

ROGÉRIO GESTA LEAL
RODRIGO RIOS ÁLVAREZ

V SEMINÁRIO
INTERINSTITUCIONAL
DE PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU

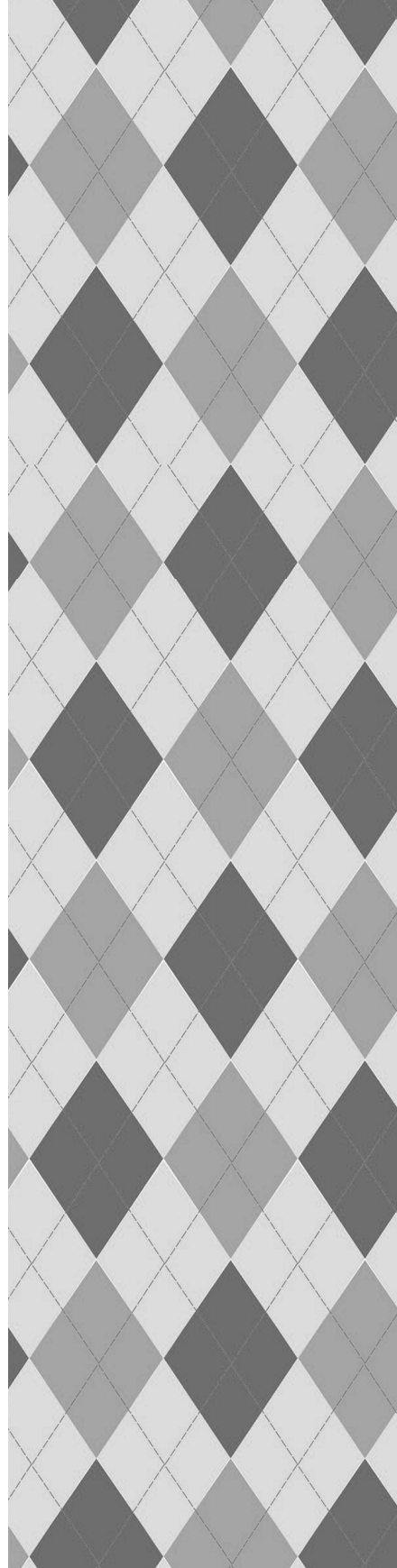
UNIVERSIDADE FINIS TERRAE (CHILE)
E FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO (BRASIL)



DIALÉTICA
EDITORA



**V SEMINÁRIO
INTERINSTITUCIONAL
DE PÓS-GRADUAÇÃO
*STRICTO SENSU***



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
Claudia Lambach
Cristiane Wosniak
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Fabiola Paes de Almeida Tarapanoff
Fernando Andacht
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Gláucia Davino
Helena Maria Ferreira
Hernando Urrutia
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
Jorge Manuel Neves Carrega
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metz
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis

Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Luiz Gustavo Vilela
Manuela Penafria
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
Mauro Alejandro Baptista y Vedia Sarubbo
Milena de Cássia Rocha
Mirian Tavares
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
Susana Costa
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

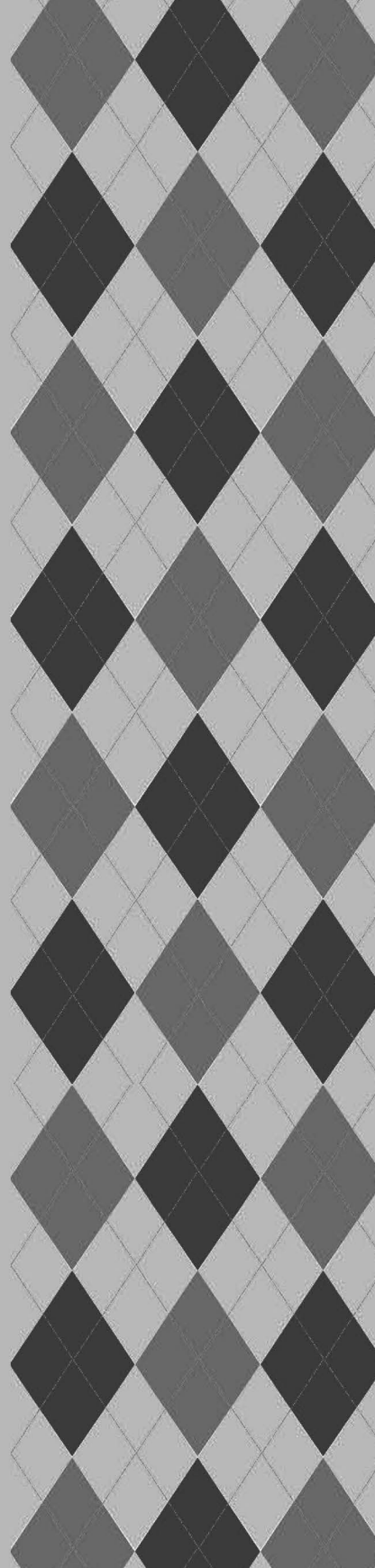
ROGÉRIO GESTA LEAL
RODRIGO RIOS ÁLVAREZ

V SEMINÁRIO
INTERINSTITUCIONAL
DE PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU

UNIVERSIDADE FINIS TERRAE (CHILE)
E FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO (BRASIL)



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 © 2024 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2024 by Rogério Gesta Leal,
Rodrigo Ríos Alvarez (Orgs.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

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

Coordenadora Editorial

Kariny Martins

Produtora Editorial

Kariny Martins

Controle de Qualidade

Maria Laura Rosa

Capa

Mariana Silva de Oliveira

Diagramação

Mariana Silva de Oliveira

Preparação de Texto

José Rômulo

Revisão

Responsabilidade do autor

Auxiliar de Bibliotecária

Laís Silva Cordeiro

Assistentes Editoriais

Rafael Andrade
Ludmila Azevedo Pena
Thaynara Rezende

Estagiários

Giovana Teixeira Pereira
Maria Cristiny Ruiz



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S471i V Seminário interinstitucional de Pós-Graduação Stricto Sensu /
organização Rogério Gesta Leal, Rodrigo Ríos Alvarez. – São Paulo :
Editora Dialética, 2024.
292 p.

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-1017-3

1. Direito. 2. Ciências jurídicas. 3. Legislação. I. Organizadores. II. Título.

CDD-340

APRESENTAÇÃO

Temos vivido nestes últimos tempos momentos de extrema conflituosidade e tensão internacional relacionados a problemas econômicos, políticos, religiosos e culturais os mais diversos (raciais, sexuais, étnicos, etc.), redundando em inúmeras formas de violências – físicas e simbólicas –, fazendo com que os Estados Democráticos tenham de tomar medidas preventivas e curativas por vezes problemáticas em termos de sustentabilidade, como limitando liberdades constitucionais, e tudo isto tem posto em xeque muitos conceitos e compreensões tradicionais que temos criado sobre o Estado Democrático de Direito a partir de condições minimamente civilizatórias estabelecidas.

Como nos adverte Bobbio, entretanto, não podemos nos deixar enganar pelas aparências e não ser levados a acreditar que a cada dez anos a história recomeça do início; é preciso ter muita paciência e saber ouvir novamente as lições dos clássicos se desejarmos realmente apreender as complexidades destes fenômenos.¹ E neste sentido – dialogando com Marx –, Bobbio ratifica a premissa do autor alemão no sentido de que a política, ao fim e ao cabo, é a esfera onde se desenvolvem relações de domínio, tomado este em sua expressão mais intensa, isto é, enquanto poder capaz de recorrer, em última instância e para atingir seus fins, a força física.²

Daí porque constitui efetivo cálculo racional o que induz o ser humano a sair – e se manter distanciado – do estado bruto de natureza, instituindo a sociedade civil, evidencia maior da contraposição entre o homem racional e o passional. Nesta perspectiva jusnaturalista e de matiz

1 BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*. Roma: Riuniti, 1984, p.10.

2 Avança o autor italiano para dizer: *l'uso della forza fisica, se pure in ultima istanza, se pure come extrema ratio, è il carattere specifico del potere politico. Lo stato puo essere definito come il detentore del potere politico, e quindi come mezzo e fine dell'azione politica degli 'individui e dei gruppi in' conflitto fra loro, in quanto è l'insieme delle istituzioni che in un determinato territorio dispongono, e sono in grado di valersi al momento opportuno, della forza fisica per risolvere i conflitti fra gli individui e fra i gruppi.* (p.11).

liberal, o Mercado vai se incumbir, em sua forma racional, de libertá-lo de todos os obstáculos que o impedem de circular livremente, provenientes nomeadamente daquele poder político que, segundo Hobbes, representa antes o triunfo da razão sobre a barbárie (em si irracional).³

Entretanto, as promessas daquele Mercado liberal não se cumpriram, gerando, ao mesmo tempo, riqueza em poucas mãos e exclusão social massiva, fazendo com que novas barbáries surgissem, reclamando a presença de um *tertius* para restabelecer a ordem social que equilibrasse crescimento econômica e desenvolvimento humano e ambiental sustentáveis: o Estado de Direito.⁴

A limitação do uso da força do Estado, contrapondo-se a força ilegítima de relações institucionais e intersubjetivas irracionais, funda-se justamente na distinção entre o manejo lícito daquele e ilícito destas, cuja base autorizativa são as deliberações políticas prévias pela via do processo legislativo democrático e representativo. E mais, o conjunto de instituições que permitem resolver conflitos sem recorrer exponencialmente à força constitui, para além do Estado de Direito, o Estado Democrático, ou seja, o Estado em que se aplica a regra fundamental de que, em cada conflito, vencedor não é aquele que tem mais força física, mas quem tem mais **força de persuasão normativamente fundada**.⁵

E estes fundamentos é que devem nortear, ao menos no plano normativo (constitucional e infraconstitucional) dos Estados Democráticos de Direito, políticas públicas preventivas e curativas de enfrentamento de fenômenos sociais/institucionais que colocam riscos e peri-

3 HOBBS, Thomas. *De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Petrópolis: Vozes, 1983, p.12.

4 Ora entendido como: *Lo stato di diritto, inteso il diritto kelsenianamente come l'insieme delle norme che regolano l'uso della forza, può essere definito come lo stato in cui il potere coattivo non è esercitato dal sovrano a suo arbitrio ma vi sono norme generali ed astratte, e quindi non valevoli caso per caso, che stabiliscono chi è autorizzato a esercitare la forza, quando, cioè in quali circostanze, come, cioè attraverso quali procedure (il che vuol dire che salvo il caso di forza maggiore il potere esecutivo può usare la forza di cui dispone soltanto dopo regolare processo), e in quale misura, il che ha per conseguenza che vi deve essere una certa proporzione, stabilita una volta per sempre, fra colpa e castigo*. BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*. Op.cit., p.16.

5 Como nos diz Bobbio: *Mentre la istituzione dello stato di diritto influisce sull'uso della forza regolandola, l'istituzione dello stato democratico vi influisce riducendone lo spazio di applicazione*. BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*. Op.cit., p.18.

gos os mais diversos à Sociedade, dentre os quais vamos dar destaque à overcriminalização.

Neste ano de 2023 a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, por seu curso de Mestrado em Direito, e a Universidad Finis Terrae, do Chile, também por seu curso de Posgrado, pela quinta vez consecutiva, reuniram seus docentes e discentes para debater, a partir das pesquisas que desenvolvem, temas correlatos a estas questões, que se evidenciam em dois momentos sucessivos: (i) no evento realizado no dia 16/06/2023, intitulado V seminário INTERINSTITUCIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO, cotando com a participação de docentes e discentes dos cursos de posgrado destas instituições; (ii) nos artigos científicos produzidos partir deste evento, que agora chegam ao público.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Rogério Gesta Leal – FMP

Rodrigo Ríos Alvarez – Finis Terrae



SUMÁRIO

**A EFETIVIDADE DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA SOB
A PERSPECTIVA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA | 11**

ROGÉRIO GESTA LEAL

EL NUEVO PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE | 35

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER,
NÚMEROS ALARMANTES NO RIO GRANDE DO SUL. NECESSÁRIA
PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 51**

FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO

**LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN
EN EL PROCESO PENAL CHILENO | 75**

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ

**LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, ESCOPO DE
PROTEÇÃO E PROPORCIONALIDADE | 85**

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL 2006 A 2022 EN MATERIA DE DELITOS
FUNCIONARIOS. APORTES Y CRÍTICAS | 109**

JUAN EMILIO MILANI TORRES

**LIMITES ÀS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS CORPORATIVAS NO
ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE | 145**

*ANDRÉ MACHADO MAYA
RENATA VIELMO GUIDOLIN*

**COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÚLTIMO
FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARA
INCONSTITUCIONAL EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES
MILITARES Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS | 163**

CONSTANZA ERAZO SARTORI

**DEMOCRACIAS FRÁGEIS E CORTES CONSTITUCIONAIS:
O QUE É A COISA CERTA A FAZER? | 165**

*LENIO LUIZ STRECK
FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA*

**A TRANSPARÊNCIA DO PODER PÚBLICO COMO
VETOR DO COMBATE À CORRUPÇÃO | 183**

PEDRO HENRIQUE MARCON ROCKENBACH

**REAÇÃO À REAÇÃO: BREVE ENSAIO CRÍTICO AO PÓS-POSITIVISMO NO
BRASIL E A PROBLEMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL | 203**

