precisado que con este tipo de resoluciones: *“va más allá del caso concreto de asegurar la protección individual de la persona recurrente, pues se desprende que la causa de la infracción o vulneración del derecho a la salud se dan por problemas estructurales, los cuales no son hechos aislados, ya que de forma reiterada y continua se violenta los mismos derechos a un número indeterminado de personas”*<sup>3</sup>. En sentido similar, la Corte Constitucional Colombiana ha precisado que: *“Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la*

---

3 Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia número 2019-5560, considerando número XVIII.

*política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo*<sup>4</sup>. Lo anterior evidencia las grandes similitudes a nivel procesal entre esta tipología y la *sentenza piloto* que conlleva una objetivación de los recursos, pues en ellas se trasciende de la resolución subjetiva del caso concreto.

### 3.1 Antecedentes históricos

A nivel histórico, esta nueva tipología de sentencia tiene un origen pretorio o jurisprudencial que debe buscarse en el uso realizado por el Tribunal EDH del artículo 46 del Convenio Europeo, y de manera subsidiaria en la recomendación 2004(6) del Comité de Ministros de 12 de mayo de 2004 sobre la mejora de los recursos internos<sup>5</sup>, así como en la resolución de la misma fecha sobre las sentencias que revelan un problema estructural<sup>6</sup>. Con esta última resolución, el Comité de Ministros, a quien le corresponde la supervisión del cumplimiento de las sentencias abrió una nueva etapa en la jurisprudencia del Tribunal EDH, incluso en la propia naturaleza de sus sentencias, dado que, en contra de lo que venía siendo la tónica general, inducía al Tribunal a identificar casos de violaciones con origen estructural y, lo más importante, a ayudar a determinar las medidas necesarias para ponerles remedio, tanto individuales como generales. Se iniciaba un cambio en el contenido y alcance de las decisiones de la jurisdicción europea, superando los estrechos límites en que se venía moviendo, al menos formalmente: mera declaración de vulneración del CEDH y, en su caso, concesión de una satisfacción equitativa. Esta resolución abría la puerta y legitimaba una nueva etapa del sistema europeo hacia el control de disposiciones o medidas generales de los Estados parte, quedando el control concreto superado en este tipo de supuestos (QUERALT JIMÉNEZ, 2018, p. 404).

El Tribunal EDH en la sentencia Broniowski vs Polonia del 22 de junio de 2004 utilizó por primera vez la técnica de la sentencia piloto a

---

4 Corte Constitucional de Colombia. T-025/2004, 22 de enero de 2005, numeral 10.1.

5 Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session).

6 Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session).

pesar la ausencia de una específica normativa que lo permitiera, sino que derivó su competencia vía interpretativa a través de un activismo judicial, lo que evidencia su carácter pretorio en un primer momento histórico. Posteriormente, se llevó a cabo una reforma al artículo 61 del Reglamento del Tribunal EDH, la cual entró en vigor el 21 de febrero de 2011, que incorporó formalmente esta temática y su procedimiento.

### 3.2 Fundamento normativo

Las sentencias piloto tienen como fundamento lo dispuesto en los artículos 1, 41 y 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el numeral 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal EDH el cual determina: “1. El TEDH podrá decidir aplicar el procedimiento de la sentencia piloto y adoptar una sentencia piloto cuando los hechos que originen una demanda que le haya sido interpuesta revelen la existencia, en la Parte Contratante afectada, de un problema estructural o sistémico o de otra disfunción similar que haya dado lugar o sea susceptible de dar lugar a la formulación de otras demandas análogas. 2. a) Con anterioridad a la decisión con respecto a la aplicación del procedimiento de la sentencia piloto, el TEDH deberá invitar a las partes a que emitan su opinión sobre si la demanda que se debe enjuiciar tiene como origen, en el seno de la Parte contratante afectada, un problema parecido o disfunción y si ésta se presta a tal procedimiento. b) El TEDH podrá decidir de oficio sobre la aplicación del procedimiento de la sentencia piloto o a instancia de una o de ambas partes. c) A toda demanda a la que se decida aplicar el procedimiento de la sentencia piloto, se le reservará un tratamiento prioritario con arreglo al artículo 41 del Reglamento del TEDH. 3. El TEDH deberá indicar en la sentencia piloto que haya adoptado, la naturaleza del problema estructural o sistémico o de la disfunción que haya constatado y el tipo de medidas correctoras que la Parte contratante afectada deberá tomar a nivel interno para aplicar el fallo de la sentencia. 4. El TEDH puede fijar, en el fallo de la sentencia piloto que adopte, un plazo determinado para que se adopten las medidas a las que se refiere el apartado 3 anterior, tomando en cuenta la naturaleza de las medidas requeridas y la rapidez con la que se puede remediar, a nivel interno, el problema que hubiera constatado. 5. Cuando adopta una sentencia piloto, el TEDH puede reservar, en todo o en parte, la cuestión de la satisfacción equitativa a la espera de

que se adopten por parte de la Parte contratante demandada, las medidas tanto individuales como generales indicadas en dicha sentencia piloto. 6. a) En su caso, el TEDH podrá aplazar el examen de todas las demandas fundadas en la misma alegación hasta que se adopten las medidas correctoras indicadas en el fallo de la sentencia piloto. b) Los demandantes afectados serán debidamente informados de la decisión de aplazamiento de manera oportuna. Se les notificará, si procediera, cualquier nuevo elemento que ataña a su asunto. c) El TEDH podrá en cualquier momento examinar una demanda aplazada si así lo exige el interés de una buena administración de la justicia. 7. Si las partes, en un asunto piloto, alcanzan un acuerdo amistoso, éste deberá contener una declaración de la Parte contratante demandada relativa a la puesta en práctica de las medidas generales indicadas en la sentencia y las medidas correctoras que deban ser establecidas para los demás demandantes, declarados o potenciales. 8. Si la Parte contratante afectada no acatará el fallo de la sentencia piloto, el TEDH, salvo decisión en contrario, retomará el examen de las demandas que hubieran sido aplazadas en aplicación del punto 6 anterior. 9. El Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Secretario General del Consejo de Europa y el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa serán informados sistemáticamente de la adopción de una sentencia piloto o de cualquier otra sentencia en la que el TEDH señale la existencia de un problema estructural o sistémico en el seno de una Parte contratante. 10. La decisión de tramitar una demanda siguiendo el procedimiento de sentencia piloto, la adopción de una sentencia piloto, su ejecución y el cierre del procedimiento, se darán a conocer a través del sitio web del TEDH”.

A grandes rasgos, el funcionamiento del procedimiento es el siguiente: cuando el Tribunal EDH recibe un número significativo de demandas que se deriven de la misma causa o problema, podrá seleccionar una o varias de ellas y darles una tramitación prioritaria. Al estudiar el caso o casos seleccionados, tratará de lograrse una solución que pueda extenderse más allá del caso o casos estudiados, de modo que abarque todos los asuntos similares, esto es, que plantean el mismo problema de base, tanto presentes como futuros (QUERALT JIMÉNEZ, 2018, p. 406). En este sentido, el Tribunal puede iniciar un procedimiento piloto de oficio o a instancia de parte, sin embargo, de previo tiene que consultar a las partes sobre si la demanda deriva de la existencia de un problema estruc-



tural y sobre la conveniencia de utilizar el procedimiento. Las demandas sometidas al procedimiento de las sentencias piloto son tratadas como un “asunto prioritario” por parte del Tribunal EDH. En estas sentencias el Tribunal Europeo debe indicar la naturaleza del problema estructural, las medidas que el Estado condenado debe adoptar para poner fin a dicho problema y el plazo para hacerlo, tal y como se indicó.

Una de las principales críticas que tiene la normativa en cuestión, es que no define que se entiende por problema estructural o sistémico o de otra disfunción similar, lo que conlleva a que el juez europeo tenga una amplia discrecionalidad para determinar cuando estamos o no en presencia de estos escenarios y por ende se puede utilizar una sentencia de este tipo. Por otra parte, el Tribunal no suele motivar detalladamente su decisión de aplicar el procedimiento, incluso ha empleado estos términos indiferentemente para designar el mismo fenómeno, aunque en algunas ocasiones se ha detenido en el examen de la causa del problema (CACHO SÁNCHEZ, 2020, p. 129). Asimismo, se garantiza una tramitación y resolución celeré para el caso seleccionado, no así para los casos similares, lo cuales se suspenden hasta que se adopten las medidas correctivas, lo que ha generado algunas críticas en cuanto a una justicia célebre y efectiva.

### 3.3 Características y procedimiento

En la temática en estudio el juez convencional europeo va más allá de resolver el caso concreto, pues ante la existencia de problemas generales y reiterados que implican violaciones sistemáticas de derechos fundamentales en contra de un número indeterminado de personas lleva a cabo un esfuerzo por darle fuerza normativa y efectividad a la Convención Europea. En virtud de lo anterior, tienen como principales características: 1) son una respuesta a una situación sistémica originada por la legislación estatal o por una práctica administrativa generalizada en el Estado demandado, lo que implica que la violación del CEDH afecta a un número elevado de individuos; 2) la función de la sentencia piloto no es solo identificar los defectos de la legislación estatal y/o de la práctica administrativa, sino también requerir al Estado a adoptar medidas generales y, excepcionalmente, marcar los aspectos más concretos que deben contener su legislación interna, y 3) cada sentencia piloto provoca la suspensión de los procesos asociados a la misma causa (ABRISKETA

URIARTE, 2013, p. 81). A ello se suma que al Estado se le concede un plazo para cumplir con lo ordenado, el cual puede ser prorrogado si existen razones justificadas que lo ameritan.

Otra característica de esta temática es que de conformidad con la regla número 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la supervisión de la ejecución de las sentencias, la supervisión de las sentencias piloto siempre se lleva a cabo a través de un procedimiento de supervisión reforzada TURTURO PÉREZ DE LOS COBOS, 2022, p. 132).

En cuanto al procedimiento, la adopción de una sentencia de este tipo será siempre de oficio, sin embargo, las partes pueden solicitarlo. Además su tramitación tiene un carácter prioritario. En una sentencia piloto, el Tribunal identificará tanto la naturaleza estructural o sistemática del problema o disfunción, así como el tipo de medidas reparadoras que el Estado demandado deberá adoptar en el ámbito nacional en virtud del fallo de la sentencia. En el fallo, además, el Tribunal podrá determinar en qué plazo deben adoptarse aquellas medidas, teniendo en cuenta su naturaleza y la rapidez con la que puedan ser adoptadas (QUERALT JIMÉNEZ, 2018 p. 407).

La práctica muestra que el procedimiento de sentencia piloto se ha aplicado en un número limitado de situaciones, que no siempre puede considerarse que son generadoras de «graves violaciones de los derechos humanos», aunque pueda tratarse de deficiencias que ponen gravemente en peligro la preeminencia del derecho en los Estados correspondientes. Son cuatro las grandes categorías de problemas sistémicos o estructurales que han llevado al Tribunal EDH a dictar sentencias piloto en el marco de una jurisprudencia bien consolidada: a) disfunciones legislativas o malas prácticas en materia de derechos patrimoniales; b) duración excesiva del procedimiento; c) condiciones de detención inhumanas o degradantes; y d) inexecución prolongada de sentencias y de decisiones internas definitivas (CACHO SÁNCHEZ, p. 134). En este sentido, en un análisis de derecho comparado evidenciamos como algunas de éstas temáticas han sido tratadas a través de sentencias estructurales por Cortes o Salas Constitucionales como por ejemplo, el tema de hacinamiento carcelario y de las detenciones inhumanas (MIRANDA BONILLA, 2019, p. 329 - 351).

## 4 ALGUNAS SENTENCIAS PILOTO

En el presente *apéndice* se analizará la primera sentencia piloto que emitió el Tribunal EDH, así como el caso *Torreggiani y otros vs. Italia* relacionado con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

### 4.1 El caso *Broniowski vs. Polonia*: la primera sentencia piloto

La primera sentencia piloto que emitió el Tribunal EDH fue en el caso *Broniowski contra Polonia* con fecha 22 de junio de 2004. Nótese que ello se llevó a cabo de manera pretoria o jurisprudencial y con anterioridad a que se formulara su reconocimiento y el procedimiento que actualmente existente con la reforma del artículo 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo.

En la sentencia *Broniowski*, el problema estructural identificado por el juez europeo fue el incumplimiento sistemático por parte de las autoridades polacas de indemnizar a alrededor de 80 000 ciudadanos que se habían visto obligados a ceder sus bienes tras la Segunda Guerra Mundial. Esta sentencia emitida por la Gran Sala constató el fallo estructural en la protección del derecho a la propiedad. En el fallo, el Tribunal declaró que el derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 1 del Protocolo núm. 1 a la CEDH tenía su origen en un problema sistémico conectado con el malfuncionamiento de la legislación y prácticas internas, causado por la falta de un mecanismo efectivo que hiciera posible a los afectados reclamar la correspondiente indemnización. En consecuencia, el Tribunal EDH declaró que Polonia debía (*must*) asegurar el ejercicio del derecho a la propiedad privada a través de la implementación de las correspondientes medidas legales y administrativas (QUERALT JIMÉNEZ, 2018, p. 405).

Tras la sentencia, el Parlamento polaco inició la tramitación de una nueva ley, aprobada en julio de 2005, que satisfacía los criterios establecidos por la Gran Sala en la sentencia de 2004. Con posterioridad, se alcanzó un acuerdo amistoso (art. 39 CEDH) relativo a la satisfacción equitativa (art. 41 CEDH) que sería reconocida a las víctimas de la violación del derecho a la propiedad. Este acuerdo fue recogido en la sentencia de archivo de la demanda de 28 de septiembre de 2005 de la Gran Sala (QUERALT JIMÉNEZ, 2018, p. 405). En esta decisión, el Tribunal EDH

avaló el acuerdo alcanzado por el Sr. Broniowski y el Gobierno polaco —en tanto que incorporaba medidas individuales dirigidas a compensar al demandante, pero, también, medidas de carácter general que pudieran ser aplicadas a todas aquellas personas que se encontraran en la misma situación que Broniowski. Así, como el propio Tribunal señalaba, se tutelaba el derecho individual del demandante a la vez que preservaba la subsidiariedad del sistema europeo dejando en manos del Estado polaco la protección del derecho a la propiedad privada de los demás afectados (QUERALT JIMÉNEZ, 2018, p. 405 - 406). Este sentencia es histórica, no solo por el impacto que tuvo y que permitió una satisfacción de un gran número de demandantes, sino porque fue el primer arrêt pilote en la historia del Tribunal.

#### 4.2 El caso Torreggiani y otros vs. Italia

En la sentencia Torreggiani y otros vs. Italia del 8 de enero de 2013, el Tribunal EDH acreditó la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos que tutela la prohibición de tratos inhumanos y degradantes en contra de 7 personas privadas de libertad en 2 recintos penitenciarios italianos, que vivían en celdas con un espacio inferior a 3 metros cuadrados, las cuales tenían poca iluminación y ventilación, precarias condiciones higiénicas y falta de agua caliente por largos períodos (DEUXIÈME..., 2013). En relación a la aplicación en este caso del procedimiento de la sentencia piloto, la jurisdicción convencional europea indicó:

*87. La Cour vient de constater que la surpopulation carcérale en Italie ne concerne pas exclusivement les cas des requérants (paragraphe 54 ci-dessus). Elle relève notamment que le caractère structurel et systémique du surpeuplement carcéral en Italie ressort clairement des données statistiques indiquées plus haut ainsi que des termes de la déclaration de l'état d'urgence au niveau national proclamée par le président du Conseil des ministres italien en 2010 (paragraphe 23-29 ci-dessus).*

*88. L'ensemble de ces données fait apparaître que la violation du droit des requérants de bénéficier de conditions de détention adéquates n'est pas la conséquence d'incidents isolés mais tire son origine d'un problème systémique résultant d'un dysfonctionnement chronique*

*propre au système pénitentiaire italien, qui a touché et est susceptible de toucher encore à l'avenir de nombreuses personnes (voir, mutatis mutandis, Broniowski c. Pologne, précité, § 189). Selon la Cour, la situation constatée en l'espèce est, dès lors, constitutive d'une pratique incompatible avec la Convention (Bottazzi c. Italie [GC], no 34884/97, § 22, CEDH 1999-V ; Bourdov (no 2), précité, § 135).*

89. *Par ailleurs, le caractère structurel du problème identifié dans les présentes affaires est confirmé par le fait que plusieurs centaines de requêtes dirigées contre l'Italie et soulevant un problème de compatibilité avec l'article 3 de la Convention des conditions de détention inadéquates liées à la surpopulation carcérale dans différentes prisons italiennes sont actuellement pendantes devant elle. Le nombre de ce type de requêtes ne cesse d'augmenter.*

90. *Conformément aux critères établis dans sa jurisprudence, la Cour décide d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote en l'espèce, eu égard au nombre croissant de personnes potentiellement concernées en Italie et aux arrêts de violation auxquels les requêtes en question pourraient donner lieu (Maria Atanasiu et autres c. Roumanie, nos 30767/05 et 33800/06, §§ 217-218, 12 octobre 2010). Elle relève aussi le besoin urgent d'offrir aux personnes concernées un redressement approprié à l'échelon national (Bourdov (no 2), précité, §§ 129-130).*

En este sentido, el hacinamiento carcelario presente en la mayoría de los centros penales generaba la existencia de un “problema sistemático” que se confirmó con la gran cantidad de demandas interpuestas ante el Tribunal EDH y que se encontraban pendientes de resolver en donde se alegaba la violación del artículo 3 de la Convención Europea que tutela la prohibición de tratos inhumanos y degradantes como resultado de la sobrepoblación.

Por otra parte, acreditada la vulneración de una serie de derechos humanos, el Tribunal EDH ordenó no solo una indemnización a las víctimas, sino una serie de medidas generales para evitar a futuro situaciones similares. Al respecto, indicó:

93. *La Cour est consciente que des efforts conséquents et soutenus sur le long terme sont nécessaires pour résoudre le problème structurel du surpeuplement carcéral. Toutefois, elle rappelle qu'au vu du caractère intangible du droit protégé par l'article 3 de la Convention, l'État est tenu d'organiser son système pénitentiaire de telle sorte que la dignité des détenus soit respectée (Mamedova c. Russie,*

no 7064/05, § 63, 1er juin 2006). 94. En particulier, lorsque l'État n'est pas en mesure de garantir à chaque détenu des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention, la Cour l'encourage à agir de sorte à réduire le nombre de personnes incarcérées, notamment en appliquant davantage des mesures punitives non privatives de liberté (Norbert Sikorski, précité, § 158) et en réduisant au minimum le recours à la détention provisoire (entre autres, Ananyev et autres, précité, § 197). À ce dernier égard, la Cour est frappée par le fait que 40 % environ des détenus dans les prisons italiennes sont des personnes mises en détention provisoire en attente d'être jugées (paragraphe 29 ci-dessus).

95. Il n'appartient pas à la Cour d'indiquer aux États des dispositions concernant leurs politiques pénales et l'organisation de leur système pénitentiaire. Ces processus soulèvent un certain nombre de questions complexes d'ordre juridique et pratique qui, en principe, dépassent la fonction judiciaire de la Cour. Néanmoins, elle souhaite rappeler dans ce contexte les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe invitant les États à inciter les procureurs et les juges à recourir aussi largement que possible aux mesures alternatives à la détention et à réorienter leur politique pénale vers un moindre recours à l'enfermement dans le but, entre autres, de résoudre le problème de la croissance de la population carcérale (voir, notamment, les recommandations du Comité des Ministres Rec(99)22 et Rec(2006)13).

96. En ce qui concerne la ou les voies de recours internes à adopter pour faire face au problème systémique reconnu dans la présente affaire, la Cour rappelle qu'en matière de conditions de détention, les remèdes « préventifs » et ceux de nature « compensatoire » doivent coexister de manière complémentaire. Ainsi, lorsqu'un requérant est détenu dans des conditions contraires à l'article 3 de la Convention, le meilleur redressement possible est la cessation rapide de la violation du droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants. De plus, toute personne ayant subi une détention portant atteinte à sa dignité doit pouvoir obtenir une réparation pour la violation subie (Benediktov c. Russie, précité, § 29; et Ananyev et autres, précité, §§ 97-98 et 210-240).

98. La Cour n'a pas à préciser quelle serait la meilleure manière d'instaurer les voies de recours internes nécessaires (Hutten-Czapska, précité, § 239). L'Etat peut soit modifier les recours existants soit en créer de nouveaux de sorte que les violations des droits tirés de la Convention puissent être redressées de manière réellement effective (Xenides-Arestis c. Turquie, no 46347/99, § 40, 22 décembre 2005). Il lui incombe

*également, sous le contrôle du Comité des Ministres, de garantir que le recours ou les recours nouvellement mis en place respectent, tant en théorie qu'en pratique, les exigences de la Convention.*

*99. Elle en conclut que les autorités nationales doivent sans retard mettre en place un recours ou une combinaison de recours ayant des effets préventifs et compensatoires et garantissant réellement une réparation effective des violations de la Convention résultant du surpeuplement carcéral en Italie. Ce ou ces recours devront être conformes aux principes de la Convention, tels que rappelés notamment dans le présent arrêt (voir, entre autres, les paragraphes 50 et 95 ci-dessus), et être mis en place dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle celui-ci sera devenu définitif (voir, à titre de comparaison, Xenides-Arestis, précité, § 40, et point 5 du dispositif).*

En la presente sentencia se ordenó al Estado a que en el plazo de un año creara una serie de recursos que tuvieran efectos preventivos y compensatorios y que garanticen realmente una reparación efectiva por las violaciones del Convenio Europeo por el hacinamiento en las cárceles de Italia. Efectivamente dentro de plazo, el Estado condenado creó un recurso preventivo ante un órgano judicial para que se ordenara la mejora de las condiciones de detención o el traslado del preso; y otro recurso compensatorio que permitía reducir un día de la condena por diez días de hacinamiento o, si el preso ya había sido liberado, recibir ocho euros por día de detención. En consecuencia, el Tribunal EDH declaró inadmisibles las demandas que estaban en trámite por el no agotamiento de los recursos internos (caso Stella vs. Italia y 3 500 casos más declarados inadmisibles por juez único) GARCÍA ROCA; QUERALT JIMÉNEZ, 2017 , p. 741).

Esta sentencia conllevó a que se adoptarían modificaciones de carácter normativo, de gestión penitenciaria, de arquitectura carcelaria, y a incluir un sistema de remedios ante las violaciones a garantías de los privados de libertad. Entre los aspectos más relevantes, se eliminaron algunas sanciones privativas de libertad, se despenalizaron conductas, se redujo la pena máxima de ciertos delitos, se limitó la utilización de la prisión preventiva, se abrieron los regímenes penitenciarios de la población con bajo o mediano riesgo, se modificó la oferta programática en materia de reinserción, y se otorgaron facilidades para potenciar los vínculos familiares durante la reclusión. Como consecuencia de algunas de estas medidas y de procesos excarcelatorios surgidos al alero de las mismas, se

logró la reducción de la población privada de libertad, pasando de 66.028 personas en 2013, a 52.432 en 2015 (PALMA, 2017, p. 214 – 215) . Lo anterior evidencia que las medidas adoptadas por el Estado raíz de la sentencia Torreggiani constituyen sin duda un paso adelante, especialmente en lo que se refiere a la preparación de remedios para la vulneración de los derechos de los presos: los llamados remedios compensatorio y preventivo (THADDEU CALIL DE FREITAS, 2015, p. 131).

## **5 CONCLUSIONES**

El estudio de las tipologías de sentencias de las Cortes o Tribunales Regionales de Protección de los Derechos Humanos y, particularmente, las sentencias piloto del Tribunal EDH, es un tema de gran interés para el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

El *arrêt pilote* tiene un origen pretorio a través de un activismo por parte de la jurisdicción convencional que posteriormente fue formalizado en el artículo 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal EDH, en el cual se establecen sus principales características y el procedimiento que se debe seguir, motivo por el cual se le considera como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal EDH (QUERALT JIMÉNEZ, 2018). Éstas surgieron con la finalidad disminuir la carga de trabajo y fortalecer el principio de subsidiaridad, pues ante casos repetitivos la respuesta no puede ser identificar la misma violación estructural y otorgar una indemnización a cada denunciante. Ello ha provocado una reducción importante de su carga de trabajo y le ha permitido centrarse en resolver cuestiones relevantes de interés general (CACHO SÁNCHEZ, 2022, p. 160).

En este sentido, dentro de sus principales características de esta tipología de resolución se destaca la celeridad en la tramitación de este procedimiento, la suspensión de los procesos asociados a la misma causa, que el Tribunal EDH indica al Estado una serie de medidas correctivas que deberá realizar a nivel interno dentro de un plazo determinado, así como la existencia de una supervisión reforzada por parte del Comité de Ministros.

No obstante lo anterior, existen una serie críticas, como por ejemplo, la amplia discrecionalidad con que cuenta el juez europeo para determina cuando estamos en presencia de problema estructural o sisté-



mico o de otra disfunción similar, y por ende puede utilizar una sentencia de este tipo. Por otra parte, el Tribunal no suele motivar detalladamente su decisión de aplicar el procedimiento, incluso ha empleado los términos supra citados indiferentemente. Otra de las críticas se refiere a que se garantiza una tramitación y resolución célere para el caso seleccionado, no así para los casos similares, lo cuales se suspenden hasta que se adopten las medidas correctivas, lo que puede ir en detrimento del derecho a una tutela judicial efectiva.

Los efectos provocados por una sentencia piloto son de gran transcendencia para el Estado implicado, en tanto le obliga a adoptar leyes internas, conductas administrativas o judiciales que corrijan el problema estructural que, precisamente, origina la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En general, el éxito de las sentencias piloto se encuentra en su cabal cumplimiento, motivo por el cual es fundamental la voluntad y buena fe del Estado para remediar el problema estructural, así como la labor de supervisión reforzada que realizar el Comité de Ministro. Uno de los principales desafíos se presenta en relación aquellos Estados que no cumplen con lo ordenado.

En esta temática se evidencia una cierta similitud entre algunas de las temáticas que han resuelto Cortes o Tribunales Constitucionales en América Latina a través de sentencias estructurales como, por ejemplo hacinamiento carcelario, detenciones inhumana y duración excesiva de los procesos judiciales, lo que evidencia como el juez constitucional como el convencional tienen un rol fundamental en garantizar la plena efectividad de los derechos humanos.

## REFERÊNCIAS

ABRISKETA URIARTE, Joana. Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador. **Revista Española de Derecho Internacional**, Madrid, volumen LXV/1, enero-junio, 2013.

BARTOLE, Sergio, DE SENA, Pasquale, ZAGREBELSKY Vladimiro. **Comentario breve alla Convenzione europea per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**. Padova, CEDAM, 2012.

CACHO SÁNCHEZ, Yaele. El procedimiento de sentencia piloto a examen: ¿sus efectos sobre el sistema europeo de protección de derechos humanos son transformadores, beneficiosos o perversos?. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, número 65, 2020.

CHENAL Roberto, TOMASI Laura, ZAGREBELSKY Vladimiro. **Manuale dei diritti fondamentali in Europa**. Bologna, Il Mulino. Bolonia, 2016.

DEUXIÈME Section. **Affaire Torreggiani et autres c. Italie**. Requête ns. 43517/09, 346882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10. 27 maio 2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115860%22%5D%7D>. Acesso em: 13 nov. 2022.

GARCÍA ROCA, Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *In*: GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarnación (coords.): **¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Pamplona, España, Thomson-Reuters, 2017.

HIGH Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. **Brighton Declaration**. 2012. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf). Acesso em: 13 nov. 2022.

LÓPEZ GUERRA Luis. **El papel subsidiario de la jurisdicción internacional en la defensa de derechos fundamentales**. Disponível em: <http://albergueweb1.uva.es/constitutiva/wp-content/uploads/2019/03/TEDH.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2022.

MIRANDA BONILLA, Haideer. Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional. **Revista Jurídica IUS Doctrina**. San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, número 2, 2018.

MIRANDA BONILLA Haideer. Las sentencias estructurales en Costa Rica: cuatro ejemplos recientes. *In*: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés; TRUJILLO TOSCANO, Luis Eduardo. (Dirs.). **La constitucionalización del ordenamiento jurídico**. Ed. **Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá, Universidad Francisco de Paula Santander, Asociación Colombiana de Justicia Constitucional, Asociación Mundial de Justicia Constitucional y Ediciones Nueva Jurídica, 2019, p. 329 – 351.

PALMA, Mauro. Epílogo. El caso italiano a partir de una sentencia piloto. *In*: RIVERA, Iñaki, **Descarcelación, Principios para una Política Pública de Reducción de la Cárcel (desde un garantismo radical)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

PEREZ TREMPES, Pablo. Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales. **Anuario de la Facultad de Derecho**, No. 10, 1992, Universidad de Extremadura.

PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. **Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani**. Turín, Giappichelli, 2004.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, número 42, 2018, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho UNED.

RAPPORT explicatif, Protocole No. 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, 2004.

SANTIAGO, Alfonso. El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos. **Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, 2013.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, CANO PALOMARES, Guillermo, HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. Reparación y supervisión de sentencias. *In* GARCÍA ROCA Javier y CARMONA CUENCA Encarnación (coords.): **¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Pamplona, España, Thomson-Reuters, 2017.

THADDEU CALIL DE FREITAS Janaína. Il problema del sovrappollamento carcerario In Italia: gli effetti della sentenza torreggiani nell'ordinamento giuridico italiano. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, número 10, 2015.

TURTURO PÉREZ DE LOS COBOS Sara. Las sentencias piloto sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas, p. 132. **EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad**. Madrid, número 18, p. 132, Universidad Carlos III, 2022.

# A TRANSPARÊNCIA DO PODER PÚBLICO COMO VETOR DO COMBATE À CORRUPÇÃO

PEDRO HENRIQUE MARCON ROCKENBACH<sup>1</sup>

ROGÉRIO GESTA LEAL<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

É sabido que o esclarecimento é libertador. Liberta os indivíduos dos caminhos que só tomam por não terem outra opção. Liberta da prisão da desinformação, que só permite pensar de acordo com os limites (muitas vezes acentuados) do seu conhecimento. O que não é sabido não pode ser questionado ou apurado. É com base nestas premissas que surgiram os princípios de transparência do Poder Público. Em uma sociedade dirigida para o povo não é lógico que não se tenha conhecimento de como os serviços atendem às suas aspirações.

O Brasil padece de um grande infortúnio representado pela cultura corruptiva instaurada na sociedade, que se intensifica e se mostra altamente danosa quando manifesta nas engrenagens da gerência da vida pública. São diversas as maneiras de lidar com os atos que são motivados por essa cultura. O presente estudo busca, como principal objetivo, esclarecer a relevância que carrega a transparência da Administração Pública, em uma política que se direciona a reprimir as emoções que impulsionam tais comportamentos. Especificamente, se pretende elucidar a medida do seu cabimento, ponderando-se sobre outros aspectos impeditivos, bem como onde falta transparência na administração pública.

---

1 Graduando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Estudante. E-mail: ph.marcon@hotmail.com.

2 Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.

Para tanto, faz-se necessário que se compreenda os contornos do conceito de transparência que se quer aplicar nesta política. É fundamental, também, o entendimento do papel da transparência efetiva para moldar bases sólidas de um sistema genuinamente republicano, no sentido conceitual da palavra, que busca atender os interesses do povo e não de um ou outro indivíduo particular inserido neste mecanismo.

Compreendido isso, far-se-á a análise dos contornos que leva, ou deve levar, a transparência em uma das áreas onde mais se vislumbra o deslinde da corrupção: a Administração Pública. Percebe-se constantes discussões, no bojo dos tribunais, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, acerca da transparência pública e seus limites.

Desta forma, a pesquisa pretende solver a problemática acerca de quais os empecilhos encontrados para a efetivação da transparência e principalmente sobre a possibilidade de preponderância da transparência sobre outros princípios fundamentais.

A partir desse problema, levanta-se a hipótese de que a transparência não é devidamente respeitada, e isso prejudica a condução da coisa pública com lisura, assim como o interesse público justifica a transparência de informações pessoais de integrantes da administração.

A estruturação do trabalho contará com três capítulos de desenvolvimento, sendo o primeiro para introduzir a acepção de transparência a ser trabalhada. O segundo eixo desenvolve o papel da transparência na democracia e no sistema público íntegro. O último capítulo se destina a abordar mais profundamente alguns desafios encontrados na perpetuação da transparência, bem como a colisão de princípios e a sua proposta de superação.

Elegeu-se o método de pesquisa aplicada, com uma abordagem qualitativa de material bibliográfico, para desenvolver um trabalho descritivo explicativo sobre os impactos da transparência na fenomenologia da corrupção.

## **2 CONCEPÇÕES SOBRE TRANSPARÊNCIA E SUAS FACES**

Transparência é um conceito amplamente significativo. Pode ser interpretado em variados vieses. Byung-Chul Han traz aspectos mais ontológicos sobre a transparência, abordando-a sob o prisma da vida cotidiana. Ele traz uma percepção de nudez da vida, de forma que a transparência da

sociedade atual não deixa margem para uma visão poética ou fantasiosa (HAN, 2013, p. 37). Com isso, apregoa-se uma ideia de transparência como isenção de filtros eufemistas que a realidade possa adquirir para torná-la mais suave e mais agradável aos sentidos (HAN, 2013, p. 12).

Entrando no campo da ética, Han (2013) afirma que as práticas politicamente corretas implicam a renúncia à ambiguidade e obscuridade no discurso, sendo a transparência e a clareza sinais de boa-fé objetiva.

No âmbito da governança pública, a transparência implica a ideia de publicidade dos atos e movimentos do Estado (HEINEN, 2021, p. 238). Quanto a isso, Carl Schmitt (1998) prega que a política genuína depende de segredos, depende do esotérico, e, sem ele, se esvai a essência da política. Bobbio, após estabelecer um vínculo íntimo entre a política e o poder, descrevendo aquela como “típica relação de poder”, acompanha Schmitt, dizendo que o segredo é substancial para o exercício e manutenção do poder (BOBBIO, 2000, p. 399). Contudo, ele lembra que os teóricos deste tipo de política eram pensadores da autocracia, que consideravam o poder concentrado e ilimitado nas mãos de um soberano uma virtude (BOBBIO, 2000, p. 401).

Maquiavel (2015) não faz segredo do seu apreço pelo “*arcana imperii*”<sup>3</sup> quando fala, em “O Príncipe”, do pleno cabimento ético de estratégias e movimentos ardilosos e desonestos, por parte do príncipe (governante/soberano), visando a manutenção do seu principado (governo) e do seu poder, inescrupulosamente. Nesse contexto, os segredos do governante são ferramenta essencial para a detenção de poder.

Visto isso, há que se observar que a transparência, na seara da governança pública, carrega um significado de controle sobre o governante e de limitação de poder (MARTÍN, 1990, p. 134). A partir dessa concepção, começa-se a construir uma base para a democracia e o poder do povo. No sentir de Bobbio, a democracia se apresenta como um modelo governativo cujo desenrolar se dá inteiramente à disposição da população, sendo completamente desnudo, oportunizando a avaliação crítica plena sobre os movimentos dos administradores (BOBBIO, 2000, p. 386-387).

A doutrina brasileira corrente reconhece pacificamente o vínculo umbilical existente entre um Estado Democrático de Direito e a transparência em maior grau possível dos atos da administração públi-

3 Expressão latina que significa “segredos do poder” ou “mistérios do poder”.

ca e do Poder Público (MELLO, 2010, p. 114). Tornou-se corolário de um legítimo sistema republicano e democrático que o povo, soberano, tenha ciência do que se passa entre as vísceras da máquina estatal (HOMERCHER, 2011, p. 380).

Sem embargo, atenta-se para o fato de que a simples disposição de informações não exaure materialmente esse dever de transparência. Para atingir aquele grau elevado desejado de transparência, é requisito que se viabilize a compreensão do que é disposto à população. Deve-se estruturar um veículo comunicativo inteligível para efetivar o contato com a informação (HOMERCHER, 2011, p. 386). Neste ponto, verifica-se uma discrepância fundamental para a compreensão deste texto: publicidade e transparência. Enquanto a publicidade se satisfaz com a simples mostra dos atos e informações, trajada de um requisito formal de legitimidade, a transparência implica o real conhecimento e participação do cidadão para com os atos de governança (HOMERCHER, 2011, p. 380-381).

Os dizeres até então cumprem com o objetivo de mostrar qual a acepção de transparência que importa à análise do mérito desta pesquisa. É dizer, a transparência do Poder Público, não somente quanto a seus movimentos, mas sobre tudo o que diz respeito a interesses públicos e que atendam ao princípio da transparência, amplamente adotado no ordenamento jurídico e ao direito de acesso à informação.

Desta forma, tem-se um conceito de transparência que visa a efetiva participação popular na administração do Estado, de modo que se tenha consciência do que ocorre nas filigranas do Poder Público. Adiante será abordado mais profundamente o impacto da transparência na consumação e perpetuação de comportamentos lesivos à ordem e gestão públicas.

### **3 TRANSPARÊNCIA COMO MEDIDA DE COMBATE À CORRUPÇÃO**

Quando se trata de corrupção, se fala em sentido amplo, envolvendo atos ímprobos e crimes contra a administração pública, não somente a corrupção (*stricto sensu*). Ou seja, uma ampla gama de condutas lesivas à estrutura do Estado, que visam a satisfação de interesses privados, por agentes públicos ou privados.

Diretamente ligada com o andamento regular da democracia, a corrupção endêmica alcança as mais variadas áreas da sociedade, impedin-

do que os interesses sociais conversem com as inclinações da direção do Estado. Desta forma, atua como um patógeno infeccioso que mata lentamente, corroendo todos os mecanismos e órgãos de uma estrutura social e dando espaço para os piores tipos de delinquência (LEAL, 2020, p. 47-48).

O comportamento corruptivo é viabilizado e impulsionado por diversos fatores. A transparência do Poder Público, além de ser um dos elos da democracia, é uma importante ferramenta de prevenção e combate à corrupção. É nesse diapasão que se discorre a ideia de transparência como um tônico do elo entre democracia e probidade, de forma que um ato só pode ser legítimo se consentido pelo destinatário dos efeitos desse ato – o povo (HOMERCHER, 2011, p. 382).

Bonavides (2012) tem uma áspera crítica ao sistema representativo da república brasileira, de maneira que, ao contrário do que deveria, fez aumentar o distanciamento entre os interesses públicos e os interesses dos governantes, que mantêm a máquina pública sempre a serviço de seus benefícios particulares. Esse fenômeno desviante tem forte impulso, segundo o Professor Rogério Gesta Leal (2013), entre outras causas, na desburocratização dos procedimentos administrativos. As nuances dos procedimentos administrativos, como as licitações, são garantidoras da integridade destes processos, embora sejam muito dispendiosas e complexas. A história do Brasil é um grande palco para exemplos desta natureza. Neste norte, tem-se a narrativa desenrolada na obra da jornalista Malu Gaspar (2020), “A Organização”, especificamente no trecho em que discorre sobre os escândalos de Angra 2 e 3, na época da ditadura militar, envolvendo a empreiteira Odebrecht. Por esta ocasião, veio a público notícia de um escárnio em que o governo brasileiro concedeu as obras das usinas em comento à empreiteira, sem intermédio de qualquer processo licitatório ou que viabilizasse concorrência, tudo à revelia da ciência pública, claro. Esse cenário se perpetua até hoje, mas teve sua ênfase constatada no período ditatorial, em razão da grande censura imposta pelos governantes. Tal é, que após a redemocratização e o fortalecimento do Ministério Público e dos órgãos investigadores diversos políticos corruptos, que se valiam de um regime velado para seus atos, sucumbiram às forças da justiça (GASPAR, 2020, p. 68-69).

Outro exemplo, não tão próximo, mas de notável relevância para o assunto, foi o da tramitação da PEC nº 3/2021. Esta PEC, intitulada in-



formalmente PEC da Imunidade (ou da “Impunidade”, por críticos), amplia significativamente as imunidades de parlamentares, o que, na prática, acaba obstruindo a jurisdição. Ocorre que a tramitação desta Proposta se deu no prazo recorde de 24 horas, em detrimento de diversas outras Propostas de Emenda que estão há muito aguardando deliberação. Outro fato que chama muito a atenção sobre o caso é o de que foram violados procedimentos regimentais de tramitação das PEC’s, e acabou sendo votada convenientemente no mesmo dia em que ocorria a partida que definiria o campeão do Campeonato Brasileiro 2020 (25/02/2021) (SPECHOTO, 2021). A rigor, não se vislumbra nenhuma ilegalidade, tampouco crime contra a administração pública. Mas é notória a tentativa de viabilizar a prática destes por meio de articulações legislativas que vão contra os interesses públicos. Mais ainda, valeu-se de uma estratégia cuja principal virtude foi a ignorância da população, uma vez que não foi dado ao povo tempo para fazer julgamento de valor sobre o projeto, nem oportunidade, visto que o país inteiro mantinha sua atenção em outra tela.

Observa-se dessa convergência de fatos a razão pela qual se vê tão íntimas as relações entre transparência, democracia e índices de corrupção, tal como estabelecidas no capítulo anterior.

É neste ponto que se ressalta a essencialidade de uma sistemática de transparência efetiva. A transparência é uma manifestação da democracia, não somente no ponto em que o governo simplesmente fornece informações sobre as ações de interesse público, mas no ponto em que entregue essas informações de forma compreensível. E mais, permitindo e impulsionando outras formas de comunicação e disseminação de informação em massa, como o jornalismo investigativo (LEAL, 2020, p. 50).

É evidente a importância de instrumentos dessa natureza para que se possa insurgir contra a corrupção endêmica. Não fossem as investigações jornalísticas, não se teria noção do que se enfrenta na sociedade, nem tampouco se teria subsídio para desenvolver o presente artigo.

Da mesma forma, revela-se de suma importância o movimento de controle da atividade estatal, de caráter democrático, evidenciado na década de 80 em diante, trazendo instrumentos sistemáticos de valor ímpar, como o *accountability*.<sup>4</sup> Essa política que mira deixar o Estado à

---

4 Termo usado para descrever um sistema consistente na transparência e na responsabilidade do Estado, advindo de uma era de controle sobre as suas ações.

mercê do controle popular é central em assuntos sobre o papel da transparência estatal, como característica de um Estado democrático e anticorrupção (FILGUEIRAS, 2011, p. 11). Derivado desses modelos, surgiram alguns instrumentos, como a Lei 12.527/2011, popularmente conhecida como Lei do Acesso à Informação, e a Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, com escopo de tonificar os meios de transparência do Estado. Todavia, nota-se que estes artifícios ainda enfrentam obstáculos no intento de se tornarem efetivos. Um desses entraves é o conflito entre a atual Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação, que demanda sistemáticas hermenêuticas para a aplicação objetiva de ambas, visto as iminentes e correntes negativas de informação fundadas na LGPD (LIMBERGER, 2022, p. 119-121). Durante o período da pandemia do Coronavírus, evidenciou-se também uma negligência, por parte do governo, em atender às demandas de acesso à informação (AMARAL, 2020, p. 4).

O que virá a ser trabalhado em seguida é em que medida e de que forma deve haver transparência do Poder Público, especificamente no âmbito da administração pública.

#### **4 TRANSPARÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Ao falar em transparência administrativa como instrumento do combate à corrupção, acima de tudo se está a falar de artifício preventivo. É um princípio chave na condução da gerência do Estado, oportunizando a ampla clareza quanto aos seus governantes, agentes e procedimentos. Esse princípio se encontra centralizado nas codificações de conduta governativa mundo afora. A transparência subjaz ao conceito de ética e probidade administrativa dos agentes (GARCIA; ALVES, 2011, p. 127-128).

No Brasil, foi estatuído o Código de Conduta da Alta Administração Federal, que, já em seu artigo 1º, traz como diretriz do seu regimento a maior transparência da administração (GARCIA; ALVES, 2011, p. 130). Além deste código, são diversos os instrumentos normativos que trazem, com ênfase, a transparência na prevenção e repressão a condutas ímprobas. São exemplos, ademais das já mencionadas leis, a Lei nº 8.730/1993, que determina a prestação de informações pessoais pelas autoridades públicas (BRASIL, 1993), e a Lei nº 8.429/1992, nominada Lei

de Improbidade Administrativa, que, em seu artigo 9º, inciso X, tipifica como ato ímprobo ilícito a omissão de atos do Poder Público que devam ser publicados, bem como em seu artigo 11, incisos IV, VI e VIII, tipifica como ato ímprobo o retardamento ou obstrução da devida transparência e fiscalização dos atos (BRASIL, 1992).

Resta evidente que existem inúmeros dispositivos que visam a transparência como meio de controle e, ainda assim, encontram algumas resistências na sua aplicação, o que leva a concluir, a priori, que falta hermenêutica sólida a ser aplicada nestas disposições.

Nessa perspectiva, elenca-se como primordial na segurança da aplicação da transparência administrativa a sua constitucionalização, tomando-a como paradigma na dissolução de entraves interpretativos, de modo que a discussão sobre a transparência de qualquer aspecto relativo à administração e ao governo seja um debate constitucional, na seara das cláusulas pétreas. Além da rigidez na aplicação desse princípio, nota-se necessário o devido controle constitucional, com base neste princípio, para que se tenha a constitucionalização material desejada (OHLWEILER; CADEMARTORI, 2018, p. 33-37).