*MATEUS CÔRTE VITÓRIA
JOSÉ TADEU NEVES XAVIER*

**VIOLAÇÃO À PROIBIÇÃO DE EXCESSO NA TUTELA DA
MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA | 219**

JÚLIA CASAGRANDE VALDUGA

**A PONDERAÇÃO (RACIONAL) APLICADA NA
COLETA DO PERFIL GENÉTICO | 235**

LEANDRO REIS DE SOUZA

**“A BRIGA DOS DOIS ISLÂS”: RIVALIDADE
MIMÉTICA E ÓDIO RELIGIOSO | 253**

BRUNO HERINGER JÚNIOR

A EFETIVIDADE DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

ROGÉRIO GESTA LEAL

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Algumas matérias jornalísticas tem dado conta de que vários acordos de leniência – AL, previstos na Lei Anticorrupção brasileira (nº12.846/2013) – LAC, devidamente homologados, assim como delações premiadas e repatriação de ativos, já oportunizaram a devolução de vinte e cinco bilhões de reais aos cofres públicos brasileiros.¹

Em especial o instrumento do AL, previsto no art.16, e seguintes, da LAC, após estes primeiros dez anos de existência da norma, apesar de ter contribuído à recuperação de patrimônio público desviado por atos corruptivos, ainda carece de aprimoramentos substanciais, tanto em face da ausência de regulamentação da matéria nos Estados brasileiros, como no que diz respeito a procedimentos e processos administrativos qualificados e eficientes, até em face das condições e possibilidades impostas na espécie, dentre as quais: (i) que a empresa beneficiada colabore efetivamente com as investigações e o processo administrativo apurador; (ii) que resulte de tal colaboração a identificação dos demais envolvidos na

1 Ver a notícia veiculada no site da Revista Veja - <https://veja.abril.com.br/politica/a-conta-da-corrupcao-r-25-bilhoes-ja-retornaram-aos-cofres-publicos>, acesso em 26/07/2023. Informa a matéria que a Petrobras, até agora, é uma das maiores beneficiárias da devolução de recursos, tendo recebido em caixa a quantia de 6,28 bilhões de reais, a partir de acordos da Lava-Jato firmados com empresas, empresários e diretores que participaram do esquema de corrupção na estatal. Para além disto, foram fechados 43 acordos de leniência com empresas envolvidas em esquemas de corrupção. Estes acordos representam a recuperação de 24,5 bilhões de reais, valores não corrigidos. No mesmo sentido ver a matéria publicada no Valor Econômico, em 26/06/2023, em seu site: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/07/26/lei-anticorrupcao-devolve-bilhoes-aos-cofres-publicos.ghtml#>, acesso em 26/07/2023.

infração, quando couber; (iii) e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.²

Ao lado destas premissas, há também requisitos a serem preenchidos para que se viabilize o AL, a saber: (i) que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (ii) que cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) que a admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.³

O problema que pretendemos indagar neste texto é o de saber se há, em face dos escopos do AL indicados, outros elementos – para além dos normativos explícitos – necessários a sua constituição e legitimidade, nomeadamente considerando os bens jurídicos públicos indisponíveis tutelados pela LAC.

Nossa hipótese é a de que o AL reclama observar, ao lado das cláusulas explícitas, também algumas implícitas no sistema jurídico vigente, necessárias a tutelar os interesses das empresas envolvidas, mas fundamentalmente aqueles bens e interesses públicos indisponíveis referidos e, por conta disto, urge demarca-las de modo claro e imperativo.

Para sustentar nossa hipótese de trabalho, elegemos desenvolver este texto a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) identificar os contornos teóricos e pragmáticos do AL no sistema jurídico brasileiro e na LAC; (ii) identificar quais são as cláusulas explícitas e implícitas do AL necessárias a tutelar, para além dos interesses das empresas envolvidas, os bens e interesses públicos indisponíveis alcançados pela LAC.

Pretendemos utilizar no texto 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 Art.16, caput e incisos I e II, da LAC.

3 Art.16, §1º, incisos de I a III, da LAC

2 CONTORNOS TEÓRICOS E PRAGMÁTICOS DO AL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E NA LAC

Vários mecanismos jurídicos e políticos têm sido criados ao longo do tempo para o enfrentamento de patologias corruptivas as mais diversas, o que envolve tanto políticas públicas, instituições, como ferramentas legislativas específicas para tais fins, o que, quando são efetivas e prestam resultados, podem gerar redes de *accountability*⁴, voltadas a atuarem cooperativamente para os fins de monitorar, investigar e mesmo punir gestores públicos e privados que depredam os interesses e bens estatais e da Comunidade.⁵

Possibilidade de acordos pactuados entre Poder Público e terceiros para fins de abrandamento de penas já foram previstos por normativas pretéritas, como a Lei Antitruste, nº12.529/2011 – nomeadamente em seu art.86, e seguintes; também pelos acordos específicos em sede de regulação financeira e do mercado de capitais, instituídos pela Lei nº13.506/2017, chamados de acordos administrativos em processo de supervisão (art.30, e seguintes da Lei).⁶

De igual sorte a Lei de Improbidade Administrativa (nº 14.230/2021, reformatada), Lei de Licitações (nº14.133/2021, reformatada), regulam possibilidades de responsabilidades administrativas, civis e

4 Como querem POWER, Timothy J., TAYLOR, Matthew M. *Introduction: Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil*. In POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (Orgs.). *Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for Accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011, p. 1–28.

5 Podemos citar aqui exemplificativamente a estruturação e aperfeiçoamento de instituições importantes para perseguir aqueles escopos, tais como: Ministério Público, Controladoria-Geral da União (CGU), tribunais de contas, Advocacia-Geral da União (AGU) e mecanismos de transparência e controle social pela via das mídias, redes sociais e conselhos.

6 Registre-se que na Lei Antitruste as vantagens do AL são estendidas igualmente às pessoas físicas e jurídicas, pois, quanto mais colaborarem, mais benefícios poderão ter, nos termos dos seus artigos 86 e 87. Na LAC, entretanto, somente as pessoas jurídicas contam com fomentos à colaboração, enquanto que as físicas (responsáveis pelas empresas) poderão eventualmente ser processadas por múltiplas responsabilidades – criminal, administrativa e cível; mas ela poderia ter tratado de forma diversa tais questões, já que possibilitou facilidades às empresas que formam o mesmo grupo econômico da corporação que levou a cabo o AL (art.16, §5º).

penais, negociadas, mas nenhuma delas tratou pontualmente da responsabilidade da pessoa jurídica **por atos de corrupção** como a LAC.⁷

Qualquer possibilidade de composição negocial de conflitos pela via do AL, envolvendo o Poder Público, necessariamente vai contar com juízos prévios sobre as condições e possibilidades deste negócio e, nomeadamente quando se fala do AL no âmbito da LAC, para os fins de que sejam alcançados a colaboração efetiva com as investigações e com o processo administrativo, tendo como escopo a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sobre apuração.⁸

E isto se dá por conta de que o AL configura típico ato administrativo (negocial), absolutamente vinculado aos termos da norma que o autoriza e regula; ou seja, *a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção.*⁹ *Daí porque, tratando-se de ato administrativo negocial, que envolve interesse de terceiros, mister é que suas bases constitutivas estejam muito bem alinhadas com os fins (públicos em primeira linha) que a LAC pretende alcançar com o uso desta ferramenta.*

Por tais fundamentos desde logo o art.16, e seguintes, da LAC, combinado com o art.32, e seguintes, do Decreto nº11.129/2022 - DLR, determinam os escopos e requisitos para que o AL ocorra, os quais, quando não observados, podem gerar situações de desconstituição/nulificação.¹⁰

Esta compreensão da norma vem ratificada pelo DLR, que regulamenta a LAC, nomeadamente em seu art.32, ao referir que o AL é ato administrativo negocial decorrente do exercício do poder sancionador do Estado, que visa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, **devendo buscar:** (i) o incremento da capacidade investigativa da adminis-

7 Neste sentido ver o resgate de normas que faz o texto de ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. *O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência*. In Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 181, 2017.

8 Nos termos do art.16, da LAC.

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p.102.

10 Conforme o disposto nos arts.138 e 139, do CCB.

tração pública; (ii) a potencialização da capacidade estatal de recuperação de ativos; e (iii) o fomento da cultura de integridade no setor privado.¹¹

No plano doutrinário Marçal Justen Filho adverte para o fato de que:

*O acordo de leniência não padece de inconstitucionalidade. Não traduz violação a qualquer princípio constitucional, inclusive o da segurança jurídica e o da isonomia. A leniência não implica a ausência de sancionamento. Não há eliminação da responsabilidade do sujeito pela infração cometida. A punição é atenuada em vista da contrapartida de benefícios auferidos pela comunidade em geral. O acordo de leniência previne litígios intermináveis, antecipa o encerramento de controvérsias, assegura a adoção de condutas empresarialmente saudáveis e permite a revelação de ilícitos que, de outro modo, permaneceriam ocultos. A dimensão expiatória da sanção é reduzida e compensada por uma eficácia de cunho de prevenção.*¹²

Desconsiderar em sede de AL os elementos recém sublinhados implica banalização e mesmo o esvaziamento dos bens e interesses públicos indisponíveis que a norma de regência pretende tutelar, fragilizando ainda mais o sistema normativo violado e fomentando a quebra de fidúcia por parte da Sociedade neste instrumento. Mas não é só, pode transformar o AL em: (i) medida de fomento para imprimir níveis de disponibilidade predatória daqueles bens e interesses e (ii) níveis progressivos de impunidade pelas depredações provocadas.

Temos que a Operação Lava a Jato, envolvendo o escândalo da Petrobras, por ter tomado impulso efetivo a partir do início de 2014, portanto, já na vigência da LAC, contou com ao AL para fins de: (i) obtenção de provas, (ii) recuperação de ativos e (iii) ressarcimento de danos por atos de corrupção, (iv) alterar o comportamento das empresas para o futuro, podendo-se aqui já vislumbrar algumas dificuldades de sua ope-

11 O art.45, deste mesmo Estatuto, determina como obrigatória ainda cláusulas do AL que versem sobre: (i) o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a VII, do caput, do seu art.37; (ii) a perda dos benefícios pactuados em caso de descumprimento do acordo; (iii) a natureza de título extrajudicial do AL, o que evidencia a proeminência do interesse público sobre o da empresa envolvida nestas situações.

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 2016, p.1.382.

racionalização. E estes elementos contribuíram para sedimentar alguns conceitos estruturantes da LAC e do próprio AL.¹³

Dentre as críticas que se tem feito a estes AL, em especial na Lava a Jato, toma relevo a de que alguns autores têm chamado de disputas de protagonismos ou poder entre as instituições envolvidas em situações desta natureza (AGU, CGU, MPF, TCU).¹⁴ Soma-se a isto os riscos de negociações e acordos sem critérios e parâmetros muito claros – nomeadamente em face dos escopos da LAC, no particular -, gerando níveis de insegurança jurídica muito elevados.

A verdade é que nestes anos de experimentação dos AL inúmeros aprendizados têm se forjado, dentre os quais: (i) que os agentes públicos responsáveis pela operacionalização dos acordos precisam equalizar mais seus protagonismos para não gerar sobreposições ineficazes e insegurança jurídica, desestimulando as empresas de levarem a cabo tal possibilidade¹⁵; (ii) que é preciso aprimorar os métodos de aferição dos danos causa-

13 Vários veículos de imprensa no país divulgaram notas sobre acordos de leniência de inúmeras empresas envolvidas na Lava a Jato, dentre as quais: (i) Grupo Setal, conforme portal da Revista Valor Econômico, publicado em 17/12/2014, acesso pelo site: www.valor.com.br/politica/3828010/mpf-faz-acordo-de-leniencia-com-seis-empresas-do-grupo-setal, acesso em 14/08/2023; (ii) Camargo Córrea, conforme portal de notícias do G1, publicado em 31/07/2015, acesso pelo site: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/camargo-correa-fecha-acordo-de-leniencia-com-o-cade-e-o-mpf.html>, acesso em 14/08/2023; (iii) Andrade Gutierrez, conforme portal do jornal Estadão, publicado em 08/05/2016, acesso pelo site: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,andrade-gutierrez-fecha-acordo-de-leniencia-e-se-compromete-a-pagar-indenizacao-de-r-1-bi,10000049809>, acesso em 14/08/2023; (iv) Odebrecht, conforme portal do jornal Folha de São Paulo, publicado em 01/12/2016, acesso pelo site: www.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1837429-odebrecht-assina-acordo-de-leniencia-com-procuradores-da-lava-jato.shtml, acesso em 14/08/2023.

14 Ver o texto de TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *A Leniência Anti- corrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto*. In TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. Colaboração Premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.239. A LAC atribui à CGU a competência para firmar os AL, todavia, a Constituição Federal atribui tarefas similares ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 129).