Em sentido congruente, o Ministro Luís Roberto Barroso salienta a essencialidade da deferência direta à Constituição e aos seus princípios, por parte do administrador público. Para ele, a interpretação constitucional administrativa deve ser em primeiro plano, tal como supra defendido, inclusive em detrimento, ocasionalmente, da legislação infraconstitucional e da jurisprudência (BARROSO, 2009, p. 121). Depreende-se que, ao contrário do que se vislumbra no corrente cenário, no âmbito da administração pública, a orientação constitucional deve ser mister, sempre em primeiro plano, e não um mero sugestivo principiológico. Neste caminho, apregoa-se a premissa de que o deslinde dos atos administrativos e do Direito Administrativo andem de mãos dadas com a Constituição, de forma que as suas orientações sejam codificadas pela Carta Maior em maior grau possível, conferindo maior preeminência às regras administrativas.

Assim, tomando o direito à informação pública por um direito fundamental, indispensável ao desenvolvimento social digno (OHLWEILER; CADEMARTORI, 2018, p. 40), e visando a boa administração, por bem ou por mal, surgem os aludidos dispositivos infraconstitucionais.

O mais abrangente e detalhista desses diplomas é a Lei nº 12.537/2011, dita Lei de Acesso à Informação.

Em um quadro geral, é possível observar que o conteúdo da lei sob comento estabelece, entre outros aspectos pormenorizados, os sujeitos os quais são onerados de prestar informações, o grau de transparência das informações, quais são abrangidas e os procedimentos pelos quais serão prestadas. Ademais, ela estabelece os limites da transparência do poder público, que oscilam entre direitos fundamentais e informações que possam comprometer o interesse e a segurança públicos (OHLWEILER; CADEMARTORI, 2018, p. 46). Como outro braço da garantia à transparência, a Lei nº 8.730/1993 determina a prestação de informações de natureza financeira, relativa a bens e posses, por parte de todos os membros e servidores da administração pública direta e indireta da União, quando de sua posse e saída. Em síntese, esses dois diplomas estabelecem os moldes basilares que guiam a materialização do dever de transparência da administração para com a população.

Direcionando o enfoque, primeiramente, à transparência da administração pública em sentido material<sup>5</sup>, há que se analisar as fronteiras do dever de transparência do Estado e os entraves encontrados. É cediço que o direito ao acesso à informação, tal como todos os demais, não é absoluto. Nesse âmbito, foi visto que, em linhas gerais, os limites da transparência do Poder Público são instituídos nas figuras dos casos em que o interesse e a segurança pública estejam ameaçados pela publicização dos movimentos administrativos (OHLWEILER; CADEMARTORI, 2018, p. 46). Portanto, é imperioso definir claramente quais são estas fronteiras e permitir que reste incontroverso que qualquer penumbra que abarque qualquer outro aspecto aquém destas fronteiras é ilícita e inconstitucional.

No seio da Lei de Acesso à Informação, que vem regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, percebe-se que a sua abrangência quanto aos sujeitos passivos compreende praticamente todos os entes e entidades componentes da administração pública direta e indireta (BRASIL, 2011a). Quanto ao objeto, direciona-se intensamente quanto ao manejo dos recursos públicos, mas também a uma ampla gama de informações,

---

5 Segundo Hely Lopes Meirelles (2016, p. 68), o conceito de Administração Pública pode ser visto sob quatro aspectos, dentre eles, o sentido material. Esse sentido explica a Administração Pública como “conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral”.

incluindo as advindas de entidades privadas prestadoras de serviços para o Estado, conforme o artigo 7º:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII - informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Neste cerne estão as informações a serem prestadas, em conformidade com a boa-fé administrativa, devendo ser íntegras e de fácil interpretação. Além delas, deve-se considerar o inquérito civil público, que não veio expresso, porém é indispensável para a administração democrática (HEINEN, 2014, p. 127-128). No que se refere ao artigo 8º, este trata das informações a serem disponibilizadas de maneira espontânea pelos órgãos e entidades e de modo plenamente visível e de fácil compreensão. O rol dele é exemplificativo, de maneira a abraçar quaisquer outras informações relevantes ao domínio público (HEINEN, 2014, p. 134-135).

Dada a ampla gama de informações objeto desse sistema de transparência, parece mais fácil identificar as exceções a este sistema, a fim de definir objetivamente os limites da transparência. O artigo 23 traz um rol de ocasiões em que o acesso à informação pode ser denegado pelo Estado. Como já dito, essas situações compreendem, em síntese, questões envolvendo direitos fundamentais, questões de segurança nacional e procedimentos de que disso depende o seu êxito. Insta salientar que o seu rol é *numerus clausus* e o valor de suas hipóteses deve ser medido em caso concreto, sopesando-se os bens jurídicos em questão, à luz dos princípios constitucionais (HEINEN, 2014, p. 207). Posicionamento este que honra o anteriormente aduzido acerca da constitucionalização do Direito Administrativo. Observa o Professor Juliano Heinen (2014) que, dentre as exíguas hipóteses de sigilo em todo o ordenamento, todos os incisos que se referem às funções administrativas e de governo falam sobre a salvaguarda de interesses nacionais, no plano internacional. Em nenhum momento fazem menção à organização orçamentária interna ou sequer a questões da estruturação interna da administração, sendo estas, inclusive, matérias de alto relevo na importância da transparência. Neste ponto, encontra-se um dos grandes entraves antes mencionados.

Recentemente, no ano de 2019, houve uma alteração de grande tormento na Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020 (Lei nº 13.898/2019). Fala-se das Emendas de Relator-Geral (CRUVINEL, 2021, p. 75). Contextualizando, o sistema orçamentário nacional prevê alguns tipos de emendas parlamentares, a fim de que sejam destinados recursos pelos parlamentares em favor de algum órgão beneficiário. Ocorre que todas as emendas estão sujeitas aos critérios de destinação de recursos e especificações dessas destinações, o que possibilita, inclusive, o controle sobre tal. Isto não ocorre com a Emenda de Relator-Geral, cujas especificações e direcionamentos ficam a cargo exclusivamente do relator-geral da LDO, sem sujeição a nenhum critério e portais de transparência (CRUVINEL, 2021, p. 77). Em razão disso, esta emenda foi apelidada de “Orçamento Secreto”.

A despeito de qualquer justificativa que se tenha apresentado para o incremento de um mecanismo dessa natureza, é dispensável comentar sobre a estratosférica inconstitucionalidade dessa emenda e dos prejuízos que ela causa ao erário e ao sistema público. Claramente contrário ao artigo 37 da Constituição Federal e a todos os demais diplomas legais versados até então, este dispositivo é objeto de Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental, no Supremo. Torna-se quase indispensável ressaltar a íntima relação que tal mecanismo tem com práticas corruptivas do sistema público. Em pouco tempo de vigência, o uso dessas emendas foi associado repetidas vezes a casos de suspeita de corrupção investigados pela Polícia Federal (VINHAL, 2022).

É notável a violação aos preceitos constitucionais e legais que versam sobre a transparência pública. Mais ainda, percebe-se a ausência de controle de constitucionalidade eficiente tal como se apregoa necessário para manter hígida a deferência pelas normas constitucionais. Por estas razões é que se defende a objetividade criteriosa dos limites da transparência pública, por mais exíguos que sejam, e que sejam esses limites constitucionalizados.

Redirecionando o olhar para a administração pública em sentido formal<sup>6</sup>, na figura de seus agentes, observa-se que, dentre os limitadores do alcance da transparência estatal, o mais facilmente encontrado e mais controverso é o que diz respeito à proteção da intimidade e dos direitos individuais do administrador. Quanto a isso, embora a Lei nº 8.730/93 determine a declaração de bens pelos servidores federais e o Tema de Repercussão Geral 483 do STF legitime a disseminação de dados financeiros dos servidores, existem alguns conflitos, principalmente quando se fala da Lei Geral de Proteção de Dados. Esses conflitos são expressos pelos direitos relativos à intimidade do cidadão (LIMBERGER, 2022, p. 115).

Limberger propõe que, para superar esses conflitos, sejam adotados alguns critérios na interpretação dos direitos:

- a) valoração caso a caso da questão de se um dado de caráter pessoal pode publicar-se, fazer-se acessível ou não, e, em caso afirmativo, em que condições e de que maneira (digitalização ou não, difusão em internet ou não etc.); b) princípios da finalidade e legitimidade; c) quais as informações da pessoa em questão; d) e o seu correlato direito de oposição, utilização das novas tecnologias em prol da proteção dos dados pessoais (LIMBERGER, 2022, p. 119).

Pode-se dizer que estes critérios são utilizados para sopesar os valores aqui compreendidos, a fim de que se chegue a um limite objetivo quanto

---

6 No conceito de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 68), a Administração Pública em sentido formal é “o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo”.

à transparência do Poder Público na figura de seus agentes. Em outras palavras, servem para definir onde o interesse público não mais prepondera.

Nesse ínterim, Têmis Limberger (2017) lembra que a publicidade de dados dos agentes públicos se dá em nome do princípio da moralidade e da supremacia do interesse público. O mesmo ocorre com as declarações exigidas pela Lei nº 8.730/93. Não obstante, a autora refere não ser o suficiente para violar o direito à intimidade, visto que, por ocasiões, esta violação só fomenta interesses ilegítimos, como a ‘curiosidade alheia’ que impulsiona o jornalismo investigativo (LIMBERGER, 2017, p. 84).

Com efeito, traz razão a autora quando cita a falta de especificação legal das personalidades passíveis de publicidade, sendo que alguns dados configuram excesso à sua publicidade, assim como não importam à ordem pública (LIMBERGER, 2017, p. 85). Contudo, não é excessivo lembrar que o jornalismo investigativo constitui um instrumento de máximo valor para a efetivação da transparência e do combate à corrupção, devendo ser viabilizado e incentivado (LEAL, 2020, p. 50). Outrossim, quanto ao interesse social, insta salientar que, no tocante aos vencimentos e bens dos agentes públicos, estes têm direta relação com interesse público. Conforme cita o Ministro Ayres Britto, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902:

14. O meu voto já se percebe. A situação dos agravantes cai sob a regência da 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

15. No tema, sintase que não cabe sequer falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco



pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. Estado que somente por explícita enunciação legal rimada com a Constituição é que deixa de atuar no espaço da transparência ou visibilidade dos seus atos, mormente os respeitantes àquelas rubricas necessariamente enfeixadas na lei orçamentária anual, como é o caso das receitas e despesas públicas. Não sendo por outra razão que os atentados a tal lei orçamentária são tipificados pela Constituição como “crimes de responsabilidade” (inciso VI do art. 85) (BRASIL, 2011b).

Ainda, no campo dos direitos humanos, reforça-se que a corrupção, fenômeno que se pretende reprimir com a medida em análise, é um modelo de conduta imensuravelmente nefasto, que traz consigo um arcabouço igualmente grande de reflexos violadores de todos os tipos de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, principalmente a dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2016, p. 106). Com o intento de melhor ilustrar a relevância da transparência de tais dados, basta lembrar da crítica de Bonavides à democracia representativa, quanto à legitimidade dos interesses dos governantes e do fato que os vencimentos dos servidores são estabelecidos em leis, editadas por eles mesmos. Se não houver controle popular quanto a isso, o que os impede de fazer valer o seu próprio interesse em detrimento de qualquer outro que seja mais relevante socialmente?

Oportunamente, o voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.649 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 695, traz pertinentes considerações a este mérito. Primeiramente, o Ministro ressalta a possibilidade do acesso e compartilhamento de dados pessoais dos cidadãos entre órgãos e entidades da administração pública federal, desde que respeitados os critérios legais específicos para tal, sendo o principal deles a presença do relevante interesse público. Além disso, o Ministro salienta a imprescindibilidade da extrema transparência da administração quanto aos autorizadores legais, nos mesmos parâmetros aqui investigados (inteligibilidade e facilidade de acesso) (BRASIL, 2022). Embora o referido julgamento se direcione ao tratamento de dados de particulares, externos ao Poder Público, os parâmetros eleitos pelo Ministro do Supre-

mo são ligeiramente similares aos vistos até então, sendo que os titulares dos dados discutidos no bojo desta investigação são agentes públicos, o que, vale lembrar, faz presente o interesse social mencionado.

Assim sendo, os exemplos empíricos exaurem a função de demonstrar a extrema relevância da transparência para que se possa caminhar em sentido contrário à corrupção. É um assunto de contornos elementares no combate à corrupção sistêmica. E, ainda hoje, sob o manto de uma constituição que rege um Estado dito republicano, não são poucos os exemplos em que se atenta contra o princípio da transparência pública. Seus preceitos devem ser tonificados e seu respeito exigido mais incisivamente, de modo a construir uma ideia de reprovabilidade a seus óbices, tal quanto a qualquer outro atentado à democracia, como tortura de oponentes políticos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto ora trazido mostra-se de suma relevância para as bases republicanas de uma nação. Por esta razão, se pretendeu apurar qual a sua relevância para uma das lutas mais elementares que se trava no Brasil: a opressão à corrupção. E, com isso, entender qual o grau de importância da transparência nesta luta, o que pode ser aprimorado e em que medida ela deve aplicada para que se tenha um equilíbrio desejado entre utilidade e justiça.

Para tanto, buscou-se entender os fundamentos desse princípio e qual o seu papel na instituição de um Estado moldado em razão dos interesses de seu soberano: o povo. Nesse deslinde, viu-se que não há república ou democracia sem transparência do governo para com os seus governados, uma vez que aquele é só um prestador de serviços para melhor atender estes. Portanto, a transparência é critério *sine qua non* na organização de um governo e de uma máquina pública legítimos.

A partir desta premissa, primou-se pela análise da conjuntura da transparência no cenário da Administração Pública e em que medida deve ser respeitada para que se tenha oposição eficaz à cultura de corrupção do sistema público. Nesse íterim, o estudo encontrou um posicionamento quase que unívoco, no sentido da necessidade da transparência. As bases doutrinárias, nacionais e internacionais, e até legislativas do país encontram acordo sobre a prevalência do interesse público ao interes-

se individual nesse aspecto. O que se pôde verificar, todavia, foi um lamentável desrespeito a estas premissas, pelo que se apregoa uma maior preeminência das normas de transparência, de modo, inclusive, a serem incorporadas à Constituição em maior grau possível. As únicas hipóteses de restrição a esse princípio devem estar lá previstas e devem ser *numerus clausus*. Não faltam exemplos para ilustrar os efeitos nefastos de se manter o funcionamento da administração coberto aos olhos do administrado. Portanto, é de vital importância que seja respeitada e potencializada a transparência da máquina pública, sempre buscando mostrar as nuances com maior grau de lucidez à população.

Portanto, além de constitucional, é necessária a veiculação de dados referentes à administração pública, tanto em relação aos seus processos, quanto aos seus agentes, visto o interesse social tão acentuado. Entretanto, ante a colisão de direitos fundamentais, quando ao se tratar de dados referentes aos agentes, é mister que sejam instituídos e observados rigorosamente critérios para o seu compartilhamento, tendo sempre por norte os limites do interesse social e a sua relevância. Diante de tais limitações, pode-se ter objetivamente que os limites da transparência pública são manifestos pelo limite de sua utilidade e, eventualmente, dos direitos individuais indisponíveis envolvidos, quando não preponderar o interesse público.

Por este estudo, pretendeu-se contribuir com a solidificação do papel da transparência em política de combate à corrupção, esclarecendo que a transparência deve ser primada sempre que possível, como um direito de todos de ao menos saber sobre a atenção a seus próprios interesses e demais direitos.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Muriel Emídio Pessoa do. Montagens doentes e perversas: a informação no governo Bolsonaro durante a pandemia do coronavírus. **Mediaciones Sociales**. Bauru, v. 19, p. 1-6, 2020. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/70289>. Acesso em: 23 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993**. Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18730.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18730.htm). Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Presidência da República, 2011a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.649/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 de setembro de 2022. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2022/09/voto-adi-6649-e-adpf-695-1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902/SP**. Agravante: Sindicato dos Especialista de Educação Ensino Público do Município de São Paulo – Sinesp; Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo e Outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 09 de junho de 2011b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>. Acesso em: 02 set. 2022.

CRUVINEL, Marcello Nogueira. O Orçamento Secreto e a “(In) Transparência” Pública. **Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento**. Brasília, v. 11, ed. esp., p. 75-81, jul. 2021. Disponível em: [https://www.assecor.org.br/index.php/download\\_file/5078/7062/](https://www.assecor.org.br/index.php/download_file/5078/7062/). Acesso em: 30 ago. 2022.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política da publicidade. **Lua Nova**. São Paulo, n. 84, p. 65-94, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/3Z88sCrZZbTrnKy5SW6j6MK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 ago. 22.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GASPAR, Malu. **A Organização: a Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

HAN, Byung-Chul. **La Sociedad de la Transparencia**. Tradução de Raúl Gabás. 1. ed. Barcelona: Herder, 2013.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação: Lei 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

HOMERCHER, Evandro. O princípio da transparência e a compreensão da informação. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 13, n. 100, p. 375-391, jul./set. 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Criminalidade Governativa e a Corrupção como Entraves ao Desenvolvimento: algumas propostas jurídicas de enfrentamento. In: Handel Martins Dias; Anizio Pires Gavião Filho; Eduardo Andrés Velandia Canoasa. (Org.). **Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional: justiça constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão**. 1ed. Belo Horizonte, v. 1, p. 43-74, 2020

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LIMBERGER, Têmis; RITTER, Renée Cristina Herlin. A Lei de Acesso à Informação Pública e a decisão do STF na Repercussão Geral nº 483: o desencontro entre interesse público e vida privada dos servidores públicos. **Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 19, n. 103, p. 79-98, maio/jun. 2017.

LIMBERGER, Têmis. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação Pública (LAI): um diálogo (im)possível? As influências do direito europeu. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 281, n. 1, p. 113-144, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85654/80834>. Acesso em: 22 ago. 2022.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

MARTÍN, Javier de Lucas. Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. **Anuario de Filosofía del Derecho**. Valencia, n. 7, p. 131-146, 1990. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142180>. Acesso em 28/07/2022.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Buerle. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OHLWEILER, Leonel Pires; CEDEMARTORI, Sérgio Urquart de. **Do segredo à transparência na administração pública: os arcana imperii e o direito ao acesso à informação**. Canoas: Editora Unilasalle, 2018.

SCHMITT, Carl. **Catolicismo Romano e Forma Política**. Tradução de Alexandre Franco de Sá. 1. ed. Lisboa: Hugin, 1998.

SPECHOTO, Caio. Arthur Lira não consegue acordo e tira PEC da imunidade da pauta. **Poder 360**. Brasília, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/congresso/arthur-lira-falha-em-conseguir-acordo-e-tira-pec-da-imunidade-da-pauta/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

VINHAL, Gabriela. O que é 'orçamento secreto', verba usada em esquemas suspeitos de corrupção. **UOL Notícias**. Brasília, 08 ago. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/08/08/orcamento-secreto-fraudes-governo-bolsonaro.htm>. Acesso em: 30 ago. 2022.

# **BREVE ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES DO DECRETO Nº 11.129/2022 NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: A NECESSIDADE DE UMA CULTURA DE INTEGRIDADE NO AMBIENTE EMPRESARIAL**

*CHAIENE MEIRA DE OLIVEIRA<sup>1</sup>  
ROGÉRIO GESTA LEAL<sup>2</sup>*

## **1 INTRODUÇÃO**

A problemática em torno da corrupção não é recente, sendo que os mecanismos para o seu combate vêm sendo cada vez mais aprimorados não apenas no Brasil, mas também em nível internacional, o que inclusive influenciou na legislação interna. Com o presente trabalho objetiva-se analisar as principais alterações decorrentes do Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022 introduzidas na Lei Anticorrupção Brasileira com foco nos programas de integridade e de que forma estes contribuem para as pessoas jurídicas possam prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional.

A temática está relacionada com as alterações do Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022 na Lei 12.846/2013 conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, o qual alterou e revogou o anterior decreto nº 8.420/2015 que regulamentava a norma, estando delimitada aos aspectos

---

1 Advogada. Servidora pública municipal. Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). E-mail: chaienemo@outlook.com.

2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP. E-mail: gestaleal@gmail.com.



relacionados aos programas de integridade e sua previsão normativa no contexto brasileiro com foco na referida norma.

Considerando as recentes alterações trazidas pelo referido decreto, bem como os instrumentos existentes na seara da prevenção e sanção das práticas corruptivas no Brasil, questiona-se: de que forma as inovações legislativas podem contribuir para o combate à corrupção no Brasil, sobretudo no que tange a adoção de programas de integridade no ambiente empresarial?

Para responder ao problema de pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo tendo em vista que partindo de um contexto geral acerca da corrupção no Brasil passa-se a análise específica das alterações promovidas pelo Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022, o qual regulamenta a Lei Anticorrupção Brasileira, sobretudo quanto às possibilidades de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional. Quanto ao método de procedimento optou-se pelo monográfico e, as técnicas de pesquisa resumem-se a consultas em livros, artigos, periódicos, teses, dissertações, legislação, dentre outros meios.

A hipótese inicial é no sentido de que o referido decreto trouxe alterações no sentido de reforçar a necessidade da instituição, manutenção e aperfeiçoamento dos programas de integridade existentes nas empresas como forma de prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional.

A justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade de analisar as recentes alterações promovidas pelo Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022, o qual regulamenta a Lei Anticorrupção Brasileira, seus reflexos na norma alterada e, sobretudo, de que forma este contribui para o combate às práticas corruptivas no país. Em termos práticos, a partir dos estudos realizados torna-se possível o estabelecimento de diretrizes a serem adotadas por parte das empresas, bem como por parte do Estado e da sociedade para que seja possível a redução da ocorrência de atos ilícitos e aplicação das respectivas sanções aos agentes corruptores.

Os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos tópicos, são em um primeiro momento delimitar os aspectos conceituais e históricos da corrupção no Brasil; após visa-se descrever os principais

instrumentos normativos de combate às práticas corruptivas existentes no país e, por fim; verificar as principais alterações instituídas pelo Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022, o qual regulamenta a Lei Anticorrupção Brasileira, com foco na previsão sobre os programas de integridade.

## **2 ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO**

Ao estudar o fenômeno da corrupção, uma das maiores dificuldades é estabelecer um conceito sobre o que pode ser considerado como uma prática corruptiva tendo em vista as múltiplas faces que esta assume de acordo com o local, o contexto a até mesmo sobre qual prisma está sendo realizada determinada análise. Cumpre salientar que a dificuldade em estabelecer uma conceituação precisa não é exclusividade dos doutrinadores brasileiros, mas também estrangeiros, conforme passa-se a analisar.

A corrupção pode ser definida ainda como um fenômeno social, a qual surge e se desenvolve de acordo com as características do local na qual está inserida, o que é apontado por Garcia (2013). Para o autor, esta não pode ser analisada isoladamente, devendo sempre ser verificada em conformidade com as características da sociedade em que está presente.

Neste mesmo sentido, Nascimento (2014), afirma que diante da dificuldade de conceituar o fenômeno da corrupção, é preciso que seja considerado não apenas o contexto, mas também a abordagem, seja jurídica, econômica, cultural, sociológica, antropológica, policial, política, filosófica ou jornalística. Isso faz com que a conceituação seja diferente dependendo de qual prisma está sendo utilizado de modo que ao considerar os aspectos filosóficos evidentemente o estudo será diferente daquele realizado na esfera jurídica, por exemplo.

Ademais, é preciso considerar que a dificuldade em conceituar o fenômeno da corrupção não é algo exclusivamente local não podendo ser considerado um problema exclusivamente brasileiro, uma vez que ao analisar a doutrina estrangeira acerca do tema, os autores também enfrentam esta problemática. Assim, Etzioni (1984) entende que a corrupção pode ser compreendida como um comportamento mal ou perverso de modo que o ato de corromper é fazer com que uma situação favorável se torne desfavorável. A corrupção não é perpetrada somente por agen-

tes públicos, mas também por agentes privados, podendo ser entendida como o uso dos bens públicos para obter vantagens particulares.

Nesta mesma linha, Rose-Ackerman (2001) define que a corrupção pode ser compreendida como um comportamento desonesto, envolvendo posições políticas como forma de obter ganhos particulares. Como exemplo, a autora narra a situação em que os políticos desonestos em conjunto com os agentes públicos se ajudam mutuamente para obter vantagens. Pelo fato de suas ações serem ilegais, eles precisam confiar que os beneficiários não irão revelá-las.

Considerando a ideia de que a corrupção é um desvirtuamento dos interesses públicos para obtenção de interesses particulares, necessária a observação trazida por Bitencourt e Reck (2015), sobre a amplitude do que é considerado patrimônio público, os quais entendem que o patrimônio público não compreende somente os bens públicos, mas também os serviços sejam aqueles que garantem os direitos dos cidadãos e ainda a imagem do poder público.

Mesmo que brevemente, se faz necessário destacar que o problema da corrupção, embora tenha adquirido cada vez mais notoriedade, não é recente na história brasileira uma vez que conforme estudos verificou-se que sua origem remonta à América Portuguesa, momento histórico em que o Brasil era uma colônia pertencente a Portugal. Há com isso a permanência secular da corrupção no país, as patologias corruptivas foram ganhando diferentes conotações de acordo com o período que o país enfrentava, o que pode ser verificado no próprio histórico legislativo brasileiro uma vez que ainda em 1890 já havia a menção constitucional de mecanismos de controle da administração pública, o que será estudado em sequência. Denota-se que embora não haja um consenso em definir uma conceituação precisa sobre o que é corrupção, o entendimento majoritário é de que as patologias corruptivas estão intimamente ligadas ao mau uso do patrimônio público com a finalidade de obter vantagens particulares.

Ademais, verifica que a sua ocorrência é visualizada tanto na esfera pública quanto na esfera privada, motivo pelo qual com a intensificação das relações entre a administração pública e o mercado, a necessidade de prevenção e combate às práticas corruptivas se torna cada vez mais necessária, o que perpassa pela existência de programas de integridade tanto no serviço público como na esfera privada, o que será analisado na sequência.

Um dos instrumentos utilizados para a prevenção destas práticas são justamente os programas de integridade, os quais vão ser abordados na sequência sendo que o termo *compliance* deriva da expressão *to comply*, o qual se definido no sentido literal da palavra significa agir com determinada regra. Além disso, segundo Bittencourt (2014), *compliance* significa a obrigação de cumprir com os regulamentos internos e externos de acordo com as regras pré-estabelecidas.

Com isso, estaria relacionado ao cumprimento das normas e acordos trazendo a ideia de concordância e conformidade com os regramentos internos e legislativos. Dessa forma, segundo Assi (2013), *compliance* se refere também aos sistemas de controles internos que permitem esclarecer e proporcionar maior segurança aos que utilizam da contabilidade para fins de análise tanto econômico-financeira quanto de gerenciamento operacional estão incluídos a prevenção às fraudes e operações ilegais que possam causar desfalques à própria instituição e a terceiros.

### **3 O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: PRINCIPAIS INSTRUMENTOS E PREVISÃO NORMATIVA**

Além da Lei 12.846/2013, é possível citar como exemplos que havia no Brasil as seguintes leis no que se refere o combate à corrupção: Código Penal Brasileiro, Lei 1.079/1950, a qual versa sobre o rito do Impeachment; Lei 4.717/65 (Ação Popular); Lei 4.737/1965, que instituiu o Código Eleitoral; Decreto-Lei 201/67 (Crimes cometidos por prefeitos); Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos servidores públicos federais); Lei 8.429/1992, conhecida Lei de Improbidade Administrativa; Lei 8.666/93 (Lei de Licitações); Lei 9.504/1997 (Lei Geral das Eleições); Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998); Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa e a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

No tocante à integridade pública na esfera federal, destacam-se ainda o Decreto nº 10.756/2021, o qual instituiu o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal (SIPEF) e constitui a base legal para a consolidação das políticas de integridade em todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional; o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo

Federal (Decreto nº 1.171/1994) define regras deontológicas, deveres e proibições para os servidores públicos civis do Poder Executivo federal.

A Lei Anticorrupção Brasileira, Lei 12.846/2013, teve forte influência externa, principalmente pelos tratados nos quais o Brasil é signatário, são exemplos destes tratados: o The Open Government Partnership (OGP) ou Parceria para Governo Aberto; Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU); A Convenção Interamericana contra a Corrupção - Convenção da OEA e a Convenção sobre Combate de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – Convenção da OCDE.

Verifica-se que há uma preocupação internacional no combate as práticas corruptivas, uma vez que conforme exposto, não se trata de um problema recente nem local, mas que está presente em todos os países, causando prejuízos irreparáveis aos direitos fundamentais. Em 30 de novembro de 2000, o Brasil ratificou a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros com Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico– OCDE, na qual assumiu o compromisso internacional de punir os nacionais que subornassem funcionários públicos estrangeiros.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, no capítulo em que versa sobre a prevenção às práticas corruptivas, prevê que os estados membros devam implementar políticas de combate à corrupção com a participação da sociedade, seguindo os princípios da integridade, da transparência e da accountability. Além disso, prevê que devem ser adotados mecanismos de controle de integridade e códigos de conduta, os quais incentivem as denúncias de corrupção por parte dos servidores (UNODOC, 2018).

O documento também menciona a necessidade dos países tipificarem penalmente não apenas as formas simples de corrupção como suborno, mas também tráfico de influência e lavagem de recursos provenientes da corrupção. Por fim, prevê que todos os mecanismos de combate a corrupção necessitam da cooperação internacional, seja por meio de assistência legal, coleta de dados, transferência de informações, processos de extradição e ainda recuperação de ativos (UNODOC, 2018). Por sua vez, a Convenção Interamericana contra a Corrupção é considerada como um instrumento que tem por objetivo o fortalecimento dos mecanismos de combate à corrupção entre os países signatários, possuindo

previsões semelhantes às da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção no que se refere à tipificação como crime das práticas corruptivas e cooperação internacional.

Importante referir que não somente os tratados internacionais tiveram influência na adoção do regime anticorrupção pelo Brasil e consequente promulgação da Lei 12.846/2013, mas sim, normas estrangeiras também influenciaram os mecanismos adotados pelo país. A referida lei dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos corruptivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Conforme previsão do parágrafo único do art. 1º, a referida lei é aplicável às sociedades empresárias e às sociedades simples, sendo elas personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário que estas adotarem. Igualmente, é aplicada a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (BRASIL, 2013).

Denota-se que o rol de pessoas sujeitas à aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira é extenso sendo que as pessoas jurídicas acima mencionadas ainda estão suscetíveis às sanções na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, consoante previsão do art. 4º. Importante mencionar neste estudo que há discussões sobre a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira às entidades estatais da administração pública indireta. Considerando que este não é o foco da pesquisa, em síntese, entende-se pela possibilidade da responsabilização destes entes levando-se em consideração o princípio da moralidade administrativa previsto expressamente no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, bem como o art. 1738, o qual dispõe sobre o tratamento isonômico das entidades empresárias estatais com as demais empresas de natureza privada.

Logo, as empresas estatais que explorem atividade econômica também estariam sujeitas às responsabilizações previstas na Lei Anticorrupção Brasileira em face da igualdade conferida com as demais empresas, bem como forma de resguardar o princípio da moralidade administrativa, uma vez que não seria admissível que o próprio Estado administrasse pessoas jurídicas, as quais praticassem os atos corruptivos descritos na referida lei.

Quanto à conceituação das pessoas jurídicas, Santos (2015) define que estas podem ser compreendidas como entes autônomos, dotados de capacidade jurídica e com personalidade própria e independente de seus integrantes. Por ser autônoma, a pessoa jurídica pode contrair obrigações e possui direitos e deveres próprios. Embora já existisse a tipificação do crime de corrupção, conforme Bittencourt (2014), não havia uma norma específica que abarcasse as pessoas jurídicas mencionadas nos parágrafos anteriores envolvidas em atos corruptivos, uma vez que as punições eram apenas de caráter pessoal.

Antes da promulgação da Lei Anticorrupção Brasileira havia uma lacuna legislativa, uma vez que as pessoas jurídicas que fossem identificadas cometendo atos corruptivos, possuíam como sanção apenas o impedimento de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com a Administração Pública, através de suspensão ou declaração de inidoneidade. Importante ressaltar que a Lei Anticorrupção Brasileira não se trata de uma lei penal, mas sim, administrativa e civil, sendo que para grande parte dos doutrinadores, o legislador optou por esta esfera de responsabilização em detrimento da responsabilidade penal, uma vez que a escolha pela última estaria entrando em um ramo polêmico que ainda causa divergências doutrinárias.

Conforme Bertocini (2015), a relação de atos lesivos descrita no art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira é exaustivo, ou seja, só podem ser considerados atos ilícitos aqueles expressamente previstos de modo que pelo princípio da legalidade, não há ato ilícito sem lei anterior que o defina. Além disso, os atos ilícitos previstos na referida lei tem como sujeito passivo, permanentemente, a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Por sua vez, Carvalhosa (2015) aponta que além das hipóteses de corrupção efetivamente consumadas, o legislador preocupou-se também em prever a tentativa, na hipótese de oferecimento de vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada, ainda que tal vantagem não se consuma. Para os efeitos a Lei Anticorrupção Brasileira, considera-se administração pública estrangeira na forma do art. 5º, §1º, os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, sejam estas de qualquer nível ou esfera de governo, além das pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

Na sequência, o art. 7º prevê que serão levados em consideração na aplicação das sanções além da gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; a situação econômica do infrator; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Trata-se de uma previsão legal expressa de que a existência dos programas de integridade vai ser levada em consideração no momento da aplicação de eventual sanção à pessoa jurídica de maneira que além de estabelecer uma cultura de ética empresarial, estes também possibilitam vantagens no caso de eventual condenação. Desse modo, passa-se a análise específica do Decreto 11.129/2022 com foco nas alterações referentes a estes instrumentos.

#### **4 O DECRETO 11.129 DE 2022 E AS ALTERAÇÕES NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA**

Especificamente sobre as alterações promovidas pelo referido decreto, este regulamenta a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, aplicando-se aos atos lesivos praticados: I - por pessoa jurídica brasileira contra administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior; II - no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos; ou III - no exterior, quando praticados contra a administração pública nacional.

Além disso, nos termos do § 2º são passíveis de responsabilização nos termos do disposto na Lei nº 12.846, de 2013, as pessoas jurídicas que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito. A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica, decorrente do exercício do poder sancionador da administração pública, será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR ou de acordo de leniência.



O novo decreto trouxe uma metodologia específica para estimar o valor da vantagem recebida pela empresa infratora, considerando o valor total da receita obtida pela empresa quando ocorrerem atos ilícitos, englobando os valores advindos de contratos viciados, sendo subtraídos seus custos lícitos, bem como, o valor total advindo de despesas evitadas em razão da infração e os lucros obtidos pela empresa em decorrência da infração.

É destacado o compromisso assumido pelo Brasil em diversas convenções internacionais para combater o pagamento de vantagens indevidas por empresas brasileiras para funcionários públicos estrangeiros. Nesse caso, a apuração administrativa é de competência exclusiva da CGU. Para tanto, o Decreto determina que os órgãos e as entidades da administração pública deverão comunicar à CGU quaisquer indícios de prática de atos lesivos por pessoas jurídicas brasileiras contra a Administração Pública estrangeira.

Quanto aos programas de integridade, reforçou-se o incentivo para que as pessoas jurídicas adotem programas de integridade. Com isso, o Decreto visa aumentar os benefícios que poderão ser obtidos pela pessoa jurídica que adote um programa de integridade efetivo, capaz de prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional.

Nesse sentido, o Decreto nº 11.129/2022: a) aumentou de 4 para 5% o percentual de redução da multa que poderá ser concedido caso a pessoa jurídica demonstre possuir um efetivo programa de integridade; b) destacou que fomentar e manter uma cultura de integridade na organização é um dos objetivos do programa; c) aperfeiçoou a redação dos parâmetros de avaliação, tornando-os mais claros e adaptados às metodologias de avaliação já aplicadas; d) reservou a temática destinada a Micro e Pequenas Empresas a norma posterior que será editada pela Controladoria-Geral da União; e) reforçou a necessidade de, no caso de acordo de leniência, a pessoa jurídica se comprometer a implementar ou aperfeiçoar seu programa de integridade.

Na sequência, f) previu que o monitoramento do compromisso de aperfeiçoar seu programa de integridade poderá ser dispensado, de acordo com o caso concreto e a depender das medidas de remediação já adotadas pela pessoa jurídica leniente; g) previu, expressamente, que as

informações relativas às etapas do processo de monitoramento do programa de integridade serão publicadas em transparência ativa no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União.

Especificamente sobre os programas de integridade, o art. 56, I estabelece que o tripé dos programas de integridade deve possuir é de prevenir, detectar e sanar, ou seja, é preciso prevenir atos ilícitos, detectar irregularidades e sanar eventual ocorrência de atos ilícitos. Por mais que o Decreto nº 8.420/15 mencionasse a necessidade de instauração de programas de integridade não havia a previsão expressa quanto a necessidade destes pilares. Há uma ampliação do escopo dos programas de integridade de forma semelhante aos instrumentos de *compliance* anti-corrupção, os quais na doutrina internacional são conhecidos como *anti-bribery and corruption compliance*.

Essa influência da legislação estrangeira nos instrumentos utilizados no âmbito interno é citada por Pagoto (2013):

o cenário pode ser compreendido a partir da teoria dos jogos e dos incentivos. No raciocínio típico da teoria dos jogos, as autoridades envolvidas no combate a corrupção em um país devem indagar o que as autoridades de outros países farão diante de uma ação ou omissão sua. Em outras palavras, a sua ação racional se condiciona diretamente pela ação ou reação de outros países, ou ainda, pela expectativa de ação, ou reação desses países.

Por sua vez, o inciso II estabelece que o fomento e a manutenção de uma cultura de integridade constituem os pilares dos programas a serem instaurados no ambiente empresarial, o que ressalta a necessidade de além de visar a prevenção e detecção de atos corruptivos, tais programas podem e devem ser ampliados. Na sequência, o art. 57 prevê que a existência e aplicação dos programas de integridade precisa observar como parâmetro: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de

integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

Bem como é preciso estar atento a: IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade; V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalização ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões.

Por fim, o art. exige: IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco.

Sobre o inciso XIII no que se refere às diligências apropriadas, baseadas em risco, trata-se de *Due diligence* por meio de uma abordagem baseada no risco fazendo com estas práticas sejam adotadas constantemente tornando-se parte da rotina empresarial assim como os demais procedimentos administrativos e legais. Trata-se do destaque de uma prática que já é adotada por parte das empresas, principalmente aquelas que já possuem programas de integridade bem estruturados.

No tocante a exigência de programas de integridade, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispõe que nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitan-

te vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento. Ou seja, trata-se de uma exigência para contratar com o poder público.

Percebe-se que as alterações seguem a linha do que vem sendo adotado nos últimos anos no país, bem como internacionalmente, além de seguir as recomendações da OCDE, a qual recomenda no documento Recomendação da OCDE sobre Integridade Pública (2021) a existência de uma cultura aberta de integridade organizacional, a qual investe em liderança de integridade para demonstrar o compromisso de uma organização do setor público com a integridade. promove um setor público que respeita os valores inerentes ao serviço público e a boa governança; apoia uma cultura organizacional aberta que esteja atenta às questões de integridade e aplica um controle interno com uma estrutura de gerenciamento de riscos para salvaguardar a integridade.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente trabalho objetivou analisar as principais alterações decorrentes do Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022 na Lei Anticorrupção Brasileira com foco nos programas de integridade e de que forma estes contribuem para as pessoas jurídicas possam prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional. Dessa forma, passa-se a responder ao problema de pesquisa, o qual questionou: de que forma as inovações legislativas podem contribuir para o combate à corrupção no Brasil, sobretudo no que tange a adoção de programas de integridade no ambiente empresarial?

Em síntese, a resposta é no sentido de que as inovações trazidas pelo referido decreto seguem a linha do que vinha sendo adotado na legislação brasileira no sentido de promover e incentivar a adoção dos instrumentos de integridade por parte das empresas. Isso faz com que os negócios celebrados com o poder público, sobretudo no que tange aos procedimentos licitatórios os quais estabelecem relações entre Estado e mercado possuam maior segurança e observância aos parâmetros legais.

Ademais, para além das vantagens oferecidas às pessoas jurídicas no caso da aplicação de eventual sanção nos termos da Lei Anticorrupção Brasileira, a adoção de um sistema sólido de *compliance* gera benefícios internos e nas relações empresariais.

## REFERÊNCIAS

ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul, 2013.

BERTOCINI, Mateus. **Dos atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira**. In. Comentários a lei 12.846/2013 – lei anticorrupção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. *Ebook*.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmática sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção**: lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei 12.846/2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ETZIONI, Amitai. **Capital corruption**. The new attack on American Democracy. New Jersey: Transaction Inc, 1984

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. **O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013** – Lei Anticorrupção. In. Lei Anticorrupção Empresarial - Aspectos Críticos À Lei Nº 12.846/2013. São Paulo: Fórum, 2014.

OECD. **Fortalecendo a Integridade Pública no Brasil**: Consolidando as Políticas de Integridade no Poder Executivo Federal, Paris: OECD Publishing, 2021.

PAGOTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción e los gobiernos**: causas, consecuencias y reforma. Traducción de Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2001.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Da responsabilização administrativa. In: **Comentários à lei 12.846/2013 – lei anticorrupção**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. *Ebook*.

UNODOC, United Nation Office on Drugs and Crime. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html>. Acesso em 29 jul. 2022.



# (RE)VISITANDO O ENCARCERAMENTO DE MULHERES NO BRASIL: POR UMA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

GIOVANNA DE CARVALHO JARDIM<sup>1</sup>

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O encarceramento feminino em massa em diversos lugares do mundo, principalmente no Brasil<sup>3</sup>, tem exigido das ciências criminológicas e seus estudiosos maiores aprofundamentos teóricos das realidades vivenciadas.

Percebe-se que, por um lado, os estudos de criminologia generalizantes apenas aproximam-se das desigualdades de classe, não abordando questões de gênero. Por outro lado, os discursos a respeito das mulheres como vítimas de crimes têm aumentado, contudo, quando ocorre uma inversão dos papéis de opressão, ou seja, surge uma mulher transgressora de normas, a sociedade encontra dificuldade em aceitar alguém que não se adequa às características naturalizadas e enraizadas como femininas.

---

1 Mestranda em Direito e Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do grupo de pesquisa do CNPq/UFRGS “Constituição e Sociedade” e do grupo de pesquisa do PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Sociedade da informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional. Advogada. E-mail: g-jardim@hotmail.com.

2 Pós-doutora em Direito pela UFSC, Doutorado e Mestrado pela UFPR. Pesquisadora CNPq e FAPERGS. Professora na FMP, FURG e FURB. Advogada. Email: fabiana7778@hotmail.com.

3 Atualmente, a população prisional feminina no Brasil é de 37.828 indivíduos, sendo que são disponibilizadas apenas 31.837 vagas, verificando-se um déficit de 5.991 vagas e ocupação de 118,8%. Entre 2000 e 2017, houve um aumento de quase 600% na população prisional feminina. Com esse acréscimo, hoje há 35,52 mulheres presas para cada 100 mil mulheres (DEPEN, 2019, p. 7-11).



À vista disso, o presente artigo tem por objetivo compreender como o poder punitivo se expressa a partir de um complexo sistema de custódia que vigia, reprime e encarcera as mulheres, bem como de que forma a criminologia feminista<sup>4</sup> possibilita avanços e possibilidades de modificação das adversidades já consolidadas no país.

Dentre as várias dificuldades no assunto que ainda não apresentam respostas, a pesquisa partirá da seguinte pergunta: “em que medida a criminologia feminista é uma forma de (re)visitação do encarceramento feminino no Brasil?”

A fim de responder à questão acima mencionada, serão utilizados o método dedutivo e a pesquisa exploratória, procurando analisar o problema, com base na técnica de pesquisa bibliográfica, utilizando-se da doutrina relevante da sociologia, histórica, ciências criminológicas e criminologia feminista.

Em um primeiro momento, é necessário expor ideias sobre gênero, patriarcado e atribuições de papéis sociais, questões que rodeiam a mulher desde antes de ser presa, até o momento em que adquire o *status* de criminosa, permanecendo após a libertação.

Posteriormente, será abordada a atuação do sistema punitivo, a seletividade penal e brevemente as escolas criminológicas, até a criminologia crítica, que não adentram às questões mais graves do encarceramento feminino, reproduzindo a invisibilidade das mulheres na sociedade patriarcal.

Por fim, a prisão feminina será encarada a partir da criminologia feminista, com as propostas de (re)visitação da temática, tendo em vista a carência de pesquisas e a necessidade de legitimação de sujeitos oprimidos pelo patriarcalismo, com seus peculiares vivências no cárcere desconsideradas.

## 2 A MULHER NA SOCIEDADE PATRIARCAL

De acordo com Rachel Soihet (1997, p. 101-102), desde a década de 1970, o gênero tem sido utilizado para teorizar a diferença sexual. A autora discorre que foram as feministas americanas que utilizaram inicialmente,

---

4 Desde já, ressalta-se que não existe uma única ideia feminista em criminologia, havendo diversas correntes que procuram explicar a criminalidade feminina. Contudo, dentre todas, encontra-se o ponto em comum, que seria a perspectiva do feminismo (VAN SWAANINGEN, 1990, *apud* ESPINOZA, 2004, p. 71).

no intuito de acentuar o caráter social das distinções fundamentadas no sexo biológico. As historiadoras que propuseram o termo, entendiam que ocorreria uma mudança de paradigmas, implicando não apenas em uma nova história, com articulação do gênero com a classe e a raça.

Joan Wallach Scott (2008, p. 20-22), compreende o gênero como a organização social da diferença sexual, sem que estabeleça diferenças físicas naturais entre homens e mulheres. O significado, na verdade, irá depender da cultura, grupo social e momento histórico, pois não há nada, em relação ao corpo, que determine divisões sociais.