15 Podemos lembrar aqui os desentendimentos entre TCU com a CGU e o MPF, envolvendo diversos AL levados a efeitos por estes dois (Andrade Gutierrez e Odebrecht), a ponto de o STF ter deferido, em 22/02/2016, medida cautelar em Mandado de Segurança nº34.031/DE, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, impetrado pela CGU contra ato de Ministro do TCU que teria determinado o envio de todas as informa-

dos pelos atos corruptivos praticados, a fim de tornar mais efetiva a busca do seus ressarcimentos já pela via dos AL; (iii) que é fundamental constituir o que se tem chamado de governança dos recursos recuperados pelos AL, nomeadamente no que tange as distribuições e usos de tais receitas¹⁶; (iv) que o AL precisa dimensionar equilibradamente os elementos de informação célere para a responsabilização administrativa, reparação dos danos causados e alteração da conduta corruptiva empresarial em face da troca de redução de sanção.

Partimos da premissa de que o AL, em sede de LAC, reclama atribuição de sentido contextual, pois ele está sendo previsto a partir de uma política de enfrentamento da corrupção contra interesses públicos indisponíveis que são os da Administração Pública, devidamente demarcados em estatuto normativo vinculante (LAC).¹⁷

Tenhamos presente que a corrupção, enquanto fenômeno multifacetado, se encontra em inúmeros cenários e conjunturas políticas, econômicas, institucionais e culturais do cotidiano (de pessoas físicas e jurídicas), em todo o globo, decorrentes, dentre outras coisas: (i) da lógica de lucro e rendas associada à acumulação desordenada de capital e riqueza que identifica o modelo estrutural de mercado e da economia capitalista que temos; (ii) da articulada rede organizacional e funcional de ilicitudes cada vez mais sofisticadas envolvendo setores públicos e privados, que

ções sobre AL ainda em negociação, entendendo a impetrante que deveria fazê-lo somente após o encerramento das negociações. Ver também a matéria publicada na Revista Exame, em 17/03/2017, intitulada *TCU manda governo mudar leniência com empreiteiras*, no site: <https://exame.com/brasil/tcu-manda-governo-mudar-leniencia-com-empresiteiras/>, acesso em 07/08/2023.

- 16 Lembremos da Ação de Descumprimento Fundamental -ADPF nº569/2019, Rel. Min. Alexandre de Moraes, intentada justamente para debater a destinação final dos recursos provindos dos acordos (criminais, cíveis e administrativos) com autoridades públicas.
- 17 E ao lado desta política há outras, tanto que a LAC se preocupa em ressaltar no seu texto que a aplicação das sanções nela previstas não pode afetar os processos de responsabilização decorrentes de infrações apuradas perante as Leis de Improbidade Administrativa, Licitações e Contratos Administrativos, e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas; ou seja, a LAC admite a possibilidade de cumulação de sanções sem que isso implique violação ao princípio do *non bis in idem* (art.30). No ponto ver o texto de CAMPOS, Patrícia Toledo de. *Comentários à Lei nº12.846/2013 – Lei anticorrupção*. In Revista Digital de Direito Administrativo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.172-173. Abordamos em extensão maior estes temas na obra LEAL, Rogério Gesta. *Aspectos Polêmicos da Lei Anticorrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

especializam as ações delinquentes e multiplicam seus protagonistas em inúmeros centros de decisão e operação; (iii) da diversificação imensa das contrapartidas retroalimentadoras dos fenômenos que cria, haja vista que a moeda corrente não é a mais corriqueira forma de pagamento de suas investidas, porque é fácil rastreá-la (*follow the money*), tendo sido substituída por modalidades diversas de vantagens, como troca de favores, serviços, presentes, promessas futuras, favorecimento de terceiros etc.¹⁸

Por conta disto, a LAC resolveu demarcar, de modo estruturante, os bens jurídicos que visa tutelar através dos conceitos jurídicos determináveis de patrimônio público, princípios da Administração Pública e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art.5º, da Lei nº 12.846/2013). E o fez bem, justamente para dar o relevo necessário aos seus escopos, mantendo tais prioridades do início ao fim da norma, o que deve se aplicar também para os casos de AL.

Estes elementos precisam estar presentes quando tratamos das cláusulas normativas implícitas e explícitas necessárias do AL na LAC, o que passamos a fazer no particular.

3 CLÁUSULAS EXPLÍCITAS E IMPLÍCITAS DO AL E A TUTELA DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS DA LAC

Na medida em que a LAC estabelece os objetivos que pretende alcançar no corpo integral de seu texto – assim como no DLR –, estes passam a integrar quaisquer possibilidades de interpretação e aplicação de tais normas. Isto implica reconhecer, como premissa fundante da norma, que tal estatuto pretende, acima de qualquer coisa, responsabilizar objetiva, administrativa e civilmente as pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira (art.1º, da LAC). Os atos a serem punidos, todavia, precisam ser lesivos (art.5º, da LAC)! E o que isto significa? O próprio dispositivo responde: são aqueles que **atentam** contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, definidos em termos de espécies nos incisos I a V.

18 Como demonstramos no texto LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade*. Santa Cruz do Sul: Edu-nisc, 2013.

Queremos sustentar aqui – como já fizemos alhures¹⁹ –, que *ato lesivo atentatório* significa qualquer ação ou omissão juridicamente relevante que coloque em risco, ou que lesione, o patrimônio público, os princípios da Administração Pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, no âmbito específico das condutas detalhadas pelo art.5º da Lei.

E aqui temos uma cláusula implícita da LAC, ou seja, não é necessário para caracterizar o comportamento atentatório que ele consolide dano material; basta que apresente risco proibido a tais bens e interesses. E isso se dá porque esta legislação representa verdadeira *norma de combate* à corrupção, com caráter também de prevenção geral, haja vista a gravidade e tragicidade das lesões que tenta coibir e responsabilizar, evidenciadoras de comportamentos defraudadores de expectativas legitimamente constituídas na Sociedade e no Estado, com tal intensidade e frequência, que foi necessário reconhecer serem seus autores, modo geral e mediante adequada demonstração probatória no devido processo legal, portadores de níveis de consciência e vontade dirigida a delinquência.

Outra cláusula implícita que a LAC nos traz é a que diz com sua temporalidade constitutiva, na medida em que condiciona a celebração do AL tão somente com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (art.16, caput, LAC), e isto porque estes dois momentos procedimentais e processuais se prolongam no tempo, já que dizem respeito ao âmbito interno da Administração Pública (e seus protocolos de apuração dos ilícitos demarcados pela LAC).

E neste aspecto, temos que a disposição do art.38, §2º, do DLR, o qual prevê que a proposta poderá ser feita somente até a conclusão do relatório a ser elaborado no Procedimento Administrativo de Responsabilização -PAR, não afasta a possibilidade de eventual revisão ou renegociação dos termos avençados com a empresa no AL, visando alcançar com maior efetividade aos fins que se destina, e isto em face do que dispõe o art.26, da Lei Federal nº13.655/2018 (LINDB).²⁰

19 Abordamos este conceito de forma mais aprofundada no texto LEAL, Rogério Gestta. *Aspectos Polêmicos da Lei Anticorrupção no Brasil*. Op.cit., p.59 e seguintes.

20 Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I- buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com

E em ambos os cenários, cumpre lembrar que o AL configura instrumento de investigação condicionado também a sua efetividade na identificação dos demais envolvidos (quando couber), e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. (art.16, incisos I e II, da LAC).²¹ Por ser assim, entendemos que o AL não pode se constituir em direito subjetivo público da corporação, pois depende de juízo e valoração detalhados e fundamentados – também na LAC – do Poder Público, por mais que a empresa pretendente tenha elementos de identificação dos demais envolvidos, ou informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, e os queira prestar a Administração Pública; isto porque esta pode também já possuir todos estes elementos consolidados e entender por bem que as medidas sancionatórias e indenizatórias sejam necessárias e adequadas a espécie, tendo em vista o caráter gravoso do ocorrido.²²

os interesses gerais; III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

- 21 Interessante o registro adequado do Ministério Público federal sobre o ponto, ao afirmar que: *O sentido e o alcance da leniência, contudo, não se esgotam tão somente em oferta de benefícios à pessoa jurídica que, após corromper, coopera. Trata-se, em sua essência, de instituto de corte dúplice. De um lado, consiste em técnica especial de investigação, que visa permitir que o Estado se valha da colaboração ativa, livre e voluntária de infrator, que, antes de deflagrada uma investigação ou, embora iniciada, mas durante seu curso, traga relevantes e inéditas informações sobre práticas delitivas, sua autoria e materialidade, além da indicação de meios probatórios. Justifica-se francamente na constatação pragmática e simples de que, muitas vezes, o desbaratamento de delitos organizacionais é tarefa complexa, que envolve a custosa e improvável identificação de atuação ilícita coordenada e organizada, com liame de confiança e sigilo entre os perpetradores. Ou seja, o instrumento de consensualidade encerrado no acordo de leniência é algo mais que uma simples confissão, já que exige entrega, sem reserva mental, de dados mais amplos e sensíveis sobre condutas de terceiros, além da própria, bem como indicação e fornecimento de provas e de caminhos probatórios, e, por isso mesmo, pode ensejar significativas mitigações das penas ou, em casos isolados, sua remissão total.* In <https://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>, site institucional da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público Federal, acesso em 08/08/2023. Grifos nossos.
- 22 Vai neste sentido o texto de DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº12.846/2013*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p.136. Estamos cientes de posições contrárias, defendendo a tese de que a Administração não possui qualquer liberdade para celebrar ou não o acordo de leniência quando preenchidos todos os requisitos e pressupostos legais estabelecidos

Ultrapassada esta questão, temos que a previsibilidade mínima de alguns resultados pré-determinados (efetividade na identificação do que a lei exige para que o AL ocorra²³), deve operar, num primeiro momento, como condição de possibilidade do acordo; e num segundo momento, como parâmetro contratual/negocial suspensivo do AL, haja vista que, verificada a inefetividade dos escopos pactuados no documento negocial, por injustificado descumprimento ou inefetividade, é possível termos situação em que reste configurada a ausência de elemento substancial do negócio e, por conta disto, resulte caracterizada a invalidade superveniente do avençado, passível, pois, de desconstituição pela via da rescisão – observado, claro, o devido processo legal e o amplo direito de defesa.²⁴

E isto porque o art.16 da LAC traz verdadeiros pressupostos de validade deste, os quais compõem a chamada finalidade (pressuposto teleológico) da norma, e como refere Celso Antônio Bandeira de Mello: *Finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, constituindo o alcance dos objetivos por ele comportados. Em outras palavras: é o objetivo inerente à categoria do ato.*²⁵

Em ocorrendo a desconstituição do AL por aqueles motivos, a pessoa jurídica contratante não se verá livre (isenta) de responsabilidades prevista pela LAC, dentre as quais as previstas no inciso II, do artigo 6º (publicação extraordinária), e no inciso IV, do artigo 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos).²⁶

LAC, como quer ZOCKUN, Maurício. *Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência*. In <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>, acesso em 22/08/2023.

23 Inclusive as demandas perquiridas pelo art.37, do DLR.

24 Consoante o disposto no art.53, do DLR, com diversas consequências à empresa beneficiada, ficando ainda **impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 anos**, contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento, nos termos do art.16, §8º, da LAC.

25 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op.cit., p.419.

26 E mais, conforme o art.19, da LAC: *Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores*

Para além disto, como a celebração do AL interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado em relação aos atos ilícitos objeto do acordo até o cumprimento dos compromissos firmados – ou até sua rescisão –, frustrado o negócio entabulado, impõem-se a retomada da responsabilização prevista pela LAC.²⁷ Mas tal vai se dar levando em conta as disposições do art.21, da Lei nº13.665/2018 (LINDB):

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Diante destes cenários, devem os envolvidos (poder público e empresa) no AL prospectar, como condição prévia de possibilidade deste, com muita responsabilidade e máxima precisão possível, os potenciais envolvidos nos ilícitos sob apuração, os marcos temporais à obtenção célere de informações e documentos que os comprovem, e que demais informações/contribuições aqueles efetivamente podem dar aos escopos da LAC, sob pena de esvaziamento de tal possibilidade.²⁸ Ora, salvo melhor juízo, esta exigência do art.16, caput, da LAC, induz a existência de apuração de irregularidades descritas nesta norma, estando já a Adminis-

que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. § 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Grifos nossos.