Para Heleieth Saffioti (1992, p. 183-184), o gênero encontra-se no campo social, diferente do sexo, que está no plano biológico. Há um processo de naturalização da dominação-exploração pelos homens sobre as mulheres, que varia sua intensidade de acordo com a sociedade e época. Afirma que todas as sociedades realmente conhecidas revelam dominância masculina, embora ocorra uma variação da intensidade.

O gênero, segundo Marcela Lagarde y De Los Ríos (1996, p. 26-27), é uma construção simbólica, que contempla categorias, hipóteses e conhecimentos quanto aos fenômenos relacionados ao sexo. Está presente nas sociedades, nos sujeitos, nas relações e na política. Já com o nascimento, o mecanismo cultural de atribuição de gênero passa a atuar: determina-se se é menino ou menina com base na genital, ritual que permanece ao longo da vida. Por conseguinte, é através do corpo que a pessoa é reconhecida como homem ou mulher, sendo conferidos limites quanto aos comportamentos.

Evelyn Reed (2008, p. 57-58) entende que a desigualdade entre os sexos representa uma das principais características da sociedade de classes, pois em todas esferas (política, econômica, cultural, etc.) os homens são considerados como “chefes”, enquanto as mulheres cumprem um papel de subordinação e, até mesmo, de submissão.

Neuma Aguiar (1997, p. 168-170) compreende que, o patriarcado, enquanto teoria, serve como análise das relações de domínio, que são, inclusive, antecedentes à ascendência do capitalismo como sistema dominante. Assim, o feminismo serve para debater tal perspectiva de desenvolvimento histórico, tendo em vista que a racionalidade econômica acentua a dominação patriarcal.

Ademais, feminismo é considerado o movimento mais importante do século XX, sendo um instrumento democrático de preservação de certos valores. Entretanto, é difícil falar do feminismo de forma singular, pois existe uma pluralidade ideológica e prática (FACIO; FRIES, 2005, p. 262-264).

Soraia Mendes (2017, p. 88) entende que o patriarcado representa uma forma de manifestação e institucionalização do domínio masculino, com sua manutenção e reprodução através de manifestações históricas, bem como de variadas instituições<sup>5</sup> que operam como pilares ligados entre si e que transmitem a ideia dos mecanismos de discriminação das mulheres.

Em conformidade com as reflexões de Gerda Lerner (1990, p. 23), o patriarcado surge na história da humanidade por meio de uma construção. Assim, nem sempre tivemos o patriarcado como sistema histórico, ou seja, ele teve um início na história e não seria algo natural (FACIO; FRIES, 2005, p. 280).

A própria sociedade determinou às mulheres apenas a maternidade, devido às funções animais, roubando delas o direito de participar de tarefas diversas e de maior prestígio. Nesse sentido, ocorre uma dupla mistificação: a maternidade assume um lugar de aflição biológica e tais determinações são colocadas como algo sagrado (REED, 2008, p. 59).

Nessa toada, o patriarcado baseia-se na dominação masculina, por meio da violência institucionalizada e promovida pela família e pelo Estado, uma vez que o sistema de dominação exige a aplicação de força e medo para poder manter os privilégios de quem domina, apesar de não implicar que todos os homens gozem dos mesmos privilégios. (FACIO; FRIES, 2006, p. 281).

O direito, enquanto proveniente do Estado, também inicia do ponto de vista masculino. As leis respondem de acordo com os interesses masculinos, tratando as necessidades dos homens como universais e não apenas de uma parcela populacional. Se os estudos entendem que as necessidades dos homens são iguais às necessidades humanas, as das mulheres são tratadas como específicas, de forma que a lei possui um caráter androcêntrico, ou seja, não objetivo e não neutro (FACIO; FRIES, 2005, p. 264-265).

---

5 Conforme Facio e Fries (2006, p. 282), o termo “instituição” concerne a “práticas, relações ou organizações estabelecidas em uma sociedade cuja existência é constante e contundente”.

À vista disso, as mulheres são todas presas e cativas, pela sua própria condição feminina e o conjunto de limites constituído por tabus, proibições e obrigações do mundo patriarcal. Aquelas que estão em penitenciárias, concretizam social e individualmente as prisões de todas (DE LOS RÍOS, 1990, p. 641-642).

Importante, aqui, então, o entendimento de Olga Espinoza (2004, p. 73), no sentido de que a intervenção penal constitui mais uma das facetas do controle desempenhado sobre as mulheres, de acordo com os defensores da criminologia crítica feminista, ou seja, produz e fortalece a opressão através de padrões de normalidade.

Se o patriarcado é tido como sistema social, há uma verdadeira compactuação com a preservação da subordinação da mulher e dos privilégios dos homens, de modo que a intervenção penal seria apenas uma faceta do controle social. Por isso, o próximo tópico tratará sobre a atuação do sistema punitivo, a seletividade penal e brevemente as escolas criminológicas.

### 3 O SISTEMA PUNITIVO E A SELETIVIDADE PENAL À LUZ DA CRIMINOLOGIA

O sistema penal representa uma parte do controle social<sup>6</sup>, ou seja, é o controle social punitivo institucionalizado, abrangendo desde a suspeita de um delito, até a imposição e execução de uma pena, por meio de ações controladoras e repressoras. As punições são utilizadas como efeitos sancionatórios às condutas típicas, antijurídicas e culpáveis<sup>7</sup> (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 69-70).

Hoje, a prisão é a principal pena atribuída às condutas desviantes, não havendo delito sem conduta, pela garantia do princípio *nullum crimen sine conducta*. Nesse seguimento, os delitos representam aquelas condutas antijurídicas, às quais são atribuídas penas através da coerção penal, devendo ter por objetivo as prevenções gerais e especiais<sup>8</sup>. Essa

6 Constitui o controle das condutas dos homens, através de uma estrutura de poder, que abrange grupos mais próximos e grupos mais marginalizados (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 62).

7 De acordo com Nucci (2020, p. 221), representa a corrente majoritária do conceito de crime no Brasil e no exterior.

8 Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 101-102), a prevenção geral representa uma função simbólica da pena – com caráter ameaçador, enquanto que a prevenção

finalidade surge da premissa de que o direito regula as condutas humanas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 98-358).

As punições para aqueles que desviam de uma conduta considerada como “correta” não são algo do século XXI, apesar de o sistema penal não ter feito parte de todas as sociedades. Ao longo da história da humanidade, as punições foram diversificadas, adequando-se de acordo com a sociedade e seus costumes, crenças, sistema econômico, bem como com a função de sua existência (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 19-20).

Há uma forte vinculação entre a punição e a estrutura social, com situações de desvantagens entre o criminoso e os demais membros da sociedade. Existem estruturas em que alguns grupos dominam, ficando mais próximos do poder, enquanto outros são dominados, permanecendo em situações de marginalização. O direito penal não defende todos, assim como não são protegidos todos os bens considerados essenciais. Logo, o direito penal é um direito desigual por excelência (BARATTA, 2011, p. 162).

Nessa estrutura, há o exercício do controle de condutas, tanto dos grupos mais distantes quanto dos mais próximos do poder (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 62). De acordo com Baratta (2011, p. 186), as relações sociais da subcultura carcerária são diferentes, em certas características, das extramuros, mas, de forma principal, correspondem a uma ampliação mais “pura” dos aspectos da sociedade capitalista, ou seja, fundadas em violência ilegal e egoísmo, de modo que os indivíduos mais frágeis são relegados a papéis de submissão e exploração.

Vale salientar que, de acordo com Zaffaroni, o *Malleus Maleficarum*, ou Martelo das Feiticeiras, seria o primeiro discurso criminológico da história. A Inquisição teria sido a manifestação na qual, pela primeira vez, observou-se um discurso de criminologia etiológica, ligado ao direito penal e processual penal. Nesse sentido, o Martelo das Feiticeiras foi considerado um livro fundamental das modernas ciências criminais (MENDES, 2017, p. 21), representando o discurso moral e misógino que afetou todos os escritos do período.

Com a escola liberal clássica da criminologia, houve uma mudança de pensamentos a respeito do ser delinquente. Os pensamentos humanitários, a partir do século XVIII, ganharam força, influenciando

---

especial representa a coerção penal em sentido estrito, como uma forma de objetivo da pena, através da ressocialização.

do diretamente nas percepções, de modo que o direito penal seria um instrumento legal para defender a sociedade do crime, entretanto, com certos limites assinalados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade (BARATTA, 2011, p. 31).

Porém, essas reformas não atingiram as mulheres, continuando inadequadas para o espaço público, em razão de um déficit de racionalidade. Os direitos conferidos às mulheres nessa época tinham por objetivo apenas a ideia de torná-las melhores mães e esposas, de forma que se determinou um padrão, por exemplo, pela maternidade, de mulher “normal” e “criminoso” (MENDES, 2017, p. 32-36).

Já a criminologia positivista trazia uma explicação patológica da criminalidade; o delito não seria derivado de um ato de vontade, mas sim resultado de uma totalidade biológica e psicológica do indivíduo (BARATTA, 2011, p. 38).

Lombroso e Ferrero, em 1893, escreveram *La donna delinquente: la prostituta e la donna normale*, em que trouxeram a visão de que a criminosa e a prostituta seriam degenerações da “mulher normal”, com uma base racionalista e biologicista. As mulheres seriam menos inclinadas para o crime, devido às suas características “menos ferozes” e obedientes à lei, de modo que a criminosa seria um monstro: são afastadas da piedade, com falta de afeto maternal, grande crueldade e sexualidade exagerada (considerada como uma característica que aproxima a criminosa do homem delinquente) (LOMBROSO; FERRERO, 2017, p. 226-332).

Na escola do positivismo, a ressocialização era concebida como um instrumento ideológico, violento e dominador, forçando os indivíduos de conduta dissonante a aceitar aqueles valores que já haviam sido rejeitados anteriormente, através de uma tentativa de convencimento de aceitação do sistema. Surgiram, nessa conjuntura, escolas de tratamento, as quais fracassaram, devido aos índices de reincidência. O fracasso se deve ao fato de que o tratamento apenas incidiu sobre o homem, e não sobre as estruturas, interesses, reação social, exercício do poder. (CASTRO, 2015, p. 48).

Com a teoria do *labelling approach*, os questionamentos saem do foco do infrator e passam a se concentrar em uma análise do sistema de controle social, bem como das suas consequências. O comportamento desviante é considerado como aquele assim rotulado. Todavia, essa teoria não esclarece os porquês da criminalização de determinados grupos por

meio do etiquetamento, de forma que a criminologia crítica se mostrou um novo e importante campo (MENDES, 2017, p. 53).

A criminologia crítica surge, destarte, como uma oposição ao enfoque biopsicológico, historicizando a realidade comportamental e trazendo uma relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais. Inaugura, consigo, a ideia da atribuição de *status* criminoso a determinados indivíduos (BARATTA, 2011, p. 160-161).

Consoante Andrade (2017, p. 52-53), a criminologia crítica desenvolve a dimensão de poder, que era deficiente no *labelling approach*. Contudo, vale lembrar que a mudança do paradigma etiológico para reação ou controle social, condicionou o terreno para o surgimento da criminologia crítica, visto que trouxe uma inovação quanto aos resultados.

A Criminologia crítica desenvolveu-se com a ideia de alternativa à Criminologia liberal, demarcada pelo interacionismo e marxismo, propondo a construção de uma teoria materialista do desvio, mas sem que ainda tivessem produções acadêmicas ricas, em torno do controle social, aí incluindo, inclusive, análises feministas (ANDRADE, 2017, p. 93).

A problematização do sistema punitivo e da seletividade penal, como abordado anteriormente, foi analisado por grandes autores como Garland (2014) e Silva-Sanchez (1999), que denunciam os filtros do controle social, que “opta” pelas classes periféricas, ou seja, que seleciona os destinatários. Contudo, fazem os estudos apenas com olhar concentrado apenas nas desigualdades de classe, sem atenção às opressões de gênero.

Pode-se afirmar que o sistema penal atinge mais as pessoas mantidas à margem do sistema e consideradas como de “segunda classe”. Entre as pessoas que estão em situação de maior vulnerabilidade, estão as mulheres, que foram desconsideradas, por muito tempo, pelas ciências criminológicas.

#### **4 A MULHER NO CÁRCERE: PERSPECTIVAS A PARTIR DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA**

As mulheres, ao longo de toda a história da civilização, ocuparam posição social desigual e inferior em relação aos homens, estabelecida pela religião, ciências médicas e ordenamentos jurídicos. O discurso jurídico ainda permanece repleto de dogmas religiosos, que sempre impu-

seram comportamentos e determinaram penas mais severas e específicas de acordo com o gênero (BATTAGLIN, 2016, p. 21).

A construção da custódia da mulher<sup>9</sup> teve grande proporção na Idade Média, ocorrendo, principalmente, por meio da religião, apesar de a história da opressão da mulher não ter iniciado nesse período. Conforme Mendes (2017, p. 117), representa um marco da segregação relacionado aos aspectos econômicos, sociais e culturais, os quais influenciam o poder punitivo, com uma postura religiosa de perseguição e repressão das mulheres, culminando na caça às bruxas.

No mesmo sentido do tratamento das populações europeias, nas colônias americanas, houve a mesma lógica no caráter das atrocidades da caça às bruxas, pela ideia de adoração do diabo pelos indígenas. Durante esse período, os vínculos com a terra e religiões locais, sobreviveu pela luta anticolonial e anticapitalista das mulheres, de modo que foram as mais afetadas pela nova estrutura de poder (FEDERECI, 2017, p. 381 - 400)

Antes da colonização, as mulheres possuíam posições de poder, sendo consideradas como complementares aos homens quanto à contribuição na família e na sociedade (FEDERECI, 2017, p. 400 - 401). Com a chegada dos colonizadores, houve uma mudança da estrutura social, devido à sua bagagem misógina, de forma a reestruturar o poder econômico e político em favor dos homens (FEDERECI, 2017, p. 401).

Desse modo, as mulheres passaram a ser as principais inimigas do domínio colonial, uma vez que a colonialidade representa um padrão de poder que tem por base as articulações do trabalho, conhecimento e relações sociais, com uma ideia de raça, gênero e classe. Por isso, fala-se na continuidade das relações coloniais de poder, pois ela ainda se faz presente nos dias atuais (ROSSI; FERREIRA, 2020, p. 170 - 179).

As realidades da América Latina respondem à uma lógica emitida pela ideia de divisão do mundo em países centrais e periféricos. Assim, pelo discurso da centralidade e periferia do poder, o controle social apresenta-se como tema prioritário. Para que as relações sociais permaneçam dentro do previsto pelas potências imperiais, há a necessidade de

---

9 De acordo com Mendes (2017, p. 116), é o “conjunto de tudo o quanto se faz para reprimir, vigiar e encerrar (em casa ou instituições totais, como os conventos), mediante a articulação de mecanismos de exercício do poder do Estado, da sociedade, de forma geral, e da família”.



uma disciplina que condiciona o tipo e forma desses sistemas de controle, marcado pela violência e repressão estatal. O direito penal desigual latinoamericano é legitimado pelo papel subalterno que a criminologia tradicional desempenhou. (CASTRO, 2015, p. 33-34).

Foi apenas nos anos 1970 que a temática feminina passou a ganhar maior atenção da criminologia, tanto em relação à posição de desigualdade no âmbito penal quanto à mulher como autora de delitos (BARATTA, 1999, p. 19). Conforme Lemgruber (1999, p. 4), durante a década de 1970, ocorreu uma grande mudança acerca dos estudos sobre a criminalidade feminina, precipuamente pela “teoria dos papéis”, que nega as justificativas anteriores fundamentadas em fatores biológicos e psíquicos, elaborando uma ideia concentrada nas diferentes reações sociais ao crime entre pessoas do sexo masculino e feminino.

Conforme Samaranch e Nella (2017, p. 184), as cientistas feministas latinoamericanas, há mais de 30 anos estão repensando a criminalização das mulheres, analisando a situação daquelas que encontram-se encarceradas e as penitenciárias femininas, bem como denunciando as violações de direito, nos termos das categorias de gênero, classe e raça. Ademais, compreendem a situação em concordância com os territórios geográficos e os contextos históricos. Contudo, o eurocentrismo criminológico ainda permanece presente em muitas análises do sistema de justiça criminal, principalmente, quando se tratam de mulheres.

Através da criminologia feminista, o sistema penal recebe uma interpretação macrossociológica, com as categorias de gênero e patriarcado, indagando a forma de tratamento das mulheres. Inclusive, entende-se que nenhum outro saber foi tão prisioneiro do androcentrismo quando a criminologia, pois centrou seu universo, em grande parte, no masculino, tanto pelo objeto do saber (crime e criminosos), pelos sujeitos produtores do saber (criminólogos), quanto pelo próprio saber. Por isso, deve ser questionada a ausência secular da mulher neste campo (ANDRADE, 2017, p. 127 - 129).

O pensamento criminológico crítico se aproxima do pensamento feminista, uma vez que ambos são críticos e emancipatórios (CAMPOS, 1999, p. 14). No mesmo sentido, Espinoza (2004, p. 70) diz que as teorias feministas destacam a necessidade de observar os oprimidos e selecionados pelo sistema criminal e outorgar-lhes a voz.

Martins e Gauer (2020, p. 165) elencam pilares entre o feminismo e a criminologia, mostrando a grande aproximação entre os pensamentos, como a crítica ao sexismo no sistema penal, desigualdade de tratamento, necessidade de intervenção mínima (direito penal mínimo), medidas alternativas à pena de prisão, entre outros.

Para Espinoza e Del Villar (2020, p. 105), a criminologia feminista surge como um novo olhar, confrontando as explicações clássicas sobre a criminalidade feminina. Como já demonstrado, as visões predominantes eram baseadas na biologia/psicologia, interpretadas a partir da função reprodutiva da mulher, desconsiderando as posições sociais e os papéis de gênero.

A importância da criminologia feminista é justamente pelo fato do subsistema do controle penal representar um dos espaços de disputa simbólica do sistema patriarcal. As novas tendências mundiais do controle punitivo das mulheres podem ser observadas através das prisões femininas da América Latina. Assim, pesquisadoras feministas têm se debruçado no assunto, devido ao quadro de condições precárias de vida, criminalização de pessoas de baixa renda no crime de tráfico de drogas, violações de direitos, entre outros (SAMARANCH; NELLA, 2017, p. 183-184).

Corina Giacomello (2020) aborda a temática do sistema penitenciário e das atuais políticas de drogas na região, discutindo a partir do gênero. Demonstra que os crimes de drogas são as principais causas do encarceramento de mulheres latinoamericanas. Pimentel (2020, p. 129) destaca que o aumento do aprisionamento da parcela feminina não pode ser visto a partir apenas de uma justificativa superficial de que há um drástico aumento de criminalidade, devendo ser através da ideia de um amplo projeto de criminalização e encarceramento como mecanismo de controle social dos corpos.

Analisar a experiência da mulher frente ao poder punitivo não representa apenas um estudo histórico, mas uma forma de pensarmos no que temos no presente e naquilo que queremos para o futuro. O poder punitivo se expressa através do sistema de custódia, que vigia, reprime e encarcera as mulheres. Antes mesmo do início do capitalismo industrial e das consideradas primeiras instituições prisionais, a reclusão das mulheres já era uma realidade. Com a concepção do ser feminino como mais fraco e inferior, as mulheres necessitariam de proteção contra as tenta-

ções, de modo que as prisões femininas, de início, seguiam o modelo casa-convento, como forma de ensinar boas maneiras e tarefas próprias do seu sexo (MENDES, 2017, p. 115-153).

Angotti (2012, p. 19), ao estudar o surgimento das prisões femininas no país, constatou que desde o período colonial as mulheres foram encarceradas em lugares com prevalência de prisioneiros do sexo masculino, sendo raras as exceções de estabelecimentos apropriados. Nesse sentido, eram comuns as narrativas de abandono, abuso sexual, problemas com guardas do sexo masculino, doenças, etc. Ademais, segundo a autora, foi apenas em meados do século XIX que a temática das mulheres passou a ser pautada, a partir da evidência da situação precária dos presídios.

Pode-se perceber que, desde o advento da reclusão de mulheres, o descaso estava extremamente presente, bem como a idealização da inferioridade da mulher e a necessidade de correções. No atual momento, vive-se em uma sociedade neoliberal, marcada por desigualdades de gênero desde sua fundação, com opressões estruturais e estruturantes, que surgiram na exploração colonialista e que ainda perduram nos processos e nas relações sociais, características de violência e repressão do período (BORGES, 2018, p. 37).

A respeito das sociedades latinoamericanas, Vera Andrade (2017, p. 107 - 109) leciona que o objeto da punição permanece imutável. A tradição de maus-tratos, tortura e extermínio é secular, preservando o controle social de pobres, mestiços, indígenas e negros. Por um lado, há a pena pública-estatal, por outro, mesmo que de forma subterrânea, permanece a pena privada, que, arbitrariamente, exercita o poder. Inclusive, fala-se em uma continuidade do modelo inquisitorial, tendo em vista a fundação do sistema penal em matrizes ibéricas católicas. Verifica-se uma continuidade do método punitivo, desde a colonização, o mercantilismo e escravidão, até a globalização do capitalismo.

A criminologia feminista permite pensar o sistema penal, seus sujeitos e estruturação por meio de epistemologias feministas. Por esse ponto de vista, as mulheres que cometem crimes encontram-se em uma situação muito pior do que a dos homens: são marginalizadas, esquecidas e acabam sofrendo uma dupla opressão. São controladas extramuros, através do controle social informal e intramuros, pelo controle social formal. Ou seja, o direito penal utiliza-se do controle para a criminalização

de quem está subordinado ao controle informal da família e da sociedade (BATTAGLIN, 2016, p. 38).

Por conseguinte, é possível afirmar que as mulheres são duplamente condenadas: legal e socialmente. Através do sistema penitenciário pode-se observar os sintomas mais fortes do problema. Esse mesmo sistema penal seleciona as pessoas de acordo com sua reputação pessoal e, no caso das mulheres, atua recriando desigualdades e preconceitos sociais (ANDRADE, 1999, p. 106-114).

Nesse sentido, a discussão das mulheres deve estar situada no contexto de uma sociedade, direito e justiça díspares, construídos com alicerces de elites e daqueles que detêm posições de poder (STRECK, 1999, p. 97). Apesar de homens e mulheres presos encontrarem-se em condições precárias, devido à escassez de recursos materiais, a situação das mulheres é mais grave, porque sua exclusão precede o ingresso na prisão, perdura durante a estada e se pereniza após a saída (ESPINOZA, 2004, p. 135).

Ademais, a prisão constitui uma instituição totalizante, de caráter despersonalizador, com prevalência da desconfiança e violência. Quem se encontra nessa conjuntura tem um único objetivo: sair, fugir e atingir a liberdade (ESPINOZA, 2004, p. 78). Ao sair, normalmente deparam-se com uma situação ainda pior: a sociedade, que já a julgava, continua excluindo-a das relações, criando obstáculos para novas oportunidades. A mulher é a parte mais fraca quando ré ou condenada, de modo que os direitos fundamentais e humanos representam um limite ao direito penal e um trunfo das minorias (MENDES, 2017, p. 185).

Vale ressaltar que, no Brasil, o tema das mulheres nas ciências criminais permaneceu, por muito tempo, apenas na esfera da sociologia e da antropologia. Os estudos criminológicos possuem escrita predominantemente por homens, que acabam por inviabilizar os efeitos patriarcais de opressão de gênero, raça e classe, nas práticas de criminalização, reproduzindo os ideais opressores (PIMENTEL, 2020, p. 124-125).

Justamente por isso, estudiosas, como Soraia Mendes (2017), passaram a realizar estudos, uma vez que existe a necessidade de um referencial autônomo para abranger tanto a vitimização, quanto a criminalização das mulheres, sem que seja de matrizes conservadoras. Entretanto, permanece menos visível a nível público o impacto das políticas criminais sobre as mulheres que cometem crimes.

Diante do exposto, a criminologia feminista representa uma forma de (re)visitar o encarceramento de mulheres, principalmente, no Brasil, questionando a ausência, até então, da categoria de gênero e teorias feministas nas ciências criminais e na análise crítica sobre o sistema penal.

## 5 CONCLUSÃO

A pesquisa procurou investigar sobre a importância da criminologia feminista para a problemática do encarceramento feminino em massa. Percebeu-se que, apesar dos avanços, o Brasil ainda carece de maiores estudos no assunto, ou seja, uma (re)visitação, a fim de visibilizar as vivências das mulheres no cárcere.

Ademais, o cenário brasileiro nos presídios femininos é preocupante, ocorrendo a criminalização da pobreza, do gênero e da cor, em uma constante relação com o sistema capitalista e patriarcal. Portanto, é necessário um compromisso do direito, através da criminologia feminista, com o objetivo de garantir dignidade especialmente para as pessoas mais vulneráveis à seletividade do sistema punitivo, como as mulheres.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Neuma. Perspectivas feministas e o conceito de patriarcado na sociologia clássica e no pensamento sociopolítico brasileiro. *In*: AGUIAR, Neuma (Org). **Gênero e Ciências Humanas**: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *In*: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. p. 105-117.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus**: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. Monografias Publicadas, v. 62. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Coleção pensamento criminológico, v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. *In*: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 19-80.

BATTAGLIN, Ivana. A criminalização da pobreza numa perspectiva de gênero: o quanto o sistema judicial pode reproduzir os estereótipos do patriarcado para encarcerar as mulheres pobres. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 80, p. 17-40, maio/ago. 2016.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. Introdução. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 13-18.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade – junho 2017**. Brasília, DF: DEPEN, 2019. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em: 22 set. 2022.

DE LOS RÍOS, Marcela Lagarde. **Los cautiverios de las mujeres**: madresposas, monjas, putas, presas y locas. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. Monografias publicadas, v. 31. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

ESPINOZA, Olga; DEL VILLAR, Catalina Droppelmann Paloma. Reincidir ou Resistir? Mulheres em Conflito com a Lei na América Latina. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de; TOLEDO, Patsilí (Org.). **Criminologias feministas**: perspectivas latino-americanas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FACIO, Alda; FRIES, Lorena. Feminismo, género y patriarcado. **Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires**. a. 3, n. 6, p. 259-294, 2005.

FEDERECI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GIACOMELLO, Corina. Política de drogas e encarceramento de mulheres na América Latina. *In: CAMPOS, Carmen Hein de; TOLEDO, Patsilí (Orgs). Criminologias feministas: perspectivas latino-americanas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. **A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal**. Tradução de Antonio Fontoura. Curitiba: publicação independente, 2017.

MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth M. C. Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no brasil. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 145-178, mar. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/pTGRQGJFKB3vB6fF39bwMpR/?lang=pt>. Acesso em: 22 set. 2022.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crime. *In: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 218-250.

PIMENTEL, Elaine. Novos paradigmas da criminologia feminista como caminhos para os estudos sobre o encarceramento feminino. *In: SANTOS, Michelle Karen (Org). Criminologia feminista no Brasil: diálogos com Soraia Mendes*. 1 ed. São Paulo: Blimunda Estudio Editorial, 2020.

REED, Evelyn. O mito da inferioridade da mulher. *In: REED, Evelyn. Sexo contra sexo ou classe ou classe*. Coleção 10, n. 122. ed. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2008. p. 57-102.

ROSSI, Amélia Sampaio; FERREIRA, Erika Carvalho. Constitucionalismo e gênero em uma perspectiva decolonial. *In: SILVA, Christine Oliveira Peter da et al. (Coords.). **Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.*

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Pensamento Criminológico, v. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Rearticulando gênero e classe social. *In: COSTA, Albertina G. de Oliveira; BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. **Uma questão de gênero***. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempo. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Introdução. *In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales***. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 15-20.

SAMARANCH, Elisabet Almeda; NELLA, Dino di. Mujeres y cárceles en América Latina. Perspectivas críticas y feministas. **Papers. Revista de Sociologia**, Universitat Autònoma de Barcelona. v. 102, n. 2, p. 183-214, 27 mar. 2017.

SCOTT, Joan Wallach. **Género e historia**. trad. de Consol Vilà I. Boadas. México: FCE, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2008.

SOIHET, Rachel. História, mulheres, gênero: contribuições para um debate. *In: AGUIAR, Neuma (Org). **Género e Ciências Humanas: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres***. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. Criminologia e feminismo. *In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo***. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 81-104.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.





# MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

GEÓRGIA SPERLING GARCIA<sup>1</sup>  
JÚLIA CASAGRANDE VALDUGA<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade, historicamente patriarcal, sempre buscou silenciar a voz das mulheres, que durante muitas décadas foram impedidas de lutar pelos próprios direitos, sendo obrigadas a sofrer caladas, enquanto eram agredidas das mais diversas formas, dentro do seu próprio núcleo doméstico e familiar.

Entretanto, na medida em que a sociedade foi evoluindo, novas necessidades foram surgindo, exigindo que o Estado instituisse limitadores e garantisse direitos básicos a qualquer mulher, impedido que a violência doméstica seguisse sem estabelecer uma sanção adequada aos agressores.

Ocorre que, passados anos de lutas e reivindicações, apenas no ano de 2006, após a condenação do Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica sofrida por uma mulher que persistiu e buscou seus direitos, entrou em vigor no a Lei nº 11.340/06, conhecida

- 
- 1 Mestranda em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista *lato sensu* em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora do grupo de pesquisa PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência”. Advogada. georgia.sperlingg@gmail.com.
  - 2 Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do grupo de pesquisa do do PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Direito fundamental à segurança e direito de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal”. juliavalduga@gmail.com.

como a Lei Maria da Penha, trazendo mecanismos para reprimir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Contudo, ainda que a referida lei apresente medidas emergenciais de proteção a mulher, e que o descumprimento de quaisquer dessas medidas implique no cometimento do crime tipificado no artigo 24-A da mesma lei, sujeito à pena de 03 meses a 2 anos de detenção, o número de casos de violência doméstica continua aumentando diariamente.

Diante disso, a presente pesquisa busca demonstrar a relevância histórica e jurídica da Lei Maria da Penha, bem como elucidar as medidas protetivas de urgência, sua importância, os desafios enfrentados na sua aplicação, execução e fiscalização.

Ainda, o método hipotético-dedutivo foi o adotado na pesquisa, visto que o trabalho está pautado na pesquisa bibliográfica analisando a legislação e doutrina especializada sobre o assunto. A técnica de coleta de dados será por meio de documentação indireta e qualitativa, buscando analisar a documentação existente para uma melhor compreensão acerca das medidas protetivas na lei maria da penha, seus desafios e perspectivas na violência contra a mulher.

Nesse sentido, é realizada uma abordagem acerca do conceito de violência, com foco central na definição e conceituação da violência doméstica. Após, passa-se a análise da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), identificando em que contexto surgiu a necessidade de positividade desses direitos, bem como de que forma passaram a incorporar o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, busca-se analisar as medidas protetivas de urgência e seus obstáculos.

## 2 A VIOLÊNCIA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência é uma manifestação histórico-cultural, sendo parte do mundo em que vivemos desde os tempos mais remotos, independente do seu grau de complexidade, fazendo-se presente no cotidiano. O conceito de violência, por sua vez, elenca diversas definições, tratando-se de uma temática controversa. No entanto, a palavra violência provém do Latim *violentia*, referindo-se aquele que age pela força, que é impetuoso e está relacionada a *violare*, “tratar com violência”, desonrar (HABITZREUTER, 2019, p. 11).

Trata-se de uma herança comum a todas as classes sociais, culturas e sociedades, sendo assim, um fenômeno intrínseco ao processo civilizatório, histórico, constituindo-se enquanto elemento estrutural participante da própria organização das sociedades, manifestando-se de diversas formas (CABRAL et al., 2011, n.p). Além disso, é algo presente na história da humanidade, sendo classificada como um ato que causa intencionalmente dano ou intimidação física e/ou moral a outrem ou ser vivo, invadindo assim a autonomia, a integridade física ou psicológica e até mesmo a vida de outrem, podendo ser por intermédio de força ou através da violência moral (AFONSO, 2019, p. 20).

De acordo com Bonamigo (2008, p. 205), a palavra possui origem no latim, nominada *violentia*, remetendo a *vis* e significando caráter violento ou bravo, força, vigor, potência, emprego de força física, bem como quantidade, abundância, essência e força em ação, existindo ainda diversas maneiras de violência, no sentido de que buscar uma definição e contextualização acerca do tipo de violência ao qual é pauta, referindo-se então à violência contra a mulher, se constitui numa tarefa fundamental. Assim, pode ser manifestada através do ato de agredir, violar, abusar, desrespeitar, ofender, invadir e mais, sendo material ou moral, vicia o sentimento, uma vez que suprime a vontade, sendo o violentado induzido a praticar um ato ou privar de uma ação pelo temor, ou pelo perigo que a violência oferece (LACERDA; VIDAL, 2014, p. 2).

O termo violência, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) pode ser conceituado de modo a ser o uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (OMS, 2002, p. 5).

O conceito de violência deve ser dinâmico, reportando-se genericamente a uma transgressão das normas e dos valores socialmente instituídos em cada momento. A sua qualificação tem sido assumida em função de normas que variam consoante os contextos e podem não ser partilhadas por todos, pelo que os mesmos factos não são sempre apreendidos nem julgados segundo os mesmos critérios, assistindo-se a uma variação temporal e espacial do seu significado (LISBOA et al., 2009, p. 23).

Em sintonia com Anthony Giddens (2008, p. 196), a violência doméstica não diz respeito a um fenômeno novo, haja vista que começou a ganhar visibilidade a partir dos anos 70 por força e iniciativa das organizações a favor dos direitos das mulheres, que desenvolviam trabalho em casas abrigo para mulheres vítimas da violência, tornando-se assim um problema digno de atenção. Considerando que não se trata de uma atrocidade recente e exclusiva do mundo contemporâneo, a história mostra exemplos de violência cometida contra as mulheres e, tal diferença acaba por ser traduzida em desigualdade, acabando por propiciar e justificar as situações de violência que foram e ainda são perpetradas pelo ser humano (ANDRADE; FONSECA, 2008, p. 592).

Assim, trata-se de um fenômeno não contemporâneo, já presente em algumas famílias. Nesta altura, a delimitação entre a esfera familiar e comunitária era pouco vincada e a violência doméstica era o reflexo de um contexto social violento, sendo encarada com normalidade. As mulheres, em específico, não possuíam direitos reconhecidos e estavam totalmente dependentes da vontade masculina (FERNANDES, 2012, p. 3).

Com o intuito de conceituar a violência doméstica, faz-se necessário dispor do artigo 5º da Lei 11.340 (Lei Maria da Penha), que será melhor desenvolvida posteriormente, salientando por ora a definição de violência doméstica, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

Luanne Reis (2019, p. 45) elenca que a violência doméstica e familiar se apresenta como expressão de uma violência mais abrangente, sendo esta a violência de gênero, que ainda se faz presente no cotidiano de muitas mulheres, uma vez que suas origens estão embutidas nas relações de desigualdade e poder, envoltas na propagação da supremacia masculina.

A violência doméstica e familiar até pouco mais de uma década era negligenciada por diversos países que possuíam a tendência de omitir a existência desse problema, contudo, atualmente existe tratamento legal em um número crescente de países, o que facilita a criação de políticas públicas, a intervenção do Estado e da sociedade civil nessas situações (NOTHAFT; LISBOA, 2021, p. 3).

### **3 A LEI MARIA DA PENHA**

A desigualdade de gênero respalda-se em um paradoxo à igualização sugerida pelos Direitos Humanos desde a sua fundação no século XVIII, tendo a desigualdade no poder e no domínio dos homens sobre as mulheres uma história de dominação (FEITOSA, 2019, p. 51). Percebe-se então que a violência contra as mulheres constitui em uma das principais formas de violação dos seus direitos humanos, levando em conta que ferem seus direitos à vida, à saúde e à integridade física (BRASIL, 2011, p. 11). O patriarcado, sistema de dominação feminina por parte dos homens, assentou-se sobre algumas estruturas significativas que procuram elucidar a forma como a violência doméstica e familiar vem sendo invisibilizada nas sociedades ao longo dos séculos (SOUZA, 2016, p. 17).

Nesse sentido, no que tange ao papel da mulher na sociedade, expõe-se que há determinados estigmas sociais atribuídos aos gêneros, relativos à existência da mulher na sociedade patriarcal. De acordo com Beauvoir (2016, p. 11), há uma construção acerca do “ser feminino” não existindo um destino biológico, físico, psíquico e econômico que determine a posição que a mulher assume na estrutura social, uma vez essa se dá pelo conjunto da civilização, que qualifica o feminino. Ou seja, é a própria sociedade que procura naturalizar determinados comportamentos de homens e mulheres. Ademais, resta clara a necessidade de um desenvolvimento na mentalidade, desmistificando a cultura imposta e elaborando

ainda programas sociais e políticos conscientes, com o intuito de instituir na sociedade, através da cultura, tais modificações (CASTRO, 2015, p. 13).

Considerando a busca de garantias individuais básicas que refletissem ao menos em âmbito formal a isonomia entre os gêneros, percebe-se uma clara incorporação dessas conquistas aos tratados de direito internacional, o que não seria diferente em âmbito da consideração da violência doméstica e familiar enquanto grave violação aos direitos humanos (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p. 101).

Os direitos humanos e fundamentais foram sendo construídos e conseguidos no percurso histórico, uma vez que nos ordenamentos jurídicos, os direitos fundamentais são direitos humanos elevados a este nível por suas constituições (DIAS, 2014, p. 21). Convém ressaltar o princípio da igualdade, já consagrado na Constituição Federal, constituindo um dos objetivos da Lei Maria da Penha. Ademais, no preâmbulo da Constituição brasileira encontra-se o compromisso de assegurar a igualdade e a justiça, sendo a igualdade o primeiro dos direitos e garantias fundamentais, haja vista que todos são iguais perante a lei (BRASIL, 1988, n.p).

A violência doméstica passou a ser considerada crime no Brasil no ano de 2006, a partir da criação da lei Maria da Penha, uma vez que alterou o Código Penal e também o processo penal, deixando de ser invisível a violência contra a mulher e passando a punir tais atos violentos (MUNIZ; FORTUNATO, 2018, p. 15). A lei mencionada, nos preceitos de Neto e Sparemberger (2016, p. 9) “contemplou vários mecanismos, tanto de proteção como de efetivação de políticas públicas, com vistas à promoção das ações educativas e culturais relativas aos direitos das mulheres”.

Maria da Penha Maia Fernandes trata-se de uma farmacêutica bioquímica que se envolveu com o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros, casando-se e passando a viver conjuntamente. No entanto, começaram a ocorrer agressões, até que Maria da Penha foi vítima de dupla tentativa de feminicídio por parte de seu marido, que na oportunidade disparou dois tiros em suas costas enquanto dormia, fato este que gerou paraplegia devido a lesões irreversíveis nas vértebras torácicas (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018, n.p).

Então, o ano de 1998 foi um marco importante para o referido caso, haja vista que ganhou dimensão internacional, tendo Maria da Penha, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comi-

tê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciado o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA), como mencionado anteriormente, sendo este um momento muito decisivo para os fatos (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018, n.p).

Destarte, a denúncia de Maria da Penha Maia Fernandes à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), resultou na condenação do Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica, levando a uma determinada revisão das políticas públicas atinentes à violência contra a mulher, surgindo assim a lei que ampara tais formas de violência (TELES, 2013, p. 110).

Assim, em virtude aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro por meio de tratados como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, no ano de 2006, sancionou-se a Lei Maria da Penha, a qual cria mecanismos específicos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (HABITZREUTER, 2019, p. 29).

A Lei Maria da Penha, conforme destacado por Calazans e Cortes (2011, p. 63), representa um dos mais empolgantes e interessantes exemplos de amadurecimento democrático, pois contou na sua formulação com a participação ativa de organizações não governamentais feministas, Secretaria de Política para Mulheres, academia, operadores do direito e o Congresso Nacional, e, dessa forma, resta claro que a Lei representa um importantíssimo avanço na luta pelos direitos da mulher, sendo considerada um marco histórico principalmente no que diz respeito à criação, organização e fortalecimento da rede de enfrentamento à violência doméstica igualmente com o procedimento próprio e instrumentos para a efetiva proteção da vítima, de seus familiares e de seu patrimônio (HEERDT, 2016, p. 323).

Assim sendo, em atenção às recomendações da CIDH, o Presidente da República, à época, Luís Inácio Lula da Silva, sancionou projeto de lei de iniciativa do Executivo, da Câmara dos Deputados, nº 37 de 2006, entrando em vigor em 22/09/2006, nos termos do § 8º, do art. 226 da Constituição Federal do Brasil, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção



Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, designada Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, em referência à mulher que lutou contra a impunidade do agressor e que passou a representar outras mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil (OLIVEIRA, 2011, p. 36).

Segundo Mota e Rocha (2019, p. 11), até a implementação da Lei 11.340, a violência doméstica e familiar não recebia a devida atenção da sociedade, dos legisladores e muito menos do judiciário, visando então a lei criar meios para coibir e prevenir a violência contra o sexo feminino no ambiente familiar, ou qualquer relação de afeto, independente de orientação sexual, tipificando qualquer conduta que ofenda a integridade moral e física da vítima, como está expresso no artigo abaixo disposto:

Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006, n.p)

Com a luta internacional de mulheres a partir dos anos 1970, realizou-se as primeiras Convenções e Conferências organizadas pela Organização das Nações Unidas, visando garantir os direitos dos direitos humanos ao público feminino, e, nesse escopo, o enfrentamento à violência a partir do comparecimento do Estado por meio da estruturação de políticas públicas (SILVA, 2017, p. 45).

Em junho de 1993, ocorreu em Viena a Conferência Mundial de Direitos Humanos, motivando a criação da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres em dezembro do mesmo ano. No ano subsequente, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, que reforçou a Conferência de Viena (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994, n.p).

Nesse sentido, para Daniele César (2014, p. 32), a Lei Maria da Penha está em aliança com a Convenção de Belém do Pará, já referida, conhecida como Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que foi ratificada pelo Brasil em 1995, elencando que: “a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades” (BRASIL, 1996, n.p). Ainda, a Convenção entende por violência contra a mulher “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”, defendendo que a violência contra a mulher “constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994, n.p).

A lei modificou o entendimento e compreensão da violência doméstica e intrafamiliar contra mulheres, apresentando não apenas uma definição para tais violências, como também introduzindo a discussão em nível de direitos humanos e de relações de gênero, assim, ao oferecer um conceito de violência doméstica e familiar, a Lei aumenta o ângulo de visão a propósito dessas violências (MACHADO, 2013, p. 70-71).

Não obstante, a legislação não apenas definiu o conceito de violência doméstica, como também elencou todas as suas formas, de maneira não apenas conceitual, mas também descritiva, com o intuito de facilitar a aplicação do direito. As principais formas citadas pelo artigo 7º da lei supramencionada são: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e por fim, a moral, podendo-se observar neste rol, que nem todas as agressões elencadas são acometidas à constituição física da mulher (BRANQUINHO, 2018, p. 12).

No que tange à violência física, considera-se qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal, por ações que gerem danos físicos, sobre o corpo da mulher por meio de tapas, chutes, queimaduras, golpes, estrangulamentos, mutilação genital, tortura e assassinato (SANTOS et al., 2016, p. 40). Outrossim, salienta-se que a agressão não precisa deixar marcas aparentes para ser legítima, bastando o uso da força física que ofenda o corpo ou a saúde da mulher, embora também possa deixar

sintomas aparentes como hematomas, arranhões, queimaduras e fraturas (NASCIMENTO et al., 2015, n.p).

Ao tratar da segunda forma de violência, sendo esta a violência psicológica, tem-se que é relacionada com a ação ou a omissão que possui por objetivo a degradação ou controle das ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa através de manipulação, ameaça, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica ou ao desenvolvimento pessoal (SANTOS et al., 2016, p. 40). Isadora Vier Machado (2013, p. 90) destaca que as condutas recriminadas dentro deste certame tratam-se daquelas que causam resultados como o prejuízo à saúde psicológica; prejuízo à autodeterminação; dano emocional; diminuição da autoestima; prejuízo ao pleno desenvolvimento; degradação.

Quanto à violência sexual, compreende-se por qualquer atividade sexual não consentida, abrangendo ainda o assédio sexual (SANTOS et al., 2016, p. 40). A lei define tal violência como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação (BRASIL, 2006).

Em se tratando de violência patrimonial, a lei estabelece que trata-se de qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos destinados a satisfazer suas necessidades (BRASIL, 2006). Assim, pode-se enunciar que comete violência patrimonial contra a mulher o agressor que praticar a conduta de manter o patrimônio da ofendida sob a sua guarda, bem como retirar, sem o consentimento da vítima, bens pertencentes à ela (SANTOS; MACHADO, 2021, p. 150).

Por fim, trata-se da violência moral, que abrange o assédio moral, como também na prática dos crimes de calúnia, injúria e difamação (SANTOS et al., 2016, p. 40). Assim, Azambuja e Velter (2017, p. 12) pontuam que a violência moral está tipificada quando presentes os então crimes contra a honra sendo a calúnia, injúria e difamação e a prática de

outros tipos de violência, previstos ou não na Lei, já que o rol não é taxativo, podendo configurar dano moral, passível de indenização.

Dentre as violências citadas, de acordo com Santos e Mello (2022, p. 233), a patrimonial acaba por ser a mais imperceptível aos olhos da vítima, pois, por vezes, apenas compreende a violência quando os atos são acompanhados das agressões mais extremas. Ainda, o próprio Instituto Maria da Penha (2018, n.p) elenca alguns exemplos práticos no que concerne aos tipos de violência, como na física, o ato de atirar objetos, sacudir e apertar os braços e, ainda, lesões com objetos cortantes e perfurantes; na psicológica, exemplifica de maneira a violentar o direito de ir e vir, bem como realizar um isolamento, proibindo a vítima de estudar, viajar e falar com parentes e amigos; na sexual, traz a tona a questão de impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a realizar aborto; na violência patrimonial, enquadra-se ainda deixar de realizar o pagamento da pensão, bem como deteriorar diversos bens, e, por fim, na violência moral, exemplifica com realizar críticas mentirosas e emitir juízos morais sobre a conduta da vítima.