27 Consoante determina o art.49, do DLR.

28 Aliás, é o que dispõe o art.39, do DLR, ao estabelecer que *a proposta de celebração de acordo de leniência será submetida à análise de juízo de admissibilidade, para verificação da existência dos elementos mínimos que justifiquem o início da negociação.*

tração Pública investigando tais ocorrências, seja pela via de sindicâncias administrativas, seja pela via do Processo Administrativo de Responsabilização -PAR (art.8º, e seguintes, da LAC).²⁹

Agora tenhamos claro a disposição expressa do art. 16, §3º, da LAC, no sentido de que este acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de **reparar integralmente** o dano causado a Administração Pública, o que vem corroborado pelo disposto no art.19 do diploma sob comento. Daí porque a realização do AL em determinado momento pode não resultar, necessariamente e de forma implícita, em quitação do dano; até porque, em ocasião posterior ao negócio entabulado, pode ser constatado que a eventual indenização paga se revelou insuficiente à cobertura integral do prejuízo sofrido, reclamando complementação, caso contrário estar-se-ia derogando o disposto no §3º, do art.16, da LAC, e o art.37, VI, e art.66, do DLR.³⁰

Elemento de mitigação a favor da empresa beneficiada com o AL, sob o ponto de vista patrimonial, está regulamentado pelos termos do art.37, VII, do DLR, ao estabelecer que a pactuação deste **pode** prever que os valores correspondentes ao acréscimo patrimonial indevido, ou ao enriquecimento ilícito, direta ou indiretamente obtido da infração, não sejam perdidos em favor do ente lesado ou da União, tudo a ser detalhado em cada caso, mas isto nada tem a ver com a remição do dever de ressarcimento do dano perpetrado.³¹ Mas tais possibilidades não implicam direito subjetivo público da empresa, mas hipótese passível de ponderação em face das demais exigências estabelecidas pela norma.³²

29 Lembrando que a Controladoria Geral da União, publicou a Portaria nº910, de 07/04/2015, estabelecendo os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para a celebração do AL de que trata a LAC, registrando neste documento que a investigação preliminar será dispensável se presentes indícios de autoria e materialidade suficientes à instauração do Processo Administrativo de Responsabilização.

30 Neste sentido, este art.66, do DLR, determina que o processamento do PAR, ou a negociação de acordo de leniência, não interfere no seguimento regular dos processos administrativos específicos para apuração da ocorrência de danos e prejuízos à administração pública federal resultantes de ato lesivo cometido por pessoa jurídica. Ver o texto de RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.239.

31 Até porque não se pode cogitar que a simples assinatura de acordo de leniência seja suficiente para que atos definidos como corruptos/ilícitos (pela LAC) passem a ser válidos e, sobretudo, eficazes, operando-se convalidação superveniente.

32 Exigências, a saber, que a pessoa jurídica tenha: (i) sido a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância

Mas quais os limites ou elementos demarcatórios da reparação integral do dano causado pelo comportamento ilícito realizado pela pessoa jurídica nos termos da LAC?

Sabidamente o ressarcimento integral de danos causados ao patrimônio e interesse públicos configura mecanismo de tutela da higidez destes bens reconhecida pelo sistema jurídico nacional (constitucional e infraconstitucional), e enquanto efeito da prática ilícita disposta por lei cogente, o que desde há muito já vem reconhecido pela jurisprudência pátria.³³

O Superior Tribunal de Justiça - STJ já teve oportunidade de demarcar melhor os termos de extensão de danos daquela forma provocados, sustentando que:

O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras demais sanções é que podem levar em conta, e.g., a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano. Vale dizer: o ressarcimento é providência de caráter rígido, i.e., sempre se impõe e sua extensão é exatamente a mesma do prejuízo ao patrimônio público.³⁴

Ou seja, as causas passíveis de gerarem danos ressarcíveis em sede de LAC são as relacionadas aos incisos do art.5º da Lei. Qualquer

for relevante; (ii) cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo; (iii) admitido sua responsabilidade objetiva quanto aos atos lesivos; (iv) cooperado plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; (v) fornecido informações, documentos e elementos que comprovem o ato ilícito; (vi) reparado integralmente a parcela incontroversa do dano causado. (art.37, incisos I a VI, do DLR).

33 Neste sentido os julgados do Superior Tribunal de Justiça: (i) RESP. nº1028330, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, nov/2010 e (ii) RESP. nº977093, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, ago/2009; (iii) RESP nº664.440/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, maio/2006. Diz textualmente o primeiro RESP que: *O ressarcimento não constitui penalidade; é consequência lógica do ato ilícito praticado e consagração dos princípios gerais de todo ordenamento jurídico: suum cuique tribuere (dar a cada um o que é seu), honeste vivere (viver honestamente) e neminem laedere (não causar dano a ninguém).*

34 RESP. nº1185114, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, out/2010. Em termos doutrinários ver o texto de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Comentários ao art. 6º*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.121.

outro dano atinente, por exemplo, a moralidade/extra patrimonialidade conexo, deverá ser aferido em procedimento próprio (ação civil pública, ação popular, de terceiro lesado, etc.).

Em termos de critérios e metodologias de quantificação daqueles danos, é interessante, a título exemplificativo, a matriz eleita pelo Tribunal de Contas da União, nos autos do processo de tomada de contas envolvendo a Operação Lava a Jato/Petrobrás, definindo que:

em vez da comparação com parâmetros de preços especificados em lei como referências de mercado (Sinapi e Sicro, principalmente), o exame requereu forma diferenciada de aferição do dano, consistente, segundo o relator, na diferença entre o que a Petrobras pagou e o que despenderia de fato pelo bem, em um ambiente de competição regular, sem a existência de cartel. Destacou que a unidade técnica identificara diversos métodos reconhecidos nos Estados Unidos e na União Europeia, tendo optado pela abordagem baseada em métodos comparativos, que estima o cenário contrafactual. Consistiu a metodologia, basicamente, na comparação do comportamento da variável que se quer estudar, no caso o desconto ofertado pelos contratados frente ao orçamento da Petrobras, nos cenários com cartel (factual) e sem a infração (contrafactual). Para tanto, utilizaram-se técnicas econométricas, com base em análise de regressão, a partir de dados das contratações da estatal e das informações de processos judiciais em curso.³⁵

De certa forma estes elementos considerados estão relacionados às estimativas de preços nominadas de *but-for-price*, ou seja, métodos comparativos que procuram determinar cenários de referência adequa-

35 Acórdão nº3089/2015, pleno do TCU, autos de tomada de contas nº005.081/2015-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 2.12.2015. Também notícia no site do TCU: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A-151356F960151A6C4ABE771FD&inline=1>, acesso em 14/08/2023. Ainda refere a decisão que: o “potencial prejuízo” informado refere-se ao chamado *overcharge*, assim denominado como a diferença entre o valor cobrado por um determinado produto em um ambiente monopolizado e o valor que deveria ser cobrado caso este produto fosse vendido em um ambiente competitivo; iii) o parâmetro informado, na ausência de dado mais robusto, em presunção *juris tantum*, servirá de base para a avaliação de legalidade e legitimidade dos eventuais acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), nos termos da IN TCU 74/2015.

dos e estimar o preço provavelmente cobrado pelo produto se a infração não tivesse ocorrido.³⁶

Por certo que outros fatores podem ser agregados aqui à mensuração dos danos e do dever de ressarcimento, nomeadamente em face de cenários de AL (e mesmo de colaborações premiadas), haja vista, por exemplo, que informações trazidas pelos investigados interessados nas transações sob comento podem gerar valores expressivos a favor da fazenda pública – seja pela via de recuperação de ativos, seja pelo descortinar de envolvimento ilícitos de terceiros que, por sua vez, venham também a compor AL/colaborações.

A par disto, temos também alguns indicadores de composição dos cálculos de ressarcimento de danos provocados, institucionalizados pela legislação e jurisprudência nacionais, como a atualização monetária e juros moratórios desde o evento danoso (arts.395 e 398, do Código Civil Brasileiro, e Súmula nº43/STJ).

Ainda, urge considerar os chamados danos morais coletivos, passíveis de serem dimensionados nestes casos, como aliás bem demarca decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao dizer que:

O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.³⁷

E isto efetivamente ocorre, por exemplo, nos danos provocados ao meio ambiente, no desvio de recursos públicos, nas questões de improbidade administrativa e nos casos de corrupção (dentre os quais os deli-

36 Conforme CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*. In *Research in Law and Economics*, Bingley, v. 22, p. 59-153, 2005.

37 REsp nº1057274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010. Ver também o interessante texto de RAMOS, André de Carvalho. *A ação civil pública e o dano moral coletivo*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 82-89, jan./ mar. 1998, lembrando o autor que, para tais danos, deve prevalecer política de desestímulo a novas agressões aos bens jurídicos tutelados. Para além disto, a Súmula nº362/STJ determinou que a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

mitados pela LAC). Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça está enfrentando o tema nos autos do Recurso Especial 1.890.353, que discute se a Petrobras poderia aditar pedido em ação de improbidade para incluir os danos morais como ressarcimento pelos contratos fraudados por várias empresas que realizaram acordos de leniência com a União Federal.³⁸

Agora, podem os danos provocados pelos atos corruptivos praticados pela empresa serem objeto de dispensa no âmbito do AL, mesmo em face do disposto no §3º, do art.16, da LAC?

A resposta a esta questão deve levar em conta o sistema jurídico nacional como um todo, e nele, o disposto na Lei nº13.140/2015, posterior a LAC, que trata sobre as possibilidades de mediação e autocomposição negociada de conflitos envolvendo a Administração Pública (o que por certo alcança o AC), em especial o disposto em seu art.3º, ao definir que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis, ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, sendo que, para estes, exige-se homologação judicial, ouvido o Ministério Público. (§2º, do art.3º). Mas, afinal, o que são estes bens indisponíveis que admitem transação?³⁹

Podemos dizer que bens, interesses e direitos indisponíveis, são aqueles em que o seu titular não pode exercer em plenitude o poder de disposição sobre eles, dependendo sempre de autorizações especiais e formais para tanto, como os públicos em geral, os difusos, os que dizem respeito ao estado das pessoas; não podem ser livremente renunciados, cedidos, negociados ou transferidos, pois estão relacionados a aspectos essenciais da vida, e da ordem social. E vai nesta direção o disposto no art.841, do Código Civil Brasileiro, ao afirmar que só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Neste sentido Silvo Venosa: *Assim, nos termos do art. 841, não podem ser objeto de transação*

38 Julgamento ainda não ultimado na constância de produção deste texto, tendo como relator o Min. Herman Benjamin, junto a Segunda Turma do STJ, conforme site: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002097102, acesso em 05/09/2023. O aditamento do pedido da Petrobras foi admitido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dando vezo ao recurso por parte das construtoras. O fundamento da pretensão da Petrobras, com o que concordamos, é que a celebração de acordo de leniência por algumas das rés não prejudica a sua pretensão de ver ressarcidos os danos morais coletivos decorrentes do abalo de imagem sofrido pela empresa.

39 Uma vez que sabemos, em tese, serem os bens públicos, modo geral, indisponíveis por conta de sua natureza.

os direitos não patrimoniais e os de natureza pública. O poder público só pode transigir quando expressamente autorizado por lei ou regulamento.⁴⁰

É a natureza dos bens públicos que os fazem indisponíveis, o que configura a indisponibilidade objetiva, em nada importando suas gestões conjunturais, o que implica reconhecer inexistir campo de discricionariedade pura (conveniência e oportunidade) para transmutar a natureza/identidade própria destes bens, no máximo admitindo-se modular as condições de cumprimento de obrigações relacionadas a eles, nos termos da lei autorizadora.⁴¹

E aqui valem novamente as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que a discricionariedade administrativa não se constitui em salvo conduto para agir sem qualquer limitação, mas decorre da imposição jurídica – ao menos para o gestor público – de perseguir o que for melhor para os interesses e bens da Comunidade, e este é um exame de pura *legitimidade que impõe a fulminação dos atos – praticados embora sub color de (pretensão) exercício de discricionariedade – sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos que tais, não terá havido exercício de verdadeira discricionariedade administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do Direito.*⁴²

Sob o ponto de vista pragmático também temos o problema da legitimidade jurídica à deliberação de dispor dos bens sob comento, o que resta evidenciado no debate ocorrido nos autos do Agravo Interno no pedido de tutela provisória nº3489/PR (2021/0202547-4), julgado pelo STJ, oportunidade em que se debatia ter ou não a Petrobras legitimidade jurídica para reclamar, por conta de Acordo de Leniência feito exclusivamente entre a União Federal e as empresas Odebrecht e UTC para afastá-las

40 VENOSA, Silvo Salvo de. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2, p.311.

41 Daí porque, em muitas situações, exige-se a desafetação legal do patrimônio público daqueles bens que, autorizados normativamente, serão passíveis de disposição. Ver os textos de: (i) MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; (ii) ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

42 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op.cit., p.48. Sendo que o controle de tais atos devem ser feitos tanto pela própria Sociedade, como pela Administração Pública, Tribunal de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário.

da ação por improbidade administrativa em curso, o direito potestativo na continuidade da ação em face destas empresas réis, para consecução da reparação de seu patrimônio lesado, até porque não participou deste AL.⁴³ Refere, acertadamente, o Relator do caso: *se certos prejuízos sofridos pela pessoa jurídica-vítima (p. ex., danos morais individuais ou coletivos; condenações ou composições em ações indenizatórias movidas no exterior) não estiverem – expressa, inequívoca e suficientemente – abarcados pelo acordo celebrado, nada impede, em tese, que a empresa ou o órgão público possa sujeitar suas pretensões ao Poder Judiciário.*⁴⁴

4 NOTAS CONCLUSIVAS

Como referimos desde o início, o AL na LAC constitui ato administrativo vinculado, tanto aos fins que persegue a norma anticorrupção, como aos que busca alcançar o negócio entabulado com a pessoa jurídica envolvida, razão pela qual esta prerrogativa atribuída ao gestor público nasce condicionada por tais elementos, como quer Bandeira de Mello: *tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.*⁴⁵