Em congruência com Alberdi e Matas (2002, p. 70), é difícil diferenciar uma das outras formas de violência, haja vista que na maioria das vezes elas ocorrem de forma simultânea, envolvendo-se de maneira complexa. A partir dessa perspectiva de interconexão, complexidade e diversidade que abstrai-se que a violência fere a liberdade e a dignidade da mulher.

Desse modo, de acordo com Gabriella Sousa da Silva Barbosa (2018, p. 28) a Lei Maria da Penha visa a prevenção e proteção da mulher vítima de violência em âmbito doméstico e familiar, além de representar todo o histórico de lutas sociais para sua elaboração, assim como a elevação da violência contra a mulher a status de grave violação a direitos humanos.

À vista disso, elenca-se que existem diversos órgãos e serviços que compõem a rede de apoio e luta contra a violência. O primeiro, trata-se das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), Surgidas na década de 1980, atuando como uma resposta governamental às denúncias de descaso policial aos crimes cometidos contra mulheres, sendo a primeira na cidade de São Paulo, após intensas mobilizações visando o reconhecimento dos direitos das mulheres. A ideia desta delegacia foi do então secretário de segurança pública do estado de São Paulo, Michel Temer, durante o governo de Franco Montoro, e, desde então, o

número de delegacias ampliou-se consideravelmente (SANTOS, 2015, p. 580). A ideia principal baseava-se na ideologia do atendimento ser executado por policiais do sexo feminino, considerando que seria mais solidário e respeitoso do que o prestado por policiais homens (SANTOS, 2004, n.p apud CAMPOS, 2015, p. 396).

Na década seguinte, a expansão das delegacias caminhou juntamente da abertura de algumas casas-abrigo e dos primeiros centros de referência para atendimento de mulheres, com o intuito de oferecer segurança para as mulheres em risco de morte ou grave ameaça (PASINATO, 2015, p. 535). Nesse sentido, as mulheres que necessitam de abrigo em decorrência de situações de violência doméstica e familiar têm sido encaminhadas às casas de abrigo, sendo esses serviços uma resposta do Estado (SILVA, 2021, p. 233).

Além disso, é possível que se encontre centros de referências, juizados especializados de violência doméstica e familiar e departamentos médico-legais, sendo estes órgãos de menor conjuntura, julgando pelos baixos números de entidades espalhadas pelo país, sendo a maioria concentradas em grandes capitais (CAMPOS, 2015, p. 394-395). Isso posto, elenca-se que tais órgãos possuem o dever de garantir tanto a proteção policial, o encaminhamento ao hospital, posto de saúde ou ao Instituto Médico Legal, o fornecimento de abrigo ou local seguro quando constatar-se determinado risco de vida, bem como o acompanhamento ao local da ocorrência com o intuito de garantir a retirada dos seus pertences (CARNEIRO; CARVALHO, 2016, n.p).

A legislação específica supramencionada tratou de modificar o tratamento do Estado em relação aos casos de violência doméstica, basicamente, por meio de três caminhos, sendo o primeiro consistindo em aumentar a pena do agressor, o segundo em aumentar o empoderamento e as condições de segurança para que a vítima pudesse denunciar, e, por fim, aperfeiçoou os mecanismos jurisdicionais, possibilitando que o sistema de justiça criminal atendesse de forma mais efetiva os casos envolvendo violência doméstica. Tais determinações afetaram o comportamento de um sistema, uma vez que as vítimas passaram a encontrar um ambiente de maior segurança, possibilitando realizar denúncias sem receio de vingança, em face das medidas protetivas emergenciais (CERQUEIRA et al., 2015, p. 10).

Nesse sentido, observa-se que é assegurado às mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar um procedimento diferenciado para a obtenção de medidas jurisdicionais que lhe concedam tutela inibitória ou reintegratória do ilícito afirmado, ou seja, medidas que sirvam para impedir o ilícito, a sua repetição ou a sua continuação (DIDIER JÚNIOR; OLIVEIRA, 2008, n.p).

Dessa forma, a Lei 11.340/06 também estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência, independente da forma, funcionando como uma proteção legal com o objetivo de cessar uma ameaça ou uma efetiva lesão à integridade da vítima.

#### **4 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

As medidas protetivas de urgência são uma grande inovação no que tange ao caráter preventivo, estabelecendo que as mulheres recebam proteção judicial e policial para romper com a violência, assim como sejam arbitradas rapidamente questões cíveis de extrema relevância, sendo exemplos de medida protetiva de urgência: afastamento, do autor de violência do lar; proibição de aproximação e contato; restrição ou suspensão de visitas aos filhos; prestação de alimentos provisionais ou provisórios; separação de corpos; restituição de bens indevidamente subtraídos da vítima e proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum (PARIZOTTO, 2016, p. 30), ressalvando que são uma importante novidade legislativa introduzida pela legislação com o intuito de assegurar efetividade no que concerne a garantir à mulher o direito de uma vida sem violência (FONSECA, 2017, p. 47).

Na mesma vertente, Sabadell e Paiva (2019, p. 13) reiteram a inovação das medidas protetivas, salientando que as mesmas permitem determinada interrupção do ciclo vicioso de violência, dispondo-se de um mecanismo que tutela a integridade da mulher através de uma atuação emergencial e desburocratizada do Estado.

De acordo com o artigo 22 da Lei Maria da Penha, uma vez constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, medidas protetivas de urgência, entre outras, como a suspensão da posse

ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (BRASIL, 2006, n.p). Ainda, elenca a jurista Maria Berenice Dias que a Lei Maria da Penha traz consigo um rol de medidas para assegurar efetividade ao seu propósito, sendo este garantir à mulher o direito a uma vida sem violência, tentando deter o agressor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima (DIAS, 2019, p. 171).

O pedido de medidas protetivas pode ser formulado diretamente pela vítima à autoridade policial, que nesta situação possui determinada capacidade postulatória, sendo desnecessário acompanhamento de advogado ou defensor público nessa etapa. Após o recebimento do expediente em juízo, instaura-se um procedimento cautelar, na modalidade de medida cautelar inominada, na qual incumbe ao juiz, no prazo de 48 horas, não só apreciar as medidas solicitadas, como também determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, e comunicar ao Ministério Público (CAVALCANTE, 2014, p. 114). Da mesma maneira, a medida pode ser concedida sem a abertura de um processo penal, contando com um registro de ameaça (VASCONCELLOS, 2016, p. 50).

Desse modo, na ocasião em que a vítima comparece à delegacia diante da orientação dada pela autoridade policial sobre a medida protetiva, fica a critério dela solicitá-la ou não, enquanto a possibilidade do requerimento do Ministério Público em relação as tais medidas fica restrita à sede judicial (SILVA, 2015, p. 85).

No entanto, de acordo com Amorim (2021, p. 18) as medidas que as autoridades policiais podem aprovar tratam-se de afastar o agressor de sua casa, residência ou do local onde a vítima está com ele, enquanto outras várias ainda são exclusivas do juiz, devendo a polícia enviar o pedido de proteção da vítima ao juiz em até 48 horas.

Destarte, as medidas emergenciais de proteção em que o agressor deve obedecer estão estipuladas no artigo 22 da Lei 11.340/06, in verbis:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao

órgão competente [...] II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; [...] VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.[...] (BRASIL, 2006, n.p).

Não obstante, ocorre o descumprimento de tais medidas quando o agressor viola quaisquer das determinações a ele imposta, cometendo o crime tipificado no artigo 24-A da Lei Maria da Penha, sujeito à pena de 03 meses a 2 anos de detenção (RIBEIRO et al., 2020, p. 523). Ademais, o referido delito, como pontua Oliveira Júnior e Secanho (2018, n.p), será consumado quando o agente praticar um comportamento vedado pela decisão concessiva da medida ou não fizer o que deveria fazer.

Ante o exposto, pode-se afirmar que a Lei Maria da Penha trouxe a instauração de medidas mais rigorosas em relação aos agressores, não havendo mais o julgamento das violências de gênero como crimes de menor potencial ofensivo e as punições corresponderem a cestas básicas ou serviços comunitários como previa a Lei 9099/5 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) (MENEGHEL et al., 2013, p. 692).

Ao contemplar os índices de violência contra a mulher no país, faz-se necessário o destaque da precariedade de dados estatísticos sobre o tema, especialmente em relação à violência doméstica e familiar (BARBOSA, 2018, p. 51), uma vez que a violência doméstica demonstra um crescimento considerável no Brasil nos últimos anos, conforme pontuam os Tribunais de Justiça dos estados brasileiros (TABOLKA; LANG, 2021, p. 68). Para tal, frisa-se a importância de contextualizar os dados ao longo dos últimos anos.

Os registros do Conselho Nacional de Justiça e seu Departamento de Pesquisas (2018), demonstram um aumento considerável e grave no



que diz respeito às práticas de violência doméstica contra a mulher por todo o Brasil, significando que, no ano de 2017, o ingresso nos tribunais de justiça dos estados brasileiros foram no montante de 452.988 casos novos que caracterizam esse tipo de violência, perfazendo um índice de 12% maior que o pontuado no ano de 2016 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, n.p).

No mesmo sentido, o Ministério da Saúde, por intermédio do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), alerta que a violência física contra mulheres marca índices de crescimento no decorrer dos anos, haja vista que no ano de 2011 contava-se com 43.559 casos, no ano de 2012, com 62.869, em 2013, 75.614; 2014, subiu para 84.589, 2015 disparou para 92.199; e, em 2016, foram afetadas 101.218 mulheres, números que seguem crescendo com o passar dos anos (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018, p. 12). Em um momento não tão distante, no ano de 2021, destaca-se um aumento de 8% nos casos, em relação aos números do ano anterior (RAMOS et al., 2022, p. 7).

Moura e Marques (2019, p. 14-15) observam uma série de medidas direcionadas à vítima e também à reeducação do agressor, reconhecendo que a lei trouxe mecanismos capazes de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, no entanto, salientam que, por vezes, tais medidas não possuem uma total eficácia, mencionando ainda que há alguns problemas relacionados à eficácia das medidas protetivas, no sentido de se realmente são cumpridas e se há fiscalização. Para tal, elencam algumas hipóteses para este imperfeito funcionamento, dentre elas o sistema de justiça, o funcionamento da polícia, o atendimento nas delegacias, a dificuldade de conceder-se uma medida, a falta de monitoramento, dentre alguns outros fatores que podem acarretar falhas na execução destas medidas.

Assim, a omissão perante os requisitos para que as medidas protetivas de urgência sejam deferidas quando solicitadas, a lei demonstra determinadas lacunas que podem impedir sua aplicabilidade, dentre elas a falta de abordagem acerca da duração das medidas, gerando por vezes confusão quanto ao seu entendimento e aplicabilidade. Igualmente, ressaltam que outro fator que dificulta a eficácia das medidas protetivas da lei Maria da Penha, é a falta de acompanhamento do Ministério Público aos casos (LISBOA; QUEIROZ, 2018, P. 15)

Os profissionais que atuam nas redes de atendimento apontam que há dificuldades na aplicabilidade da Lei, mencionando que elementos estruturais e sociais dificultam o processo, sendo os estruturais a questão de ausência de equipe qualificada e espaço físico adequado para atendimento às vítimas, bem como o difícil acesso a serviços especializados, e os sociais os que possuem relação com as condições de vida das vítimas, tais como o poder aquisitivo (ALVES; OLIVEIRA; MAFFACCIOLLI, 2012, p. 145).

Jackeline Florêncio (2016, p. 88-89) relata que diversos policiais, em suas falas, acabam por indagar a hipótese de que a eficiência das medidas se relaciona com a prevenção de outras violências, a título da prisão do agressor, o que impõe a ideia de que o mesmo estaria impune e tornando-se um impeditivo para novas condutas. Ainda, no campo prático, salienta que necessita realizar algumas modificações, em especial de acordo com relatos de delegadas, uma vez que há uma falta na fiscalização das medidas. Igualmente, Vasconcelos e Resende (2018, p. 129) elencam que, novamente, não há fiscalização para averiguar a efetividade de tais medidas e que ainda, pode ocorrer de, por intermédio de ameaças, o agressor obrigar a vítima a realizar uma retratação da representação para que a medida seja revogada.

No mesmo sentido, José Alves de Souza (2014, n.p) destaca:

[...] O que se pode notar é a dificuldade da aplicação e também da fiscalização das medidas protetivas quando se trata de conferir uma efetiva das determinações judiciais, tendo em vista que muitas vezes torna-se impossível aplicar tais dispositivos em sua integralidade; vários são os fatores que contribuem para a não concretização dessas medidas. (SOUZA, 2014, n.p).

No contexto atual, um dos maiores desafios enfrentados pelo Estado brasileiro, no que tange a aplicação das garantias previstas na Lei Maria da Penha, é certificar sua eficácia, já que estas tornam-se ainda mais deficientes quando se trata da aplicabilidade e fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência impostas aos agressores. Ocorre que, a execução de tais medidas torna-se ainda mais difícil à medida em que o Estado não dispõe de efetivo policial preparado e suficiente para combater e acompanhar o aumento diário de casos e requerimentos de medidas protetivas de urgências, bem como carece de políticas

públicas adequadas, que acompanhem o desenvolvimento tecnológico e que apresentem novas formas de prevenir e combater a violência doméstica contra a mulher, já que para que haja efetividade e cumprimento da Lei 11.340/06, é imprescindível que exista um esforço do Estado, poder judiciário, assistência social, SUS e toda população.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha é considerada um marco histórico no que diz respeito aos direitos das mulheres, sendo considerada um compromisso jurídico assumido pelo Estado, com o objetivo de prevenir a violência doméstica, proteger a mulher e punir os agressores. Todavia, apesar de todas as inovações trazidas pela Lei nº 11.340/06, como a implementação das medidas protetivas de urgência, que visam a proteção da mulher, o Brasil segue entre os 10 países que mais matam mulheres todos os anos (OMS, 2022, n.p).

Dessa forma, é preciso mais do que uma lei específica para combater e reduzir significativamente os números de casos de violência doméstica no país. É necessário que o Estado possibilite uma série de práticas para o enfrentamento da violência contra a mulher, incluindo o incentivo a políticas públicas de combate e prevenção, possibilitando treinamentos aos policiais, profissionais da saúde e do judiciário, qualificando aqueles que trabalham diretamente com as vítimas. Além de promover espaços para pesquisa e discussão acerca do tema, organizando e viabilizando a coleta de dados atualizados em âmbito nacional, assegurando o acesso a informação e facilitando os canais de denúncia destinados às vítimas.

## REFERÊNCIAS

ALBERDI, Inés; MATAS, Natalia. **La violencia doméstica Informe sobre los malos tratos a mujeres en España**. Barcelona: Fundación "la Caixa", 2002. Disponível em: <https://www.uv.es/igualtat/recursos/actuacio/InformeViolenciaAlberdiMatas.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

ALVES, Elisângela da Silva; OLIVEIRA, Dora Lúcia Leidens Corrêa de; MAFFACIOLLI, Rosana. Repercussões da Lei Maria da Penha no Enfrentamento da Violên-

cia Doméstica em Porto Alegre. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, Porto Alegre, v. 33, n. 3, p. 141-147, set. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rgenf/a/4zbn-8ztnfbRrvV7wmfhT5gk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 jul. 2022.

ANDRADE, Clara de Jesus Marques; FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da. Considerações sobre Violência Doméstica, Gênero e o Trabalho das Equipes de Saúde da Família. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 591-595, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reeusp/a/W8SCzCK-dXp3QCFk7dRDZnbd/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 15 jul. 2022.

AMORIM, Letícia Lima. **Lei Maria da Penha: a eficácia da aplicação das medidas protetivas de urgência da lei 11.340/06**. Goiânia: [s.n.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2611/1/corrigido%20%281%29%20%282%29.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2022.

AZAMBUJA, Lidiane Campos; VELTER, Stela Cunha. **Violência Psicológica e Moral contra a Mulher à Luz da Lei Maria da Penha**. Várzea Grande: UNIVAG – Centro Universitário, 2017. Disponível em: <https://repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/1095/1051>. Acesso em: 12 jul. 2022.

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. **Medidas Protetivas de Urgência e o Poder Judiciário Maranhense: avaliação da eficácia da prestação jurisdicional estatal nos julgamentos de Medidas Protetivas de Urgência através da análise de seus recursos entre os anos de 2012-2016**. Dissertação de Mestrado em Direito, UFMA. Universidade Federal do Maranhão. Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. São Luís, 2018. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/2428/2/GABRIELLABARBOSA.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2022.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: a experiência vivida**. v. 2. Tradução de Sérgio Milliet. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BONAMIGO, Irme Salete. Violências e Contemporaneidade. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 204-213, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802008000200006/8184>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRANQUINHO, Natalia Katrine Doutor. **Lei Maria da Penha e as Medidas de Proteção: progressos e conquistas dentro dos dez anos de vigência**. Anápolis:

UniEVANGÉLICA, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/662/1/Monografia%20-%20Natalia%20Katrine.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto Nº 1.973, de 1º de Agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 12. jul. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006**. Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha). Brasília, DF: Senado Federal, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 12 jul. 2022.

CABRAL, Taiane Regina Pereira *et al.* Violência de Gênero: Estudo comparativo entre duas realidades. *In*: 16º Encontro Nacional Abrapso, 16., 2011, Recife. **Associação Brasileira de Psicologia Social**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2011. Disponível em: [https://www.encontro2011.abrapso.org.br/conteudo/view?ID\\_CONTEUDO=548](https://www.encontro2011.abrapso.org.br/conteudo/view?ID_CONTEUDO=548). Acesso em: 11 jul. 2022.

CAMPOS, Carmen Hein de. Desafios na Implementação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 391-406, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/gMFCnKzQdJzX3hLv7pPdKf/?format=html>. Acesso em: 12 jul. 2022.

CARNEIRO, Suzi Penha; CARVALHO, Maria Luciene Barbosa. A Violência de Gênero e as Medidas Protetivas. *In*: XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e II Mostra Nacional de Trabalhos Científicos, 2016. **Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e**

**Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul.** Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14578/3278>. Acesso em: 12 jul. 2022.

CASTRO, Juliana Duarte De Mendonça. **A Lei Maria da Penha e os Desafios das Medidas Protetivas, no Município de Goiânia, de 2011 a 2013.** Dissertação de Mestrado em Serviço Social, PUC Goiás. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Programa de Pós-graduação *Stricto-Sensu* em Serviço Social. Goiânia, 2015. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=3345869](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3345869). Acesso em: 12 jul. 2022.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 15, n. 38, p. 113-132, jan./abr. 2014. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/2014/Cadernos\\_Jur%C3%ADdicos\\_38.pdf#page=113](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/2014/Cadernos_Jur%C3%ADdicos_38.pdf#page=113). Acesso em: 10 jul. 2022.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha. **Texto para Discussão**, Brasília, n. 2048, mar. 2015. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2048k.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048k.pdf). Acesso em: 10 jul. 2022.

CÉSAR, Daniele Cristina Mistretta Vieira. **Lei Maria da Penha: percepções e vivências.** Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, UNESP. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Faculdade de Filosofia e Ciências. Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais. Marília, 2014. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=1363657](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1363657). Acesso em: 12 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha.** Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/2df3ba3e13e95bf17e33a9c10e60a5a1.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIAS, Paula Regina Pereira Dos Santos Marques. **A Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a Efetividade da Lei Maria da Penha na Justiça:** uma análise da aplicação das medidas protetivas de urgência na cidade de Imperatriz/MA. Dissertação de Mestrado em Direito, PUC Goiás. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Programa de Pós-graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Goiânia, 2014. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=1953172](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1953172). Acesso em: 11 jul. 2022.

FEITOSA, Nayara Fernanda Magalhães. **“Eu Quero Viver!”:** a efetividade da Lei Maria da Penha no caso das mulheres com medidas protetivas nos territórios do “Ceará Pacífico”. Dissertação de Mestrado em Serviço Social, Trabalho e Questão Social, UECE. Universidade Estadual do Ceará. Centro de Estudos Sociais Aplicados Fortaleza, 2019. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=7804996](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=7804996)> Acesso em: 12 jul. 2022.

FERNANDES, Bruno Filipe Ribeiro. **Violência Doméstica - O Papel da Polícia de Segurança Pública Face a Vitimação de Menores.** Trabalho de Projeto do Mestrado Integrado em Ciências Policiais, ISCPSI. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. XXIV Curso de Formação de Oficiais de Polícia. Lisboa, 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322889085.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

FLORÊNCIO, Jackeline Danielly Freire. **Por uma Vida Livre de Violência: contribuições à avaliação das medidas protetivas de urgência da lei maria da penha em pernambuco.** Dissertação de Mestrado em Políticas Públicas, UFPE. Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-graduação do Mestrado Profissional de Políticas Públicas. Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/26632/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Jackeline%20Danielly%20Freire%20Flor%C3%AAncio.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

FONSECA, Maria Fernanda Soares. **Violência e Desigualdade de Gênero:** a trajetória legislativa e os direitos das mulheres. Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento Social, UNIMONTES. Universidade Estadual de Montes Claros. Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Social. Montes Claros, 2017. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/>

coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\_trabalho=4991808. Acesso em: 12 jul. 2022.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3114970/mod\\_resource/content/1/Anthony\\_Giddens\\_Sociologia.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3114970/mod_resource/content/1/Anthony_Giddens_Sociologia.pdf). Acesso em: 10 jul. 2022.

HEERDT, Samara Wilhelm. Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida – Artigos 23 e 24. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 315-326. Disponível em: <http://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/LMP-comentada-perspectiva-juridico-feminista.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Quem é Maria da Penha**. Fortaleza: IMP, 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 10 jul. 2022.

JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira; SECANHO, Antonelli Antonio Moreira. **Descumprimento das Medidas Protetivas Previstas da Lei Maria da Penha**. [s.l.], 2018. Disponível em: <https://www.apmp.com.br/artigos/descumprimento-das-medidas-protetivas-previstas-na-lei-maria-da-penha-eudes-quintino-de-oliveira-junior/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

JÚNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael. **Aspectos Processuais Cíveis da Lei Maria da Penha (Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher)**. São Paulo, 2008. Disponível em: [https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/caop\\_dh/documentos/Aspectos\\_Processuais\\_Civis\\_da\\_Lei\\_Maria\\_da\\_Penha.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/caop_dh/documentos/Aspectos_Processuais_Civis_da_Lei_Maria_da_Penha.pdf). Acesso em: 10 jul. 2022.

LACERDA, Isadora Almeida. **O Conceito de Violência contra a Mulher no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Pontifícia Católica do Estado do Rio de Janeiro - PUC-Rio, 2014. Disponível em: [https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio\\_resumo2014/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Isadora%20Almeida%20Lacerda.pdf](https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Isadora%20Almeida%20Lacerda.pdf). Acesso em: 15 jul. 2022.

LISBOA, Itaiara Pereira; QUEIROZ, Sheyla Cristina Ferreira dos Santos. **A Ineficácia das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha**. João Pessoa: UNIPÊ - Centro Universitário de João Pessoa, 2018. Disponível em: <https://bdtcc.unipe>



edu.br/publications/a-ineficacia-das-medidas-protetivas-na-lei-maria-da-pe-nha-itaiara-pereira-lisboa/. Acesso em: 12 jul. 2022.

LISBOA, Manuel *et al.* **Violência e Gênero** - Inquérito Nacional sobre a Violência exercida contra Mulheres e Homens. Lisboa: CIG, 2009. Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/56714/1/Viol\\_ncia\\_e\\_G\\_nero.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/56714/1/Viol_ncia_e_G_nero.pdf). Acesso em: 10 jul. 2022.

MACHADO, Isadora Vier. **Da Dor no Corpo à Dor na Alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha**. Tese de Doutorado em Ciências Humanas, UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas. Florianópolis, 2013. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=123587](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=123587). Acesso em: 12 jul. 2022.

MENEGHEL, Stela Nazareth *et al.* Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 3, p. 691-700, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/gZtYwLDYSqtgp7wGTTXHW4z/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 jul. 2022.

MOTA, Thiago da Silva; Rocha, José Jorge. **A Lei Maria da Penha e o Papel das Medidas Protetivas como Mecanismo Protetor da Vítima**. Salvador, 2019. Disponível em: <http://ri.ucesal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/864/1/TCCTHIA-GOMOTA.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

MOURA, Elizama Cinthya Nunes Campos da Costa; MARQUES, Renan Do Valle Melo. **Lei Maria da Penha: ineficácia das medidas protetivas**. João Pessoa: UNIPÊ - Centro Universitário de João Pessoa, 2019. Disponível em: <https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/artigo-Cinthya.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

MUNIZ, Alexandre Carrinho; FORTUNATO, Tammy. Violência Doméstica: da cultura ao direito. *In: Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. Violência Contra a Mulher: um olhar do Ministério Público Brasileiro*. Brasília: CNMP, 2018. p. 8-19. Disponível em: [https://cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO\\_WEB\\_1\\_1.pdf](https://cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf). Acesso em: 5 jul. 2022.

NASCIMENTO, Adriana Siqueira *et al.* A Lei Maria da Penha e as Formas de Violência Doméstica contra a Mulher. **Revista Científica Online**, Paracatu, v. 7,

n. 6, n.p, out. 2015. Disponível em: [http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/7\\_A\\_LEI\\_MARIA\\_DA\\_PENHA\\_E\\_AS\\_FORMAS\\_DE\\_VIOLENCIA\\_DOMESTICA\\_CONTRA\\_A\\_MULHER.pdf](http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/7_A_LEI_MARIA_DA_PENHA_E_AS_FORMAS_DE_VIOLENCIA_DOMESTICA_CONTRA_A_MULHER.pdf). Acesso em: 12 jul. 2022.

NETO, José Elias Gabriel; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Gênero e Liberdade Artística: uma aproximação hermenêutica a partir de um breve estudo de caso. *In: XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos*, 2016. **Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15824>. Acesso em: 12 jul. 2022.

NOTHAFT, Raíssa Jeanine; LISBOA, Teresa Kleba. As Intervenções com Autores de Violência Doméstica e Familiar no Brasil e Suas Relações com a Lei Maria da Penha. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 61, p. 1-16, 2021. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8666985>. Acesso em: 15 jul. 2022.

OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. **Histórico, Produção e Aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei Nº 11.340/2006**. Monografia de Pós-Graduação em Processo Legislativo, CEFOR. Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento. Câmara dos Deputados. Programa de Pós-Graduação. Brasília, 2011. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/8429/historico\\_producao\\_oliveira.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/8429/historico_producao_oliveira.pdf?sequence=3&isAllowed=y). Acesso em: 10 jul. 2022.

OMS. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra: OMS, 2002. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/04/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. (Convenção de Belém do Pará). Belém do Pará, 1994. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao\\_belem\\_do\\_para.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_belem_do_para.pdf). Acesso em: 12 jul. 2022.

PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL. Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais. **Senado Federal**, Brasília, n. 2., p. 38, 2018. Disponível em: <https://www.>

senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

PARIZOTTO, Natalia Regina. Violência Doméstica de Gênero: desafios para seu enfrentamento no poder judiciário. [SYN]THESIS, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 29-39, jan./jul. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/42203/29376>. Acesso em: 11 jul. 2022.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre Avanços, Obstáculos e Desafios. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 533-545, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/kYRfBhW3593JLyc3MLGGG-Ws/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 12 jul. 2022.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. *In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101-118. Disponível em: <http://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/LMP-comentada-perspectiva-juridico-feminista.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

RAMOS, Silvia *et al.* **Elas Vivem:** dados da violência contra mulheres. Rio de Janeiro: CESeC, 2022. Disponível em: [http://observatorioseguranca.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2022/03/EMBARGO-ATE-5AM-1003\\_REDE-DE-OBS-elas-vivem\\_-2.pdf](http://observatorioseguranca.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2022/03/EMBARGO-ATE-5AM-1003_REDE-DE-OBS-elas-vivem_-2.pdf). Acesso em: 12 jul. 2022.

REIS, LUANNE SILVA. **Verso e Reverso das Medidas Protetivas de Urgência:** atuação da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher na Comarca de São Luís/MA, à luz da Lei Maria da Penha. Dissertação de Mestrado em Políticas Públicas, UFMA. Universidade Federal Do Maranhão. Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas. São Luís, 2019. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=7779213](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=7779213). Acesso em: 12 jul. 2022.

RIBEIRO, Rita de Cássia Parreira *et al.* Violência Doméstica, Políticas Públicas e Direitos Humanos: notas sobre a lei de descumprimento de medidas protetivas de urgência em Mato Grosso do Sul. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v. 7, n. 19, p. 518-532, ago. 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3889>. Acesso em: 11 jul. 2022.

SABADELL, Ana Lucia; PAIVA, Livia de Meira Lima. Diálogos entre Feminismo e Criminologia Crítica na Violência Doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 26, n. 153, p. 173-206, mar. 2019. Disponível em: [https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Di%C3%A1logos\\_entre\\_feminismo\\_e\\_criminologia\\_cr%C3%ADtica.pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Di%C3%A1logos_entre_feminismo_e_criminologia_cr%C3%ADtica.pdf). Acesso em: 12 jul. 2022.

SANTOS, Cecília MacDowell. Curto-Circuito, Falta de Linha ou na Linha? Redes de Enfrentamento à Violência contra Mulheres em São Paulo. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 577-600, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/38878/29356>. Acesso em: 12 jul. 2022.

SANTOS, Christiano Jorge; MACHADO, Luiz Fernando Decoussau. Lei “Maria da Penha”. Conceitos Essenciais, a Violência Patrimonial contra a Mulher na forma da Lei 11.340/2006 e as Imunidades Penais Previstas nos Artigos 181 e 182 do Código Penal. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, a. XXVI, v. 30, n. 3, p. 134-162, set./dez. 2021. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2357/1872>. Acesso em: 12 jul. 2022.

SANTOS, Gleuberson Silva dos; MELLO, Denilson Carlos da Silva. Lei Maria da Penha: tipos de violência e formas de assistência. In: MIRANDA, Pedro Fauth Manhães (org). **O Direito nas Intersecções entre o Fático e o Normativo 2**. Ponta Grossa: AYA, 2022. p. 229-238. Disponível em: <https://ayaeditora.com.br/wp-content/uploads/2022/02/L119.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

SANTOS, Maricelly Costa *et al.* Violência contra a Mulher no Brasil: algumas reflexões sobre a implementação da lei maria da penha. **Ciências Humanas e Sociais**, Alagoas, v. 3, n. 3, p. 37-50, nov. 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/fitshumanas/article/view/3625>. Acesso em: 10 jul. 2022.

SILVA, Fernanda Brandão da. **O Enfrentamento da Violência de Gênero: uma análise a partir das bases de dados dos crimes de violência física, sexual e feminicídios**. Dissertação de Mestrado em Serviço Social, UFRJ. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-graduação em Serviço Social. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=5950766](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5950766). Acesso em: 12 jul. 2022.

SILVA, Louise Gomes de Vasconcelos. **Análise da Aplicação das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha**: o estudo de caso do CREAS II - Campos dos Goytacazes/RJ. Dissertação de Mestrado em Sociologia Política, UENF. Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Centro de Ciências do Homem. Programa de Pós-graduação em Sociologia Política. Campos dos Goytacazes, 2015. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=2720652](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2720652). Acesso em: 15 jul. 2022.

SILVA, Ricardo Luis dos Santos. Lei Maria da Penha: casas de abrigo de Porto Velho-RO para mulheres que sofrem violência doméstica. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Brasília, a. XIII, n. 1053, p. 221-244, nov. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpB0P4Nc.pdf/consult/phpB0P4Nc.pdf#page=219>. Acesso em: 13 jul. 2022.

SOUZA, José Alves de. **Lei Maria da Penha e a Duvidosa Eficácia das Medidas Protetivas**. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40127/lei-maria-da-penha-e-a-duvidosa-eficacia-das-medidas-protetivas>. Acesso em: 12 jul. 2022.

TABOLKA, Lauren Hanel Lang; LANG, Lilian Hanel. As Implicações das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha. **Revista da Defensoria Pública RS**, Porto Alegre, a. 12, v. 1, n. 28, p. 62-79, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/350>. Acesso em: 12 jul. 2022.

TELES, Paula do Nascimento Barros González. Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda. In: **Capacitação em Gênero**: Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. p. 110-122. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

VASCONCELOS, Claudivina Campos; RESENDE, Gisele Silva Lira de. Violência Doméstica: a aplicabilidade e eficácia das medidas protetivas como instrumento de prevenção e combate à reincidência na Comarca de Barra do Garças - MT. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 27, n. 49, p. 117-137, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/687> Acesso em: 15 jul. 2022.

VASCONCELLOS, Neiva Augusta Viegas. **A Violência contra a Mulher:** uma análise dos desdobramentos da denúncia na cidade de Vitória/ES. Dissertação de Mestrado em Saúde Pública, ENSP. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz. Programa de Pós-graduação em Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popu-p=true&id\\_trabalho=3855748](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popu-p=true&id_trabalho=3855748). Acesso em: 15 jul. 2022.



# A (NÃO) VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL FRENTE À ADOÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS POR MEIO DA LEI Nº 13.964/2019: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI Nº 6.298

GABRIEL DELVING ELY<sup>1</sup>  
LARISSA SBERSE MORÁS<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O Código Penal, instituído por meio do Decreto-Lei nº 2.848/1940, e o Código de Processo Penal, editado a partir do Decreto-Lei nº 3.689/1941, ainda vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, foram promulgados durante a Era Vargas (1930-1945) e nasceram de uma forte influência exercida pelo Código Rocco, como é conhecido o Código de Processo Penal italiano de 1930, que, por ter como base ideais fascistas, apresenta uma estrutura inquisitorial. Não obstante as inúmeras alterações legislativas introduzidas no Estatuto Repressivo e no diploma processual penal, a fim de adequar as normas à contemporaneidade e às novas situações experimentadas pela sociedade brasileira, nenhuma dessas modificações foi capaz de alcançar a matriz eminentemente garantista da Constituição Federal de 1988.

Nesse momento, atrai-se a atenção ao fato de a Lei Maior ter sido promulgada mais de quarenta anos depois da edição das principais leis penais (material e processual) sem que tenha sido capaz de provocar significativa alteração nesses diplomas. Foi somente em 2018 – isto é, trinta anos após o início da vigência da Constituição Federal de 1988 e quase

---

1 Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Taquari. Escrevente Autorizado do Tabelionato e Ofício de Registros Especiais de Lajeado/RS. gabrieldelvingely@gmail.com.

2 Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Verbo Educacional. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Taquari. larissasbmoras@gmail.com.



oitenta anos após sanção do Código Penal e do Código de Processo Penal – que a modificação do modelo de sistema processual penal passou a se mostrar real e possível. Isso porque foi apresentado, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 10.372/2018, posteriormente distribuído na Câmara dos Deputados sob o número Projeto de Lei 6.341/2019, conhecido como “Pacote Anticrime”. De rápida e surpreendente tramitação, a proposta foi levada à sanção do Presidente da República em 24 de dezembro de 2019, resultando na Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime).

Dentre as diversas mudanças promovidas pela mencionada lei, a principal e mais expressiva foi a alteração do modelo de sistema processual penal adotado pela legislação pátria: de um modelo (neo)inquisitório, também denominado sistema acusatório misto, passou-se a expressamente aderir ao sistema acusatório. Como reflexo, o processo penal brasileiro passará a contar com a figura do juiz de garantias, que, em suma, será responsável, da investigação criminal até o recebimento da denúncia, pelo controle da legalidade da investigação criminal e preservação das garantias conferidas ao acusado pela prática de infração penal.

Acontece que, praticamente no mesmo instante em que promulgada a Lei nº 13.964/2019, foram ajuizadas quatro ações diretas de inconstitucionalidade, as quais foram autuadas sob os nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 e distribuídas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, pelos partidos políticos Podemos e Cidadania, pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Cada uma dessas ações constitucionais apresentam as suas perspectivas e irresignações, mas é comum entre todas o objetivo de alcançar a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, que introduzem e disciplinam o juízo de garantias e outras regras.

Veja-se, a partir dessa realidade, que, embora a inovação provocada no sistema processual penal com a expressa adoção do modelo acusatório se mostre relevante ao garantismo penal, pendem de julgamento as ADIs anteriormente identificadas e, a depender das decisões definitivas a serem proferidas, a conquista de um sistema que visa a assegurar, na sua forma mais plena, os direitos do réu poderá restar comprometida. A esses aspectos, soma-se ainda a visível alteração da estrutura, tanto

do processo quanto do Poder Judiciário; a inexistência de vasto material acerca da matéria dada a recente promulgação da Lei nº 13.964/2019; e a incipiência do assunto, tudo a justificar e a conferir singular importância ao desenvolvimento do presente estudo.

Diante disso, objetiva-se averiguar se há violação ao princípio do juiz natural frente à adoção, por meio da edição da Lei nº 13.964/2019, das figuras do juiz de garantias e do juiz da instrução e julgamento a partir da análise da tese argumentativa da ADI nº 6.298 – primeira ação constitucional ajuizada sobre o tema e que, dentre outros argumentos, sustenta a inconstitucionalidade do instituto por expressa ofensa a esse relevante princípio norteador do direito processual penal.

Nesse diapasão, a pesquisa, quanto à abordagem do tema, será qualitativa e utilizar-se-á do método dedutivo e dos procedimentos bibliográficos e documentais como instrumentais técnicos. A primeira seção apresentará os princípios enquanto fontes do direito penal e processual penal e o específico corolário do juiz natural. Na sequência, será abordada a novel figura do juiz de garantias introduzida pela Lei Anticrime, assim como serão demonstradas as principais características da ADI nº 6.298. Por último, na terceira seção, será feita análise crítica das teses da referida ação constitucional, assim alcançando o objetivo deste estudo.

## 2 OS PRINCÍPIOS ENQUANTO FONTE DO DIREITO

O direito brasileiro advém de fontes, que, segundo a doutrina majoritária, se subdividem em fontes materiais e fontes formais. Nader (2020) esclarece que o termo fonte (do latim, *fons*, *fontis*) remete à ideia de nascente, fonte de água e, na esfera das ciências jurídicas, é empregado no seu sentido figurado, pois, de acordo com Du Pasquier *apud* Nader (2020, p. 141), “remontar à fonte de um rio é buscar o lugar de onde as suas águas saem da terra; do mesmo modo, inquirir sobre a fonte de uma regra jurídica é buscar o ponto pelo qual sai das profundidades da vida social para aparecer na superfície do Direito”. Nessa linha, fontes do direito são “a origem primária do Direito, identificando-a com a gênese das normas jurídicas. Nesse sentido, seria todo fator real ou fático que condiciona o aparecimento da norma jurídica” (SALIM, 2008, p. 27).

Por fontes materiais, compreende-se como sendo aquelas “constituídas por fenômenos sociais e por dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com as quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá conteúdo ou matéria às regras jurídicas” (GUSMÃO, 2018, p. 102). Ou seja, acontecimentos sociais que envolvam valores culturais/religiosos, econômicos, geográficos, entre outros, e que reclamem maior intervenção estatal para resolução e/ou prevenção acabam fornecendo “ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos” (NADER, 2020, p. 142).

As fontes formais, por sua vez, acabam sendo a consequente expressão dos resultados obtidos por meio das fontes materiais. Venosa (2019, p. 125) ensina que fontes formais são “os modos, meios, instrumentos ou formas pelos quais o Direito se manifesta perante a sociedade, tal como a lei e o costume. São os meios de expressão do Direito. Criam o Direito, isto é, introduzem no ordenamento novas normas jurídicas”. Em suma, são as formas pelas quais o direito positivo se apresenta, quais sejam, as leis, os tratados internacionais, o costume, a jurisprudência, as convenções coletivas de trabalho, a doutrina e os princípios (GOMES, 2019).

Ainda a respeito das fontes formais do direito, importa observar que, entre elas, há “hierarquia (escalonamento) [...] decorrente da superioridade ou supremacia de umas e da subordinação de outras” (GUSMÃO, 2018, p. 105) e que basicamente aplicam-se na seguinte ordem de relevância: Constituição Federal e emendas constitucionais, leis complementares, “leis ordinárias e tratados internacionais incorporados ao direito interno. Dentre as leis, as federais predominam sobre as estaduais e estas sobre as municipais, enquanto a complementar prevalece sobre a lei ordinária” (p. 107), costume, contratos coletivos de trabalho e regulamentos, sendo incidentes os princípios “quando inexistir norma a ser aplicada ao caso concreto, isto é, no caso de lacuna” (p. 107). A respeito da última fonte formal do direito citada, tem-se que tal regra corresponde àquela devidamente insculpida pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Salim (2008, p. 32) complementa a matéria ao explicar que os princípios gerais do direito “são premissas éticas que são extraídas, mediante indução, do material legislativo” e o seu emprego, quando eficaz à supressão da omissão, impõe “à criação de regras formuladas pelos princípios morais que informam a legislação onde ocorre o caso omissivo”.

No âmbito penal, defende Capez (2014, p. 26) que a criação da norma penal “e a adequação concreta da conduta ao tipo devem operar-se em consonância com os princípios constitucionais do Direito Penal, os quais derivam da dignidade humana, que, por sua vez, encontra fundamento no Estado Democrático de Direito”. E mais do que isso: “servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal” (PRADO, 2020, p. 35). Exercem os princípios, em similar importância, influência na interpretação das normas de ordem processual penal. Nucci (2020a, p. 49) introduz essa matéria asseverando que, “em Direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, [...] servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. Quanto à aplicabilidade dos considerados elementos interpretativos, o doutrinador argumenta que “cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou [...] resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos” (NUCCI, 2020a, p. 49).

Ante a notoriedade da aplicação e da relevância dos princípios no âmbito do direito penal e processual penal, destacadamente para que sejam asseguradas as garantias conferidas ao acusado pela prática de uma conduta enquadrada como infração penal, passa-se, de imediato, ao estudo do princípio do juiz natural. No aspecto, é garantido ao réu, a partir do disposto no inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal, o julgamento “por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, acarretando, por consequência, um julgamento imparcial” (NUCCI, 2020a, p. 71). Tal preceito reflete na vedação do juízo ou tribunal de exceção, abordado pelo inciso XXXVII da mesma norma constitucional. Nucci (2020a, p. 71) explana que tal proibição decorre da lógica dedução de que “a nomeação de um juiz ou a constituição de um tribunal, após a prática do delito, especialmente para julgar o seu autor” subtrai sua imparcialidade, “justamente porque foi criado para analisar um caso concreto já ocorrido. Assim, pelas regras constitucionais, todos têm direito a um julgador desapaixonado e justo, previamente existente”.

Já Silveira (2000) esclarece que, embora sua existência remonte à Constituição Política do Império do Brasil de 1824, o princípio do juiz natural não é um princípio expressamente abordado pela Constituição Federal, mas sim decorrente da interpretação conjunta dos incisos

XXXV, XXXVII, XL e LIII do seu artigo 5º. Em continuidade, a pesquisadora discorre acerca da conexão do princípio em estudo aos princípios da igualdade, da imparcialidade, da anterioridade e da legalidade, além de mencionar que, para grande parcela dos doutrinadores, o princípio do juiz natural se resume à proibição de júízo ou tribunal de exceção e ao julgamento por autoridade competente, o que configuraria, então, a chamada “dúplice garantia” (SILVEIRA, 2000, p. 203). No entanto, para outros estudiosos, a garantia do juiz natural é compreendida por sua tríplice forma, que assim significa:

É o que se infere do ensinamento de FERRAJOLI, ao afirmar que a garantia significa, precisamente, três coisas distintas ainda que relacionadas entre si: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a ininterrogabilidade e a indisponibilidade das competências, e a proibição de júízos extraordinários e especiais. No primeiro sentido, o princípio designa o direito do cidadão a um processo não pré-julgado por uma eleição de juiz posterior ao delito e por isso ordenada à obtenção de um determinado resultado. No segundo sentido, designa a reserva absoluta de lei e a inalterabilidade discricional das competências judiciais. No terceiro sentido, constitui-se em um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e seu monopólio nas mãos de uma única ordem. (SILVERIA, 2000, p. 203)

Aprofundando a pesquisa, Silveira (2000, p. 207) destaca que “as chamadas modificações de competência, imediatamente aplicadas mas que já estejam contidas em leis regularmente promulgadas” não violam o princípio do juiz natural. Isso porque “no princípio não se encontra nenhuma regra de direito intertemporal” e, se rigorosamente observados os preceitos legais, “as substituições em lei previstas, os desaforamentos e a prorrogação de competência” igualmente não implicam a sua violação.

Em semelhante direção, Lopes Júnior (2012, p. 449) sustenta que o princípio do juiz natural “consiste no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal”. Ou seja, “o nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do

processo. Não podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa”.

Para Moraes (2020, p. 96), o princípio do juiz natural “é vetor constitucional consagrador da independência e imparcialidade do órgão julgador, pois [...] ‘protege a confiança dos postulantes e da sociedade na imparcialidade e objetividade dos tribunais’”, sendo que “a instituição de um tribunal de exceção implica em uma ferida mortal ao Estado de Direito”.

Compilando as interpretações atinentes ao princípio do juiz natural e acima apresentadas, infere-se que as diferentes perspectivas para o mesmo corolário, embora não conflitantes, mas sim complementares, decorre do fato de não se ter apenas um único dispositivo constitucional que viabilize a extração dessa compreensão de forma mais limitada. Ao lado disso e de posse dos ensinamentos expostos oportunamente, possível afirmar que três são as principais vertentes do princípio em estudo, a saber: garantia ao réu de **(i)** não ser submetido a julgamento por juiz ou tribunal de exceção; **(ii)** ser julgado por autoridade competente e pré-definida pela lei – isto é, saber, antecipadamente, e não pós-fato, conforme bem destacado ao norte por Ferrajoli *apud* Silveira (2000), o juízo competente para processamento e julgamento de acusado pela prática de eventual infração penal; e **(iii)** ser julgado por autoridade imparcial.