- 43 Agravo Interno no pedido de tutela provisória nº3489/PR (2021/0202547-4), Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 28/11/2022. Registre-se que, mesmo no campo da improbidade administrativa, já reconheceu o STF, nos autos da ADIs nº7.042 e nº7.043, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput e dos §§ 6º-A e 10-C, do art.17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º, do art.17-B, da Lei nº8.429/1992, na redação dada pela Lei nº14.230/2021, para os fins de restabelecer a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.
- 44 Agravo Interno no pedido de tutela provisória nº3489/PR (2021/0202547-4), citado, p.11. Neste ponto é paradigmático o julgamento do STF nos autos do Mandado de Segurança nº37.329/DF, relator Min. Marco Aurélio, e Redator para o Acórdão, o Min. Dias Toffoli, junto a Primeira Turma, julgado em 30/05/2022.
- 45 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op.cit., p.99. Na mesma direção vai Diogo Neto: *Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência*. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos*

Assim, por conta dos elementos trazidos até aqui, nomeadamente em face das normas explícitas e implícitas que regulam o AL na LAC, queremos sustentar que ele não pode ser tomado como negócio jurídico bilateral que importa em quaisquer concessões recíprocas entre as partes visando a composição sobre o conteúdo, a extensão, a validade ou a eficácia de uma relação jurídica de direito material.⁴⁶

Por outro lado, claro que o AL pode viabilizar os interesses da empresa envolvida em situações corruptivas que, dependendo somente de resultados de processos disciplinares e sancionatórios, poderiam, inexistindo possibilidade de composição, redundar em cenários danosos e quiçá letais à corporação. Ou seja, ao resolver colaborar com a Administração Pública para cessar os atos corruptivos existentes; auxiliar, de forma efetiva e célere, na investigação do ocorrido, compondo os danos que deu causa, deve ter a pessoa jurídica que celebrar o AL vantagens que a norma lhe alcança; todavia, reforçamos nossa tese, no que tange pontualmente aos danos que suas ações provocaram ao interesse e patrimônio público, porque indisponíveis, **deverão ser ressarcidos**, na forma modulada pela composição negocial. Eventual dispensa deste ressarcimento reclamará prévia autorização/desafetação legislativa do *quantum* identificado a este título, sob pena de nulidade absoluta.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. *O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência*. In Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA. São Paulo, v. 4, n. 1, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

consensuais da ação administrativa. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, 2003. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>>. Acesso em: 25 jun.2018, p.16. Grifos nossos.

46 Conceito de transação que se aproxima ao de Ponde de Miranda, no seu clássico MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25, p. 117-118.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. *Comentários à Lei nº12.846/2013 – Lei anticorrupção*. In Revista Digital de Direito Administrativo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence*. In Research in Law and Economics, Bingley, v. 22, p. 59-153, 2005.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº12.846/2013*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/camargo-correa-fecha-acordo-de-leniencia-com-o-cade-e-o-mpf.html>>, acesso em 14/08/2023.

<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,andrade-gutierrez-fecha-acordo-de-leniencia-e-se-compromete-a-pagar-indenizacao-de-r-1-bi,10000049809>>, acesso em 14/08/2023.

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>, acesso em 22/08/2023.

<https://exame.com/brasil/tcu-manda-governo-mudar-leniencia-com-empresas/>, acesso em 07/08/2023.

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A1-51356F960151A6C4ABE771FD&inline=1>, acesso em 14/08/2023.

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002097102, acesso em 05/09/2023.

<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/07/26/lei-anticorrupcao-devolve-bilhoes-aos-cofres-publicos.ghtml#>, acesso em 26/07/2023.

<https://veja.abril.com.br/politica/a-conta-da-corrupcao-r-25-bilhoes-ja-retornaram-aos-cofres-publicos>, acesso em 26/07/2023.

<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>, site institucional da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público Federal, acesso em 08/08/2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. *Aspectos Polêmicos da Lei Anticorrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

----. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, 2003. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>>. Acesso em: 25 jun.2018.

POWER, Timothy J., TAYLOR, Matthew M. *Introduction: Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil*. In POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (Orgs.). *Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for Accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

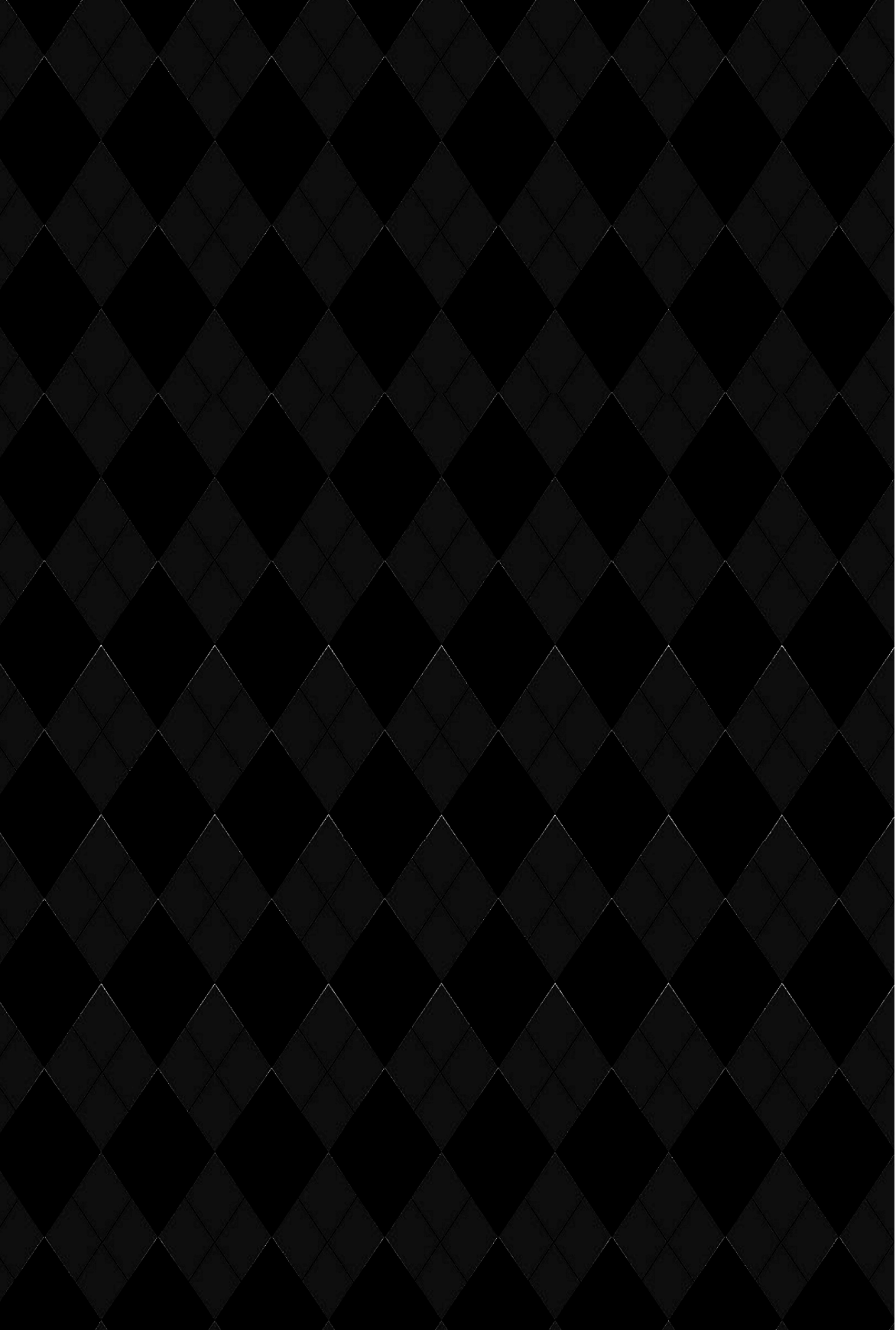
ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *A Leniência Anti- corrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto*. In TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VENOSA, Silvo Salvo de. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2015.

www.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1837429-odebrecht-assina-acordo-de-leniencia-com-procuradores-da-lava-jato.shtml>, acesso em 14/08/2023.

www.valor.com.br/politica/3828010/mpf-faz-acordo-de-leniencia-com-seis-empresas-do-grupo-setal, acesso em 14/08/2023.



EL NUEVO PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN¹

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 PRIMEROS TEXTOS DEL SIGLO XIX

Las constituciones previas a la de 1833 fueron excepcionalmente ratificadas por ciertos “ciudadanos ilustres” que tuvieron el privilegio de ser electores (tal como ocurrió en el caso de las de 1812 y 1818). En general, se aprobaron mediante la participación de asambleas constituyentes (así, por ejemplo, las de 1823 y 1828).

El 14 de agosto de 1811, se sancionó el Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, que puede considerarse como el “*primer bosquejo de Constitución*” y en el que se establece por primera vez que el Poder Ejecutivo residirá en una autoridad colegiada. En dicho texto, el Congreso Nacional señaló su convicción íntima de “*la necesidad de dividir los poderes*” y, por lo mismo, de la importancia de “*fijar los límites de cada uno sin confundir ni comprometer sus objetivos*”.

Posteriormente, el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 reconoció por primera vez derechos y libertades fundamentales, esbozando la separación de poderes y la independencia judicial.

Más tarde, el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818 aludió a los derechos naturales de la persona (seguridad individual, honra, propiedad, libertad e igualdad), entregando el Ejecutivo a un Director Supremo, como ya antes lo había señalado la Carta de 1814.

Mientras que la Constitución de 1822 reguló la nacionalidad y ciudadanía, a la vez que estableció el bicameralismo, la Carta moralista de

1 Profesor de Derecho Constitucional, U. de Chile y U. Finis Terrae

1823 fijó, a su turno, la actual organización de la judicatura, a cuya cabeza se encuentra la Corte Suprema.

Posteriormente, la Constitución liberal de 1828, inspirada en la Constitución de Cádiz de 1812, fortalecerá las libertades públicas, transformando así la carta fundamental en un límite a los abusos de poder.

1.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1833

La Constitución de 1833, preparada por una comisión de siete miembros, fue finalmente aprobada por un organismo denominado Gran Convención, integrada por 16 diputados y 20 ciudadanos ilustres. Cabe señalar que la elección de estos últimos se materializó sobre la base de una lista reservada que el Ministerio del Interior envió al efecto al Congreso Nacional. Puede ser considerada una de las mayores obras jurídicas de nuestro derecho público, así como en el derecho privado lo fue el Código Civil de Bello.

Si bien para algunos establecía un presidencialismo fuerte, el Congreso Nacional reservaba para sí la aprobación de las leyes periódicas, entre ellas, la de presupuesto. El Presidente tenía un mandato de cinco años, originalmente renovables, hasta que el año 1871 se prohibió la reelección. En los años posteriores (1874) se dictaron diversas reformas de carácter liberal.

De esta manera, durante el siglo XIX rigió en plenitud la Constitución de 1833, la que incluso se aplicó -casi sin modificaciones- en forma parlamentaria (o más bien asambleísta) en el período posterior a la guerra civil de 1891.

1.3 LA CONSTITUCIÓN DE 1925

Luego de la fracasada experiencia del seudo parlamentarismo en Chile (1891-1925), uno de los principales propósitos que tuvo el Presidente Arturo Alessandri, a su regreso en 1925, fue el redactar una nueva Constitución que consagrara expresamente un régimen presidencial.

Así, se convocó a dos subcomisiones: una de las cuales estudiaría el texto a aprobar, y la otra, el mecanismo de ratificación del mismo. En cuanto a este último aspecto, se impuso la tesis del Presidente en orden a plebiscitar el proyecto de reforma.

El plebiscito se efectuó el 30 de agosto de 1925, siendo aprobado el proyecto presidencial. Sin embargo, como se desprende del acucioso estudio de Wood Le Roy, del total de electores con derecho a sufragio sólo el 43,03 % dio su apoyo al texto respaldado por el Presidente, mientras que el 54,63 % acordó abstenerse, representado principalmente por los partidos Liberal Unido, Radical y Conservador. En ese sentido, no deja de ser sintomático el que aún en la década de los 40 se insistiera, por estos dos últimos partidos, en el restablecimiento del régimen parlamentario, lo que demuestra el grado de rechazo de las colectividades políticas mayoritarias al texto ya vigente.

De esta manera, el texto constitucional de 1925 perfeccionará las instituciones y los derechos de las personas, asegurando nuevos derechos sociales, y reduciendo el rol del Congreso Nacional, al que sin perjuicio de sus funciones de colegislador, le corresponde fiscalizar los actos de Gobierno. Por su parte, el Senado heredará las funciones consultivas que en el siglo XIX tenía el Consejo de Estado.

Además, se crearán nuevas instituciones como el Tribunal Calificador de Elecciones. Asimismo, se establecerá por primera vez la indemnización por error judicial, aunque sujeto a la dictación de una ley que nunca se aprobó.