A par de toda a exposição teórica, cristalina a relevância e a influência dos princípios – com destaque, neste estudo, ao do juiz natural - para o exercício interpretativo das normas jurídicas. Diante disso, busca-se averiguar eventual afronta às garantias asseguradas pelo corolário em voga a partir da edição da Lei nº 13.964/2019, que, além de ter apresentado substanciais alterações principalmente no Código Penal e no Código de Processo Penal, introduziu o juiz de garantias. Para tanto, na próxima seção, será analisada a nova figura desse juízo e os aspectos principais da ADI nº 6.298, de maneira que se tenha subsídio à discussão a ser travada na última seção.

### **3 A INTRODUÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS POR MEIO DA LEI Nº 13.964/2019 E A QUASE INSTANTÂNEA DISTRIBUIÇÃO DA ADI Nº 6.298**

De inicial distribuição na Câmara dos Deputados, o projeto de lei nº 10.372/2018, conhecido por “Pacote Anticrime”, após regu-

lar tramitação, foi levado para sanção do Presidente da República, que, em 24 dezembro de 2019, que vetou parcialmente o texto e acabou por sancionar a Lei nº 13.964/2019. Não obstante a lei em questão tenha introduzido significativas alterações também no Código Penal e em outras leis esparsas, importa ao problema do presente estudo a análise da inovação legislativa consistente na modificação do modelo de processo penal vigente no país e na introdução da figura do juiz de garantias, o que imediatamente se passa a lançar.

Com um viés fascista e autoritário (PACELLI, 2014), o Código de Processo Penal que ainda vige no sistema jurídico brasileiro foi promulgado no ano de 1941 e, desde então, perpassou por alterações. Ocorre que nem mesmo o conjunto de todas essas modificações atinge a expressividade das mudanças introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, se não vejamos. O silêncio do Decreto-Lei nº 3.689/1941, na oportunidade de sua promulgação, quanto ao modelo de sistema processual penal adotado pelo ordenamento brasileiro importou na construção doutrinária (mas não unânime) de que, em razão das características das fases pré-processual e processual, havia sido instituído o modelo acusatório misto, que, nas palavras de Lima (2009, p. 16), significa a existência de “uma fase preparatória marcadamente inquisitiva e, posteriormente, uma fase judicial contraditória”. Nessa direção são os ensinamentos de Rangel (2010, p. 56), que sustenta que o sistema processual vigente até então não era “puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, [...] integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros”.

Sob outra perspectiva, Lopes Júnior (2012) critica a adoção da terminologia sistema acusatório misto e defende que o modelo até há pouco adotado era o (neo)inquisitório, vez que a mera segregação das funções de acusar e de julgar seria insuficiente para definir o padrão processual como predominantemente acusatório.

Com a edição da Lei nº 13.964/2019, as divergências doutrinárias ventiladas ao norte foram superadas. Isso porque o introduzido artigo 3º-A expressamente declara a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro. Conforme destaca Nucci (2020, p. 36), tem-se que “com a mera inclusão do art. 3º-A, caput, do CPP, tudo se transforma e o sistema inteiro

se transfigura para o acusatório puro”. Para fins de plena observância, tanto na fase pré-processual quanto na fase processual das garantias preconizadas pela Constituição Federal e por esse modelo de sistema processual penal, foi instituído o juiz de garantias, que, resumidamente, será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela preservação das garantias conferidas ao acusado pela prática de uma infração penal da investigação criminal até o recebimento da denúncia.

No dizer de Távora e Alencar (2020, p. 227-228), o juiz de garantias é:

[...] o magistrado que, por lei, é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. O seu conceito se relaciona intimamente com a sua competência e com a necessidade de se assegurar a imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento de mérito condenatório. [...] A expressão designa uma delimitação de competência. Ao especificar a competência do juiz das garantias, apartando-a da competência do juiz da instrução, a legislação não divide a jurisdição, que subsiste una, porém logra repartir a porção de cada um dos centros de atribuição judicial. [...] O juiz das garantias é uma forma de delimitar não apenas a competência de magistrados, segundo o objeto do juízo cognitivo outorgado pela legislação, mas também para assegurar que o princípio do juiz natural não conflite com a sua necessária imparcialidade. Ele é uma divisão da competência, segundo a estrutura funcional da persecução penal. Mas também ele é limite porque se opõe a julgamentos sobre os quais recaia dúvida sobre a suspeição do julgador. Nessa linha, não se deve admitir a supressão da liberdade de alguém se não for respeitada, rigorosamente, a estrutura acusatória do processo penal.

Em adição, pertinente consignar que as atribuições do juiz de garantias são aquelas elencadas pelo artigo 3º-B do diploma processualista penal, dentre as quais destacam-se receber comunicação de prisão e de lavratura de auto de prisão em flagrante, decidir sobre produção antecipada de provas e requerimentos de medidas cautelares, requisitar documentos e informações do delegado de polícia, zelar pelos direitos do preso, receber notícia de instauração de qualquer investigação criminal, homologar ou não acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada e proferir decisão de (não) recebimento da denúncia ou queixa.



Avançando, o caput do artigo 3º-C esclarece que “a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa”, marco processual esse que inaugura a atuação do juiz da instrução e julgamento, que não fica vinculado às decisões proferidas anteriormente ao início de sua atuação, nos termos dos parágrafos do mencionado artigo 3º-C. No que importa à designação do juiz que atuará na condição de juiz das garantias ou na condição de juiz da instrução e julgamento, dita o caput do artigo 3º-D que o juiz que atuar na fase pré-processual fica “impedido de funcionar no processo”. Na hipótese de se tratar de comarca cuja jurisdição seja exercida por apenas um magistrado, “os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”, forte no parágrafo único do citado dispositivo.

Superada a conceituação e situação da figura do juiz das garantias no cenário processual penal atual, e, considerando haver sido ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade concomitantemente à sua introdução do ordenamento, analisa-se a seguir o teor do questionamento perante a Corte Suprema.

### 3.1 A ADI nº 6.298

Promulgada em 24 de dezembro de 2019, a Lei nº 13.964/2019 é objeto de quatro ações diretas de inconstitucionalidade, sendo que o presente estudo voltar-se-á à ADI nº 6.298, porquanto a primeira demanda ajuizada após a publicação da referida norma. Proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil em 27/12/2019, tal ferramenta constitucional objetiva a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal e do artigo 20 da Lei nº 13.964/2019.

Em linhas gerais, a despeito dos citados artigos 3º-A a 3º-F, sustentam as associações à exordial que os dispositivos que impuseram eficácia imediata à figura do juiz das garantias são inconstitucionais por se tratar de “lei ‘geral’ de eficácia contida que depende, para sua eficácia plena, da criação respectiva do ‘Juiz das Garantias’ nas leis de organização judiciária da Justiça da União e dos Estados” (p. 02 da petição inicial consultada nos autos do processo eletrônico, conforme referências desta pesquisa). A respeito, discorrem acerca da inobservância à regra contida no § 1º do artigo

24 da Constituição Federal, “no sentido de que ‘no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais” (p. 06) e de que “cabe aos Estados da Federação e à União organizar a sua respectiva Justiça” (p. 09), forte nos artigos 96, inciso I, alínea “d”, e inciso II, alíneas “b” e “d”, artigo 110 e artigo 125, todos da Lei Maior.

Insistentemente, alegam que “a eficácia dependerá, necessariamente, da edição de leis estaduais e federal destinadas à criação das Varas e dos cargos” e que, portanto, houve excesso do legislador ao “impor a observância imediata do ‘Juiz das Garantias’ no âmbito dos inquiridos policiais” (p. 09), sob o argumento de ter sido desconsiderado o artigo 24, inciso XI, da Carta Magna, que assim prevê: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual”. Em complemento, citam a violação ao artigo 93 do mesmo diploma, vez que “não podia o legislador ordinário federal promover a criação do ‘Juiz das Garantias’ - uma classe própria de juiz, com competência definida e restrita à fase de investigação criminal” (p. 14) e que é regradada pelo Estatuto da Magistratura.

Para reforçar a argumentação de inconstitucionalidade da criação imediata do juiz de garantias, apresentam como ideal a alternativa encontrada pela Lei Maria da Penha, que, ao autorizar a criação de novas varas, denominadas de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, não impôs a obrigatoriedade (e sim a faculdade) de sua implementação, o que dá ao Poder Judiciário maiores condições de programar a adaptação de sua (infra)estrutura, sob pena inclusive de ofensa ao artigo 93, inciso VII, da Constituição Federal.

Em reflexo à sucinta exposição, sustentam inclusive que “o reflexo financeiro decorrente da criação na 1ª instância do ‘Juiz das Garantias’ [...] viola o § 1º do art. 169 da CF, e exige a submissão de anteprojetos de lei à análise prévia do CNJ (Resolução n. 184)” (p. 21), ao que se soma, ainda, a impossibilidade de “dar execução à Lei do Juiz das Garantias sem provocar aumento de despesas” e a violação do regime fiscal da União instituído pelo artigo 104 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Adiante, asseveram que a inconstitucionalidade dos artigos 3º-A a 3º-F do diploma processualista penal igualmente decorre da violação ao princípio do juiz natural por “inobservância da jurisdição una e indivi-

sível. Afinal, em 1º grau há apenas um juiz natural criminal (estadual ou federal)” (p. 15). E assim prosseguem:

[...] Diante desse princípio, lembrou o Ministro e Professor de Direito Constitucional Carlos Aryes Britto, em entrevista dada ao jornal *El País* que “separar as coisas como diz a lei é conferir à jurisdição penal uma estrutura diversa da veiculada pela Constituição, uma vez que nela não existe esse salto da unitariedade para a binariedade jurisdicional (ter atribuições diversas ao juiz)”, ressaltando, ao final, que “só a Carta magna pode dispor sobre o assunto”, chegando a cogitar que a questão envolveria cláusula pétrea e “neste caso nem por emenda à Constituição seria possível haver mexida no tema”. A norma em questão criou uma instância interna dentro do 1º grau, um segundo juiz natural, por meio de lei ordinária. Haverá a atuação do “Juiz das Garantias”, na fase de investigação e, posteriormente, o Juiz de Direito, para processar e julgar a ação penal, o que viola o próprio desenho ou formato constitucional do Poder Judiciário a sugerir, senão a violação de cláusula pétrea, pelo menos ofensa ao princípio ao princípio do juiz natural decorrente da unicidade e indivisibilidade do juízo. (p. 16)

Outro argumento utilizado na expectativa de ver declarada a inconstitucionalidade do objeto da ADI nº 6.298 é o da ofensa ao princípio da igualdade. Aduzem as partes autoras que “a criação do ‘Juiz das Garantias’ apenas em 1ª instância configura hipótese de ofensa ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput), que resulta na nulidade do próprio ‘Juiz das Garantias’”. Isso porque as hipóteses de foro privilegiado, por exemplo, não foram contempladas pelas alterações legislativas e também porque a Lei nº 8.038/1990 disciplina o procedimento para processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, dissertam acerca da inaceitável retroatividade da lei processual penal, especialmente do artigo 3º-D, em razão do disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, e acerca da dúvida provocada pela vaga redação do mesmo artigo 3º-D, que, ao determinar o impedimento do juiz que praticar qualquer ato na fase de investigação de funcionar no processo, não esclarece a qual juiz se refere.

Em 02 de janeiro de 2020, as associações demandantes apresentaram petição complementar, com o fito de acrescentar fundamentos à peça vestibular e de assim justificar a concessão do pedido cautelar. Nessa oportu-

tunidade, além de terem retomado algumas teses, esclarecem, basicamente, que “a ação impugna o modelo de ‘juiz das garantias’ instituído pela Lei Federal e não a existência, em si, do ‘juiz das garantias’”, bem como atacam o artigo 3º-C, § 3º, do diploma processualista penal, sob o argumento de que, além de a regra ser aplicável apenas a processos físicos (e, portanto, indagam o procedimento em relação aos autos eletrônicos), o impedimento de acesso do juiz da instrução e julgamento ao inquérito policial subtrai a possibilidade de ser atingida a verdade real e o exercício da jurisdição.

Apresentadas as principais razões que impulsionam a ação constitucional em questão, importa ainda situar sua tramitação processual. A respeito, na iminência da entrada em vigor da Lei Anticrime, o então Presidente da Corte Suprema, Ministro Dias Toffoli, por decisão exarada em 15 de janeiro de 2020 nos autos da ADI nº 6.298, em conjunto com as ADIS nºs 6.299 e 6.300, concedeu parcialmente a medida cautelar postulada e, dentre outros comandos, suspendeu “a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP [...] até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 [...] dias, contados a partir da publicação desta decisão”.

Na sequência, mais especificamente no dia 22 de janeiro, sobreveio decisão do Ministro Luiz Fux, relator das ações diretas de inconstitucionalidade anteriormente identificadas, que revogou a decisão monocrática inicialmente proferida e suspendeu, *sine die*, a eficácia “da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal)”, bem como de outros trechos legais que não serão abrangidos por esta pesquisa.

Já no dia 02 de março de 2020, o ministro relator designou os dias 16 e 30 do mesmo mês para fins de realização de audiências públicas, com o intuito de oportunizar a manifestação de membros do Poder Público e da sociedade civil que tenham condições de contribuir com conhecimentos técnicos e jurídicos sobre (i) o juiz de garantias e institutos correlatos, (ii) o acordo de não-persecução penal e (iii) os procedimentos de arquivamento de investigações criminais. Ocorre que, em razão da pandemia provocada pelo Covid-19, as solenidades, que foram inicialmente canceladas, aconteceram apenas em outubro de 2021, com o feito estando concluso com o relator desde março de 2022, sem ainda perspectiva de decisão definitiva.

Exibidos os principais argumentos que embasam a pretensão deduzida à ADI nº 6.298, passa-se a analisar, na sequência, a tese de violação ao princípio do juiz natural, pois, conforme anteriormente ventilado e em sintonia com o objetivo central desta pesquisa, se trata de um dos princípios basilares do direito processual penal e que fora brevemente estudado na seção anterior.

#### **4 A (NÃO) VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL FRENTE À ADOÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS A PARTIR DA LEI ANTICRIME**

A par do exposto, vislumbra-se que as razões de irresignação lançadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil à ADI nº 6.298 não merecem prosperar, pelos aspectos que se passa a declinar.

De introito, há que se considerar que houve alteração do modelo de processo penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Antes prevalecia o sistema (neo)inquisitório, igualmente denominado de acusatório misto, e, a partir da edição da Lei nº 13.964/2019, o processo penal expressamente passa a ser orientado pelo sistema acusatório. Isso significa dizer que é flagrante a necessidade de adaptação de toda a realidade processual, a iniciar pela mudança dos aplicadores do Direito. Em razão desse aspecto é que a maioria dos precedentes do antigo modelo não terão aplicabilidade no sistema acusatório e, portanto, não resta justificada a sustentação da tese apresentada pela parte autora da ADI nº 6.298 em jurisprudência ultrapassada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por exemplo.

Nessa realidade, a leitura atenta da petição inicial ora submetida à análise permite a visualização de um posicionamento adotado pelas associações demandantes viciado pelo modelo anterior de sistema processual penal até então vigente. Ou seja, vê-se uma ADI cujos fundamentos estão amparados ainda no modelo processual anterior à Lei nº 13.964/2019. Essa situação revela a urgente necessidade de não só nessa ação constitucional em específico, mas de todos os aplicadores do Direito procederem à desvinculação entre o processo penal que tramitou sob a égide do sistema (neo)inquisitório e o processo que passará a observar o sistema acusatório, justamente porque se trata de uma reforma na matriz

do sistema processual penal brasileiro e, assim, as análises, a partir de agora, não podem mais ser pautadas em entendimentos obsoletos.

Prosseguindo, viu-se na seção anterior que a parte autora da ADI nº 6.298 sustenta a inconstitucionalidade da Lei nº 13.964/2019 também por violação do princípio do juiz natural em razão de a figura do juiz de garantias ter criado uma instância dentro do juízo de primeiro grau e instituído uma binariedade de juízes, de maneira que a jurisdição não seria, então, mais una e indivisível.

Atenta-se, inicialmente, que a tese de criação de uma instância dentro do juízo de primeiro grau remete à ideia de hierarquia entre juízes. Ocorre que, de longe, não é esse o propósito da Lei nº 13.964/2019. Ao contrário do alegado pelas autoras da ação constitucional, entre o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento inexiste diferença hierárquica ou sobreposição de poderes, pelo que não há em que se falar em diferentes instâncias dentro de um mesmo grau de jurisdição. Tratam-se, em verdade, de competências pré-definidas e limitadas pela legislação e cada uma apresenta suas particularidades e essencialidades ao pleno exercício da jurisdição, para que, assim, seja possível o alcance do que preconiza o sistema acusatório, especialmente do que este defende acerca da convalidação efetiva das garantias conferidas ao acusado.

Ademais disso, a denominada Lei Anticrime expressamente apresenta critérios pré-determinados para fins de fixação das incumbências do juiz de garantias e do juiz da instrução e julgamento, não se tratando, então, de competência *post factum*, de juiz ou tribunal de exceção e/ou de juiz parcial. Ainda, observa-se que a discussão referente à unicidade *versus* binariedade de juízes não merece avançar, tendo em vista que a proteção dos direitos do réu prevalece sobre tal debate, que tem se revelado egoísta frente à grandiosa conquista legislativa de instituição de medidas capazes de dar efetividade aos demais direitos decorrentes de outros princípios penais e processuais penais, previstos ou não em lei.

Embora não se vislumbre necessidade de desconstituir ainda mais o argumento de que o modelo do sistema acusatório apresentado pela Lei nº 13.964/2019 não manterá a jurisdição una e indivisível, debruçar-se-á sobre a compreensão doutrinária acerca dessas características da jurisdição, para fins de esgotamento da discussão. Notório que a jurisdição, “poder-dever do Estado de aplicar o direito ao caso concreto”

(TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 365), decorre diretamente da soberania estatal, “poder supremo no sentido de que não reconhece outro poder juridicamente superior a ele, nem igual a ele dentro do mesmo Estado” (AZAMBUJA, 1988, p. 50).

Em uma rápida reconstituição histórica, é lícito asseverar que, nos primórdios da ordem política, inexistia um ente capaz de definir o direito e de dirimir os conflitos juridicamente relevantes que aflorassem no seio da comunidade. Com efeito, assinala Júnior Theodoro (2016) que a concretização de eventuais direitos competia àqueles que tivessem sua esfera de garantias agredida e que, portanto, buscavam a recomposição dos danos por meio da justiça privada ou da justiça com as próprias mãos.

Com a emergência do Estado e a consolidação de uma ordem jurídica, a justiça privada foi relegada ao campo da barbárie e, em seu lugar, instituiu-se a justiça pública. Desse modo, o Estado Moderno avocou para si o monopólio do uso legítimo da violência, passando não só a definir, como também a aplicar e a executar o direito sobre as situações concretas que lhe eram apresentadas por seus jurisdicionados. Após desenvolver os instrumentos necessários para compor, por meio da jurisdição, os litígios que se manifestavam no âmbito social, avistou-se um aumento do grau de complexidade das relações humanas, que, conforme Júnior Theodoro (2016), passou a exigir a especialização tanto da legislação que rege as relações materiais (microssistemas do direito) quanto das normas atinentes ao exercício da atividade jurisdicional (legislação processual).

Destarte, para viabilizar o adequado desempenho da jurisdição foram editadas normas, inclusive de matriz constitucional, que definem os critérios para seu desempenho dentre os órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário (TÁVORA; ALENCAR, 2016). A distribuição do exercício jurisdicional, todavia, não nos permite concluir por uma multiplicidade de jurisdições dentro de um mesmo território. Afinal, qualquer conflito de interesses instaurado em torno de algum aspecto da ordem legal, independentemente de sua natureza (penal, civil, tributário, etc.), será composto por meio da jurisdição.

Dito isso, atenta-se ao conceito apresentado por Rangel (2010, p. 342), que afirma ser a jurisdição a “função do poder soberano do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, é única em si e nos seus fins”. Em complemento, Lima (2009, p. 255) observa que a jurisdição é o “poder conferido às

autoridades judiciárias” e, uma vez “investido o juiz da jurisdição, sua função será indeclinável, pois não pode se negar a exercer a jurisdição, e nem tampouco delegar a nobre função a outro órgão” (LIMA, 2009, p. 258).

Veja-se, com isso, que, além de não haver delegação entre juiz de garantias e juiz da instrução e julgamento, a respectiva competência está definida e delimitada em lei e compõe a estrutura do poder judiciário no seu amplo sentido. Ou seja, a jurisdição tanto do juiz de garantias quanto do juiz da instrução e julgamento serão exercidas por órgão constitucionalmente competente para tanto e não comportará declinação, de modo que a jurisdição penal permanece una e indivisível dentro dos parâmetros fixados. Em outras palavras: a existência de um juízo de garantias não implica dualidade de jurisdição; apenas define novas regras para o melhor exercício da jurisdição, o poder-dever de aplicar aos casos concretos às regras abstratamente plasmadas na ordem legal.

Avançando e por ir ao encontro do que é defendido no presente estudo, repete-se a seguinte percepção de Távora e Alencar (2020, p. 228) acerca da matéria oportunamente lançada à seção 3:

**O juiz das garantias é uma forma de delimitar não apenas a competência de magistrados, segundo o objeto do juízo cognitivo outorgado pela legislação, mas também para assegurar que o princípio do juiz natural não conflite com a sua necessária imparcialidade.** (sem grifos no original)

De posse de todos esses elementos, afirma-se a inexistência de ofensa ao princípio do juiz natural frente à adoção das figuras do juiz de garantias e do juiz da instrução e julgamento a partir da edição da Lei nº 13.964/2019, especialmente porque a competência de cada um dos julgadores está previamente limitada no ordenamento jurídico. Poder-se-ia cogitar violação ao princípio da identidade do juiz, por exemplo, no caso de o juiz da instrução não ser o juiz a proferir a decisão definitiva, pois haveria comprometimento da formação da convicção, o que, no entanto, não é o caso da mencionada lei.

Fica evidente, a partir da ADI nº 6.298 – que se utiliza de aspectos tão secundários (e, portanto, não passíveis de acolhimento) frente a uma justa tentativa de resguardar os direitos dos réus –, a resistência de recepção do instituto do juiz de garantias e de adaptação da estru-



tura para comportá-lo. Ao lado da advocacia criminal, os magistrados deveriam dar primazia ao resguardo e à estrita observância dos ditames constitucionais e legais a respeito das garantias do acusado. Por não se observar essa tendência na argumentação da ADI em comento, possível a dedução de que as autoras estão relutantes.

Nessa esteira, pode-se cogitar diferentes razões para tal resistência. Alguns motivos são já exibidos pela própria peça vestibular da ADI nº 6.298, quais sejam, a ausência de estrutura do Poder Judiciário (principalmente no que toca à eventual necessidade de rodízio de magistrados em comarcas que funcione apenas um juiz), o impacto orçamentário decorrente da mudança do modelo de sistema processual penal e o exíguo tempo de trinta dias para início da vigência da Lei nº 13.964/2019.

De fato, esses três aspectos não podem ser ignorados, contudo não se prestam a embasar o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade do instituto do juiz de garantias, justamente por serem elementos de segundo plano e que são solucionáveis. Diferente seria, *e. g.*, se essa argumentação fosse empregada, em sede própria, na expectativa de ver dilatado o prazo inicialmente conferido pelo artigo 20 da Lei Anticrime para a entrada em vigência dos novos dispositivos. A confirmar que se está diante de nítida resistência, observa-se que, embora a efetiva implementação do juiz de garantias esteja, agora, condicionada ao julgamento das ADIs, não se tem conhecimento de nenhum estudo promovido pelos tribunais acerca da sua reestruturação para recepcionar as inovações trazidas pelo sistema acusatório.

A respeito do consignado, pactua-se com o alegado por Távora e Alencar (2020, p. 232):

Na realidade, deveríamos priorizar a implementação do juiz das garantias. Afinal, qual direito mais importante que o da liberdade de um ser humano? O argumento do custo orçamentário é superado por tantos outros. Fernando Braga, a esse propósito, pontificou que a criação do juiz de garantias “não gera nova demanda (como aquela gerada pela implementação das audiências de custódia, *p. ex.*)”, sendo “necessário apenas redistribuir o trabalho que antes cabia a apenas um juízo/juiz”. De outro lado, o sistema de rodízio entre juízes, na forma preconizada para a substituição entre eles, asseguraria a eficácia do princípio do juiz natural. Ademais, “as dificuldades decorrentes da distância poderão ser contorna-

das perfeitamente com a tecnologia já implementada na maior parte do Judiciário Brasileiro”. Deveras, o próprio texto da Lei nº 13.964/2019, encarregou-se de estabelecer balizas para a adoção de critérios objetivos, previamente estatuidos na legislação, a fim de evitar designações arbitrárias. Na forma do art. 3º-E, ficou vincado que o juiz das garantias deverá ser designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal. Já nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, coube ao parágrafo único, do art. 3º-D, do CPP, atribuir, aos tribunais, o dever de criar o referido sistema de rodízio de magistrados.

Além desses aspectos, ousa-se cogitar que a relutância à adoção ao juiz de garantias seja decorrente **(a)** da predisposição humana de resistência a mudanças, como estudam diversas teorias da psicologia, em exemplo a da psicanálise clássica de Freud (1996), **(b)** da tentativa de manutenção do poder na sua forma mais ampla e **(c)** da falta de modéstia dos magistrados (ora representados pelas associações autoras) de compreenderem que é ordinária e natural a sua contaminação a partir do conhecimento prévio da prova.

A somar a essas hipóteses, prudente trazer o que a doutrina chama de direito penal do inimigo. Conforme apresenta Moraes (2006), essa teoria, assim como a do direito penal do cidadão, foi introduzida por Günther Jakobs e, em termos gerais, reflete a possibilidade de afastamento de eventuais proteções penais e processuais penais para resguardar o interesse da sociedade e/ou do Estado diante de indivíduos que se revelam como uma ameaça ao coletivo. Jakobs e Meliá (2007, p. 30) sustentam que, enquanto “o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma”, o “direito penal do inimigo [...] combate perigos”. Essa teoria reflete que é ordinária a cultura da punição, mesmo que, para tanto, seja necessária a ofensa a eventuais garantias do réu, o que vai de encontro ao novo sistema acusatório.

A preceder a conclusão e por ir ao encontro do defendido nesta pesquisa, pertinente mencionar outra passagem dos estudos de Távora e Alencar (2020, p. 232), que já mencionavam que “a resistência ao instituto é impressionante”, assim justificando:

Não menos incrível é que a reação ao juiz das garantias já era antevista pela doutrina de Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, em estudo publicado há quatro anos, quando denunciavam “práticas autoritárias em pleno Estado Democrático de Direito” e “a tentativa de abortamento dessa importante figura”. A justificativa daquela época não era diferente da contemporânea. Dizia-se que o juiz das garantias representaria “um ‘atraso no combate à impunidade’, tendo em vista que daria margem para anulação de processos futuros e maior morosidade das investigações”, além do que conflitaria “com a realidade judiciária do País, que não teria juízes suficientes para colocar em prática a inovação projetada”. A exemplo do problema estrutural-orçamentário, também infundada “a invocação da razoável duração do processo para problematizar o novo instituto, considerando-se que é inadmissível a utilização de uma garantia fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII) em favor do poder punitivo estatal”, eis que “sua função é justamente a sua limitação”.

Nessa linha, posiciona-se Nucci (2020b, p. 2):

Da nossa parte, aplaudo a Lei 13.964/2019 que, se não foi a melhor lei de reformas pontuais à legislação criminal, com certeza não foi a pior. Não vislumbramos nenhum vício de inconstitucionalidade em qualquer dispositivo, mas anotamos, sem dúvida, a má vontade de várias carreiras jurídicas para aceitá-la. Aliás, podem ser os mesmos operadores do Direito que não admitiram a nova Lei de Abuso de Autoridade.

Por todo o exposto, conclui-se que a implementação das figuras do juiz de garantias e do juiz da instrução e julgamento por meio da Lei nº 13.964/2019 não ofende o princípio do juiz natural, justamente porque, em instante algum, se está diante de tribunal de exceção, de juízo cuja competência seja fixada após o cometimento da infração penal ou de juiz parcial. Nos termos deste estudo, o juiz de garantias revela-se como ferramenta essencial ao reforço da imparcialidade do julgador, condição essa que permite alcançar as demais garantias conferidas ao réu, tudo isso na expectativa de tornar o processo minimamente justo. Ao lado disso, reitera-se que a existência de um juízo de garantias não implica a dualidade de jurisdição; apenas define novas regras para o melhor exercício da jurisdição. Esse conjunto de aspectos confirmam, então, a necessidade de a ADI nº 6.298, no ponto em que ora atacada, ser julgada totalmente

improcedente, dada a flagrante ausência de elementos autorizadores de reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Anticrime, o que, por outro lado, não obsta a possibilidade, por exemplo, de ser dilatado o prazo para início da vigência das novas regras processuais penais, discussão essa que, por não versar sobre (in)constitucionalidade, não influencia no deslinde desta pesquisa.

## 5 CONCLUSÃO

Inaugurando o tópico, interessante perpassar pelos principais pontos do estudo. A revisão bibliográfica demonstrou, na primeira seção, que os princípios destinam-se não somente à supressão de lacunas legislativas, mas também à complementação da leitura das disposições legais, de maneira a dilatar as suas interpretações e aplicabilidades. Enquanto fontes formais do direito, os princípios igualmente são utilizados como ferramenta útil ao alcance e à observância da dignidade humana, consoante defende Capez (2014). Ademais, os conteúdos dos axiomas demonstram a real possibilidade de serem aplicados em praticamente qualquer circunstância e a invocação de seus preceitos exige que o magistrado, assim como o órgão acusatório e a defesa, se detenham ao caso posto a julgamento, inviabilizado a mera reprodução de sanções na esfera do direito que mais se revela subjetiva.

Nessa esteira e considerando o objetivo apresentado por esta pesquisa, foi minuciosamente trabalhado o princípio do juiz natural, que é aplicado no âmbito do direito processual penal. Nos termos da exposição doutrinária, verificou-se que o corolário em voga surgiu ainda na época do Brasil Império (1824) e, apesar de sua existência secular no universo jurídico, não se trata de um princípio expresso na legislação pátria. A sua existência é consequente da interpretação conjunta dos incisos XXXV, XXXVII, XL e LIII do artigo 5º da Lei Maior e possui conexão com os princípios da igualdade, da imparcialidade, da anterioridade e da legalidade.

Ainda sobre o princípio do juiz natural, compreende-se como sendo uma garantia ao réu de não ser submetido a julgamento por juiz ou tribunal de exceção; de ser julgado por autoridade competente e pré-definida pela lei – isto é, saber, antecipadamente, e não *post factum*, o juízo que de-

tém a competência para processamento e julgamento de acusado pela prática de eventual infração penal; e de ser julgado por autoridade imparcial.

Paralelamente, foram apresentadas as duas mudanças mais relevantes com a promulgação da Lei Anticrime: a expressa adoção do modelo de sistema processual penal acusatório e a introdução da figura do juiz de garantias.

Retoma-se, nesta oportunidade, que o silêncio do Decreto-Lei nº 3.689/1941 quando de sua promulgação provocou a formação do entendimento doutrinário majoritário de que, em razão das características das fases pré-processual e processual, havia sido instituído o modelo acusatório misto, também chamado de (neo)inquisitório. Já com a edição da Lei nº 13.964/2019, eventuais divergências foram sanadas, vez que o artigo 3º-A da mencionada legislação expressamente declarou a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, tudo como maneira de se tentar efetivar as garantias constitucionais.

Com a manifesta adesão ao sistema acusatório, o processo penal sofrerá transformações, dadas as principais características desse novo modelo, quais sejam, firme separação entre as funções de acusar, defender e julgar; imparcialidade e inércia do magistrado, que é impedido de praticar atos de ofício; ampla defesa e contraditório como paridade de armas entre acusação e defesa; publicidade e oralidade dos atos processuais; processo e ônus da prova de iniciativa da acusação; necessidade de apreciação de todas as teses levantadas por ambas as partes; exigência de as decisões serem motivadas a partir de elementos e peculiaridades do caso concreto, sendo vedada, por exemplo, a utilização da gravidade abstrata da espécie delitiva como argumento; e impossibilidade de o julgador proferir decisão condenatória na hipótese de a acusação formular pedido de absolvição.

Para tanto e à luz do artigo 3º-B da Lei Anticrime, foi também instituído o juiz de garantias, que será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela preservação das garantias conferidas a acusado pela prática de uma infração penal da investigação criminal até o recebimento da denúncia.

Ocorre que, conforme apresentado, tão logo promulgada a Lei nº 13.964/2019, foram ajuizadas quatro ações constitucionais, sendo comum entre todas a expectativa de ver declarada a inconstitucionalidade dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal. Considerando esse

cenário e os pedidos deduzidos, no dia 22 de janeiro de 2020, o relator das ações, Ministro Luiz Fux, suspendeu, entre outras determinações, a eficácia da implantação do juiz das garantias e seus consectários.

Foi escolhida para estudo a primeira ação direta de inconstitucionalidade proposta referente a esse tópico. Distribuída pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, a ADI de nº 6.298 utiliza como um dos fundamentos ao alcance de sua pretensão a alegada violação ao princípio do juiz natural por alegada inobservância do preceito de que a jurisdição é una e indivisível. Sustentam as autoras que a figura do juiz de garantias, além de criar uma instância interna dentro do primeiro grau, provoca a caracterização de uma binariedade jurisdicional.

O confronto entre as teses apresentadas pela citada ação constitucional e o aporte bibliográfico das três seções oportunizou diferentes conclusões, a iniciar pela constatação de que os fundamentos da ADI nº 6.298 pautam-se ainda no modelo processual anterior à Lei nº 13.964/2019, indicando resistência das instituições à adoção do novo sistema processual penal. Como hipóteses para tamanha resistência, cogitou-se a relutância a mudanças enquanto característica intrínseca ao homem, a cultura do direito penal do inimigo, a falta de singeleza dos magistrados em reconhecerem a alta possibilidade de se contaminarem pelo conhecimento prévio das provas, a tentativa de manutenção do poder, a falta de estrutura do Poder Judiciário e o exíguo tempo concedido para início da vigência das novas normas. Esses dois últimos aspectos, em que pese razoáveis para justificar a dilação do prazo de implementação do juiz de garantias, não têm o condão de embasar ação constitucional tampouco sustentar o afastamento do sistema acusatório, que é compreendido como uma conquista à defesa dos direitos do réu.

Avançando, não se vislumbrou, a partir do estudo, qualquer diferença hierárquica ou sobreposição de poderes entre o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento, razão pela qual não prospera a tese da existência de diferentes instâncias dentro de um mesmo grau de jurisdição. Conforme sustentado na seção 4, tratam-se de competências previamente definidas e limitadas pela legislação, sendo que cada uma apresenta suas particularidades e essencialidades ao pleno exercício da jurisdição, sempre com o objetivo de atingir a configuração máxima do

que preconiza o sistema acusatório e, por conseguinte, de convalidar as garantias conferidas ao acusado.

Não bastante, a Lei nº 13.964/2019 claramente apresenta critérios pré-determinados para fixação das incumbências do juiz de garantias e do juiz da instrução e julgamento, pelo que não se trata de competência fixada após o cometimento do delito, de juiz ou tribunal de exceção, de juiz parcial ou ainda de declinação da competência. Agrega-se a isso a necessidade de prevalecer a proteção dos direitos do réu sobre um debate que aparentemente se reveste de egoísmo, o que faz cessar a discussão acerca da unicidade *versus* binariedade de jurisdição, até porque a existência de um juízo de garantias não implica uma dualidade de jurisdição, mas apenas define novas regras para o melhor exercício da jurisdição – o poder-dever de aplicar aos casos concretos às regras abstratamente plasmadas na ordem legal.

Outrossim, o juiz de garantias revela-se como ferramenta essencial ao reforço da imparcialidade do julgador, condição essa que permite alcançar as demais garantias conferidas ao réu e, como consequência de todo esse contexto, torna o processo minimamente justo.

Frente à pesquisa realizada e às considerações anteriores, conclui-se que a implementação das figuras do juiz de garantias e do juiz da instrução e julgamento por meio da Lei nº 13.964/2019 não ofende o princípio do juiz natural e, por não subsistirem razões hábeis à decretação da inconstitucionalidade das inovações legislativas, o julgamento de total improcedência da ADI nº 6.298 é a medida que se impõe, para assim manter as disposições dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal.

## REFERÊNCIAS

AMB e Ajufe ingressam com ADI no STF contra “juiz das garantias”. Brasil, 28 dez. 2019. Disponível em: [https://www.amb.com.br/amb-e-ajufe-ingressam-com-adi-no-stf-contrajui-das-garantias/?doing\\_wp\\_cron=1590938733.7807130813598632812500](https://www.amb.com.br/amb-e-ajufe-ingressam-com-adi-no-stf-contrajui-das-garantias/?doing_wp_cron=1590938733.7807130813598632812500). Acesso em: 21 set. 2022.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 27.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm). Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6298**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6299**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6300**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6305**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo: ADI/6298**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751746316&prcID=5840274#>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo: ADI/6298**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751748600&prcID=5840274#>. Acesso em: 21 set. 2022.



CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – parte geral: arts. 1º a 120. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREUD, Sigmund. **Obras completas de S.Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *Ebook*.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 49.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Ebook*..

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. *Ebook*.

AMB acrescenta fundamentos à inicial da ADI 6298. Brasil, 03 jan. 2020. Disponível em [https://www.amb.com.br/juiz-das-garantias-amb-acrescenta-fundamentos-inicial-da-adi-6298/?doing\\_wp\\_cron=1589075146.8563239574432373046875](https://www.amb.com.br/juiz-das-garantias-amb-acrescenta-fundamentos-inicial-da-adi-6298/?doing_wp_cron=1589075146.8563239574432373046875). Acesso em: 01 maio 2020.

JÚNIOR THEODORO, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. I**. 57.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2020. *Ebook*.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do Direito Penal: o 'direito penal do inimigo'**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *Ebook*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020a. *Ebook*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964, de 24.12.2019. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. *Ebook*.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *Ebook*.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SALIM, Alexandre Aranalde. **Teoria da norma penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SILVEIRA, Michele Costa da. **Reflexões acerca do princípio do juiz natural**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71210/40423>. Acesso em: 13 maio 2020.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15.ed. reestr., rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/4f548f32441b0bcac00b9bc-4c1a17a39.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2019. *Ebook*.



# LAS LENGUAS INDÍGENAS U ORIGINARIAS Y EL HIMNO NACIONAL DEL PERÚ: UNA MIRADA CONSTITUCIONAL

NUCCIA SEMINARIO-HURTADO<sup>1</sup>  
GERARDO MANUEL GARCÍA-CHINCHAY<sup>2</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

Las lenguas indígenas u originarias forman parte del patrimonio de la identidad de los pueblos indígenas; ya que representan la forma de expresarse culturalmente en la realización de sus actividades diarias en un determinado territorio. En ese sentido, desde los Estados se ha visto la necesidad de que sean reconocidas en sus diferentes Constituciones Políticas. En el caso del Perú, las lenguas indígenas u originarias se encuentran reconocidas en la Constitución vigente (1993) en los artículos 2 incisos 2, 19 y artículo 48, siendo obligatorio su uso, difusión y participación en el territorio peruano.

Bajo ese orden de ideas, las lenguas indígenas u originarias, constitucionalmente son oficiales donde predominen; por lo que es imprescindible la traducción de todos los textos que permitan fortalecer su identidad, pero también su ciudadanía desde un enfoque multicultural para la garantía de sus derechos. Por lo tanto, el presente capítulo de libro aborda el análisis de la traducción del Himno Nacional del Perú del castellano a las lenguas indígenas u originarias bajo la perspectiva constitucional.

- 
- 1 Abogada. Magíster en Docencia Universitaria y Gestión Educativa. Maestranda en Defensa de los Derechos Humanos (México) Especialización en Derechos Lingüísticos y Políticas de Inclusión. Diplomada en Interculturalidad y Pueblos Indígenas. Universidad Autónoma de Chiapas, México. E-mail: nuccia.seminaria@unach.mx.
  - 2 Lingüista. Magíster en Letras (Brasil) y Magíster en Administración Pública (Perú). Actual director de la Dirección de Lenguas Indígenas del Ministerio de Cultura del Perú. Ministerio de Cultura del Perú. E-mail: ggarcia@cultura.gob.pe.

Este escrito tiene como objetivo presentar los argumentos constitucionales que implican la traducción del texto musical más importante del Perú. Un documento creado en el siglo XIX con el castellano de la época; y que, en el siglo XXI con el objetivo de incluir a los pueblos indígenas u originarios dentro del país, se inicia su proceso de traducción y producción musical.

Como resultados, se publica el 10 de julio de 2022 en el Diario Oficial el Peruano el Decreto Supremo N°006-2022-MC, Decreto Supremo que oficializa la interpretación del Himno Nacional en idioma castellano y en lengua indígena u originaria predominante, que tiene como objetivo reconocer el derecho a la identidad étnica-cultural y derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios través de la oficialización de la interpretación musical del Himno Nacional peruano en lenguas indígenas u originarias.

Finalmente, las conclusiones más relevantes son que el Perú, como ocurre dentro del panorama Latinoamericano, posee una compleja diversidad lingüística, una legislación interna, y un proceso lento a desarrollar para la traducción legítima socialmente del Himno Nacional en las lenguas indígenas u originarias.

## **2 LA DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA DEL PERÚ**

En el Perú, las lenguas indígenas u originarias son parte importante de la identidad cultural de las comunidades y los pueblos indígenas, por lo tanto, forma parte de nuestra identidad nacional. Para Ministerio de Cultura del Perú (s/f, p. 6), “a través del uso de sus lenguas, los pueblos conservan y transmiten sus afectos, tradiciones, cosmovisiones, valores y conocimiento a las siguientes generaciones y al mundo.”

Las lenguas indígenas u originarias son las lenguas habladas por los pueblos y comunidades indígenas que permiten mantener y fomentar su uso. La lengua “es reconocida como una institución sociocultural que expresa la identidad de un pueblo, ya que es un referente de su cosmovisión y permite la transmisión de conocimientos. La lengua permite comprobar el criterio objetivo de instituciones distintivas y la continuidad histórica (...)” (MINISTERIO DE CULTURA DEL PERÚ, 2014, p. 30).

Para el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC), organismo internacional creado en

1992, las lenguas indígenas u originarias en la región pueden ostentar diferentes condiciones como las que se señalan a continuación:

- a. Lenguas adquiridas en el hogar en contextos de bilingüismo.
- b. Lenguas aprendidas informalmente en la comunidad, y, en casos, formalmente en la escuela.
- c. Lenguas que se usan en la cotidianidad, solo en la esfera privada y en la intimidad del hogar.
- d. Lenguas que se usan tanto en la esfera privada como en la pública en al menos algunos ámbitos de la vida social.
- e. Lenguas que solo se entienden, pero, que ya no se hablan.
- f. Lenguas solo recordadas
- g. Lenguas que ostentan únicamente la condición de idiomas del patrimonio cultural. (FILAC, 2020, p. 37)

Ahora bien, en el Perú se han identificado hasta el momento tres tipos de lenguas: el castellano, que es la lengua oficial del estado peruano; la lengua de señas peruana y 48 lenguas indígenas u originarias habladas por más de 4 millones de personas a nivel nacional, como se detalla en la Tabla 1. (GARCÍA y CHÁVEZ, 2020, p. 110; SEMINARIO, CASTILLO Y BUENDÍA, 2019)

**Tabla 1. Lenguas indígenas u originarias vigentes**

Lenguas amazónicas	Lenguas andinas
-achuar	-aimara
-amahuaca	-quechua
-arabela	-jaqaru
-ashaninka	-kawki
-ashéninka	
-awajún	
-bora	
-capanahua	
-cashinahua	
-chamicuro	
-ese eja	
-harakbut	

Lenguas amazónicas	Lenguas andinas
-iñapari	
-iquito,	
-isconahua	
-kakataibo	
-kakinte (caquinte)	
-kandozi-chapra	
-kukama-kukamiria	
-madija (culina)	
-majuna	
-matsigenka	
-matsés	
-muniche	
-murui-muinani	
-nanti	
-nomatsigenga	
-ocaina	
-omagua	
-resígaro	
-secoya	
-sharanahua	
-shawi	
-shipibo-konibo	
-shiwilu	
-taushiro	
-tikuna (ticuna)	
-urarina	
-wampis	
-yagua	
-yaminahua	
-yanesha	
-yine	
-yora	

Cuadro: Elaboración propia. Información subtraída de  
MINISTÉRIO DE CULTURA DEL PERÚ, 2021.