Durante su vigencia se aprobaron reformas tendientes a vigorizar el Poder Ejecutivo como colegislador (especialmente en materia de iniciativa exclusiva en el ámbito económico y financiero), la consagración de órganos autónomos (como la Contraloría General de la República, llamada a controlar la legalidad de los actos de la administración, en 1943; o el Tribunal Constitucional, cuya finalidad es resolver las cuestiones de constitucionalidad que se produzcan durante la tramitación de las leyes, en 1970) y a regular especialmente el derecho de propiedad y su función social (1963, 1967 y 1971), que había sido ya establecida en 1925.

2 LA CONSTITUCIÓN DE 1980

2.1 APROBACIÓN

La Constitución de 1980, fue elaborada en tiempos no democráticos, por una Comisión asesora, conformada por juristas del mundo liberal, laico y cristiano; siendo luego revisada por el Consejo de Estado, in-

tegrado -entre otros- por ex Presidentes de la República; para finalmente ser conocida por la Junta de Gobierno, y ser posteriormente plebiscitada.

En efecto, el texto fue plebiscitado el 11 de septiembre de 1980 y aprobado por el 67,04 % de los ciudadanos. Ciertamente, dicho plebiscito fue cuestionado frente a la inexistencia de registros y órganos jurisdiccionales electorales.

Entre las innovaciones debe citarse el aseguramiento de nuevos derechos fundamentales (vida, debido proceso, honor, medio ambiente libre de contaminación, libertad económica y derecho a la propiedad, por mencionar algunos) y el establecimiento del recurso de protección como mecanismo de tutela constitucional. Además, refuerza el régimen presidencialista aumentando las atribuciones del Presidente de la República.

2.2 REFORMAS DE 1989

En 1989 se pacta entre el gobierno militar y los principales partidos de oposición un conjunto de 54 reformas. Estas fueron plebiscitadas en 1989, siendo aprobadas por el 85,7 % de los electores, permitiendo una transición pacífica a la democracia, liderada entonces por el ex Presidente Patricio Aylwin.

Entre los aspectos modificados cabe citar el reconocimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la derogación del artículo 8, la reducción del régimen de incompatibilidades gremiales y políticas, la eliminación de la facultad presidencial de disolver la Cámara de Diputados, la modificación respecto de efectos de estados de excepción, la alteración de circunscripciones senatoriales, los nuevos quórum de aprobación de leyes, la alteración de composición y atribuciones del Cosena y las enmiendas en el régimen comunal.

En los posteriores quince años se aprobaron por el Congreso Nacional 14 procesos adicionales al texto, abarcando materias tan disímiles como beneficios a los condenados por delitos terroristas, normas sobre administración regional y comunal, incorporación del Ministerio Público penal, integración de la Corte Suprema, igualdad entre hombres y mujeres, fortalecimiento de la educación, etc.

2.3 REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

Más recientemente, el 2005, se aprobaron reformas que comprendieron casi la totalidad del texto aprobado en 1980. En efecto, se incorporó como base de la institucionalidad la publicidad, se modificó el capítulo sobre nacionalidad y ciudadanía, y se realizaron precisiones respecto de ciertos derechos fundamentales y de la procedencia de la protección en materia ambiental.

Sin embargo, las grandes reformas fueron, sin duda, aquellas relativas a la parte orgánica de la Constitución Política. Así, se redujo el mandato presidencial a cuatro años, se fortaleció la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados y se introdujeron reformas en relación con los tratados internacionales. Se eliminó el rol de garante de las FFAA, y al Consejo de Seguridad Nacional se le otorgaron funciones exclusivamente consultivas. A su vez, la discusión sobre el sistema electoral quedó entregada al legislador.

Finalmente, se modificó la normativa del Tribunal Constitucional, tanto en lo relativo a su integración como a sus facultades, entre las cuales destaca ciertamente la acción de inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de las leyes.

La importancia de esta reforma llevó al ex Presidente Lagos a afirmar que por primera vez teníamos un “texto verdaderamente democrático”.

2.4 ULTIMAS REFORMAS

En los últimos años también se han aprobado diversas leyes de reformas constitucionales, referentes a materias tan disímiles como la educación parvularia, el estatuto de Isla de Pascua, la vigencia progresiva de reformas procesales, la inscripción automática, las asociaciones municipales, el estatuto de la Corte Penal, las fechas de elección de gobierno regional, la asistencia a las víctimas, el financiamiento gratuito en la enseñanza, la integración de la Cámara de Diputados, el sufragio para residentes en el extranjero, la obligación de rendir cuentas, la autonomía del Servicio Electoral, la normativa sobre transparencia y gasto electoral, la fecha de la cuenta presidencial y la protección de datos personales.

3 MECANISMOS DE CAMBIO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 EXPERIENCIAS EUROPEAS

En la experiencia del derecho comparado han existido diversos mecanismos propuestos. Estos contemplan la Comisión de Expertos, la Asamblea Constituyente, la Convención Constituyente, e incluso el propio Congreso Constituyente.

En Europa después de la segunda guerra pueden citarse los casos de Asambleas Constituyentes en Italia (1947), una Comisión de Expertos en Alemania (1949), un Congreso Constituyente en España (1978), una Comisión Constituyente en Francia (1958) o vía el Poder Legislativo en Polonia (1997)

3.2 EXPERIENCIAS AMERICANAS

Por su parte, han existido experiencias de asambleas constituyentes en textos hispanoamericanos más recientes, con resultados disimiles y sujetos a crítica, como lo son el caso de Venezuela (1999), Ecuador (2008) o Bolivia (2009). Un caso más exitoso es el de Colombia (1991). A su vez, el proceso de Brasil (1988) se efectuó a través del Poder Legislativo.

3.3 EL ROL DE LOS EXPERTOS

Desde ya cabe señalar que no ha sido inusual el empleo de comisiones especializadas en la elaboración de nuevos textos constitucionales, tanto en el derecho comparado como en nuestra historia constitucional, bajo diversas modalidades.

Un caso interesante fue el español, que motivó la dictación de la Constitución de 1978 aún vigente. El Congreso Constituyente eligió entre sus miembros una Comisión de Asuntos Constitucionales, integrada por 7 destacados juristas con el propósito de redactar el anteproyecto. Representaban las muy diversas opiniones políticas de la época, destacándose entre ellos reconocidos profesores de Derecho Constitucional.

Por su parte, en el caso de Francia, la Asamblea Nacional aprobó en 1958 una normativa que entregaba a un Comité Ministerial, encabezado por el Presidente De Gaulle, y en el que participaba un Comité Cons-

titucional (de carácter consultivo) y el Consejo de Estado, el mandato de elaborar una nueva Constitución, texto que fue aprobado en referéndum.

En el caso chileno también tuvieron un rol en algunas Constituciones, especialmente en los siglos XIX y XX, tal como ya se señaló.

4 HACIA UN NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL

4.1 EL PROCESO CONSTITUYENTE DE LA PRESIDENTA BACHELET (2014-2018)

En el segundo período de la Presidencia Bachellet (2014 a 2018) se propuso instar hacia un nuevo texto constitucional, comprometiéndose a un proceso constituyente democrático, institucional y participativo.

Para tal efecto, el Gobierno convocó a cabildos a nivel local, provincial y regional. Del mismo modo, se estableció un Consejo Ciudadano de observadores del proceso. La etapa participativa concluyó con la elaboración de las Bases Ciudadanas para una Nueva Constitución, sistematizándose todas las opiniones debatidas. Adicionalmente, se efectuó un proceso de consulta a los pueblos indígenas.

El texto de una nueva Constitución fue enviado en marzo de 2018 al Congreso, al término del mandato.

En el mensaje se indica que la necesidad de una nueva Constitución ha sido un imperativo de las fuerzas democráticas desde la generación y entrada en vigencia de la Carta de 1980, lo que se ha posicionado como uno de los temas centrales de la sociedad chilena durante los últimos años. De esta manera, se permitiría un reencuentro con las tradiciones republicanas, democrática y social.

El texto proponía una nueva matriz de interpretación constitucional con base en el establecimiento de un Estado de Derecho democrático y social, al servicio de la persona y cuya finalidad es el bien común, bajo el principio de solidaridad.

En la misma línea, se reconocían los pueblos indígenas como parte fundamental del nuevo orden. Se incluían nuevos derechos como son el libre desarrollo de la personalidad, la protección de niños y adolescentes y el derecho a la participación. De igual forma, se establecía la tutela sobre todos los derechos.

En cuanto al régimen político, se fortalecía el equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo, eliminando las leyes supra mayoritarias, y mo-

dificando el control preventivo de las leyes por parte del Tribunal Constitucional. Además, se contemplaba la iniciativa ciudadana de ley.

El texto, sin embargo, no avanzó en su tramitación, al no ser prioridad del siguiente gobierno.

4.2 EL ACUERDO CONSTITUCIONAL DE 2019

El Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, suscrito por los principales partidos el día 15 de noviembre, estableció un mecanismo para redactar una Nueva Carta Magna, que reemplazara la Constitución de 1980. Para esto, decretó que en el mes de abril del 2020 se llevaría a cabo un plebiscito, donde se votaría si se quiere o no una nueva Constitución. A su vez, en caso afirmativo, si debía ser redactada por una Convención Constitucional (completamente electa) o una Convención mixta (mitad electos y mitad parlamentarios).

La elección se realizó en el mes de octubre del año 2020, oportunidad en la que un 78% de la población manifestó su voluntad de tener una nueva Constitución, que fuera redactada por una Convención electa democráticamente.

Por su parte, la elección de convencionales se efectuó los días 15 y 16 de mayo de 2021, instalándose la Convención Constituyente el 4 de julio de dicho año.

La Convención debió crear y aprobar su Reglamento, tomando decisiones sobre la base de un quórum de 2/3 de miembros en ejercicio; disponiendo de un plazo de 9 meses para su labor, ampliable por 3 meses.

El Acuerdo estableció, a su vez, que el nuevo texto debía respetar el carácter de república del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes.

El plebiscito ratificatorio del nuevo texto se efectuó sobre la base del sufragio obligatorio. De ser aprobado, se procedería a su promulgación y publicación, derogando orgánicamente la actual Constitución Política de la República.

4.3 EL TEXTO CONSTITUCIONAL Y EL PLEBISCITO (2021-2022)

La Convención, compuesta por 155 miembros, trabajó en 7 sub-comisiones: régimen político, principios, forma de estado, derechos fundamentales, medio ambiente, sistemas de justicia y órganos autónomos y sistema de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonio. Además, posteriormente se conformó una comisión de armonización respecto del texto final.

El proyecto contemplaba un primer capítulo de principios generales, entre los cuales destaca la conceptualización de Chile como un Estado social y democrático de derecho, siendo además plurinacional, intercultural, regional y ecológico. Se resalta que se califica, además, de una república solidaria. Por otro lado, se reconocía a los pueblos y naciones indígenas preexistentes, configurando un Estado laico y plurilingüe.

En cuanto a los derechos fundamentales, se establece un cambio de paradigma, en cuanto ya no solo las personas son titulares de derechos fundamentales, sino también los pueblos y naciones indígenas, e igualmente la naturaleza. Se instaure además que los animales son seres sintientes. El proyecto contempla un estatuto de más de cien derechos, tales como, el derecho a la verdad, a una reparación integral y a la memoria, a la igualdad sustantiva y la igualdad de género, derechos de niños, niñas y adolescentes, neuroderechos, derecho a la huelga, derecho al cuidado, derecho a una vivienda digna, derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia, derecho a una alimentación adecuada, derecho al agua, derecho al deporte, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la libre autodeterminación, derecho a la identidad, derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, derecho al ocio y descanso y derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Para tutelar estos derechos, se incorpora una acción de tutela general de derechos fundamentales.

Además, se establecen nuevos mecanismos de participación ciudadana, tales como la iniciativa legislativa, el referéndum y la revocatoria de autoridades.

Se incorporan nuevos órganos, tales como la Defensoría del Pueblo, la Agencia Nacional del Agua, la Defensoría de la Naturaleza, el Consejo para la Transparencia, la Dirección del Servicio Civil, el Consejo de la Justicia, la Agencia nacional de protección de datos.

En materia de régimen de gobierno se configura un presidencialismo atenuado, un bicameralismo asimétrico (con roles diferenciados entre la

Cámara de Diputados y la Cámara de las Regiones, sucesora del Senado) y un mayor rol de los parlamentarios en materia de iniciativa de leyes. Igualmente, se establecen normas sobre buen gobierno y sistemas de justicia.

El trabajo de la Convención Constituyente fue muy criticado, por diversos factores, lo que ha sido estudiado en recientes excelentes textos de dos profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Estos nos muestran las razones de dicho resultado, tanto desde el punto de vista del funcionamiento interno del órgano (Renato Garín, *El fracaso*) como en relación a los principios del régimen constitucional y al uso impropio del lenguaje jurídico (Mario Fernández, *El vuelco constituyente*).

El 4 de septiembre de 2022, después de casi un año de trabajo, el texto fue plebiscitado, siendo rechazado por un 62% de la población.

El gran jurista Karl Loewenstein puntualizaba que no basta con la validez jurídica de las normas, sino que deben ser observadas lealmente e integradas en la sociedad, de modo que la Constitución sea un traje que sienta bien y no un disfraz.