De conformidad al Mapa Etnolingüístico del Ministerio de Cultura del Perú<sup>3</sup> de las 48 lenguas indígenas u originarias, 27 lenguas son vitales, 4 lenguas se encuentran en peligro, 9 lenguas se encuentran seriamente en peligro, y 8 lenguas se encuentran en situación crítica. En cifras, las lenguas indígenas u originarias más habladas son (a) quechua, (b) aimara, (c) ashaninka, (d) awajún, (e) shipibo-konibo, y (f) shawi. Ahora las lenguas indígenas u originarias en situación crítica en el Perú son (a) taushiro (con 1 hablante), (b) resígaro (3 hablantes), (c) omagua (3 hablantes), (d) muniche (8 hablantes) y (e) iñapari (5 hablantes). (MINISTERIO DE CULTURA DEL PERÚ, 2021)

### **3 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS LENGUAS INDÍGENAS U ORIGINARIAS**

Afirman Seminario, Castillo y Buendía (2020, p. 172):

Los derechos lingüísticos son derechos fundamentales individuales y colectivos que reconocen la libertad de todas las personas a usar su lengua materna en todos los espacios públicos y privados. Esto implica desarrollar su vida personal, social, educativa, política y profesional en su propia lengua; recibir atención de los organismos públicos y pertenecer a una comunidad lingüística reconocida y respetada.

En esta línea, la Constitución Política Peruana (1993) vigente reconoce en su cuerpo normativo la oficialización de las lenguas indígenas u originarias en los siguientes artículos:

---

3 Es una herramienta de planificación lingüista que permite identificar y determinar la predominancia de una lengua indígena u originaria conforme a los criterios establecidos. Fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2018-MINEDU. Decreto supremo que aprueba el mapa etnolingüístico: lenguas de los pueblos indígenas u originarios del Perú; y, Decreto Supremo N° 009-2021-MC, Decreto Supremo que aprueba la actualización del Mapa Etnolingüístico: lenguas de los pueblos indígenas u originarios del Perú - Mapa Etnolingüístico del Perú.



#### Artículo 2 inciso 2

Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

#### Artículo 2 inciso 19

Toda persona tiene derecho:

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

#### Artículo 17

(...)

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.

#### Artículo 48

Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

Bajo dicho reconocimiento constitucional y oficialización de las lenguas indígenas u originarias, trajo consigo una obligatoriedad por parte del Estado Peruano, a efectos que implemente mecanismos necesarios que protejan y promuevan su uso y fomento (Seminario Hurtado, 2022, p. 189) por ende, se publica la siguiente normatividad jurídica:

- Ley N° 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2011.
- Decreto Supremo N° 004-2016-MC, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley que regula el uso, preservación, desar-

rollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2016.

- Decreto Supremo N°002-2015-MC, que crea el Registro Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Ministerio de Cultura, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2016.
- Decreto Supremo N° 011-2018-MINEDU. Decreto supremo que aprueba el mapa etnolingüístico: lenguas de los pueblos indígenas u originarios del Perú
- Decreto Supremo N° 012-2020-MC, Decreto Supremo que crea el “Servicio de Interpretación y Traducción en Lenguas Indígenas u Originarias para situaciones de emergencia”, como servicio exclusivo del Ministerio de Cultura a través de la Central de Interpretación y Traducción en Lenguas Indígenas u Originarias – CIT, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2016.
- Decreto Supremo N° 009-2020-MC, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Cultura al 2030, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2016.
- Decreto Supremo N° 009-2021-MC, Decreto Supremo que aprueba la actualización del Mapa Etnolingüístico: lenguas de los pueblos indígenas u originarios del Perú - Mapa Etnolingüístico del Perú, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2016.
- Decreto Supremo N° 012-2021-MC, Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040 (PNLOTI), publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2016.
- Decreto Supremo N°006-2022-MC, Decreto Supremo que oficializa la interpretación del Himno Nacional en idioma castellano y en lengua indígena u originaria predominante, según lo establece el Registro Nacional de Lenguas Indígenas u originarias y dicta otra disposición, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2016.
- Decreto Supremo N°008-2022-MC, Decreto Supremo que tiene como objeto aprobar las “Disposiciones para la implementación del Registro Nacional de Servidores Públicos Bilingües – RENA-SERBI”, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2016.

Aunado a ello, el Tribunal Constitucional Peruano reconoció en sus sentencias, la personería jurídica de los pueblos indígenas como titulares exclusivos de derechos individuales y colectivos, debido a su situación de vulnerabilidad. A continuación, la siguiente tabla de recopilación jurisprudencial en dicha materia:

**Tabla 2. Recopilación de algunas sentencias emblemáticas emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano en materia de pueblos originarios**

Sentencia	Fundamento jurídico
Sentencia Expediente N° 0006-2008-PI/TC	Fundamento 21.- “El objeto de tutela de este dispositivo <u>es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios.</u> Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término “vida cultural” utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que <u>toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos.</u> ”
Sentencia Expediente N° 0022-2009-PI/TC	Fundamento 5.- “ <u>La facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico</u> determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros.”
Sentencia Expediente N° 02196-2014-PA/TC	Fundamento 3.- “ <u>La Constitución de 1993 reconoce de manera expresa el pluralismo cultural existente en nuestra sociedad,</u> el derecho individual a la identidad diversa, el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir protección por parte del Estado y la sociedad en general, consagrando una serie de disposiciones.”
Sentencia Expediente N°00012-2015-AI/TC	Fundamento 99.- “ <u>El derecho a la consulta previa fue incorporado al ordenamiento jurídico peruano con el Convenio 169 de la OIT</u> y desarrollado mediante la Ley del Derecho a la Consulta Previa. (...)”

Sentencia	Fundamento jurídico
Sentencia Expediente N.º00367-2016-HC/TC	Fundamento jurídico 34.- “Queda claro entonces, <u>que el uso de los idiomas originarios en todo nivel administrativo y judicial, es de obligatorio cumplimiento normativo</u> , pues incluso la política educativa nacional se encuentra basada en el aprendizaje en idiomas originarios, todo lo cual nos lleva afirmar que no existe un mandato de asimilación obligatoria del idioma castellano como única lengua en la cual recibir formación educativa, así como tampoco existe un mandato para los jueces de toda la República para impartir justicia únicamente en castellano.”
Sentencia Expediente N.º 00889-2017-PA/TC	Fundamento 9.- “ <u>La virtualidad máxima de la dimensión colectiva del derecho al uso de una lengua originaria</u> , se alcanza cuando ella es predominante en una zona geográfica del país (entendiéndose como zona de predominio la unidad mínima, la provincia o la región, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la ley de lenguas), pues en ese caso, dicha lengua, debe ser oficial en la referida zona.”
Sentencia Expediente N.º 03085-2019-PHC/TC	Fundamento 6.- “Lo establecido en los fundamentos precedentes sobre el derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, <u>no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales</u> , a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido”

Información y tabla sustraídas de SEMINARIO-HURTADO, 2022, p. 183-192.

Asimismo, el Artículo 6 del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú señala que alcance de los derechos lingüísticos es de ejercicio individual y colectivo, por lo que se desarrollan de la siguiente manera:

**Tabla 3. Desarrollo y alcance del ejercicio de los derechos lingüísticos en el Perú**

1	Usar la lengua indígena u originaria en forma oral y escrita en cualquier espacio público o privado.
2	Ser atendido/a y recibir información oral, escrita o audiovisual en su lengua indígena u originaria en las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos, según lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley N° 29735.
3	Recibir educación en su lengua indígena u originaria en forma oral y escrita en todos los niveles de educación.
4	Identificarse, registrarse y ser reconocido/a ante los demás con su propio nombre en la lengua indígena u originaria, utilizando las grafías que componen el alfabeto normalizado por el Ministerio de Educación, o en su caso las equivalencias correspondientes, como ejercicio del derecho a la identidad de los pueblos indígenas u originarios.
5	Usar el nombre de la lengua indígena u originaria reconocido por el pueblo indígena u originario que la habla.
6	Acceder a los medios y recursos para el adecuado aprendizaje de la lengua o las lenguas indígenas u originarias en el ámbito nacional.
7	Recuperar, usar y mantener topónimos en lengua indígena u originaria referidos a comunidades y lugares en el ámbito nacional, regional, departamental y local.
8	Recuperar y utilizar terminología propia de las lenguas indígenas u originarias principalmente en el ámbito artístico, académico, medicinal, musical y espiritual.
9	Obtener, almacenar y difundir las investigaciones lingüísticas y culturales relativas a sus pueblos indígenas u originarios y sus lenguas.
10	Contar con la presencia de la lengua y la cultura de los pueblos indígenas u originarios en los medios de comunicación estatal de ámbito nacional, regional, departamental y local, según predominancia

Información sustraída de: Artículo 6 del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29735

## 4 EL HIMNO NACIONAL DEL PERÚ

### a) Definición

Según Tissera (2012, p. 215-216) “los himnos son la versión poética del discurso político dominante al momento de ser solicitada su creación. Se trata de una escritura por encargo, mediada por con-

vocatorias, decretos y evaluaciones que condicionan su legitimidad”. Asimismo, los himnos nacionales son composiciones musicales que tienen como finalidad acrecentar el valor patriótico de una Nación, recogiendo los sentimientos y los saberes de una población dentro de un determinado territorio, aunado a ello, representan el símbolo identitario, ya que nos permite intensificar el espíritu democrático y libre de un Estado mediante el cántico.

El Himno Nacional del Perú es un texto poético compuesto por un coro y seis estrofas en lengua castellana o española, cuya letra y música se deben respectivamente a la pluma de Don José de La Torre Ugarte y a la inspiración de Don José Bernardo Alcedo y que fue adoptado oficialmente desde 1821. El himno en su íntegra se muestra a continuación:

## HIMNO NACIONAL DEL PERÚ

### CORO

¡Somos libres! ¡Seámoslo siempre!  
Y antes niegue sus luces el sol,  
Que faltemos al voto solemne  
Que la patria al eterno elevó.

### ESTROFA I

Ya el estruendo de broncas cadenas,  
que escucharon tres siglos de horror  
de los libres, al grito sagrado  
que oyó atónito el mundo cesó.  
Por doquier San Martín inflamado,  
¡Libertad! ¡Libertad! pronunció;  
y meciendo su base los Andes,  
la enunciaron también a una voz.  
¡Somos libres! etc.

### ESTROFA II

Con su influjo los pueblos despiertan,  
y cual rayo corrió la opinión,  
desde el Istmo a las Tierras del Fuego,  
desde el Fuego a la helada región.  
Todos juran romper el enlace,

que natura a ambos mundos negó,  
y quebrar ese cetro que España,  
reclinaba orgullosa en los dos.  
¡Somos libres! etc.

### **ESTROFA III**

Lima cumple ese voto solemne,  
y severa su enojo mostró,  
al tirano impotente lanzando  
que intentaba alargar su opresión.  
A su esfuerzo saltaron los fierros  
y los surcos que en sí reparó,  
le atizaron el odio y venganza  
que heredó de su Inca y señor.  
¡Somos libres! etc.

### **ESTROFA IV**

Compatriotas, no mas verla esclava,  
si humillada tres siglos gimió,  
para siempre jurémosla libre  
manteniendo su propio esplendor.  
Nuestros brazos hasta hoy desarmados,  
estén siempre cebando el cañón,  
que algún día las playas de Hesperia,  
sentirán de su estruendo el terror.  
¡Somos libres! etc.

### **ESTROFA V**

Excitemos los celos de España,  
pues presente con mengua y furor  
que en el concurso de grandes naciones  
nuestra patria entrará en parangón  
Llenemos primero el reglón,  
que el tirano ambicioso Iberino,  
que la América toda asoló  
¡Somos libres! etc.

### ESTROFA VI

En sus cima los Andes sostengan  
la bandera o pendón bicolor  
que a los siglos anuncie el esfuerzo  
que ser libres por siempre nos dio.  
A su sombra posemos tranquilos  
y al nacer por sus cumbres el sol  
renovemos el gran juramento  
que rendimos al Dios de Jacob  
¡Somos libres! etc.

#### b) Historia

Afirma Tissera (2012, p. 16):

El himno nacional peruano se debe a un concurso público nacional convocado por San Martín en plena gesta emancipatoria. Los estudios sobre el himno confirman que fue compuesto por el músico José Bernardo Alcedo y José de la Torre Ugarte, que se estrenó en el Teatro de Lima en septiembre de 1821, en una función dedicada a celebrar la rendición de los Castillos de Callao. Estuvo presente el Protector de Perú, José de San Martín; la orquesta fue dirigida por el propio Alcedo y la soprano Rosa Merino entonó sus estrofas. La fecha exacta del estreno ha provocado, empero, no pocas controversias: Ricardo Palma opina que fue el 24 de septiembre; Carlos Raygada, quien dedicó largos años al estudio del tema, establece que fue el 23 de septiembre; Guillermo Ugarte Chamorro considera, en vez, que el estreno tuvo lugar el día 29 o 30 del mismo mes, si es que se respetó la prórroga que, hasta el día 28, anunciaba la Gaceta de Gobierno.

En consecuencia, Universidad San Ignacio de Loyola (s/f) considera que:

Cuando Alzedo retornó al Perú en 1864, invitado por el Gobierno, encuentra que el Himno Nacional tiene diversas versiones. En ese mismo año, luego de varios debates, publicó su propia versión. Le solicitó a Claudio Rebagliati, músico italiano que llegó a Lima a los 20 años y vivió en el Perú durante el resto de su vida, realizar una armonización y orquestación del Himno Nacional. Ambos



concluyeron la versión oficial. En 1900, el Gobierno decidió instaurar una comisión presidida por el compositor José María Valle Riestra, y en mayo de 1901 se aprobó la nueva versión del Himno Nacional. En junio de ese mismo año, se estrenó en el Teatro Politeama, que tenía una capacidad para 1900 personas, en una ceremonia en homenaje a Francisco Bolognesi. Esta versión consta de la partitura para banda, orquesta sinfónica y coro.

## **5 ASPECTOS NORMATIVOS SOBRE EL HIMNO Y LAS LENGUAS INDÍGENAS**

La Constitución Política del Perú reconoce en sus artículos 38 y 49 que todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, y, son símbolos de la Patria la Bandera de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo, y el Escudo y el Himno nacional establecidos por ley; respectivamente.

El primer antecedente legislativo de la oficialización del Himno nacional se da el 4 de octubre de 1910 por el Senador César A. E. Del Río, quien presenta el Proyecto de Ley que declara intangibles la letra y la música del Himno Nacional, debidas respectivamente a la pluma de Don José de La Torre Ugarte y a la inspiración de Don José Bernardo Alcedo, adoptado oficialmente desde 1821 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, s/f) En tal sentido, la Ley N° 1801 “Ley que declara Intangibles y Oficiales la Letra y Música del Himno Nacional del Perú” se publica el 26 de febrero de 1913 durante el Gobierno del ex Presidente de la República Guillermo E. Billinghurst.

Dicha Ley consta de 6 artículos, el artículo 1° oficializa la letra y música del Himno Nacional en el territorio peruano; el artículo 2° expresa que en las fiestas patrias y en los demás actos oficiales y/ públicos se cantará el himno nacional; el artículo 3° denota que de los tres ejemplares archivados se depositarán en el Museo Histórico, Biblioteca Nacional y Ministerio de Guerra y Marina; el artículo 4° se compone de la estructura del himno nacional; el artículo 5° expresa que el Poder Ejecutivo, al publicar el Anuario de la Legislación Peruana debe insertar la música del himno nacional que se encuentra en su artículo 3°, y, finalmente el

artículo 6° declaró nula y sin valor todos los demás decretos y leyes que contravengan con la Ley.

Sobre el artículo 4°, en septiembre de 2004, un total de 35 miembros del Congreso de la República interpusieron ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 4° de la Ley N° 1801, argumentando que “la estrofa apócrifa consignada vulnera el artículo 1.° de la Constitución, referido a la dignidad de la persona como fin supremo del Estado, asimismo, es antihistórica, es ofensiva a nuestro pueblo en general y a la sagrada memoria de los próceres de la independencia en particular”<sup>4</sup>, y, “por otro lado, no incluyó la quinta estrofa de la letra original del Himno Nacional.” (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, s/f)

En tal sentido, el Tribunal Constitucional Peruano en el Expediente N° 0044-2004-AI/TC enfatizó que “el artículo 4 de la Ley N° 1801 no consigna la quinta estrofa de la letra original compuesta por don José de la Torre Ugarte. Este hecho ha sido corroborado por los informes de los Ministerios de Defensa, de Educación y del experto nacional solicitados por este Tribunal Constitucional, así como por diversas obras de autores nacionales que este Colegiado ha tenido oportunidad de estudiar con detenimiento (...)”<sup>5</sup> en consecuencia, este hecho constituye una omisión del legislador que vulnera el derecho de autor, en su acepción de derecho moral de integridad de la obra de carácter perpetuo y en su dimensión objetiva.<sup>6</sup>

En esa misma línea, el Congreso de la República (s/f) señaló que:

El Tribunal Constitucional resuelve adicionar al texto del artículo cuarto de la Ley N° 1801, la quinta estrofa original de autoría de José de la Torre Ugarte, que fue omitida en el mismo, restituyendo de ese modo la integridad de la obra del mencionado autor, de tal forma que el Himno Nacional debe contener un coro y siete estrofas. Además, resuelve que la primera estrofa del Himno Nacional, es de autoría anónima y que su incorporación en el artículo cuarto de la Ley N° 1801 es establecido por la voluntad del pueblo peruano representado por el Congreso de la República.

4 STC. Expediente N° 0044-2004-AI/TC.

5 STC. Expediente N° 0044-2004-AI/TC, fundamento jurídico 18.

6 STC. Expediente N° 0044-2004-AI/TC, fundamento jurídico 19.

Asimismo, el 14 de junio de 1990 se publica la Ley N° 25246, Ley que establece que la Bandera Peruana, el Escudo y el Himno Nacional, como Símbolos Patrios, preceden las ceremonias y actos oficiales, determinando que en todo acto público y/o oficial de manera obligatoria se harán uso de los símbolos patrios y/o canto del himno nacional, ya que constituyen símbolos de identidad y patriotismo para las y los peruanos.

Aunado a ello, mediante Resolución Ministerial N° 0244-2010-ED se dispuso desarrollar campaña educativa a nivel nacional en institutos y escuelas para promover que se conozca y cante el coro y la sexta estrofa del himno nacional, en concordancia con los artículos 2° y 6° de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, que denota la importancia de adoptar decisiones administrativas que permitan a los estudiantes adquirir y/o reafirmar nuestros valores patrios durante la etapa educativa.

La oficialización del Himno Nacional no solo se limitó a su traducción e interpretación a la lengua castellano, sino que bajo la aplicación del artículo 48° de la Constitución Política que reconoce el uso y fomento de las lenguas indígenas u originarias en el territorio peruano, y la Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú; se dispuso que el canto del Himno Nacional forma parte de un acto público y/o símbolo de patriotismo, por lo que todas y todos los ciudadanos deben ser partícipes de dichos actos, bajo ningún tipo de discriminación alguna.

Para sustentar la importancia de la interpretación del himno nacional en lenguas indígenas u originarias, es preciso situarnos en lo que engloba una ciudadanía multicultural. Kymicka (1996) establece que la cultura es abordada como un fenómeno social que proporciona a sus miembros formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa y recreativa, denominada cultura societal, en esa misma línea Campillo (2005, p. 121) “el reconocimiento de las culturas en las sociedades permite que persevere la estructura democrática de nuestros Estados y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.”

En ese sentido, la multiculturalidad e identidad se conciben mediante el reconocimiento de dos o más culturas en un determinado espacio geográfico. (Lomnitz, 2002). Es la expresión de múltiples culturas en el espacio que llamamos urbano, ya que reconoce la existencia de

las ciudades multiculturales que se originan principalmente en el fenómeno de los cambios políticos, económicos, sociales, migratorios, entre otros, que en este siglo se han dado como nunca antes en la historia de la humanidad.

Bajo este orden de ideas, el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el expediente 00889-2017-PA/TC del Caso de la Señora María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco reconoce que el Estado Peruano es un Estado Constitucional Multicultural porque se albergan una diversidad de lenguas y culturas reconocidas en la Carta Magna vigente, y, “no solo resulta que cada persona tiene derecho a comunicarse en su propia lengua ante la autoridad, sino que si dicha lengua es predominante en una zona (una jurisdicción municipal provincial, por ejemplo), el Estado tiene la obligación de institucionalizar el uso de ese idioma en dicha zona, con los mismos alcances con los que ha institucionalizado el uso del idioma castellano”<sup>7</sup>.

Por lo anteriormente expuesto se decidió incorporar la interpretación del himno nacional en lenguas indígenas u originarias, con la finalidad que los hablantes gocen de sus derechos lingüísticos en la vida y/o participación cívica, se dispuso la publicación del Decreto Supremo N°006-2022-MC, Decreto Supremo que oficializa la interpretación del Himno Nacional en idioma castellano y en lengua indígena u originaria predominante, y mediante Resolución Ministerial N° 000279-2022-DM/MC<sup>8</sup> se aprueban los “Lineamientos para la implementación de la Interpretación del Himno Nacional en la lengua indígena u originaria predominante, según lo establece el Registro Nacional de Lenguas Indígenas u Originarias”, constituyendo grandes avances para la efectivización y garantía de las lenguas originarias

## **6 CONSIDERACIONES FINALES**

- El himno nacional del Perú es un símbolo nacional poético creado en lengua castellana con fines de emancipación y compuesto por un coro y seis estrofas, y fue presentado a inicios del siglo XIX.

---

7 STC. Expediente N° 00889-2017-PA/TC

8 Publicado el 25 de agosto de 2022 en el Diario Oficial el Peruano.

- En 1990 se publica la Ley N° 25246, Ley que establece que la Bandera Peruana, el Escudo y el Himno Nacional, como Símbolos Patrios, preceden las ceremonias y actos oficiales, determinando que en todo acto público y/o oficial de manera obligatoria se harán uso de los símbolos patrios y/o canto del himno nacional, ya que constituyen símbolos de identidad y patriotismo para las y los peruanos.

- En 2022 el gobierno peruano decide incorporar la interpretación del himno nacional en lenguas indígenas u originarias, con la finalidad que los hablantes gocen de sus derechos lingüísticos en la vida y/o participación cívica. Por ello, se dispuso la publicación del Decreto Supremo N°006-2022-MC, Decreto Supremo que oficializa la interpretación del Himno Nacional en idioma castellano y en lengua indígena u originaria predominante.

## REFERÊNCIAS

ALZEDO, José Bernardo. **Filosofía Elemental de la música o sea La Exegesis de las Doctrinas Conducentes a su Mejor Inteligencia**. 1.ed. Lima: Imprenta Liberal, 1869.

CAMPILLO MESEGUER, Antonio. **Ciudadanía y extranjería en la sociedad global**. Murcia. Murcia: Universidad de Murcia, 2005.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. **Exposición Documental: Ley que declara Intangibles y Oficiales la Letra y Música del Himno Nacional del Perú**, s/f. Disponible en: <https://www.congreso.gob.pe/himnonacional/?K=9031> Acceso en: 10 de ago. 2022.

FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (FILAC). **Revitalización de Lenguas Indígenas**, diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.filac.org/informe-regional-revitalizacion-de-lenguas-indigenas-2/> Acceso en: 10 de ago. 2022.

GARCÍA CHINCHAY, Gerardo; CHÁVEZ MERE, Mercedes. Las lenguas indígenas u originarias del Perú en el internet. **LínguaTec**. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul, Bento Gonçalves, vol. 5. n.1, mayo 2020, p. 109-136. DOI: 10.35819/linguatec.v5.n1.4112. Disponible

en: <https://periodicos.ifrs.edu.br/index.php/LinguaTec/article/view/4112>. Acesso en: 25 set. 2022.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. 1ed. Barcelona: Espasa Libros S.L.U, 1996.

LOMNITZ, Claudio. **Identidad**. 1ed. Buenos Aires: Paidós, 2002.

MINISTERIO DE CULTURA DEL PERÚ. **Etapas de Identificación de los pueblos indígenas u originarios**. 1ed. Lima: Ministerio de Cultura, 2014.

MINISTERIO DE CULTURA DEL PERÚ. **Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040**, 2021. Disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/es/registrobibliografico/pol%C3%ADtica-nacional-de-lenguas-originarias-tradici%C3%B3n-oral-e-interculturalidad--0> Acceso en: 20 de ago. 2022.

PERÚ. [Constitución (1993)]. **Constitución Política del Perú de 1993**. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf) Acceso en: 20 de ago. 2022.

PERÚ. Tribunal Constitucional del Perú. **Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional**. Expediente N° 0044-2004-AI/TC, 18 de mayo de 2005. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00044-2004-AI.pdf> Acceso en: 20 ago. 2022.

PERÚ. Tribunal Constitucional del Perú. **Sentencia del Expediente N°00889-2017-PA/TC**; 17 de abril de 2018. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf> Acceso en: 20 ago. 2022.

SEMINARIO-HURTADO, Nuccia; CASTILLO-GAMARRA, Wilmer; BUENDÍA-CASAFRANCA, Ruth. Los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas en el Perú: avances y desafíos. **Revista IURA**, vol 5. n.1, jul 2020. p. 165 – 188. DOI: <http://doi.org/10.22497/IURA.51.5109> Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3855852](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3855852) Acceso en: 25 set. 2022.

SEMINARIO-HURTADO, Nuccia. El reconocimiento constitucional de las lenguas originarias en el Perú. En: CALGARO, Cleide; MOREIRA DOMINGUES, Isabela; TORRES MANRIQUE, Isaac. (orgs.). **Tratado Analítico de la Agenda**

**Social Pendiente en los Ordenamientos Jurídicos y Políticas Públicas.** 1. ed. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2022, p. 183-192.

TISSERA, Ana. **San Martín y Bolívar:** los himnos nacionales de Perú. CIENCIA ergo-sum, v. 19, n. 3, p. 215-224, oct. 2017. Disponible en: <https://cienciaergo-sum.uaemex.mx/article/view/7044>. Fecha de acceso: 25 sep. 2022.

UNIVERSIDAD SAN IGNACIO DE LOYOLA. **Cinco interesantes datos sobre el Himno Nacional del Perú,** *s/f*. Disponible en: <https://facultades.usil.edu.pe/humanidades/cinco-interesantes-datos-sobre-el-himno-nacional-del-peru/> Acceso en: 10 de ago. 2022.

# O DIREITO AO ABORTO À LUZ DA TEORIA DE HANS KELSEN: BREVE ANÁLISE DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS QUE REVOGOU O PRECEDENTE DO CASO ROE VS. WADE

LEANDRO REIS DE SOUZA<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Hans Kelsen nasceu em Praga, em 1881, e faleceu nos Estados Unidos, em 1973. Jurista, sociólogo e filósofo, Kelsen é considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do direito, tendo contribuído de forma significativa à teoria de constitucionalidade, à teoria hierárquica e dinâmica do direito positivo e à ciência do direito. Juiz durante nove anos da Corte Constitucional da Áustria (1921-1930), Kelsen foi figura central na elaboração da Constituição republicana austríaca depois da primeira guerra mundial.

Com grande influência do neokantismo<sup>2</sup>, Kelsen publicou seu livro mais famoso, intitulado Teoria Pura do Direito, em 1934, de gran-

---

1 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Pós-graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Bacharel em Comunicação Social com ênfase em Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, participante do Grupo de Pesquisa “O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal” pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Comissário de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul.

2 É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se assenta na filosofia kantiana ou, mais precisamente, na interpretação coheniana dessa filosofia. [...] Assim como a filosofia transcendental de Kant se erige contra a metafísica, a Teoria Pura do Direito se erige contra o direito natural, este sendo o correspondente exato, no domínio da realidade social, em geral, e do direito positivo em particular, da metafísica. [...] Na medida que a Teoria Pura do Direito tentou,



de contribuição para o positivismo jurídico. A obra, em razão da sua relevância, foi traduzida em diversos idiomas, ganhando uma segunda edição no ano de 1960. Com a ascensão de Hitler na Alemanha, Kelsen refugiou-se nos Estados Unidos, onde permaneceu até sua morte.

A teoria pura do direito, de Hans Kelsen, é fundamental para compreender o positivismo jurídico e seus reflexos no ordenamento jurídico. Para Kelsen, é preciso distinguir direito e ciência do direito. A ciência do direito, responsável por descrever o direito de forma científica, deve ser pura, livre dos conceitos das demais áreas do conhecimento, como a sociologia, a política e a moral. Por sua vez, o direito, objeto da ciência do direito, aqui entendido como norma, trata da interpretação da realidade.

Kelsen conceitua interpretação com uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito de um escalão superior para um escalão inferior. A ordem jurídica não é composta por normas jurídicas dispostas no mesmo plano, mas por uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas, até o topo, onde fica a norma fundamental pressuposta, fundamento de validade último.

Por outro lado, é cediço que as liberdades individuais constitucionalmente reconhecidas tem sido contrapostas com frequência aos valores morais comunitários, aqui entendidos como supostamente endossados pela maioria da sociedade. O aborto, por exemplo, trata-se de uma questão moral relacionada diretamente com a vida humana, vinculada a um sentimento comum de inviolabilidade. Contudo, independente do posicionamento favorável ou contrário a interrupção da gravidez, a discussão não deve ocorrer com bases metafísicas e religiosas, mas sim, de acordo com a melhor interpretação da Constituição.

Nesse contexto, será realizada uma breve análise, de acordo com a teoria pura do direito, de Hans Kelsen, da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, datada de 24 de junho de 2022, que revogou o precedente que garantia o direito ao aborto às mulheres, proferida no caso *Roe vs. Wade*. Para tanto, através da pesquisa bibliográfica, utilizando o método

---

de maneira totalmente inédita, apresentar a filosofia de Kant como uma teoria do direito positivo (em oposição a Stammler, ainda muito ligado à teoria do direito natural) ela foi, em um certo sentido, além do pensamento de Kant que, em sua doutrina do direito, abandona o método transcendental. (MATOS, 2004, p. 38).

lógico-dedutivo, será verificado se a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos pode ser entendida de acordo com a lógica positivista.

Ressalte-se, que o presente artigo não tem a pretensão de afirmar que a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization* adotou a lógica positivista para afastar o precedente do caso *Roe vs. Wade*, mas sim, analisá-la de acordo com a teoria pura do direito, de Hans Kelsen.

## 2 A PUREZA DA CIÊNCIA DO DIREITO

O ponto de partida para compreender a teoria pura do direito, de Hans Kelsen, é diferenciar o direito da ciência do direito. A pureza da teoria pertence a ciência do direito, responsável por descrever estritamente o direito, de forma científica, afastando dessa descrição as outras áreas do conhecimento, como a sociologia, a política e a moral. Por sua vez, o direito, objeto da ciência do direito, aqui entendido como norma, é a interpretação da realidade. (BIX, 2020, p. 86)

Kelsen (1976, p. 93) reconhece a existência de outras normas que, assim como as normas jurídicas, regulam a conduta dos homens entre si, classificadas como normas sociais. Essas normas sociais, sob a designação da moral, são tratadas pela disciplina da ética. Na medida em que a justiça é uma exigência da moral, na relação entre a moral e o direito está contida a relação entre a justiça e o direito.

As normas morais, assim como dispõem sobre a conduta de um homem em face de outro, prescrevem uma conduta do homem em face de si mesmo, como por exemplo, a norma que proíbe o suicídio ou a norma que prescreve a coragem. A conduta do indivíduo que elas determinam refere-se imediatamente somente a este indivíduo, e mediatamente a outros indivíduos da sociedade. Os efeitos que a conduta tem na sociedade é que transformam a consciência dos membros desta sociedade numa norma moral. Assim, tanto a moral quanto o direito, em razão do caráter social, não teriam sentido para um indivíduo que vivesse isolado. (KELSEN, 1976, p. 94-95).

Para Kelsen (1976, p. 95), a teoria que distingue direito e moral a partir dos critérios de interioridade e exterioridade, a qual estabelece que compete ao direito regular a conduta externa e à moral a conduta interna,

é insuficiente. As duas normas sociais servem para regular as condutas humanas, tanto internas quanto externas. A ordem jurídica que proíbe o aborto, por exemplo, proíbe não apenas a produção da interrupção da gravidez através da conduta exterior de uma pessoa, mas também uma conduta interna, referente à intenção de produzir esse resultado.

Partindo da premissa que os homens tendem a seguir suas inclinações, prescrever uma conduta que corresponda a todas as inclinações dos destinatários das normas seria supérfluo. A norma pode, no máximo, criar para o indivíduo o interesse de agir em harmonia com a ordem social, se opondo, ou não, aos interesses egoísticos que possivelmente atuariam na ausência da norma. Ademais, não se pode distinguir direito e moral pela produção ou aplicação das suas normas, uma vez que tanto o direito como a moral são criados pelo costume e por uma elaboração consciente da norma. (KELSEN, 1976, p. 96-97).

Nesse contexto, a ciência jurídica é posta em perigo sempre que se afirma que a moral, assim como o direito, regula a conduta humana, estatuidando deveres e direitos, estabelecendo autoritariamente determinadas normas. Tal afirmação, faz com que não se saiba mais o que é moral e o que é direito. A diferença, na verdade, encontra-se na coercibilidade: enquanto o direito utiliza do caráter coercitivo para que o preceito estabelecido na norma seja cumprido, ou se torne eficaz, a ordem moral não possui tal poder. (KELSEN, 1976, p. 94-98).

Não são os motivos estritamente jurídicos que levam os homens a agir em conformidade com o direito, mas sim, um conjunto de motivos impactados pelos valores morais, religiosos, econômicos, entre outros. Contudo, na hipótese de violação das normas jurídicas, inerente ao próprio direito, recorre-se à coercibilidade, ou seja, ao uso da força de acordo com os limites legais. Por outro lado, o descumprimento de uma ordem moral acarreta, no máximo, um sentimento de desconforto e uma reprovação da comunidade onde o indivíduo está inserido. (KELSEN, 1976, p. 98-99).

### **3 O DEVER SER DO DIREITO**

A afirmação de que o direito por sua própria essência deve ter um conteúdo moral, satisfazendo a exigência de uma moral mínima, pressupõe a existência de uma única moral válida e absoluta a todos os sistemas

de moral positivos. O que, evidentemente, do ponto de vista científico, não pode ser aceito, uma vez que diferentes povos, e até no mesmo povo, dentro das diferentes divisões sociais, valem-se de sistemas morais diferentes e contraditórios entre si. (KELSEN, 1976, p. 100).

A questão das relações entre direito e moral não é uma questão sobre o conteúdo do direito, mas uma questão sobre a sua forma. A moral, em sua essência, é capaz de assegurar, quando observada, uma relativa paz social. Entretanto, o que é considerado justo para uma determinada sociedade pode não ser justo para outra, ou até mesmo o que é considerado justo em uma época pode não ser em outra. Assim, a afirmação de que o Direito é por sua natureza moral, não quer dizer que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é uma norma social que estabelece um “dever-ser”. (KELSEN, 1976, p. 103).

A exigência de uma separação entre direito e moral significa que a validade de uma ordem jurídica positiva independe da existência de uma moral absoluta. O fato de uma ordem jurídica estar em sintonia com uma ordem moral representa uma situação ideal, mas não obrigatória. Nesse sentido, o direito, entendido como ciência jurídica, não tem que aprovar ou desaprovar o seu objeto, quer através da moral absoluta ou da moral relativa, mas tão somente conhecer e descrever o seu objeto. (KELSEN, 1976, p. 106-107).

A norma jurídica, que estabelece o “dever ser” da conduta humana, tornando-a obrigatória, permitida ou proibida, é o objeto da ciência do direito. Uma norma jurídica não se refere a fatos no mundo, e sim aos pressupostos e consequências atribuídos a certos fatos; não podendo ser verdadeira ou falsa, mas sim válida ou inválida. Por outro lado, o enunciado sobre uma norma jurídica, definido como proposição jurídica, pode ser classificado como verdadeiro ou falso. A proposição jurídica, que pertence à ciência do direito, descreve cientificamente o conteúdo de uma norma jurídica. (KELSEN, 1976, p. 109-111).

Para Kelsen (1976, p. 111), o direito regula a conduta humana através do fenômeno da imputação: se tal fato descrito na norma ocorrer, um determinado fato jurídico deve ser aplicado como consequência. Por sua vez, o conceito de liberdade reside na finitude da cadeia de imputação. As normas prescrevem condutas humanas porquanto sua representação provoca nos homens atos de vontade, os quais, causam a conduta

prescrita. Assim, dizer que o homem, como membro de uma sociedade de normas, é livre, significa dizer que ele é responsável por sua conduta, sendo regido pelo princípio da imputação. (KELSEN, 1976, p. 139-140).

Portanto, o que importa à ciência do direito é a norma posta, enquanto conteúdo de sentido, da ordem do “dever ser”; e não sobre os fatos, da ordem do “ser”. Dessa forma, o direito positivo tem que se manter isento da ideologia entendida como uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que acaba por encobrir o objeto do conhecimento da ciência jurídica. (KELSEN, 1976, p. 155-162).

#### **4 A CADEIA NORMATIVA DE JUSTIFICAÇÃO**

O fundamento de validade de uma norma não pode ser respondido pela verificação de um fato da ordem do “ser”, mas sim por outra norma superior. Kelsen propõe uma construção escalonada de normas, onde a norma inferior apenas será considerada válida quando produzida da forma como determinada pela norma superior. Essa cadeia normativa de justificação, conhecida como pirâmide normativa de Kelsen, é pressuposto de validade da norma jurídica. (BIX, 2020, p. 87).

Nesse sentido, cada argumento normativo é baseado em algum outro mais geral ou mais básico. Contudo, em algum momento, quando as linhas de justificação chegarem ao fim, será impossível avançar e nenhuma outra justificação será oferecida, somente o fato de ter sido aceito expressa ou tacitamente pela sociedade em algum momento da história. O último fundamento de validade das normas, e, por conseguinte, do próprio ordenamento jurídico, é denominado de norma fundamental. (BARZOTTO, 2007, p. 40-41).

A norma fundamental deve ser entendida de maneira imediata a uma constituição, produzida pelo costume ou positivada, e de maneira mediata, à ordem coercitiva criada de acordo com ela. Isso porque, enquanto o ato de vontade do legislador possui um sentido objetivo, na medida em que é interpretado a partir da constituição que o institui enquanto órgão produtor de normas do sistema; o ato de vontade do constituinte só pode ter um sentido objetivo se for pressuposta de uma norma fundamental que o autorize a editar a constituição. (BARZOTTO, 2007, p. 37-39).

Importante destacar, que não há qualquer valor na norma fundamental, podendo o direito positivo conter todo e qualquer conteúdo, desde que cumpra com os requisitos de validade previstos no próprio ordenamento. Entretanto, Kelsen reconhece a possibilidade de uma ordem jurídica ser considerada inválida de acordo com os princípios da legitimidade e da efetividade. O princípio da legitimidade estabelece que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo previsto pela própria ordem ou até ser substituída por outra. De outro lado, o princípio da efetividade é aplicado na hipótese de ocorrer um golpe de estado ou qualquer outra modificação ilegítima da constituição, instaurando uma nova ordem jurídica eficaz de maneira revolucionária. (BARZOTTO, 2007, p. 48-50).

A ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas, globalmente consideradas, são eficazes. Para Kelsen, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanecer duradouramente ineficaz. Entretanto, a norma não precisa ser aplicada para ser respeitada: por vezes, o ideal de uma norma jurídica é atingida quando esta sequer é aplicada, como ocorre na hipótese de uma norma penal, que impõe uma pena para a prática de um determinado crime. (BARZOTTO, 2007, p. 50-55).

Na pirâmide normativa de Kelsen, a relação entre constituição e lei, ou entre lei e sentença judicial é uma relação de determinação: a constituição é determinada pelas leis, e essas são determinadas pelas sentenças, que, por fim, serão determinadas por sua execução. Contudo, essa determinação nunca é completa, sendo inviável à norma de escalão superior vincular totalmente a do escalão inferior, prevendo todas as possibilidades de sua aplicação. (KELSEN, 1976, p. 464).

Nesse momento surge a moldura, figura de linguagem utilizada por Kelsen para definir o que a norma de escalão superior significa para a de escalão inferior, que poderá ser preenchida discricionariamente. Assim, qualquer interpretação que se mantenha dentro da moldura, posta pela norma de escalão superior, é direito, e, portando, tem igual valor. Dessa forma, não há como preferir uma interpretação à outra, desde que todas estejam dentro da moldura prefixada pela norma superior. (KELSEN, 1976, p. 466-467)

A interpretação jurídica deve realizar-se para todos os sujeitos que se valham das normas, sejam públicos ou privados; e para todas as

normas jurídicas, gerais ou individuais, superiores ou inferiores. A interpretação pode ser autêntica, realizada pelo órgão aplicador, ou não autêntica, quando não cria direito novo, sendo realizada pela pessoa privada e pela ciência jurídica. O intérprete autêntico pode produzir uma norma que se situe fora da moldura, desde que deste ato já não caiba mais recurso, que não possa mais ser anulado e que tenha transitado em julgado. (KELSEN, 1976, p. 467-468).

Destaca-se, que todos os métodos interpretativos conduzem, no máximo, a uma interpretação possível, jamais à única interpretação correta. O ato de vontade do aplicador do direito na escolha do sentido da norma a aplicar ou na escolha do conteúdo da norma o distingue quanto à interpretação do cientista jurídico. Isso porque, compete ao cientista jurídico apenas descrever os possíveis sentidos da norma interpretada, garantindo a segurança jurídica, sem ser favorável a nenhum dos sentidos. (KELSEN, 1976, p. 469-473).

A interpretação jurídica, portanto, pode ser dividida em interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento: a primeira é responsável pela produção das normas jurídicas; enquanto a segunda, que refere-se a descrição das normas jurídicas de forma objetiva e neutra, produz as proposições jurídicas. Dessa forma, em razão da abertura semântica dos textos normativos, o aplicador do direito sempre terá espaço de movimentação dentro da moldura da norma, remetendo a ideia de discricionariedade do intérprete e do decisionismo. (STRECK, 2017, p. 17-18).

## **5 A DECISÃO DA SUPREMA CORTE AMERICANA QUE REVOGOU O PRECEDENTE QUE GARANTIA O DIREITO AO ABORTO**

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, realizado em 24 de junho de 2022, revogou o precedente que garantia o direito ao aborto às mulheres, proferida no caso *Roe vs. Wade*, em 22 de janeiro de 1973. A decisão da corte norte-americana foi amparada no argumento que o direito ao aborto não está protegido por qualquer dispositivo constitucional, não permitindo interpretação em sentido contrário. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2022).

## 5.1 Contexto histórico

Com o advento das descobertas científicas em relação à reprodução humana, a partir da segunda metade do século XIX, a maioria dos estados norte-americanos adotou leis restritivas ao aborto. Por sua vez, entre as décadas de cinquenta e sessenta ocorreu a chamada revolução sexual, que promoveu um maior acesso aos métodos contraceptivos, estimulou novos estudos sobre novos métodos e ampliou as possibilidades da mulher escolher pela interrupção da gravidez. (MORAIS, 2009, p. 6).

No ano de 1972, o aborto era permitido somente nos estados de Nova Iorque, Colorado, Carolina do Norte e Califórnia. Nestes quatro estados norte-americanos, entretanto, a interrupção da gravidez poderia ocorrer somente quando fosse necessário à proteção da saúde da mulher. Outros requisitos, alguns dispensáveis para determinados estados, exigiam ainda que o procedimento fosse aprovado por um comitê de médicos-especialistas, aprovado por um psiquiatra, observado um determinado período da gestação e consenso entre os pais. (MORAIS, 2009, p. 8).

Nesse contexto, não demorou para que essas leis e, principalmente, as leis que proibiam o aborto fossem questionadas judicialmente. Os mais conservadores argumentavam que a abertura semântica da expressão “proteção à saúde da mulher” gerava dúvidas em relação a palavra saúde, que poderia remeter tanto ao risco de morte, quanto ao risco de danos psicológicos da gestante. Por outro lado, os mais liberais defendiam que a expressão “risco à vida”, da mesma forma ampla e vaga, não definia o tipo de perigo à vida da gestante que permitia ao médico praticar o aborto. (MORAIS, 2009, p. 9-10).

## 5.2 Caso Roe vs. Wade

No ano de 1971, Norma MacCorvey, que utilizava o pseudônimo de Jane Roe, com 21 anos de idade, grávida do terceiro filho, resultado de um estupro, ingressou com uma ação judicial no Tribunal Federal de Dallas, no estado do Texas, para revogar os artigos 1.191-1.194 e 1.196 do Código Penal daquele estado, pelos quais era crime o aborto e a tentativa de aborto, exceto nos casos de risco de morte à gestante; requerendo, por meio de injunção, a inconstitucionalidade da lei do Texas que proíba o aborto. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1973).



Norma MacCorvey, que não possuía condições financeiras para viajar para outro estado ou país a fim de obter um aborto legal e seguro, alegou que a restrição a possibilidade do aborto somente aos casos que houvesse risco à vida da gestante violava seu direito à privacidade, protegido pela Primeira<sup>3</sup>, Quarta<sup>4</sup>, Quinta<sup>5</sup>, Nona<sup>6</sup> e Décima Quarta Emenda à Constituição<sup>7</sup>. Henry Wade, promotor do estado do Texas, sustentou que o aborto era uma forma de assassinato, portanto, proibido; e que o Tribunal Federal não tinha competência para decidir a questão em âmbito nacional. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1973).

O Tribunal Federal, ao invocar a Nona Emenda e a Seção 1 da Décima Quarta Emenda à Constituição, reconheceu o direito fundamen-

---

3 Primeira Emenda à Constituição. O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789).

4 Quarta Emenda à Constituição. O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões não razoáveis, não deve ser violado e nenhum mandado deve ser emitido, mas por causa provável, apoiado por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789).

5 Quinta Emenda à Constituição. Nenhuma pessoa poderá responder por um crime capital, ou outro crime infame, a menos que em uma apresentação ou acusação de um Grande Júri, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço real a tempo de Guerra ou perigo público; nem qualquer pessoa estará sujeita à mesma ofensa e por duas vezes com risco de vida ou integridade física; nem será obrigado em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, da liberdade ou dos bens, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será levada ao uso público, sem justa compensação. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789).

6 Nona Emenda à Constituição. A enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada no sentido de negar ou menosprezar outros retidos pelo povo. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789).

7 Décima Quarta Emenda à Constituição, Seção 1: Cidadania e direitos civis. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou fará cumprir qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1868).

tal da mulher solteira e das pessoas casadas de escolher quando terão uma criança, entendendo como nula a lei do Texas que proibia o aborto. Contudo, o Tribunal absteve-se quanto à injunção da referida lei; e, devido Roe estar no sexto mês de gestação, não autorizou o aborto. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1973).

O caso chegou a Suprema Corte dos Estados Unidos, que no dia 22 de janeiro de 1973, por sete votos a dois, julgou inconstitucionais as leis estaduais que restringiam de forma excessiva o aborto. A decisão foi fundamentada no direito à privacidade, que embora não estivesse previsto expressamente na Constituição, é um direito fundamental que assegura o respeito à autonomia reprodutiva da mulher ou do casal, protegido Seção 1 da Décima Quarta Emenda à Constituição, que garante aos cidadãos norte-americanos a não violação de sua liberdade sem o devido processo legal. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1973).

A Suprema Corte dos Estados Unidos argumentou, à época, que as leis estaduais que autorizavam o aborto para salvar a vida da gestante, sem considerar o estágio da gravidez, violavam a Décima Quarta Emenda à Constituição; e que o direito ao aborto restava amparado pelo direito à privacidade, que a depender do estágio da gravidez e dos riscos envolvidos, prevalecia em relação ao interesse estatal. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1973).

Dessa forma, após o julgamento do caso *Roe vs. Wade*, as leis dos estados americanos que proibiam a realização do aborto até o segundo trimestre da gestação, exceto nas hipóteses que gerassem risco à vida da gestante, foram declaradas inconstitucionais.

### 5.3 O caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*

A Jackson Women's Health Organization contestou a constitucionalidade da lei do estado do Mississippi, datada de 2018, que proibia a prática do aborto nos casos que a gestação fosse superior a quinze semanas, salvo nas hipóteses de emergência médica ou anomalia fetal grave. O Tribunal Federal decidiu de forma favorável a organização e proibiu a aplicação da referida lei, sob o argumento que ela era incompatível com o precedente do caso *Roe vs. Wade*. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2022).

O caso chegou a Suprema Corte dos Estados Unidos, que, por seis votos a três, revogou o precedente do caso *Roe vs. Wade*. O juiz Samuel Alito, condutor do voto majoritário, argumentou que a Constituição não faz referência ao aborto, não sendo tal direito implicitamente protegido por qualquer disposição constitucional, incluindo a cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda à Constituição. Para o magistrado, o aborto é uma questão moral profundamente controversa na sociedade americana e, portanto, por ela deve ser resolvida, através dos seus representantes eleitos. Os juízes Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett acompanharam o voto de Alito. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2022).

Os juízes Clarence Thomas e Brett Kavanaugh, apesar de acompanharem o voto majoritário, apresentaram votos à parte. O juiz Clarence Thomas destacou que a decisão atinge somente os precedentes que tratam sobre o aborto. Assim, decisões que garantiram a pessoas casadas o acesso a métodos contraceptivos e que julgaram inconstitucionais leis que proibiam atividades sexuais entre pessoas do mesmo sexo permanecem inalteradas. Contudo, para o magistrado, decisões fundamentadas com base na Décima Quarta Emenda à Constituição não asseguram, por si só, direitos subjetivos concretos aos cidadãos americanos, podendo tais precedentes serem revistos e revogados a qualquer momento pela Suprema Corte. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2022).

O juiz Brett Kavanaugh enfatizou que a decisão não impede o direito constitucional das pessoas de ir e vir entre um estado que permite e outro que proíbe o aborto. Entretanto, tanto as considerações do juiz Clarence Thomas, quanto do juiz Brett Kavanaugh, não fizeram parte da opinião majoritária da Suprema Corte. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2022).

O juiz John Roberts apresentou voto somente no sentido da constitucionalidade da lei atacada, sem acompanhar a opinião da Suprema Corte sobre a inexistência de um direito constitucional ao aborto. De acordo com o magistrado, o voto majoritário extrapolou a controvérsia interposta a Suprema Corte, que deveria limitar-se a responder se a proibição do aborto antes do terceiro trimestre é inconstitucional. A Suprema Corte, segundo ele, não poderia ter negado por completo a existência do

direito ao aborto reconhecido no caso *Roe vs. Wade*. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2022).

Por sua vez, os juízes Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan apresentaram um voto em conjunto de discordância ao voto majoritário, sob o argumento que o direito ao aborto está assentado em conceitos constitucionais fundamentais de liberdade individual e de direitos iguais dos cidadãos para decidir o rumo de suas vidas. Para os magistrados, revogar o precedente *Roe vs. Wade* é o mesmo que relegar às mulheres uma cidadania de segunda classe. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2022).

Dessa forma, a Suprema Corte dos Estados Unidos revogou o precedente *Roe vs. Wade*, que vigorou por quase cinquenta anos. Assim, compete a cada estado decidir sobre o direito ao aborto, estabelecendo as regras que autorizam, limitam ou proíbem a possibilidade da interrupção da gravidez. Podendo, caso acionada, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidir sobre a constitucionalidade das leis elaboradas pelos estados.

## 6 CONCLUSÃO

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, datada de 24 de junho de 2022, que revogou o precedente do caso *Roe vs. Wade*, de 1973, que garantia o direito ao aborto, pode ser entendida de acordo com a lógica positivista. O argumento trazido no voto majoritário de que o direito ao aborto não pode ser extraído da Constituição dos Estados Unidos, numa primeira análise, distancia a decisão dos argumentos morais.

O debate sobre o direito da mulher em realizar o aborto, interrompendo de forma voluntária a gravidez, em regra, utiliza argumentos estritamente morais, afastando-se das regras da interpretação jurídica, em especial, daquelas estabelecidas pelo direito positivo. A separação entre direito e moral, para os positivistas, remete justamente a inexistência de uma moral mínima ou absoluta, não cabendo ao direito aprovar ou desaprovar seu conteúdo, mas descrevê-lo cientificamente.

Na concepção positivista, o fundamento de validade de uma norma jurídica deriva de uma norma superior, atendendo uma construção escalonada de normas, sendo a norma fundamental, que é pres-

suposta, o último fundamento de validade das normas. Nesse sentido, ao argumentar que da Constituição americana não prevê o direito ao aborto, mas, tão somente, a possibilidade de regulamentação desse direito por parte dos estados, faz com que o precedente do caso *Roe vs. Wade* não seja considerado válido.

A moldura da norma jurídica, posta por uma norma de escalo superior, permite que todas as interpretações realizadas dentre dessa moldura sejam consideradas direito, e, portando, de igual valor. A Suprema Corte dos Estados Unidos, diferentemente do caso *Roe vs. Wade*, considerou que a interpretação que extraiu o direito ao aborto da Décima Quarta Emenda à Constituição extrapolou a moldura jurídica, resultando, portando, na revogação do precedente.

A alteração do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no reconhecimento do direito ao aborto, no que tange à interpretação dos textos normativos da Constituição americana e da suas emendas, evidencia o grande problema da lógica positivista: a discricionariedade do intérprete e o decisionismo trazidos pela abertura semântica dos textos normativos. Assim, dentro do espaço de movimentação na moldura da norma jurídica, a Suprema Corte dos Estados Unidos, de acordo com a lógica positivista, poderia decidir tanto pelo reconhecimento quanto pelo não reconhecimento do direito ao aborto, a depender das convicções morais dos julgadores.

## REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BIX, Brian H. **Teoria do Direito: fundamentos e contextos**. São Paulo: *Tirant lo Blanch*, 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1868). **Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO>. Acesso em: 04 jul. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1789). **Nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOAL-JNETO>. Acesso em: 04 jul. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1868). **Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOAL-JNETO>. Acesso em: 04 jul. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1868). **Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOAL-JNETO>. Acesso em: 04 jul. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1868). **Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOAL-JNETO>. Acesso em: 04 jul. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. *Dobbs v. Jackson Womens's Health Organization*, 597 US \_\_\_, julgado em 24/06/2022. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf). Acesso em: 04 jul.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. *Roe v. Wade*, 410 US 113, julgado em 22/01/1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 04 jul. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1976.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **A concepção de justiça em Hans Kelsen em face do positivismo relativista e do jusnaturalismo absolutista**. 2004. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: [http://bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-967PD6/direito\\_andityassoaresmoura-costamatos\\_disserta\\_\\_o.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-967PD6/direito_andityassoaresmoura-costamatos_disserta__o.pdf?sequence=1). Acesso em: 04 jul. 2022.

MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de Moraes. Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. **Universitas JUS**, Brasília, n. 18, p. 1-79, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/733>. Acesso em: 04 jul. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2017.

# LICENCIAS OBLIGATORIAS EN LATAM

HUGO CARRASCO SOULÉ LÓPEZ<sup>1</sup>

## 1 NOTA INTRODUCTORA

El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) intenta lograr un equilibrio entre el objetivo social a largo plazo de proporcionar incentivos para futuros inventos y creación, y el objetivo a corto plazo de permitir que las personas usen los inventos y creaciones existentes.

El acuerdo cubre una amplia gama de temas, desde derechos de autor y marcas registradas, hasta diseños de circuitos integrados y secretos comerciales. Las patentes de productos farmacéuticos y otros productos son solo una parte del acuerdo.

El Acuerdo funciona de tres maneras:

- La invención y la creatividad en sí mismas deberían proporcionar beneficios sociales y tecnológicos. La protección de la propiedad intelectual alienta a los inventores y creadores porque pueden esperar obtener algunos beneficios futuros de su creatividad. Esto fomenta nuevos inventos, como nuevos medicamentos, cuyos costos de desarrollo a veces pueden ser extremadamente altos, por lo que los derechos privados también traen beneficios sociales.
- La forma en que se protege la propiedad intelectual también puede servir a los objetivos sociales. Por ejemplo, las invenciones patentadas deben divulgarse, permitiendo que otros estudien la inven-

---

1 Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Catedrático de los niveles Licenciatura y Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT) hcarrascos@derecho.unam.mx



ción incluso mientras su patente está siendo protegida. Esto ayuda al progreso tecnológico y a la difusión y transferencia de tecnología. Después de un período, la protección expira, lo que significa que la invención está disponible para que otros la usen. Todo esto evita “reinventar la rueda”.

- El Acuerdo sobre los ADPIC brinda flexibilidad a los gobiernos para ajustar la protección otorgada a fin de cumplir con los objetivos sociales. Para las patentes, permite a los gobiernos hacer excepciones a los derechos de los titulares de patentes, como en emergencias nacionales, prácticas anticompetitivas, o si el titular de los derechos no suministra la invención, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Para las patentes farmacéuticas, la flexibilidad ha sido aclarada y mejorada por la Declaración de Doha de 2001 sobre los ADPIC y la salud pública. La mejora se puso en práctica en 2003 con una decisión que permite a los países que no pueden fabricar medicamentos por sí mismos, importar productos farmacéuticos fabricados bajo licencia obligatoria.

## **2 SISTEMA DE PATENTES EN ADPIC**

Los miembros de la OMC deben proporcionar protección de patente para cualquier invención, ya sea un producto (como un medicamento) o un proceso (como un método para producir los ingredientes químicos para un medicamento), al tiempo que permiten ciertas excepciones. Los criterios rectores del sistema son los siguientes (CABANELLAS, 2001):

- a) La protección de patentes debe durar al menos 20 años a partir de la fecha en que se presentó la solicitud de patente.
- b) No discriminación: los miembros no pueden discriminar entre diferentes campos de la tecnología en sus regímenes de patentes. Tampoco pueden discriminar entre el lugar de la invención y si los productos son importados o producidos localmente. Existen Tres criterios: para calificar para una patente, una invención debe ser nueva (“novedad”), debe ser un “paso inventivo” (es decir, no debe ser obvio) y debe tener “aplicabilidad industrial” (debe ser útil)

- c) Divulgação: los detalles de la invención deben describirse en la solicitud y, por lo tanto, deben hacerse públicos. Los gobiernos miembros deben exigir al solicitante de la patente que revele los detalles de la invención y también pueden exigirle al solicitante que revele el mejor método para llevarla a cabo.

### **3 EXCEPCIONES**

Los gobiernos pueden negarse a otorgar patentes por tres razones que pueden estar relacionadas con la salud pública:

- Inventos cuya explotación comercial debe evitarse para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal,
- Métodos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de humanos o animales,
- Ciertas invenciones de plantas y animales.

Según el Acuerdo sobre los ADPIC, los gobiernos pueden hacer excepciones limitadas a los derechos de patente, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Por ejemplo, las excepciones no deben entrar en conflicto “irrazonablemente” con la explotación “normal” de la patente (CORREA, 1996).

#### **3.1 Excepción de investigación y disposición “bolar”**

Muchos países utilizan esta disposición para avanzar en la ciencia y la tecnología. Permiten a los investigadores utilizar una invención patentada para la investigación, a fin de comprender la invención de manera más completa.

Además, algunos países permiten a los fabricantes de medicamentos genéricos utilizar la invención patentada para obtener la aprobación de comercialización, por ejemplo, de las autoridades de salud pública, sin el permiso del titular de la patente y antes de que caduque la protección de la patente. Los productores genéricos pueden comercializar sus versiones tan pronto como expire la patente. Esta disposición a veces se llama la “excepción regulatoria” o la disposición “Bolar”.

Esto se ha confirmado como conforme al Acuerdo sobre los ADPIC en una resolución de disputas de la OMC. En su informe adoptado el 7 de abril de 2000, un panel de solución de diferencias de la OMC dijo que la ley canadiense se ajusta al Acuerdo sobre los ADPIC al permitir que los fabricantes hagan esto. (El caso se tituló “Canadá - Protección de patentes para productos farmacéuticos”) (CARRASCO, 2013).

### 3.2 Práctica anticompetitiva

El Acuerdo sobre los ADPIC sostiene que los gobiernos también pueden actuar para evitar que los titulares de patentes y otros titulares de derechos de propiedad intelectual abusen de los derechos de propiedad intelectual, restrinjan el comercio “sin razón” u obstaculicen la transferencia internacional de tecnología.

## 4 LICENCIA OBLIGATORIA

La licencia obligatoria se configura cuando un gobierno permite que otra persona produzca el producto o proceso patentado sin el consentimiento del titular de la patente. En la discusión pública actual, esto generalmente se asocia con productos farmacéuticos, pero también podría aplicarse a las patentes en cualquier campo.

El acuerdo permite licencias obligatorias como parte del intento general del acuerdo de lograr un equilibrio entre promover el acceso a los medicamentos existentes y promover la investigación y el desarrollo de nuevos medicamentos. Pero el término “licencia obligatoria” no aparece en el Acuerdo sobre los ADPIC. La licencia obligatoria es solo una parte de esto, ya que “otro uso” incluye el uso por parte de los gobiernos para sus propios fines.

Las licencias obligatorias y el uso gubernamental de una patente sin la autorización de su titular solo se pueden realizar bajo una serie de condiciones destinadas a proteger los intereses legítimos del titular de la patente.

Por ejemplo: Normalmente, la persona o empresa que solicita una licencia debe haber intentado primero, sin éxito, obtener una licencia voluntaria del titular del derecho en condiciones comerciales razona-

bles. Si se expide una licencia obligatoria, aún debe pagarse una remuneración adecuada al titular de la patente.

Sin embargo, para “emergencias nacionales”, “otras circunstancias de extrema urgencia” o “uso público no comercial” (o “uso gubernamental”) o prácticas anticompetitivas, no hay necesidad de tratar de obtener una licencia voluntaria.

La licencia obligatoria debe cumplir ciertos requisitos adicionales. En particular, no puede otorgarse exclusivamente a los licenciarios (por ejemplo, el titular de la patente puede continuar produciendo), y generalmente debe otorgarse principalmente para abastecer el mercado interno.

## **5 ¿CUÁLES SON LOS MOTIVOS PARA UTILIZAR LA LICENCIA OBLIGATORIA?**

El Acuerdo sobre los ADPIC no enumera específicamente las razones que podrían usarse para justificar la licencia obligatoria. En el artículo 31 se menciona emergencias nacionales, otras circunstancias de extrema urgencia y prácticas anticompetitivas, pero solo como base cuando algunos de los requisitos normales para la licencia obligatoria no se aplican, como la necesidad de buscar primero una licencia voluntaria (JALIFE DAHER, 2021).

## **6 IMPORTACIONES PARALELAS, IMPORTACIONES GRISES Y ‘AGOTAMIENTO’ DE DERECHOS**

Las importaciones paralelas o del mercado gris no son importaciones de productos falsificados o copias ilegales. Estos son productos comercializados por el propietario de la patente (o propietario de una marca registrada o de derechos de autor, etc.) o con el permiso del propietario de la patente en un país e importados a otro país sin la aprobación del propietario de la patente.

Por ejemplo, supongamos que la compañía A tiene un medicamento patentado en la República de Belladonna y el Reino de la Calamina, que vende a un precio más bajo en Calamina. Si una segunda compañía compra el medicamento en Calamine y lo importa a Bella-

donna a un precio más bajo que el precio de la compañía A, sería una importación paralela o gris.

El principio legal aquí es “agotamiento”, la idea de que una vez que la compañía A ha vendido un lote de su producto (en este caso, en Calamine), sus derechos de patente se agotan en ese lote y ya no tiene ningún derecho sobre lo que le sucede a ese lote.

El Acuerdo sobre los ADPIC simplemente dice que ninguna de sus disposiciones, excepto las relacionadas con la no discriminación (“trato nacional” y “trato de la nación más favorecida”), puede utilizarse para abordar la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual en una OMC disputa. En otras palabras, incluso si un país permite importaciones paralelas de una manera que otro país podría pensar que viola el Acuerdo sobre los ADPIC, esto no puede plantearse como una disputa en la OMC a menos que estén involucrados principios fundamentales de no discriminación. La Declaración de Doha aclara que esto significa que los miembros pueden elegir cómo lidiar con el agotamiento de la manera que mejor se adapte a sus objetivos de política interna.

## **7 LA DECLARACIÓN DE DOHA SOBRE VIAJES Y SALUD PÚBLICA**

Algunos gobiernos no estaban seguros de cómo se interpretarían estas flexibilidades de los ADPIC y de hasta qué punto se respetaría su derecho a utilizarlas. El Grupo Africano (todos los miembros africanos de la OMC) se encontraban entre los miembros que pedían aclaraciones.

Gran parte de esto se resolvió en la Conferencia Ministerial de Doha en noviembre de 2001. En la principal Declaración Ministerial de Doha del 14 de noviembre de 2001, los gobiernos miembros de la OMC enfatizaron que es importante implementar e interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC de una manera que apoye la salud pública: promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la creación de nuevos medicamentos.

Por lo tanto, adoptaron una declaración separada sobre los ADPIC y la salud pública. Acordaron que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni debe impedir que los miembros tomen medidas para proteger la salud pública. Subrayaron la capacidad de los países para utilizar las flexibilidades integradas en el Acuerdo sobre los ADPIC, incluidas las licencias obligatorias y las importaciones paralelas. Y acordaron extender

las exenciones a la protección de patentes farmacéuticas para los países menos desarrollados hasta 2016.

En una pregunta restante, asignaron más trabajo al Consejo de los ADPIC para determinar cómo proporcionar flexibilidad adicional, de modo que los países que no pueden producir productos farmacéuticos en el país puedan obtener suministros de copias de medicamentos patentados de otros países. (Esto a veces se llama la cuestión del “Párrafo 6”, porque se incluye en ese párrafo en la declaración de Doha por separado sobre los ADPIC y la salud pública).

## 8 BREVE ESTUDIO DE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN AMERICA LATINA

### 8.1 Argentina

Otorgamiento	Nunca se ha otorgado una sola licencia obligatoria en Argentina
Supuestos para su otorgamiento	(i) falta de trabajo, (ii) prácticas anticompetitivas, (iii) emergencia sanitaria, (iv) razones de seguridad nacional, y (v) patentes dependientes.
Autoridad que la otorga	Oficina Argentina de Patentes (“APO”) En lo que respecta a emergencias sanitarias o razones de seguridad nacional, el Poder Ejecutivo se encarga de otorgar las licencias obligatorias, con la participación del Ministerio de Economía, la Oficina de Patentes y el Ministerio de Salud (para emergencias sanitarias) o el Ministerio de Defensa (para nacionales razones de seguridad).
Requisitos	Una solicitud de licencia obligatoria debe cumplir con los siguientes requisitos generales (Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC y la Sección 47 de la APL):

Otorgamiento	Nunca se ha otorgado una sola licencia obligatoria en Argentina
<p><b>Motivos para otorgar una licencia obligatoria</b></p>	<p><b>Falta de trabajo</b> La invención no ha funcionado después de 3 años a partir de la fecha de concesión de una patente o 4 años a partir de la presentación de la solicitud, excepto en caso de fuerza mayor o cuando se han tomado las medidas apropiadas para el uso de la invención, o cuando dicho uso ha sido interrumpido por más de 1 año.</p> <p><b>Prácticas antimonopolio</b> El titular de la patente tiene derecho a hacer cumplir su patente en la mayor medida posible, sin afectar la ley antimonopolio. Sin embargo, hacer cumplir una patente más allá de su alcance puede desencadenar una violación antimonopolio.</p> <p><b>Emergencia sanitaria o seguridad nacional</b> Se pueden otorgar licencias obligatorias en casos de emergencia sanitaria o por razones de seguridad nacional. En estos casos, el alcance y la duración de las licencias se limitarán para cumplir con la emergencia. No existe un procedimiento formal establecido en la APL para estos casos. El Decreto establece que las licencias obligatorias previstas en la sección 45 serán otorgadas por el Poder Ejecutivo con la participación del Ministerio de Economía, la Oficina de Patentes y el Ministerio de Salud (para emergencias sanitarias) o el Ministerio de Defensa (por razones de seguridad nacional) .</p>
<p><b>Jurisprudencia sobre licencias obligatorias</b></p>	<p>Hasta el momento no se ha otorgado ninguna licencia obligatoria en Argentina. Por lo tanto, no ha habido jurisprudencia o decisiones administrativas con respecto a las licencias obligatorias.</p>

## 8.2 Brasil

<p><b>Base legal</b></p>	<p>El artículo 5, fracción XXII, de la Constitución Federal de 1988, elevó el derecho de propiedad a la categoría de un derecho individual fundamental, mientras que la fracción XXIII, de la misma disposición, estableció que la propiedad cumplirá su función social.</p> <p>El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), preparado en el ámbito del antiguo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), la actual Organización Mundial del Comercio (OMC), entró en el sistema legal brasileño mediante el Decreto 1355, de fecha 30 de diciembre de 1994, y entró en vigor el 1 de enero de 1995. Este acuerdo representa la consolidación de los entendimientos sobre propiedad intangible entre diferentes países y el establecimiento de reglas básicas sobre la protección de la propiedad intelectual, incluidas las patentes, en los sistemas legales de Los países firmantes.</p>
<p><b>Condiciones generales de las licencias obligatorias</b></p>	<p>La solicitud de licencia obligatoria de una patente siempre debe ser formulada por la parte interesada directamente en la licencia, que debe tener las condiciones económicas y tecnológicas para la explotación efectiva de su objeto.</p>
<p><b>Situaciones de licencia obligatoria</b></p>	<p>Los artículos 68 a 74 de la Ley de Propiedad Industrial establecen varias situaciones que pueden dar lugar a la concesión de una licencia obligatoria. Inicialmente, es importante enfatizar que, en todas las situaciones, la licencia obligatoria solo se otorgará sin exclusividad, es decir, permitiendo que el propietario de la patente continúe explotándola en paralelo con el titular de la licencia, y por un período de tiempo específico.</p> <p><b>Abuso de derechos de patente o poder económico</b> En primer lugar, la licencia obligatoria puede solicitarse por abuso de derechos de patente o abuso de poder económico, según lo establecido en el artículo 68 de la Ley de Propiedad Industrial. Esta situación ocurre cuando el propietario de la patente la usa de manera abusiva, en contravención de los propósitos sociales y económicos que debe cumplir, o si existe un abuso del poder económico.</p>



<p><b>Situaciones de licencia obligatoria</b></p>	<p>Como se puede concluir del artículo 68, tanto en el caso del abuso de los derechos resultante de la patente como en la situación del abuso del poder económico, cualquier situación abusiva debe probarse mediante una decisión administrativa o judicial. Después de esta decisión, la licencia obligatoria se puede solicitar en la BPTO. La decisión que pruebe el abuso del poder económico debe ser elaborada por la Autoridad Antimonopolio de Brasil (CADE), de conformidad con la Ley 12529/2011.</p> <p><b>No explotación del objeto de la patente</b> La segunda situación de una licencia obligatoria, establecida en el artículo 68, § 1, I, de la Ley de Propiedad Industrial, se basa en la no explotación o la explotación incompleta del objeto de la patente. Esto ocurre a menos que el propietario proporcione, según los términos del artículo 69, razones legítimas para justificar la no utilización, o preparativos serios y efectivos para la explotación, u obstáculos legales que imposibiliten la explotación de la patente.</p> <p><b>Incumplimiento de las necesidades del mercado</b> La comercialización que no puede satisfacer las necesidades del mercado también puede autorizar la concesión de la licencia obligatoria, según los términos del artículo 68, § 1, II, siempre que el propietario, que tiene la carga de la prueba, no pruebe que la explotación cumple con estas necesidades, según lo establecido en el artículo 73, § 3, de la Ley de Propiedad Industrial.</p> <p><b>Licencia cruzada obligatoria</b> La licencia obligatoria para la dependencia de patentes, o una licencia cruzada obligatoria, establecida en el artículo 70 de la Ley de Propiedad Industrial, se refiere a la situación en la que una patente, que representa un progreso tecnológico sustancial en relación con una patente que la precede, depende del uso del objeto de esta patente para ser explotado. Esto se estipula que el propietario de la segunda patente no puede llegar a un acuerdo con el propietario de la patente anterior para su explotación.</p> <p><b>Emergencia nacional o interés público</b> La última situación de una licencia obligatoria se basa en una emergencia nacional o interés público, que se establece en el artículo 71 de la Ley de Propiedad Industrial, y posteriormente regulado por el Decreto 3201/1999.</p>
---	---

	<p><b>Explotación de la patente con licencia</b> La declaración de interés público que puede dar lugar a la licencia obligatoria de una patente en particular es un acto administrativo que debe emitir el Ministro responsable de la cuestión, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 3201/1999</p>
<p><b>Licencia obligatoria de patentes farmacéuticas en Brasil</b></p>	<p>La Constitución Federal establece, en el artículo 196, el derecho fundamental a la salud, en los siguientes términos: Artículo 196. La salud es un derecho de todos y un deber del Estado y se garantizará mediante políticas sociales y económicas destinadas a reducir el riesgo de enfermedades y otros peligros y al acceso universal e igualitario a acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación. Por lo tanto, dado que el Estado es el garante del interés público en relación con el derecho fundamental a la salud, no es sorprendente que el tema de las licencias obligatorias se debata ampliamente junto con la discusión sobre el acceso a medicamentos esenciales.</p>

### 8.3 Chile

<p><b>Normativa</b></p>	<p><b>Los Tratados Multilaterales y Bilaterales suscritos por Chile que abordan la institución de las licencias no voluntarias, son los siguientes:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Convenio de París.</b></li> <li>• <b>Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).</b></li> <li>• <b>Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.</b></li> </ul>
<p><b>Ley de Propiedad Industrial y Reglamento</b></p>	<p>Las licencias no voluntarias se encuentran reguladas en el artículo 51 y siguientes de la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial (de aquí en adelante “LPI”) y en el artículo 70 de su Reglamento. Estos artículos fueron introducidos en la LPI en virtud de la Ley N° 19.996 que la modificó el año 2005.</p>

<b>Causales de licencias no voluntarias en la actual LPI</b>	<p>El artículo 51 de la actual LPI establece tres causales generales para otorgar una licencia no voluntaria, siendo ellas: i) situaciones en que el titular de la patente ha incurrido en conducta o prácticas declaradas contrarias a la libre competencia directamente relacionadas con la utilización de la patente en cuestión; ii) por razones de salud pública, seguridad nacional, uso público no comercial o de emergencia nacional u otras de extrema urgencia; y iii) situaciones en que la licencia no voluntaria tiene por objeto permitir la explotación de una patente posterior que no podría ser explotada sin infringir una patente anterior.</p>
<b>Procedimiento de solicitud y otorgamiento de una licencia no voluntaria en la actual LPI</b>	<p>En relación con el procedimiento para solicitar una licencia no voluntaria, el artículo 51 bis B de la LPI establece que esta constituye una demanda que debe satisfacer todos los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil. A su vez, el mismo artículo establece que las licencias no voluntarias fundadas en “razones de salud pública” serán conocidas por el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial (actualmente el Director de INAPI) y conforme al procedimiento de nulidad de patentes.</p>
<b>Consideraciones finales</b>	<p>En el actual marco normativo de licencias no voluntarias (especialmente de la causal por razones de salud pública) imperante en Chile se encuentra en línea con los principios y estándares fijados en Tratados Internacionales vigentes, más específicamente ADPIC y el TLC con Estados Unidos.</p> <p>En este sentido, la LPI establece causales específicas y un procedimiento que permite que los titulares de las patentes de invención puedan realizar sus descargos y defender sus legítimos derechos ante las Autoridades competentes y en sede judicial ante los Tribunales correspondientes.</p>

## 8.4 Colombia

<p><b>Normativa</b></p>	<p><b>Decisión 486 de 2000.</b> En aquella, el Capítulo VII del Título II regula las disposiciones generales aplicables en materia de licencias obligatorias para sus países miembros.</p> <p><b>Decreto 4302 de 2008</b> (el cual ahora constituye el Capítulo 24 del Decreto No. 1074 de 2015 o Único del Sector Comercio) y sus modificaciones mediante el Decreto 4966 de 2009 y el Decreto 670 de 2017, normas por las cuales se reguló el procedimiento a seguir para la Declaratoria de Existencia de Razones de Interés Público. La otra norma relevante es la Resolución 012 de 2010 –expedida por la SIC-, por la cual se regula el procedimiento para la solicitud de licencias obligatorias.</p>
<p><b>Características básicas de las licencias obligatorias en la Comunidad Andina</b></p>	<p>De acuerdo con la Decisión 486, la Oficina Nacional Competente (es decir, la Oficina de Patentes del país miembro, que en el caso de Colombia sería la Superintendencia de Industria y Comercio –en adelante SIC-) podrá otorgar licencias obligatorias si a) el titular no explota la patente, b) se presentan prácticas que afecten la libre competencia, y c) si el titular de un patente requiere obligatoriamente del empleo de otra para realizar la explotación de la primera (dependencia de patentes). La SIC también podrá otorgarlas si d) se declara la existencia de razones de interés público, emergencia y seguridad nacional.</p>
<p><b>Lineamientos adicionales que deben cumplir las licencias obligatorias</b></p>	<p>En adición a lo anterior -y de acuerdo con el artículo 68 de la Decisión 486-, las licencias obligatorias deben regirse bajo los siguientes parámetros, so pena de que pierdan validez o pueda solicitarse su cancelación.</p> <p>No son exclusivas. Lo anterior quiere decir que cualquier que logre cumplir con los requisitos para su solicitud, podrá solicitarlas, no pueden limitarse a un único licenciatario.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• No podrán concederse sublicencias. En este sentido, se prohíbe a los licenciatarios conceder licencias totales o parciales, siendo necesario para cada tercero solicitarla directamente ante la SIC.</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Si bien no se prohíbe la transferencia de una licencia obligatoria en favor de un tercero a otro, éstas solo podrán transferirse con la parte de la empresa o del activo intangible que permite su explotación industrial. La citada transferencia debe contar por escrito y registrarse ante la oficina de patentes. Si no es registrada, no surtirá efectos legales, por cuanto es la SIC quien tiene la competencia para otorgar licencias obligatorias.</li> <li>• El alcance y la duración de las licencias obligatorias estará limitado en función de los fines para los que se concedan. La SIC evaluará cada caso particular, y de acuerdo con las características específicas de cada cual determinará su alcance y duración.</li> <li>• La licencia contemplará una remuneración adecuada según las circunstancias de cada caso.</li> <li>• Los usos deben ser para abastecer al mercado interno.</li> <li>• En patentes que protegen tecnología de semiconductores, la licencia solo se autorizará para un uso público no comercial o para remediar o rectificar una práctica declarada contraria a la libre competencia por la autoridad nacional competente.</li> </ul>
<p><b>Condiciones que permiten la solicitud de licencias obligatorias en la Comunidad Andina</b></p>	<p>La normativa andina regula la solicitud de licencias obligatorias en ciertas condiciones, específicamente a) cuando el titular no explota la patente, b) cuando se presenten prácticas que afecten la libre competencia, y c) cuando el titular de un patente para ejercer su explotación requiera necesariamente del empleo de otra (dependencia de patentes). Adicionalmente, se pueden dar por d) existencia de razones de interés público, emergencia y seguridad nacional.</p> <p><b>Licencias obligatorias por la no explotación.</b> El artículo 61 de la Decisión 486 precisa las condiciones para solicitar una licencia obligatoria por no explotación de la patente (especialmente para “<i>la producción industrial del producto objeto de patente o el uso integral del procedimiento patentado</i>”), indicando que la misma podrá solicitarse si la patente no se hubiese explotado en el país miembro donde se solicite la licencia, o si la explotación de la invención hubiere estado suspendida por más de 1 año.</p>

	<p><b>Licencias obligatorias cuando se presentan prácticas que afecten la libre competencia.</b> En este escenario, la Decisión 486 permite que –de oficio o a petición de parte- la Oficina Nacional Competente pueda otorgar licencias cuando se presenten prácticas que afecten la libre competencia, aún más especialmente cuando exista abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente.</p> <p>En este escenario, la normativa prevé dos disposiciones especiales en materia económica y de impugnación de la licencia respecto a otros escenarios. En cuanto a la compensación económica, la SIC tendrá en cuenta la necesidad de corregir las prácticas anticompetitivas al momento de efectuar su tasación.</p> <p><b>Licencias obligatorias por dependencia de patentes.</b> De conformidad con el Artículo 67 de la Decisión 486, la SIC podrá otorgar licencia en cualquier momento al titular de la patente que, para su explotación, requiera necesariamente el empleo de otra.</p> <p><b>Solicitud de licencias obligatorias cuando existen razones de interés público, emergencia o seguridad nacional.</b> Dentro de los escenarios previstos por la Decisión 486 para la solicitud de licencias obligatorias, está la petición de éstas cuando existen razones de interés público, emergencia o seguridad nacional. Esta prerrogativa es especial, por cuanto prevé que bajo la existencia de condiciones de esa índole pueda someterse la patente a licencia obligatoria, más exigiendo que solo sea posible mientras esas razones permanezcan.</p>
<p><b>Modificación y revocatoria de las licencias obligatorias</b></p>	<p>De conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Decisión 486, se podrá pedir la modificación de las condiciones de la licencia obligatoria si existen razones que así lo ameriten.</p>
<p><b>Casos de licencias obligatorias acontecidos en Colombia</b></p>	<p>Los dos de los casos ya fueron resueltos, en uno se negó la declaratoria de interés público (respecto del medicamento Kaletra, fabricado por Abbvie y basado en una composición de Ritonavir y Lopinavir), mientras que en el segundo sí se dio, pero para fines de control de precios (en cuanto al medicamento Glivec, de Novartis y basado en el principio activo Imatinib). Por último, hay un caso que actualmente se encuentra en evaluación de existencia de razones para una eventual declaratoria de interés público, respecto de antivirales de acción directa para Hepatitis C.</p>

## 8.5. México

<p><b>Marco legal</b></p>	<p>Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial</p> <p>En el Convenio de Paris de 1883, en su artículo 5º apartado A, Patentes: introducción de objetos, falta o insuficiencia de explotación, licencias obligatorias, establece que cada uno de los países de la Unión tendrá la facultad de tomar medidas legislativas, que prevean la concesión de licencias obligatorias, para prevenir los abusos que podrían resultar del ejercicio del derecho exclusivo conferido por la patente, por ejemplo, falta de explotación.</p> <p>Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio</p> <p>Podemos afirmar que las Licencias Obligatorias ya existían cuando el ADPIC entró en vigor en enero de 1995, y en el cual estableció en su artículo 31 las normas para la licencia obligatoria, utilizando el término “otros usos sin autorización del titular”.</p> <p>United States-Mexico-Canada Agreement (Anteriormente Tratado De Libre Comercio de América del Norte.</p> <p>En el capítulo décimo séptimo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en su artículo 1709, se establecían disposiciones relativas a patentes, dentro de las cuales contemplaban a las <i>licencias obligatorias</i>.</p> <p>Ley de la Propiedad Industrial</p> <p>En cuanto a la legislación mexicana, las <i>Licencias Obligatorias</i> se encuentran previstas en los artículos 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76 y 77 de la Ley de la Propiedad Industrial. En dichos artículos se prevé que quien tiene la obligación y el derecho a explotar la patente es el titular de aquella. Sin embargo, la Ley contempla una excepción la cual hace referencia a las licencias obligatorias.</p> <p>Se podrá solicitar la concesión de una licencia obligatoria para explotar la invención al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, después de tres años a partir de la fecha de concesión de la patente, o cuatro años de la presentación de la solicitud, lo que ocurra más tarde, cuando la misma no se use en México, a menos que existan razones justificadas (Artículo 70).</p>
---------------------------	---

## 9 CONCLUSION

El titular de la patente está obligado a explotarla, bien por sí mismo o a través de una persona autorizada por él, en forma suficiente para atender a la demanda del mercado nacional.

La explotación deberá realizarse dentro del plazo establecido. Se considera que existen motivos de interés público, cuando la mejora o el incremento de la explotación de una patente es de importancia primordial para la salud pública o para la defensa nacional.

Asimismo, el Gobierno podrá proceder a la concesión de licencias obligatorias por necesidades de la exportación cuando la falta de explotación o la insuficiencia en calidad o en cantidad de la explotación realizada implique un grave perjuicio para el desarrollo económico o tecnológico del país.

Por un lado, se agrupan en un mismo supuesto de licencias por motivos de interés público, la mejora o el incremento de la explotación de una patente es de importancia primordial para la salud pública o para la defensa nacional, las necesidades de la exportación cuando la falta de explotación o la insuficiencia en calidad o en cantidad de la explotación realizada implique un grave perjuicio para el desarrollo económico o tecnológico del país, así como las necesidades de abastecimiento nacional.

## REFERÊNCIAS

ALEMÁN, Marcos Matías. El sistema de patentes de invención y modelos de utilidad: principios generales. Tratados administrados por la OMPI. Su regulación en el Acuerdo sobre los ADPIC. **Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina**, EPO – OEPM -OMPI, Documento OMPI/PI/JU/LAC/04/032 del 22 de octubre de 2004. Disponible em: [https://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=34353](https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=34353). Acceso em: 18 set. 2022.

ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco. Altibajos del Sistema de Patentes y Flexibilidades para su Implementación. **Revista Propiedad Intelectual**, Mérida, año XIV. número 18, enero-diciembre 2015, p. 50. Disponible em: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/41691/art3.pdf;jsessionid=AC97FFA7B-4F09387B0FA3E15604F2D9A?sequence=1>. Acceso em: 18 set. 2022.



BETANCOURT, Ana G. Alba. Disposiciones de licencias obligatorias y el derecho de la competencia en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) para un adecuado uso del sistema de patentes. **La frontera de la propiedad intelectual**. A 20 años del Acuerdo sobre los ADPIC (TRIPS), Rafael J. Pérez Miranda - Manuel Becerra Ramírez (Editores), Unidad Azcapotzalco, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2019.

CABANELLAS, Guillermo. **Derecho de las patentes de invención**. Tomo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001.

CABANELLAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1983.

CARRASCO, Hugo, **La Propiedad Intelectual y la Innovación Farmacéutica. Sociedad, Salud e Innovación Farmacéutica**, Editorial Porrúa, México, 2013

CORREA, Carlos M. BERGEL, Salvador. **Patentes y competencia**, Rubidinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996.

JALIFE DAHER, Mauricio. Ley de Propiedad Industrial de 1942. **AMPPI Génesis y evolución legislativa de la propiedad intelectual**, Miguel Ángel Ortíz Bahena (Coord.), AMPPI, México, 2018.

ORTÍZ BAHENA, Miguel Ángel. Ley de Invenciones y Marcas de 1975. **AMPPI Génesis y evolución legislativa de la propiedad intelectual**, Miguel Ángel Ortíz Bahena (Coord.), AMPPI, México, 2018.

PENROSE, Edith, **La economía del sistema internacional de patentes**. Traducción de Clementina Zamora, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores S.A., 1974.

# **RACIONALIDADE, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE À LUZ DA DOCTRINA DE BERNAL PULIDO E A APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE EM TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANOS**

GABRIEL AMARAL LOPES<sup>1</sup>

## **1 INTRODUÇÃO**

A prática jurídica revela que as Cortes Constitucionais, no âmbito de democracias frágeis, tais como Equador, México e Colômbia, em virtude das significativas lacunas existentes nos Poderes Executivo e Legislativo, que refletem na sua incapacidade de solucionar demandas sociais primárias, provocam a maior intervenção dos Tribunais, ascendendo-os a um papel de protagonismo que não é próprio do Poder Judiciário, exatamente no intuito de garantir adequadas ferramentas de controle democrático no âmbito político (ISSACHAROFF, 2015, p. 191).

Nesse contexto peculiar, as decisões proferidas pelas Cortes são objeto de extrema atenção pela comunidade jurídica e política, que, não raro, empreendem significativos esforços no árduo trabalho de compreender os caminhos percorridos pelos julgadores até a equação final, identificadas interpretações contrárias adotadas em casos análogos, utilização de uma mesma expressão com diferentes significados, ausência de sofisticação técnica dos argumentos formulados, incapazes de abranger todas as premissas que lhe deveriam pertencer, e prolação de sentenças cujos fundamentos estão em desarmonia com os ordenamentos jurídicos pátrios, os valores comuns daquela sociedade e os princípios gerais que norteiam (ou deveriam nortear) o Direito.

---

1 Mestrando em Direito (FMP/RS). Assessor de Desembargador (TJRS). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Teoria do Direito: da academia à prática.”, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta (FMP/RS). Bacharel em Direito (PUC/RS).

A partir da compreensão dos critérios da racionalidade, proporcionalidade e razoabilidade à luz da doutrina de Carlos Bernal Pulido, que serão expostos no primeiro capítulo, a presente investigação tem por objeto identificar se as condições de racionalidade indicadas em sua obra “O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais” foram observadas no âmbito de três julgamentos proferidos pelas Cortes Constitucionais equatoriana, mexicana e colombiana, bem como se proporcionaram o alcance de adequada valoração dos argumentos interpretativos das disposições legislativas e constitucionais.

No segundo capítulo, ao aprofundar o exame sobre as diferentes técnicas aplicadas pelos Tribunais Constitucionais equatoriano, mexicano e colombiano por ocasião do julgamento do Caso nº 34-19-IN y acumulados (Equador), da Acción de Inconstitucionalidad nº 148/2017 (México) e dos Expedientes acumulados D-13.915 e D-13.945 (Colômbia), observar-se-á de que modo as Cortes aplicaram o escrutínio da proporcionalidade, método que tem sido proposto pela doutrina no intuito de viabilizar a identificação sobre a validade, ou não, da medida do poder público submetida à apreciação do Poder Judiciário que represente intervenção ao escopo de proteção de determinado direito fundamental, consistindo a aplicação do teste na sujeição do ato estatal ao exame de sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, seu resultado indicando, última análise, a (in)constitucionalidade da medida analisada a partir da colisão de princípios, desta advindo a ponderação, que se constituirá em regra à hipótese enfrentada.

A metodologia utilizada no trabalho privilegia a abordagem hipotético-dedutiva e o trabalho está pautado na pesquisa bibliográfica analisando a doutrina especializada sobre o assunto, sobretudo a obra “O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais” de Carlos Bernal Pulido, e precedentes correlatos oriundos de três Tribunais Constitucionais latino-americanos, ao passo que a técnica de coleta de dados ocorreu por meio de documentação indireta e qualitativa.

## **2 RACIONALIDADE, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE PARA BERNAL PULIDO: COMPREENSÕES ANTERIORES E NECESSÁRIAS AO EXAME DA APLICAÇÃO DO ESCRUTÍNIO DA PROPORCIONALIDADE**

Estabelecendo como objetivo examinar, especialmente no que toca à práxis argumentativa desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana, as relações entre os conceitos de racionalidade, razoabilidade e o princípio da proporcionalidade – que são três critérios à correta valoração dos argumentos interpretativos das disposições legislativas e constitucionais e, portanto, critérios à fundamentação correta das decisões tomadas no controle de constitucionalidade – Bernal Pulido dedica-se, inicialmente à racionalidade, que por ele é tratada como um conceito mais abstrato e complexo do que razoabilidade e proporcionalidade, surgindo como sucedâneo à objetividade.

Pulido considera que, nos casos complexos, onde emergem múltiplas incertezas, a correção da decisão não pode ser valorada mediante critérios objetivos, motivo pelo qual será identificada a partir do cumprimento parcial de alguns critérios de racionalidade, que devem ser respeitados em toda decisão judicial.

Partindo das premissas expostas, o autor concebe a racionalidade das decisões judiciais como o conjunto de exigências que as sentenças e suas motivações devem satisfazer para que sejam consideradas racionais, devendo-se ter em mente a impossibilidade de que as Cortes Constitucionais alcancem, em todos os casos submetidos às suas apreciações, uma única decisão correta, os critérios de racionalidade não oferecendo uma “garantia de objetividade”, sendo certa a ingenuidade da comunidade jurídica caso pretenda, por meio da racionalidade, eliminar por absoluto uma margem de discricionariedade nas valorações dos Tribunais.

Ainda que não ofereça uma segurança de objetividade, manifesta a importância de sua função orientadora e valorativa e sua contribuição à argumentação, revelando-se salutar, para melhor compreensão da racionalidade, debruçarmo-nos sobre seus critérios, com os respectivos conceitos e regras atinentes a cada qual:

O primeiro requisito (PULIDO, 2013, p. 62) desenvolvido por Pulido consiste na clareza e consistência conceitual da decisão, cujo

fundamento mais se aproximará da maior racionalidade quanto mais tenha sido construída sobre a base de argumentos claros e consistentes desde o ponto de vista conceitual e linguístico.

O conceito de clareza conceitual demanda que o significado dos argumentos interpretativos adotados pela Corte Constitucional possa ser assimilado pelas partes que intervêm no processo e pela comunidade jurídica e política, isto é, as regras linguísticas desta comunidade devem ser observadas.

A consistência conceitual, por sua vez, impõe ao Tribunal que atribua aos mesmos conceitos sempre os mesmos significados, evitando que determinadas expressões sejam adotadas por diferentes julgadores com sentidos diversos, objetivando-se, assim, que os magistrados atenham aos termos utilizados e assegurem aos destinatários da decisão uma compreensão linear sobre o conceito de determinado enunciado, garantindo-se, última análise, maior segurança jurídica. Quanto ao ponto, o professor alemão Robert Alexy (ALEXY, 2001, p. 186-187), em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, já alertara que diversos interlocutores não podem usar uma mesma expressão com significados diferentes.

Avançando ao segundo critério (PULIDO, 2013, p. 63), trata sobre a consistência normativa da sentença, cujo fundamento será mais racional quanto mais amparada estiver em argumentos aptos a justificar idênticas conclusões interpretativas em situações também idênticas ou análogas. Aqui, novamente valemo-nos da advertência de Alexy (ALEXY, 2001, p. 187) no sentido de que “todo interlocutor que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto igual a A em todos os aspectos relevantes”. Ressalte-se que a consistência normativa não impõe à Corte absoluta proibição de que sejam aplicados os mesmos argumentos a hipóteses distintas ou que aqueles conduzam à interpretações diversas das que já foram proclamadas pelo Tribunal, mas reclama justificativa, sendo oportuno, para melhor apreensão sobre a dinâmica de funcionamento proposta a partir da consideração deste segundo critério, o empréstimo da expressão “tratamento coerente do caso análogo”, adotado por Alexy (ALEXY, 2001, p. 185-187).

O terceiro critério (PULIDO, 2013, p. 63) é denominado de saturação, terminologia extremamente didática para tratar sobre a pretensão da comunidade jurídica e política de que as sentenças prolatadas pela Corte se edifiquem a partir de argumentos que contem com todas as

premissas que lhe pertençam, isto é, que possam ser classificados como “acabados”, e não pendentes de acabamento, dependendo a maior racionalidade da decisão da maior capacidade dos julgadores de elevarem seus argumentos a um nível técnico de sofisticação que possam ser taxados como plenos em si mesmos.

O quarto e o quinto critérios (PULIDO, 2013, p. 63) tratam, respectivamente, sobre a necessidade de que as Cortes respeitem a lógica dedutiva e as cargas de argumentação inerentes ao controle de constitucionalidade que lhes compete, sua maior racionalidade vinculada ao maior respeito dos julgadores aos requisitos em questão.

Por fim, o sexto critério (PULIDO, 2013, p. 63-64) trata sobre a consistência argumentativa e a coerência. Não equivoquemo-nos em eventual confusão entre o primeiro e o sexto critério, aquele dedicado à consistência conceitual da decisão, enquanto este, sob suas duas facetas, à extinção de quaisquer contradições entre as proposições que compõem os argumentos formulados pela Corte (consistência argumentativa) e à imposição de que seus fundamentos encontrem esteio nas regras, nos valores comuns e/ou nos princípios gerais (coerência).

Especificamente quanto à consistência argumentativa, certo é que eventuais contradições identificadas em determinada sentença revelam suas imperfeições, como se rachaduras fossem, correndo o risco de que sua presumida robustez – presunção esta decorrente da competência técnica que se espera daquele Órgão prolator da decisão – sucumba à ausência de envergadura dos argumentos utilizados para sustentar o teor do que foi decidido.

Sobre a coerência, Pulido ressalta que qualquer organismo de proposições deve encontrá-la, não se podendo ignorar o fato de que o sistema de argumentos dos quais se vale o Tribunal para proferir sua sentença nada mais é do que um organismo de proposições no âmbito da prática jurídica. O alcance deste subcritério, cuja indispensabilidade transcende o Direito, está condicionado à capacidade dos magistrados de harmonizarem suas razões de decidir com as fontes da ciência, evitando-se, assim, o indesejado crescimento desnecessário da inevitável esfera de discricionariedade do julgador, também denominada de margem de apreciação.

Enunciadas as bases em que compreendida a racionalidade por Bernal Pulido, prossigamos ao princípio da proporcionalidade, a partir

do qual a doutrina propôs a adoção de uma ferramenta denominada de teste de proporcionalidade<sup>2</sup>, cuja aplicação prática será apresentada, no segundo capítulo, a partir da exposição de três julgados proferidos por diferentes Tribunais Constitucionais latino-americanos.

De plano, cumpre destacar que a aplicação deste princípio presuppõe que uma medida do poder público represente a determinado direito fundamental uma intervenção em sua esfera de proteção, a intensidade da ofensa podendo variar desde eventual restrição até a completa supressão do direito.

Para análise da medida intervencionista, necessário submetê-la ao já referido teste, cujo resultado será capaz de indicar a validade, ou não, da medida estatal, esta devendo superar os subprincípios da idoneidade ou adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para ser admitida como constitucionalmente legítima.

Conforme ensina Kai Möller (MÖLLER, 2012, p. 193), o objetivo do subprincípio da adequação é estabelecer até que ponto os dois (ou mais) interesses relevantes de autonomia em jogo se chocam, verificando as hipóteses em que (in)existe um conflito de autonomia. Lado outro, Pulido vincula a idoneidade da intervenção à sua capacidade de contribuir ao alcance de um fim constitucionalmente legítimo.

Passando ao subprincípio da necessidade, determina que, identificadas todas as medidas que se encontram em igual patamar de adequação à obtenção do intuito pretendido, escolha-se aquela que seja mais favorável ao direito atacado, isto é, menos restritiva/interventiva.

Finalmente, é no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que reside a ponderação, cujo resultado é a lei da colisão entre princípios, da qual advirá uma regra ao caso sob debate. A proporcionalidade propriamente dita é a responsável por determinar a relação de adequação – cuidado para que não se confunda a dita “relação de adequação” com a idoneidade da medida, talvez sendo mais didático trocar a expressão por “relação de harmonia” - entre a importância do fim perseguido pela medida restritiva e o significado do direito ofendido,

---

2 Kai Möller esclarece, em sua obra *The global of constitutional rights*, que valor agregado do teste da proporcionalidade consiste no fato de que a ferramenta fornece uma estrutura que orienta os juizes através do processo de raciocínio sobre se uma política é constitucionalmente legítima (p. 179).

concluindo-se, última análise, que, na equação estabelecida entre as vantagens alcançáveis e os sacrifícios a que a intervenção submete o direito – seja na perspectiva de seu titular ou da sociedade –, aquelas devem compensar estes (PULIDO, 2013, p. 64-66).

A estrutura do escrutínio da proporcionalidade, portanto, pode ser identificada a partir destas três etapas, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ainda que haja divergência doutrinária sobre a existência de uma quarta fase, que consistiria na identificação da legitimidade do fim, a qual, como visto, é abordada por Pulido no âmbito da análise quanto à idoneidade da medida, ao passo que outros doutrinadores a compreendem como condição antecedente ao exame da adequação.

A razoabilidade, por sua vez, revela-se conceito deveras impreciso, em razão dos diferentes significados que lhe são conferidos pela doutrina e jurisprudência – evidenciado, no ponto, que a comunidade jurídica e política não tem observado a consistência conceitual proposta na obra “O direito dos direitos” —, razão pela qual Pulido se propõe a apresentar os dois conceitos considerados como de maior relevância (PULIDO, 2013, p. 66-69).

Considerando que o critério de razoabilidade surge como um conceito ambíguo, em razão de a doutrina e jurisprudência lhe dedicarem diferentes significados, Bernal Pulido apresenta os dois conceitos que adquirem maior relevo, preocupando-se em aprofundar reflexões sobre o primeiro deles: **(a)** a razoabilidade como conceito subsidiário da racionalidade estrita, definição emprestada de Manuel Atienza<sup>3</sup>, e **(b)** a razoabilidade como interdição da arbitrariedade, para o qual decisão razoável é aquela que não é arbitrária, isto é, fundada em uma razão jurídica legítima.

No que diz respeito ao empreendimento de Atienza (ATIENZA, 1987, p. 193), a primeira indagação que se impõe é: o que seria uma decisão estritamente racional? Para o autor em questão, estritamente racional seria a decisão que **(1)** respeita as regras da lógica dedutiva; **(2)** respeita os princípios da racionalidade prática (consistência, coerência, generalidade e honestidade); **(3)** encontra fundamento em uma fonte jurídica; e

---

3 Para Manuel Atienza, em *Para una razonable definición de razonable*, a razoabilidade seria um conceito subsidiário da “*estrita racionalidade*” dos procedimentos e raciocínios que conduzem às decisões judiciais.



(4) não está fundada em critérios éticos ou políticos não previstos pelo ordenamento jurídico.

Percebe-se que tanto o respeito às regras da lógica dedutiva quanto aos princípios da racionalidade prática, dentre os quais se situa a coerência, são tratados por Pulido enquanto critérios da racionalidade de uma sentença, manifesta a já mencionada imprecisão que envolve o instituto em questão.

Tratando sobre a razoabilidade enquanto conceito subsidiário da racionalidade estrita, Carrasco Perera (CARRASCO PERERA, 1984, p. 46-50) em *El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*, joga luzes importantes sobre o tema, identificando-a como critério adotado pelo Tribunal nas hipóteses em que a solução do caso submetido à sua apreciação não é encontrado a partir de previsão expressa da Constituição, tampouco pode ser alcançado por meio de um raciocínio dedutivo em sentido estrito, caracterizado pela necessidade lógica.

Apontadas as condições que permitem classificar uma decisão como estritamente racional, avancemos àquelas que tornam uma decisão razoável: (1) representar o ponto de equilíbrio entre as exigências contrapostas que necessariamente devem ser consideradas no caso, ou seja, as demandas que não podem ser ignoradas pelo julgador por ocasião de sua fundamentação, sob pena de desconsideração do terceiro critério da racionalidade das decisões judiciais, a saturação; e (2) ser entendida pela comunidade como um auditório ideal. Aqui, atente-se à expressão ideal, que transmite a compreensão de que não se trata de taxar a decisão como “correta”, na exata dimensão de que não se admite a necessária existência de um único resultado possível, observadas as premissas da razoabilidade e os requisitos que constituem a racionalidade, para todos os casos enfrentados pelo Tribunal.

Nesta altura, Pulido ressalva que os dois requisitos mencionados se implicam reciprocamente, a partir do reconhecimento de que quanto maior for o grau de equilíbrio alcançado pelo julgador, quando da prolação da sentença, entre as exigências contrapostas – e quanto mais saturada for a decisão proferida —, mais compartilhada será pela comunidade jurídica e política. Trilhando caminho semelhante, Manuel Atienza (ATIENZA, 1987, p. 199) define que o objetivo de alcançar uma decisão tida por razoável pode se concretizar mediante a busca “do maior número possível de

*argumentos geralmente compartilhados para fundamentar uma ponderação adequada das exigências jurídicas que se contraponham no caso”.*

Feitas estas considerações, o professor e magistrado colombiano passa a se dedicar às relações de complementariedade estabelecidas entre racionalidade, proporcionalidade e razoabilidade, notadamente: **(a)** a dupla implicação entre as condições de racionalidade e a primeira definição de razoabilidade, esta considerada conceito subsidiário da racionalidade estrita; **(b)** a segunda definição de razoabilidade como parte do subprincípio da idoneidade, compondo, portanto, o escrutínio da proporcionalidade; e **(c)** a aplicação das condições de racionalidade na estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade (PULIDO, 2013, 69-71).

Como já exposto ao longo deste estudo, Atienza admite a razoabilidade como conceito subsidiário da racionalidade estrita, que, por sua vez, é alcançada através do respeito às regras da lógica dedutiva e aos princípios da racionalidade prática (consistência, coerência, generalidade e honestidade), bem como do amparo em fonte(s) jurídica(s) e da rejeição de compreensões éticas ou política ausentes no ordenamento jurídico.

Pulido é crítico da tese do jurista espanhol, partindo da premissa de que, quando se almeja uma sentença razoável, impositiva é a aplicação das condições de racionalidade, que se revela essencial para viabilizar a identificação, pelo julgador, dos fundamentos que são ordinariamente admitidos pela comunidade jurídica e política e permitem o exercício adequado da ponderação.

Ocorre que o reconhecimento destes fundamentos - ordinariamente admitidos e aptos ao desempenho adequado da ponderação - depende, necessariamente, do desenvolvimento de um procedimento argumentativo norteado pelos critérios de racionalidade (sobretudo clareza, consistência conceitual e argumentativa e coerência), concluindo o autor que, no caminho de persecução à decisão razoável, cumprem as condições de racionalidade função autônoma, motivo pelo qual rechaça a tese de Atienza, que relega a razoabilidade a um papel subsidiário dentro do que poderíamos denominar de processo principal de alcance da racionalidade estrita.

Devidamente estabelecida a orientação explanada no parágrafo anterior, Pulido determina a seguinte equação: o magistrado, ao percorrer as condições de racionalidade, pretende produzir, como resultado fi-

nal de seu percurso, uma sentença razoável, e, ao depararmos com uma decisão considerada razoável, deduzimos que o seu processo de elaboração observou as condições de racionalidade previamente determinadas. Novamente, observa-se uma dupla implicação entre os critérios de racionalidade e a primeira definição de razoabilidade, tal como ocorre entre as duas condições prévias à rotulação de uma sentença como razoável (aquelas que (1) representam o ponto de equilíbrio entre as exigências contrapostas que necessariamente devem ser consideradas no caso e (2) são entendidas pela comunidade como um auditório ideal).

Prosseguindo à segunda hipótese, trata sobre a concepção do segundo significado de razoabilidade enquanto parte do escrutínio da proporcionalidade, porque elemento constituinte do subteste da idoneidade.

Sobre o ponto, o autor repisa o entendimento que vincula a adequação de uma medida interventiva no escopo de proteção de um direito fundamental à sua capacidade de contribuir ao alcance de um fim constitucionalmente legítimo, avançando ao indicar que o objetivo juridicamente relevante que se pretende atingir deve ostentar envergadura suficiente para justificar o ato estatal, ou seja, emprestar-lhe razões para fundamentar a adoção da medida, sendo o exame quanto à presença destas razões a primeira etapa do subteste em questão.

Ainda que se debruce especialmente sobre a Corte Constitucional colombiana, da qual é integrante, destaca que o Tribunal Constitucional espanhol adota como método, nas hipóteses em que lhe é submetida a apreciação sobre a constitucionalidade de um tratamento diferenciado de duas situações jurídicas, a procura (e, espera-se, identificação) de razões aptas a fundamentar o tratamento diverso, procedimento que vai ao encontro de sua sustentação e é compreendido como “a razoabilidade do tratamento diferenciado”. Conclui-se, portanto, que a razoabilidade da medida em debate constitui critério anterior e independente da capacidade do ato de contribuir ao alcance de um fim constitucionalmente legítimo, tudo a ser observado no âmbito do subteste da idoneidade, sendo legítimo afirmar que, ainda que a medida examinada seja capaz de contribuir ao alcance de um fim constitucionalmente legítimo, não identificada qualquer razão apta a fundamentar sua adoção, será considerada inconstitucional.

Finalmente, chegamos à aplicação das condições de racionalidade no âmbito da estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade.

O entendimento sobre o ponto em questão decorre das lições expostas no caminho trilhado até aqui, as ditas condições de racionalidade (sobremaneira a saturação e a coerência) funcionando como norte à Corte Constitucional por ocasião do exame da medida estatal posta à sua apreciação, configurando verdadeiras regras processuais aplicáveis à obtenção da decisão mediante a utilização do método do escrutínio da proporcionalidade, regulando a argumentação jurídica que será desenvolvida durante as etapas do teste.

### **3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EQUATORIANO, MEXICANO E COLOMBIANO: CASO Nº 34-19-IN Y ACUMULADOS, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 148/2017 E EXPEDIENTES ACUMULADOS D-13.915 E D-13.945**

Percorrido o caminho proposto por Pulido para apropriação mais refinada dos conceitos de racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade, considerados três critérios essenciais à correta valoração dos argumentos interpretativos das disposições legislativas e constitucionais e, portanto, critérios à fundamentação correta das decisões tomadas no controle de constitucionalidade, avança-se à análise de decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais equatoriana, mexicana e colombiana.

Tem-se, inicialmente, o *Caso nº 34-19-IN y acumulados*, enfrentado pela Corte Constitucional Equatoriana (EQUADOR, 2021), cujo tema apreciado foi a análise da constitucionalidade dos artigos 149 e 150 do Código Orgânico Integral Penal, relativo à penalização do aborto consentido nos casos de mulheres vítimas de violação (pelo que se entende submissão à relação sexual não consentida), tendo sido declarada a inconstitucionalidade do trecho *“en una mujer que padezca de una discapacidad mental”*, disposto no número 2 do artigo 150 do referido Diploma Legal.

Objetivando estabelecer as bases em que se construirá a fundamentação a sustentar a decisão, a Corte Equatoriana refere que *“el poder punitivo del Estado debe respetar los derechos de las personas racionalizando su ejercicio. Así, el ius puniendi únicamente será compatible con los principios, valores y fines del ordenamiento, si existe una utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal”*.

Em idêntico sentido, a Corte Constitucional Colombiana (CO-LÔMBIA, 2015), por ocasião da prolação da Sentença nº C-496/15, no que toca à legislação penal, definiu que: “[o Direito Penal] no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección”.

Prosseguindo na fixação das bases fundacionais, a Corte Equatoriana menciona o dever do legislador de considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no momento de discussão e posterior aprovação da lei penal, indicando a existência de relação entre a proporcionalidade e o princípio da mínima intervenção penal, expressamente prevista no artigo 195 da Constituição Equatoriana, bem como sustentando que os mencionados princípios – proporcionalidade e razoabilidade – permitem avaliar se a lei penal guarda harmonia com a proteção e garantia dos direitos constitucionais.

Feitas estas considerações, a Corte advertiu que o enfrentamento do tema sob análise não determinaria a constitucionalidade ou não do aborto consentido no Equador, mas a constitucionalidade da “configuração legislativa” do delito pela Assembleia Nacional (Poder Legislativo) e da consequente penalização de crianças, adolescentes e mulheres vítimas de delito contra a dignidade sexual que tenham voluntariamente interrompido sua gravidez. Isto é, cabe determinar se a imposição de uma sanção penal às vítimas de violação sexual que não são mentalmente incapazes é proporcional e compatível com as diretrizes constitucionais.

Para resolver o problema jurídico, a Corte Constitucional apontou como necessário identificar os bens jurídicos pretensos à proteção pelo legislador quanto à violação e ao aborto consentido para, a partir desta identificação, determinar se o previsto no número 2 do artigo 150 da Constituição, lido de maneira conjunta com o disposto no artigo 171 do Código Orgânico Integral Penal, protege, na prática, os bens jurídicos pretendidos, bem como se a sanção imposta ao delito de aborto consentido em caso de violação é proporcional aos termos previstos na Constituição.

O artigo 149 do Código Orgânico Integral Penal estabelece pena privativa de liberdade tanto para a pessoa que aborta quanto para a mulher que tenha consentido com o aborto. Percebe-se, portanto, que o bem jurídico protegido é a vida do nascituro, valor constitucional que se extrai do artigo 45 da Constituição Equatoriana. Por sua vez, o artigo 150 do Código Orgânico Integral Penal, em seus dois números, estabelece exceções à regra do artigo 149 do mesmo Diploma Legal.

No Equador, desde o Código Penal de 1938, restou estabelecido expressamente como causas de aborto “não punível” os casos de (1) perigo à vida ou à saúde da mãe e (2) gravidez produto de “violação ou estupro” cometido contra uma mulher “*idiota o demente*”.

O número 2 do artigo 150, objeto de enfrentamento no bojo da demanda em comento, reconhece a “não penalização” das mulheres mentalmente incapazes que interrompem sua gravidez por terem sido vítimas de violação.

Nesse contexto, a Corte reconheceu que o número 2 do artigo 150 não poderia ser lido e interpretado de modo isolado, sem considerar o disposto no artigo 171 do próprio Código Orgânico Integral Penal, cujo bem jurídico protegido é a liberdade e a “*indemnidad*”<sup>4</sup> sexuais, que se relacionam com a integridade pessoal das crianças, adolescentes e mulheres vítimas de violação.

Oportuno destacar que o número 6 do artigo 76 da Constituição Equatoriana determina que “*la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza*”. O próprio constituinte, portanto, preocupou-se em determinar ao Poder Legislativo a atenção à proporcionalidade entre os delitos praticados e suas respectivas sanções.

---

4 Quanto à “*indemnidad sexual*”, é tido como o direito de que a pessoa não sofra interferência na formação de sua própria sexualidade. Aplica-se sobretudo aos menores e aos incapazes. A violação deste direito afeta o desenvolvimento psíquico do indivíduo, fazendo com que considere como corretos atos que não são. Os sujeitos afetados têm como direito, uma vez sendo adultos, decidir sobre seu próprio comportamento sexual. **Definição técnica:** *Manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida.* Fonte: <https://dudaslegislativas.com/que-es-la-indemnidad-sexual/>

Passando à análise da proporcionalidade da penalização do delito de aborto consentido em casos de violação - situações nas quais a gravidez é resultado de violação à qual a grávida foi submetida -, o Tribunal se propõe a analisar se, na prática, foi realizada uma ponderação adequada pelo legislador entre os direitos contidos na Constituição e a aprovação da norma penal incriminadora em questão, nos moldes em que disposta na legislação de regência. Questiona-se, então, se a sanção penal imposta às mulheres que interrompem sua gravidez decorrente de violação sexual, mas que não são mentalmente incapazes, cumpre com os critérios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade à consecução de um fim constitucionalmente legítimo.

Refere a Corte que, em geral, a tipificação do delito e a sanção cominada ao tipo penal pretendem dissuadir a prática da conduta. O legislador, portanto, tipificou o delito de aborto consentido para evitar que as mulheres o pratiquem, bem como para proteger os nascituros.

Considerando que a medida adotada pretende proteger um valor contido na Constituição Equatoriana - proteção da vida dos nascituros -, possível considerar que se trata de uma medida com uma finalidade constitucional válida ou, se quisermos, um fim constitucionalmente legítimo.

Adverte o Tribunal, entretanto, que não basta tão somente invocar a proteção dos nascituros, pois, para restringir o direito de um indivíduo - no caso em debate, o direito das mulheres vítimas de violação sexual - devem existir razões “*de peso*” que justifiquem e demonstrem de modo exaustivo como, para a situação em questão, o uso do poder punitivo do Estado não é arbitrário ou excessivo a ponto de esvaziar o conteúdo do direito constitucional atingido.

Quanto à idoneidade, a Corte não considerou que a imposição de uma sanção penal seja idônea para alcançar o fim perseguido pelo legislador, proteção dos nascituros, discorrendo sobre as razões que fundamentam tal conclusão. Isto é, entendeu que a medida, ainda que considerado seu fim constitucionalmente legítimo, sequer ultrapassa o subteste da idoneidade, ao argumento de que “*al no conseguir el fin propuesto, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación evidencia ser una medida inadecuada que genera afectaciones y perjuicios a otros derechos constitucionales.*”

Permanecendo no âmbito do subteste da idoneidade, restou enfatizado que a criminalização do aborto e a imposição de uma pena privativa de liberdade não constituem o único caminho de promover a proteção constitucional da vida do nascituro, ressaltando que o artigo 45 da Constituição não impõe ao Estado qualquer obrigação no sentido de punir ou criminalizar mulheres vítimas de violação sexual, pelo que não incidindo, portanto, o princípio da proibição da proteção deficiente na hipótese de não criminalização destas mulheres que se enquadram nas particularidades mencionadas.

Destacou-se, ainda, que para concretizar a proteção constitucional do nascituro de modo efetivo e harmônico aos demais direitos e valores consagrados na Constituição Equatoriana, podem existir outras medidas “mais idôneas”, tais como um adequado projeto de políticas públicas e medidas legislativas de tipo prestacional que, em determinadas circunstâncias, poderiam proteger de melhor forma o fim que o legislador persegue, até então, através da criminalização do aborto.

Veja-se que, de algum modo, é possível considerar que a Corte, ainda que formalmente tenha indicado permanecer na análise da medida sob a ótica da idoneidade, já incursionava no âmbito do subteste da necessidade.

Prosseguindo de modo explícito à necessidade – evidenciado que, ao menos nesta decisão, o fato de a medida não ter sido aprovada no subteste da idoneidade não impede a continuação de seu exame -, o Tribunal apontou existirem alternativas menos gravosas e igualmente eficazes para alcançar o fim constitucionalmente protegido (proteção dos nascituros).

Foi destacado, ainda, que o Direito Penal, de acordo com a Constituição Equatoriana, deve se guiar pelo princípio da mínima intervenção penal, o qual determina ao Estado que não devem ser penalmente sancionadas todas as condutas potencialmente consideradas antissociais, mas apenas aquelas em que exista um verdadeiro risco aos interesses da comunidade ou dos indivíduos, transgredindo as condições mínimas de sobrevivência da sociedade. De modo que a coerção penal pelo Estado não pode ser vista como solução para toda e qualquer situação, porque, em virtude de sua afetação à liberdade, o Direito Penal é considerado a *ultima ratio* (COLÔMBIA, 2012)<sup>5</sup>.

5 “La decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de



Apontado que a interrupção voluntária da gravidez em casos de violação sexual decorre da existência de ato de violência contra a mulher, que se revela problema estrutural e multidimensional, compreendeu a Corte que as medidas para evitar a interrupção da gravidez deveriam estar focadas, em verdade, em **(a)** erradicar a violência contra a mulher, a prevenção e a sanção dos delitos de violência sexual, **(b)** fortalecer a educação sexual e **(c)** desenvolver políticas públicas sobre saúde sexual e reprodutiva, visando à eliminação de estereótipos de gênero relacionados a considerações de inferioridade da mulher.

Avançando na fundamentação, a Corte salientou que a penalização do aborto consentido em casos de violação acarreta a prática do ato pelas mulheres em circunstâncias de clandestinidade que põe em grave risco sua vida, saúde e integridade. E, sopesando que a medida afeta direitos constitucionais que ostentam idêntica hierarquia e importância do valor constitucional que se busca proteger – vida do nascituro x vida da mulher -, revela-se excessivamente gravosa.

Arrematando o exame no âmbito do subteste da necessidade, estabeleceu-se que se estaria diante de uma medida que, com o propósito de proteger os nascituros, acaba atentando contra a vida e saúde da mãe gestante vítima de um delito contra sua dignidade sexual, manifesta a reprovação da medida nesta altura do teste da proporcionalidade para alcançar o fim perseguido.

Chegando ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, cuja aprovação da medida depende do reconhecimento de equilíbrio entre o sacrifício e o benefício, a Corte concluiu que a sanção penal não estava devidamente justificada, visto que, no pouco em que é exitosa em proteger os nascituros mediante a dissuasão da interrupção voluntária da gravidez, muito se perde ao permitir o exercício do poder punitivo do Estado contra mulheres vítimas de violação, ofendidas sua integridade pessoal, autonomia sexual e reprodutiva e livre desenvolvimento da personalidade.

---

*imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio".* Corte Constitucional Colombiana - Sentencia C-365-2012.

Por fim, concluiu-se, como já se pode presumir, que a sanção penal imposta às vítimas de violação sexual que não padecem de incapacidade mental não é proporcional e, portanto, inconstitucional.

Passa-se à Acción de Inconstitucionalidad nº 148/2017 (MÉXICO, 2017), enfrentada pela Corte Constitucional Mexicana. De plano, destaco ser, no México, a legislação que dispõe sobre o aborto de competência estadual. Quando apreciada esta Ação, a Corte já havia se pronunciado sobre o tema em relação ao Distrito Federal (atualmente denominado de Cidade do México). Na oportunidade, o Tribunal orientou seu entendimento no sentido de preponderar a liberdade das mulheres para que decidam a respeito de seu corpo, saúde física e mental e, inclusive, acerca de sua vida.

Feito este registro e ingressando na dita ação de inconstitucionalidade, a Procuradoria-Geral da República a promoveu contra os “*artículos 13, apartado A, 195, 196 y 224, fracción II, del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza*”, contidos no Decreto 990, publicado no correspondente Diário Oficial em 27-10-2017, indicando como autoridades emissora e promulgadora o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A Ação em comento impõe, como tema central, revisar se é constitucional a pena de prisão prevista à mulher que decide voluntariamente interromper sua gravidez e à pessoa que, com o consentimento da grávida, executa o ato.

A Corte ressaltou que a decisão seria proferida no contexto próprio e atual do país, respondendo às mudanças e à dinâmica cultural da sociedade mexicana, tendo como base os princípios fundamentais que definem o Estado Mexicano – democracia, laicidade, pluralidade – e a própria vocação social de sua Constituição Política, através de uma narrativa de direitos humanos e partindo da razão pública.

O desenvolvimento dos temas começa com a exposição do direito constitucional das mulheres a decidir - direito sobre o qual incide a tipificação elaborada pela legislação estatal -, prossegue por revisar seu conteúdo e o caráter não absoluto desta prerrogativa em sua interrelação com o bem constitucionalmente protegido (nascituro) e, a partir deste estudo, alcança duas conclusões: que a primeira disposição impugnada não incide no direito indicado (traduzindo-se em reconhecimento de va-

lidez do artigo 195 do Código Penal do Estado de Coahuila de Zaragoza<sup>6</sup>) e que o tipo penal que criminaliza a conduta de aborto *autoprocurado* ou consentido limita de modo desnecessário e desproporcional o direito fundamental em questão (traduzindo-se no reconhecimento de invalidez do artigo 196 do aludido Diploma Legal<sup>7</sup>).

Advertiu-se, ainda, que a problemática se debruça sobre hipótese de mulher que, encontrando-se grávida, terá que decidir sobre o livre exercício da sua maternidade, sem que tenha ocorrido alguma circunstância extraordinária em relação à (1) causa da concepção (ou seja, que não tenha sido consequência de violação sexual ou procedimento de fecundação não consentido) ou à (2) saúde da gestante ou à própria viabilidade do nascituro.

A partir de uma leitura e interpretação integral do Texto Constitucional, constata-se que o direito da mulher de decidir é o resultado de uma combinação particular de diferentes direitos e princípios associados à noção essencial de que é intrínseco a todo ser humano a disposição de sua liberdade de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido a sua existência, conforme suas próprias convicções. O substrato da mencionada prerrogativa é constituído pela dignidade humana, autonomia, livre desenvolvimento da personalidade, igualdade jurídica, direito à saúde psicológica e física e liberdade reprodutiva.

Inicialmente, foi apontada a inexistência de fundamento constitucional ou internacional que justificasse a penalização da “afetação da vida em gestação” e permitisse sustentar a existência de uma obrigação do legislador para estabelecer ou manter um tipo penal específico em relação ao ato de abortar, novamente, assim como na experiência equatoriana, não identificando o Tribunal, ao percorrer o ordenamento jurídico pátrio, eventual incidência do princípio da proibição da proteção deficiente em decorrência da não criminalização destas mulheres.

Descartada a obrigação de penalizar o ato de abortar, no sentido de que não é por se tratar o nascituro de um “bem de alcance constitu-

---

6 **Artigo 195** - “*comete el delito de aborto quien causa la muerte al producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo*” (Aborto para efectos penales).

7 **Artigo 196** - “*se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o a la persona que la hiciere abortar con el consentimiento de aquella*” (Aborto *autoprocurado* o consentido).

cional” que tal fato deve se traduzir na emissão de regulações penais para sua proteção (identificando-se, aqui, um exame da medida à luz do princípio da intervenção mínima), a Corte passou à análise da idoneidade da medida, tendo em vista a afetação que a regulação de ordem criminal significa para as mulheres quanto ao impacto direto e às consequências nocivas que trazem.

Quando do enfrentamento da questão no bojo da ação que discutiu o tema em relação à Cidade do México, considerou o Tribunal que a penalização da interrupção desta etapa primária da gravidez não se revela adequada para salvaguardar a continuação do processo de gestação, devendo-se ter em mente que a criminalização da conduta impõe uma realidade social em que as mulheres que não desejam o prosseguimento da gestação recorrem à prática de interrupções clandestinas, sujeitando-se a sérios riscos à sua saúde e, última análise, à própria vida. Determinou, ainda, ser inegável a importância, no exame da conveniência ou idoneidade da medida, de recorrer a evidências empíricas sobre a efetividade da lei, isto é, antecedentes que possam demonstrar que a penalização está associada a uma real diminuição das taxas de aborto.

Lado outro, foi aventada, a título hipotético, a possibilidade de que se argumentasse que um percentual dos partos bem-sucedidos (no sentido de não ter sido interrompida a gravidez) comprovaria a funcionalidade, idoneidade ou acerto da proibição penal, porque não foram interrompidos por um aborto supostamente em virtude da possibilidade de que deste ato sobreviesse um processo criminal e a consequente privação de sua liberdade.

Na compreensão da Corte, no entanto, tal argumentação não torna de modo algum irrelevante a existência do fenômeno da clandestinidade e os graves problemas a ela associadas, não sendo possível ignorar que uma medida será legítima quando se pode atribuí-la eficiência, restando comprovado que as leis sobre aborto altamente restritivas não se associam a menores taxas de aborto, evidenciando-se particularmente importante analisar qual é o fenômeno que ocorre especificamente quanto ao aborto quando prevista sua proibição total.

Na evolução, restou mencionado que a maioria dos tipos penais impõem que os indivíduos se abstenham de lesionar terceiros (seja outro indivíduo ou seus bens), tanto não ocorrendo no caso do aborto, as mulheres optando, em detrimento de enfrentar a maternidade, por se sub-

meter a procedimento cirúrgico clandestino que pode implicar a perda da vida, o sofrimento de uma lesão ou o contágio de uma doença, sem falar nas implicações penais da conduta perpetrada.

Por todo o exposto, o Tribunal concluiu que a inclusão, no tipo penal, do aborto praticado no primeiro período de gravidez, em razão das consequências superlativamente graves que produz, deve ser expulsa do sistema normativo, não se encontrando em conformidade com os direitos da mulher e, sobretudo, com o paradigma dos direitos fundamentais do Estado Mexicano.

Ainda que não expressamente dito, percebe-se que a Corte avançou ao subteste da necessidade ao afirmar que “a fórmula de proibição” escolhida pelo Legislativo Estadual ignorou outros mecanismos de proteção do nascituro, descartada a implementação de outros tipos de medidas tais como (1) a possibilidade de trabalhar em conjunto com a mulher grávida e pessoas gestantes no intuito de que estas tomem uma decisão informada sobre todas as implicações da decisão de abortar (acompanhamento médico e psicológico) e (2) orientar com maior força as políticas públicas através de serviços de educação sexual, assessoramento e acompanhamento na matéria de planificação familiar, facilitação do acesso e uso de métodos contraceptivos, etc.

De modo que se entendeu inconstitucional o tipo penal (artigo 196 do Código Penal do Estado de Coahuila de Zaragoza) que criminaliza a mulher pelo aborto<sup>8</sup>, manifesta a incapacidade do Legislativo de considerar medidas alternativas, bem como que adotada a criminalização como se fosse o único mecanismo de proteção do nascituro, ignorando-se as consequências nocivas que a norma penal incriminadora acarreta especialmente a determinado setor da sociedade, menos favorecido economicamente e, conseqüentemente, com menor acesso aos melhores tratamentos clínicos.

O Tribunal registrou, por fim, que a proibição absoluta, respaldada pela sanção penal, equivale a estabelecer a obrigação para a mulher que, uma vez grávida, deve necessariamente suportar a gravidez e

---

8 Trecho da sentença proferida nos autos da Acción de Inconstitucionalidad n° 148/2017 “*En consecuencia, al resultar fundado el concepto de invalidez formulado por la parte accionante, lo procedente es declarar la invalidez del artículo 196 del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza [...]*”.

se tornar mãe. Tal imposição foi considerada como inconsistente com os princípios e regras de direito penal que atualmente se considera que devem prevalecer em um Estado Constitucional Democrático Social de Direito, no qual apenas as condutas de maior lesividade social devem ser sancionadas penalmente. Poderíamos, neste ponto, identificar uma constatação de desproporcionalidade através de um exercício de ponderação, quem sabe incursionando a Corte no subteste da proporcionalidade em sentido estrito, inobstante tanto não tenha sido explicitado no corpo da decisão prolatada.

Por fim, tem-se os Expedientes acumulados D-13.915 e D-13.945 (COLÔMBIA, 2021), enfrentados pela Corte Constitucional colombiana, cujas demandas se dedicavam à alegação de inconstitucionalidade do Ato Legislativo 01/2020, que modificou o Artigo 34 da Constituição Colombiana, suprimindo a proibição da pena de prisão perpétua e estabelecendo a prisão perpétua revisável.

Conforme disposto no mencionado Ato Legislativo, de maneira excepcional, quando uma criança ou um adolescente for vítima de homicídio doloso, *“acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir”*, poder-se-ia impor como sanção a pena de prisão perpétua, que seria submetida a uma espécie de “reexame necessário” ante a autoridade superior, devendo, ainda, a pena ser revisada em prazo não inferior a 25 (vinte e cinco) anos, para avaliação da ressocialização do condenado.

Por ocasião do enfrentamento dos Expedientes, o Tribunal considerou o ato inidôneo ao fim pretendido. Ao analisar a entrada em vigência de lei que aumentou as penas referentes a delitos de *“acceso carnal abusivo com menor de catorce años”*, o Conselho Superior de Política Criminal ressaltou que tal aumento não dissuadiu a população a não praticar a referida conduta. Pelo contrário, concluiu que *“[e]l aumento de las penas en los delitos de agresiones sexuales, cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, como se ha observado, no ha generado un resultado positivo en la prevención de la comisión de estas conductas, lo que desvirtuaría que esos incrementos tengan una incidencia real en el sujeto activo del ilícito”*.

O aludido Conselho constatou, ainda, suficientes evidências a demonstrar a predominância da prática das condutas em questão no âmbito privado, dificultando a identificação dos crimes e sua judicialização.

Assim, recomendou fortalecer as capacidades operativas das autoridades competentes de judicialização dos delitos contra crianças e adolescentes e a concentração de esforços em políticas públicas direcionadas a proteger a população através da prevenção dos delitos.

Trazidas à discussão as ponderações do Conselho Superior de Política Criminal, a Corte concluiu quanto à inidoneidade da pena de prisão perpétua para combater os delitos violentos e sexuais contra crianças e adolescentes, podendo, inclusive, resultar em um risco ainda maior de impunidade, tendo em mente que medidas sancionatórias muito elevadas, tais como a prisão perpétua, ostentam o potencial de provocar efeitos nefastos não desejados nos fins perseguidos pelo Estado, não apenas por dar lugar à transformação das modalidades delitivas até condutas mais graves (desaparecimento forçado, por exemplo) que o ofensor poderia colocar em prática para evitar o descobrimento, investigação e judicialização de sua conduta, mas também porque, conforme tem sido identificado pelos operadores do direito, em casos de violência sexual dentro do círculo familiar, os denunciantes, em regra, retiram-se do processo, trancando investigações onde o testemunho é o mais importante, a previsão de penas mais altas acarretando maior dificuldade para que se denuncie um familiar.

#### **4 CONCLUSÃO**

Admitida a impossibilidade de que a correção da sentença seja valorada mediante critérios objetivos (até porque inviável falar na existência de uma única decisão correta em todos os casos submetidos à apreciação dos Tribunais), a proposição da doutrina quanto à aplicação do teste em questão pelos magistrados objetiva a redução da esfera de discricionariedade, ou margem de apreciação, do julgador, e a maior aproximação da decisão com critérios (neste estudo também denominados de condições) de racionalidade, que serão adotados como parâmetros à aceitação, ou não, de uma sentença pela comunidade jurídica e política, ainda que não se ignore a incapacidade dos mencionados requisitos de assegurarem a absoluta objetividade das decisões judiciais.

A análise das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais equatoriana, mexicana e colombiana nos autos do Caso nº 34-19-IN y

acumulados, da Ação de Inconstitucionalidade nº 148/2017 e dos Expedientes acumulados D-13.915 e D-13.945, respectivamente, evidenciam a inexistência de um padrão procedimental de aplicação do escrutínio da proporcionalidade enquanto ferramenta capaz de proporcionar o alcance da correta valoração dos argumentos interpretativos das disposições legislativas e constitucionais.

A aplicação do teste da proporcionalidade de modo explícito – tal como procedido pela Corte Constitucional equatoriana – garante aos destinatários da sentença, indiscutivelmente, melhor compreensão sobre o caminho percorrido pelos magistrados para alcançar o resultado a que se chegou, não consistindo, entretanto, no único método capaz de propiciar à comunidade a devida apreensão quanto ao teor da decisão e às razões que a fundamentam.

Com efeito, revela-se fundamental a melhor prestação jurisdicional não a necessária observância de uma estrutura inflexível na qual devem ser submetidas todas as hipóteses em que determinada medida do poder público represente intervenção ao escopo de proteção de determinado direito fundamental, mas sim a observância das condições de racionalidade no processo de elaboração da decisão, que deve encontrar amparo nas regras, nos valores comuns e/ou nos princípios gerais (coerência) e ambicionar a elevação dos argumentos formulados a um nível técnico de sofisticação que possam ser taxados como plenos em si mesmos (saturação), atentando-se, ainda, à imprescindibilidade de que as exigências contrapostas no caso concreto sejam devidamente enfrentadas, inadmitindo-se a desconsideração de qualquer delas, a maior observância aos critérios permitindo que se encontre o ponto de equilíbrio.

Tanto resta manifesto a partir do exame das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais mexicana e colombiana, que, embora não tenham reproduzido de modo explícito o escrutínio em questão, edificaram suas conclusões em argumentos refinados, que consideraram, durante seu desenvolvimento, as condições de racionalidade apontadas no segundo capítulo da obra “O direito dos direitos”, sendo incontroverso, ainda que se discorde do mérito das sentenças, que ostentam satisfatórios níveis de tecnicidade e permitiram adequada valoração dos argumentos interpretativos das disposições legislativas e constitucionais controvertidas, repisando, aqui, que não se almeja, ao trilhar a estrada indicada por



Pulido, classificar as decisões como (in)corretas, na exata dimensão de que não se admite a necessária existência de um único resultado possível, consideradas as premissas da razoabilidade e os requisitos que constituem a racionalidade enquanto procedimento de segurança de que a colisão entre direitos fundamentais será equacionada a partir de parâmetros sofisticados, e não com base tão somente na discricionariedade dos julgadores, que deve ser resguardada à margem inevitável de apreciação, decorrente da própria natureza do Direito.

Quanto mais os Tribunais se aproximarem da transparência do processo de elaboração de decisões a partir das condições de racionalidade, mais perto estar-se-á de sentenças proporcionais e razoáveis, conduzindo à maior aceitação do teor dos julgamentos pela comunidade jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001. Disponível em: <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20da%20argumenta%C3%A7%C3%A3o%20juridica-Robert%20Alexy.pdf>. Acesso em 07 jun. 2022.

ATIENZA, Manuel. **Para una razonable definición de razonable**. Doxa, n. 4, 1987. Disponível em: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4\\_13.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf). Acesso em 05 jun. 2022.

CARRASCO PERERA, Angel. **El “juicio de razonabilidad” em la justicia constitucional**. Revista Española de Derecho Constitucional. n. 11, 1984. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24698redc011039.pdf>. Acesso em 06 jun. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença C-294/21**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-294-21.htm>. Acesso em 11 mai. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença C-365/12**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2012/C-365-12.htm>. Acesso em 11 mai. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença C-496/15**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/C-496-15.htm>. Acesso em 11 mai. 2022.

EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. **Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados**. Disponível em: [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiZGE2N-DE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWViNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiZGE2N-DE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWViNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=). Acesso em 10 mai. 2022.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of Constitutional Courts**. New York: Cambridge University Press, 2015.

MÉXICO. Suprema Corte de la Justicia de la Nación. **Acción de Inconstitucionalidad nº 148/2017**. Disponível em: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos\\_resolucion\\_scnj/documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scnj/documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf). Acesso em 10 mai. 2022.

MÖLLER, Kai. **The global model of constitutional rights**. Oxford University Press, 2015.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

## ORGANIZADORES



### **HANDEL MARTINS DIAS**

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFRGS. Professor do Curso de Bacharelado em Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FMP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos e Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Diretor no Brasil do Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos e Vice-Presidente para a América do Sul da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Advogado.



### **ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO**

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Coordenador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e Direito como Argumentação do PPGD/FMP. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.



## **ROGÉRIO GESTA LEAL**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Universidad Nacional de Buenos Aires. Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público e da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor visitante da Universidad da Coruña. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.



**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia  
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma  
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)