Disfraz es el artificio o vestimenta con que alguien cambia o modifica su aspecto o condición para no ser reconocido. Podríamos decir que, lamentablemente, algo de ello pudo observarse, con amplio despliegue en los medios. Hubo también algunos que se vistieron con atuendos que usualmente no utilizaban, y otros que se disfrazaron de supuestos “especialistas”.

Desde el punto de vista del contenido, los temas que generaron mayor controversia fueron, sin duda, los relativos a la plurinacionalidad y los diversos sistemas de justicia, incluyendo aquellos de pueblos indígenas y sus autonomías.

4.4 UN NUEVO ESCENARIO CONSTITUCIONAL (2023)

Dado el fracaso anterior, el Congreso Nacional se vio en la obligación de dar otra respuesta a la necesidad de una nueva Constitución. Así pues, en diciembre de 2022 el Congreso, titular del poder constituyente, concurrió a la suscripción del Acuerdo por Chile.

Este dispuso un camino completamente distinto del seguido por la anterior Convención, motivado por una opinión generalizada respecto de su fracaso, reflejado en un texto rechazado por el 62% de la población, es decir, casi 2 de 3 ciudadanos que sufragaron.

Esta nueva etapa, a nuestro juicio, debe permitirnos arribar a un nuevo texto constitucional que ya no sea consecuencia de la guerra fría, ni tampoco de una pretensión refundacional, sino que responda de una forma responsable a los desafíos que nos impone el siglo XXI.

A diferencia del anterior, en este proceso adquirirían un rol fundamental los “expertos”. Como lo dice el término, se trataría de personas experimentadas y con acreditados conocimientos en materia jurídica y constitucional.

Así pues, se establecieron tres órganos que colaborarían en la redacción de este nuevo proyecto. La Comisión de Expertos, encargada de redactar un anteproyecto; el Consejo Constitucional, órgano democrático mandatado a redactar el proyecto final con base en el anteproyecto; y el Comité Técnico de Admisibilidad, responsable de resguardar las bases constitucionales.

De esta forma, en el Acuerdo se establecieron ciertas bases constitucionales, límites al poder constituyente del Comité de Expertos y del Consejo Constitucional, a saber: i) Chile es una República democrática, cuya soberanía reside en el pueblo; ii) El Estado de Chile es unitario y descentralizado; iii) La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos; iv) La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas; v) Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas; vi) Los emblemas nacionales de Chile son la bandera, el escudo y el himno nacional; vii) Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí: a) Poder Ejecutivo, con un jefe de Gobierno con iniciativa exclusiva en la presentación de proyectos de ley que incidan directamente en el gasto público. b) Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas. c) Poder Legislativo bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Diputados y Diputadas, sin perjuicio de sus atribuciones y competencias en particular; viii) Chile consagra constitucionalmente, entre otros, los siguientes órganos autónomos: Banco Central, Justicia

Electoral, Ministerio Público y Contraloría General de la República; ix) Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones, la libertad de conciencia y de culto, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros; x) Chile consagra constitucionalmente con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile; xi) La Constitución consagra, a lo menos, cuatro estados de excepción constitucional: de asamblea, de sitio, de catástrofe y de emergencia; y xii) Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad.

En una primera etapa los 24 expertos electos por el Congreso Nacional redactaron un anteproyecto, que fue entregado el día 6 de junio de este año. Para efectos de la confección del proyecto trabajaron en cuatro subcomisiones, siendo estas Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado; Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos; Principios, Derechos Civiles y Políticos; y Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

Dicho texto reconoce los fundamentos del orden constitucional, entre ellos la dignidad de la persona y la igualdad entre hombres y mujeres. Por su parte, se reconoce a los pueblos indígenas, junto con el principio de interculturalidad.

En materia de derechos fundamentales, se incorporan diversas instituciones y se profundizan otras. Así, se establecen nuevas garantías en materia penal y de tutela judicial efectiva, se agregan el derecho al trabajo decente, a la vivienda digna, a la cultura, a la libertad creativa, al consumo, al agua y al saneamiento. Por su parte, se reconoce la salud, tanto en su protección física, como mental y social.

En temas de participación, se fortalecen mecanismos de participación ciudadana, entre ellos, la iniciativa popular de ley y referéndum de derogación de leyes.

En el ámbito político se establecen mínimos electorales para los partidos, propendiendo al fortalecimiento del sistema partidista. Igualmente, se establecen mayores exigencias respecto de la acusación constitucional, y se regula con mayor detalle el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados. Por su lado, se consagra el deber del

Presidente de la República de anunciar una agenda legislativa prioritaria, reduciendo materias de su iniciativa exclusiva. Si bien permanece en la Presidencia de la República la potestad reglamentaria de ejecución de las leyes, no incluye la potestad reglamentaria autónoma. Por último, se reducen los quórum de aprobación de las leyes.

En el ámbito judicial, se alude a los principios aplicables a la judicatura y la separación de las labores administrativas y de gobierno que hoy tiene la Corte Suprema, que quedan encomendadas en cuatro órganos autónomos diferentes.

En relación al control constitucional de las leyes se elimina el control previo del Tribunal Constitucional en materias sustantivas, quedando restringido a vicios de procedimiento o forma. Además, ciertas atribuciones se traspasan al Tribunal Electoral.

Finalmente, el anteproyecto incluye un capítulo especial sobre protección del medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo.

El día 7 de junio se llevó a cabo la instalación del Consejo Constitucional, compuesto de 51 miembros electos. Este órgano tiene como mandato entregar en un plazo de 5 meses (7 de noviembre) el proyecto de nueva Constitución, que debe tomar como base el anteproyecto. El plebiscito ratificatorio, por su parte, se encuentra calendarizado para el 17 de diciembre de 2023.

5 REFLEXIONES FINALES

Como puede verse, una Constitución Política no puede desentenderse de su historia institucional. Muchas de nuestras disposiciones datan de 1925, de 1833, o incluso, de 1828. Se entienden formar parte del acervo constitucional, de lo que algunos han llamado la Constitución histórica.

Desde ya debe tenerse presente que, en materia de derechos fundamentales, existe una larga tradición, la cual es reconocida también en tratados internacionales que obligan al Estado, y conforme a los cuales existe gradualidad y no regresividad. En esta línea se señala, incluso que, en palabras de Ackerman, asistimos hoy a un “constitucionalismo mundial”.

Derechos esenciales como la vida, igualdad, debido proceso, honra, consciencia, opinión, libertad de movimiento, asociación, reunión, al trabajo y a la propiedad; por mencionar algunos, son consustanciales a

todo Estado de Derecho y, en nuestro caso, se remontan a los primeros textos de 1812.

Por otra parte, sería inimaginable que un nuevo texto no contemplara una acción como es el recurso de protección, establecido por primera vez en 1976, destinada a poner freno a los abusos de particulares y de la administración que afecten derechos fundamentales. La Corte Suprema ha dado un alcance protector, incluso indirectamente en relación a derechos sociales, en millares de resoluciones en el último casi medio siglo.

Del mismo modo, en la organización del poder, sin duda se discutirá la relación entre el Presidente y el Congreso Nacional (bicameral desde 1822), probablemente matizando el incremento de las atribuciones del primero que se ha exhibido en los últimos 100 años, especialmente, desde la Carta de 1925. Sin embargo, las instituciones esenciales de nuestro Estado de Derecho deberán perdurar, sin perjuicio de sus necesarios perfeccionamientos.

Así ocurrirá, por de pronto, con la judicatura, encabezada por la Corte Suprema, creada en la Carta de 1823. Se puede sostener lo mismo respecto la Contraloría General de la República, que toma razón y emite dictámenes revisando los actos de la administración desde 1927, incorporándose a la Constitución en 1943. También, respecto del Banco Central, creado en 1925 y constitucionalizado en 1980, que ha adquirido un rol esencial en la estabilidad monetaria.

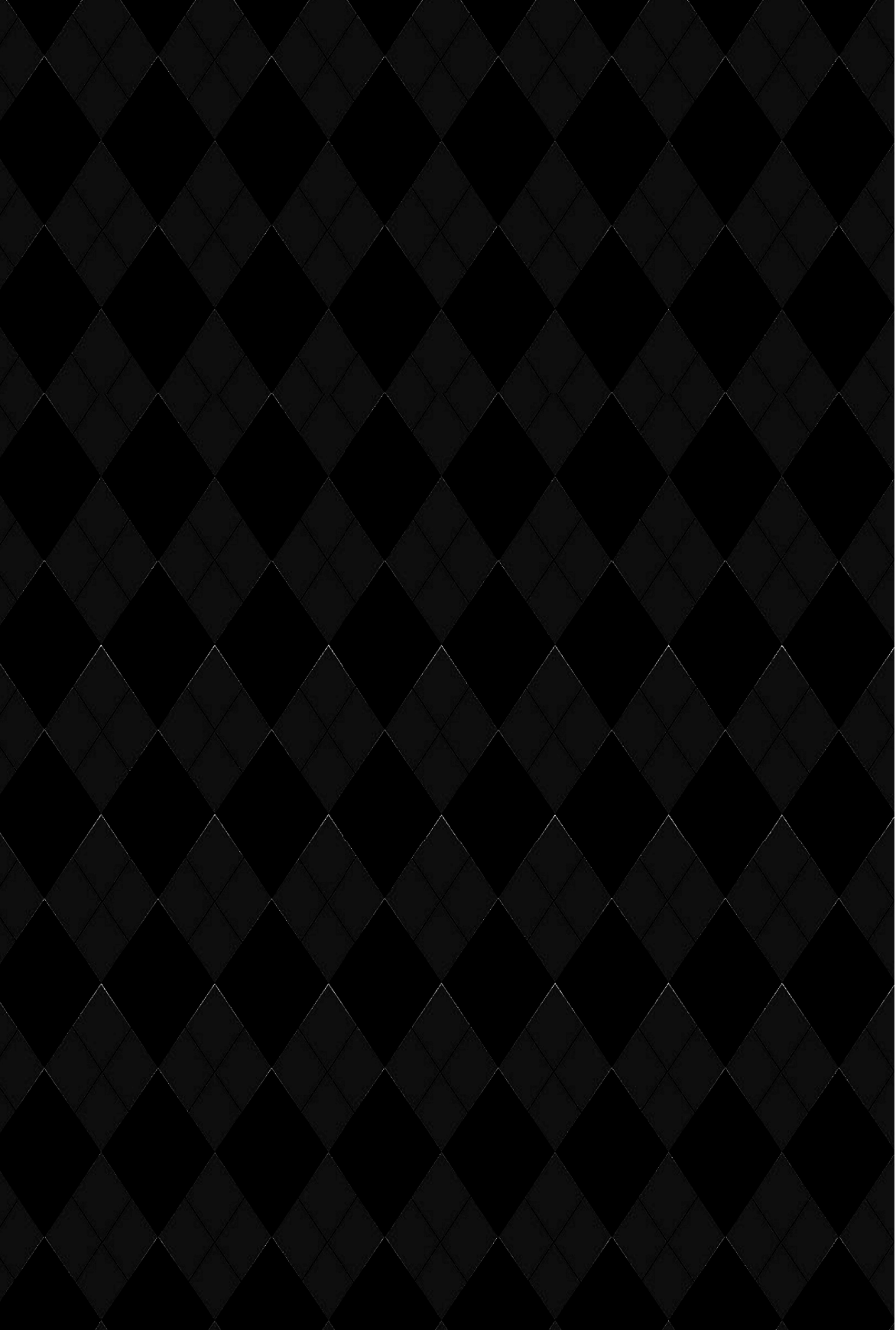
A su turno, el Tribunal Constitucional fue establecido en 1970, teniendo como principal rol la revisión de la constitucionalidad de las leyes. En la actualidad existe en cerca de 100 países y sus orígenes en el derecho comparado se remontan a 1920. Como decía García de Enterría, una Constitución sin TC estaría herida de muerte.

Toda Ley Fundamental debe así reflejar el consenso en cuanto a las directrices de la convivencia política, social y económica de nuestra nación. Su objetivo, en palabras de don Andrés Bello, es determinar las condiciones del pacto social. Para ello precisamente se establecen los 3/5 de acuerdo, siguiendo la tradición de la Constitución americana y de los principales textos europeos. Lo anterior exige generosidad, buena fe y consciencia de que la Constitución es un todo coherente y orgánico, que no puede ser analizado de manera parcial y aislado.

En síntesis, como recuerda la vieja Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadanos, *“toda sociedad en la que la garantía de los derechos*

no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución". De este modo, no existe un salto al vacío.

Una Constitución no se improvisa, a riesgo que no se transforme en una simple "hoja de papel", como decía Lasalle. Parece necesario aprender del proceso constitucional fallido y tomar lecciones del mismo, entre las cuales debe tenerse presente la necesidad de convocar a expertos, profesores universitarios y miembros de sociedades científicas, a quienes debe escucharse para nunca más volver a disfrazarnos, en el más amplio sentido de la palabra.



VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, NÚMEROS ALARMANTES NO RIO GRANDE DO SUL. NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO¹

1 INTRODUÇÃO

Quando se ouvem referências a Malala Yousafzai, a mais jovem ganhadora do Prêmio Nobel da Paz aos 17 anos de idade, e a Maria da Penha Maia Fernandes, que popularmente nomina a Lei n.º 11.340/06, não é difícil perceber, a partir de suas histórias de vida, quanto é necessário e relevante aprofundar a temática alusiva à fundamental proteção de mulheres no ambiente em que vivem, quer seja em sociedade ou no próprio lar e família.

Ocorre que dados estatísticos demonstram a existência de números estarrecedores com relação à persistência de violência contra mulheres nos mais variados recônditos do planeta. Trata-se de episódios que afligem mulheres de formas e modos diversos, notadamente pela violência física mediante agressões corpóreas, por meio de atentados à sua dignidade sexual, através de violações ao seu patrimônio, na submissão e deterioração psíquica e na degeneração moral.

No momento histórico da humanidade, quando se comemoram avanços tecnológicos, científicos, econômicos, comerciais e de outras áreas, ao nos depararmos com o fenômeno das relações humanas em que se inserem mulheres é grave o espectro de violação dos seus direitos, existindo um longo caminho a ser percorrido para que se corrijam tais realidades, a despeito de todo o aparato legislativo disponível, quer seja em nível constitucional, infraconstitucional e supranacional.

1 Doutor em Direito. Procurador de Justiça no RS. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP. Professor do Mestrado em direito da FMP

A entrada em vigor, no Brasil, da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha, proporcionou alentadas esperanças no sentido de que, doravante, boas perspectivas poderiam ser observadas no que se refere à redução da violência contra mulheres, porquanto referida norma legislativa estabeleceu detalhado conjunto de instrumentos que passaram a ser disponibilizados à sociedade e ao sistema de justiça para o enfrentamento desta mazela social.

Ocorre que, passados mais de 16 anos de sua implantação, ainda são verificados índices de violações aos direitos das mulheres, notadamente caracterizadores de violência doméstica e familiar, que nos impõe o compromisso de efetuar reflexões sobre sua efetividade e perspectivas com vistas ao permanente enfrentamento do problema, e até mesmo para o aperfeiçoamento do modelo vigente.

Nesta conjuntura, propõe-se efetuar uma análise da (in)efetividade da Lei n.º 11.340/2006, identificada por Lei Maria da Penha, a partir da disponibilização de informações nos Relatórios Anuais entre os anos de 2017 a 2021 do Ministério Público do Rio Grande do Sul, no sentido de que o maior número de inquéritos policiais recebidos pela Instituição e o maior número de denúncias oferecidas, em toda a matéria criminal, referem-se a crimes e contravenções envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL). A partir desta preocupante amostragem, abrem-se horizontes para reflexões fundamentais sobre os motivos para índices desse jaez e perspectivas necessárias para o seu enfrentamento.

2 BASES NORMATIVAS PARA À PROTEÇÃO DA MULHER

A partir da compreensão no sentido de que a violência doméstica intrafamiliar é fenômeno altamente lesivo à dignidade humana das vítimas, mas também que propicia ambiente familiar e social no qual a vitimização transcende a pessoa agredida, atingindo todo o espectro de formação cultural das pessoas inseridas naquele ambiente e se torna fator que fomenta a reprodução de comportamentos agressivos, Seixas e Dias asseveram que “a violência mais inquietante e devastadora é a doméstica, porque a família deveria ser o espaço mais amoroso, pela sua função formadora, e responsável pela transmissão de modelos socialmente corretos.” Por isso, não apenas vítimas adultas agredidas no ambiente doméstico e familiar, mas crianças que desde pequenas são agredidas em

casa, são levadas a crer que “esta é a forma como as pessoas se relacionam, porque não conhecem outra e mais tarde tenderá a repeti-la com outras pessoas.” Nesta conjuntura, quer seja visualizando seus familiares adultos sendo agredidos, ou mesmo sendo elas agredidas, “as consequências da violência doméstica são desastrosas, porque atingem o celeiro humano de novas personalidades, desvirtuando-as, impedindo o seu desenvolvimento e sendo multiplicadora de violência.” (2013:9-10)

Por tudo isso, já ao final do século passado verificaram-se movimentos supranacionais com vistas a estabelecer um cenário normativo que viesse a impulsionar os Estados a adotar medidas preventivas e coercitivas com vistas a enfrentar e erradicar o cenário lamentável de violência doméstica e familiar contra as mulheres do mundo todo.

No cenário transnacional, a necessária proteção integral à mulher e a urgência no sentido da implementação de políticas públicas sólidas e eficazes voltadas ao fomento de ações com vistas ao atendimento dos direitos das mulheres em seus mais variados espaços de convivência é marcada pelo implemento da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de setembro de 1979 (ONU, 1979), promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002 (PLANALTO, 2002). Nesta Convenção verificam-se duas premissas básicas, isto é, o reconhecimento da necessária igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental e pressuposto da dignidade humana, e o reconhecimento formal no plano internacional da grande preocupação com o fato de que a mulher continua sendo objeto de grandes discriminações. Este instrumento normativo emblemático declara e reconhece que a persistência dessa realidade discriminatória de gênero representa violação aos princípios da igualdade de direitos e ao respeito à dignidade humana, situando as mulheres em posição de inferioridade com relação ao homem na vida política, social, econômica e cultural de seu país, o que também representa obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família. Por isso, a Convenção é explícita em recomendar a máxima participação da mulher, em condições igualitárias com o homem, em todos os espaços de convivência humana, por ser indispensável para o pleno e completo desenvolvimento de um país, o bem-estar do mundo e a existência de paz. Explícita que esta igualdade somente pode ser alcançada se modificado o tradicional papel, tanto do homem como da mulher, na sociedade e na família (ONU, 1979).

Ainda no plano das Nações Unidas, A Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, que estabeleceu a Declaração e Programa de

Ações de Viena, de 1993, proclama em seu artigo 18 que são inalienáveis os direitos humanos das meninas e mulheres, constituindo “parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”. Além disso, são considerados objetivos primordiais da comunidade internacional a participação plena das mulheres, igualmente, “na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional”, bem como a “erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo” (ONU, 1993).

No âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, sobressai a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994. Neste documento, da mesma forma como no anterior, houve total afirmação no sentido de que a violência contra a mulher representa violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, atentando contra a dignidade humana. Também houve realce no sentido de que a violência contra a mulher é uma manifestação histórica das relações de poder desigual entre homens e mulheres, perpassando todos os ambientes sociais e afetando indistintamente as mulheres (OEA, 1994).

Paradigmática e mais recente, também, a Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as Mulheres e a violência doméstica, realizada em 11 de maio de 2011 em Istambul, na qual houve o reconhecimento da existência histórica de manifestações discriminatórias contra mulheres, bem como o exercício de dominação pelos homens em desfavor das mulheres, impedindo-as do pleno desenvolvimento. Reconheceu-se, também, naquele diploma europeu a natureza estrutural da violência promovida contra mulheres em razão de gênero, bem como que a violência contra pessoas do sexo feminino é um dos mecanismos sociais mais relevantes para forçá-las a assumir condição de subordinação e submissão em relação aos homens. Verifica-se, ainda, que no âmbito europeu reconheceu-se a existência de reflexos no sentido da violação dos direitos humanos das mulheres em decorrência dos conflitos armados, notadamente sob a forma de violação e violência sexual generalizadas e sistemáticas. Enfim, trata-se de diploma exaustivo que referenda absoluta preocupação com a necessidade de erradicar a violência e a discriminação contra a mulher, haja vista a existência contumaz, histórica e atual, de manifestações desse jaez contra mulheres adultas, jovens e crianças, na sociedade em geral e no espaço familiar (CONSELHO DA EUROPA, 2011). Ao analisar o implemento dos 10 anos dessa Convenção, Darija Zeljko realça que teve por base normativas supranacionais, notadamente da ONU. Entretanto, destaca que o corpo internacional voltado à

proteção dos direitos das mulheres sempre foi enfático no sentido de que até a década de 1990 a Comunidade internacional e a Convenção das Nações Unidas ainda tratavam a complexa questão da violência contra a mulher como “*res privatae*” dentro da comunidade internacional até a década de 1990, verificando-se cada vez mais forte a preocupação das correntes jurídicas feministas a necessidade de abolição da dicotomia dominante “privado-público”, porquanto injusta e insuficiente para tratar do problema. Acrescenta, ademais, que no plano da União Europeia a igualdade de gênero é considerada uma das áreas mais desenvolvidas sob o prisma do convencionalismo multinacional. Entretanto, no plano primário da legislação de alguns países que a compõem ainda há lacunas para a implementação deste desiderato. Isso se deve à estreita competência da União Europeia sobre a legislação específica de cada país, notadamente no âmbito criminal. Mesmo assim, enfatiza que a Convenção de Istanbul representa o mais bem elaborado documento regional para proteção e punição da violência de gênero contra mulheres. Trata-se de importante documento para que organizações da sociedade civil possam proteger vítimas da violência de gênero. Entretanto, diversos fatores ainda comprometem sua plena aplicação, tais como a pandemia ocorrida, que agravou ainda mais a violação dos direitos das mulheres, bem como o fato de oscilações políticas em diversos países terem fragilizado a Convenção, a exemplo da retirada da assinatura da Turquia, que havia sido o primeiro signatário, deixando de ser parte em 2021. Em contrapartida, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cada vez mais, a tem utilizado explicitamente em suas decisões, enfatizando a fundamentalidade da proteção dos direitos das mulheres e sua proteção como dever incondicional de todos os países (2021:381-404).

No Brasil, o ambiente constitucional oferece sólido conteúdo voltado à difusão e proteção dos direitos das mulheres. Prova disso é o fato de estabelecer como primeiro direito fundamental a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (artigo 5º, inciso I). Já no espectro dos direitos sociais, em seu artigo 7º, inciso XX, proclama a necessária proteção do mercado de trabalho da mulher, fomentando incentivos específicos pela via infraconstitucional. No plano político, o parágrafo 7º do artigo 17 determina a reserva de no mínimo 5% do fundo partidário para a criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres. No ambiente familiar, por sua vez, consolidou-se constitucionalmente a partir do parágrafo 5º do artigo 226 a igualdade entre mulheres e homens no exercício de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal. E, no que se refere ao combate à

violência, o artigo 226, parágrafo 8º, determina ser dever do Estado assegurar a assistência a todos os integrantes da família, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

A legislação infraconstitucional brasileira também é consistente no fomento à pretensa igualdade entre mulheres e homens. Notadamente, destaca-se a Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê reserva mínima de trinta por cento de vagas de cada partido ou coligação para candidaturas de mulheres nas eleições políticas. Da mesma forma, a Lei 9.799, de 26 de maio de 1999, acrescentou normas à Consolidação das Leis Trabalhistas e estabeleceu proteção da mulher no mercado de trabalho, vedando práticas discriminatórias no ambiente laboral contra mulheres.

Entretanto, nada se compara à existência da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, identificada por Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de constantes violências praticadas por seu marido, até ser vítima, de duas tentativas de feminicídio, resultando paraplégica dessas agressões. Oito anos após os fatos, em 1991, o autor dos crimes foi julgado pela primeira vez e condenado. Entretanto, devido a recursos judiciais, novamente foi julgado em 1996, sendo condenado a 10 anos e 6 meses de reclusão. Novamente, em virtude de novos recursos, o réu não cumpriu a pena. O caso foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA em 1988, mantendo-se o Brasil, mesmo assim, omissos em relação ao caso. Em 2001, após ter recebido quatro ofícios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, entre 1998 e 2001, e tendo ficado silente acerca das denúncias lá veiculadas, o Estado Brasileiro foi responsabilizado por absoluta tolerância, negligência e omissão relativamente a atos de violência doméstica e familiar perpetrados em desfavor das brasileiras (CIDH/OEA, 2001). Não há dúvidas em afirmar que este episódio junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o grande mote para o surgimento da Lei n.º 11.340, em agosto de 2006. No julgamento do caso 12.051 (Maria da Penha), a Corte Interamericana de Direitos Humanos expediu várias recomendações ao Brasil, destacando-se a necessária rapidez na apuração dos fatos, bem como a necessidade de realização de uma investigação séria, imparcial e exaustiva. Também a recomendação para que o Estado Brasileiro assegure uma reparação simbólica e material pelos danos sofridos pela vítima. Destaca-se, ainda, a necessidade de ser intensificado o processo de reforma com vistas a evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório caracterizado pela violência doméstica contra a mulher no Brasil. E, em especial, ainda recomendou:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Assim, a Lei Maria da Penha (n.º 11.340) exsurgiu tutelando tão somente mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, a despeito de a Constituição Brasileira, em seu artigo 226, parágrafo 8º, compelir o Estado a assegurar assistência a todos os integrantes da família, por meio da criação de mecanismos voltados a coibir a violência no âmbito de suas relações. Portanto, no plano constitucional, o fomento à proteção familiar não se restringe às mulheres, a despeito de a Lei Maria da Penha restringir sua incidência ao sexo feminino. Neste contexto, evidentemente que o legislador brasileiro, sensível à realidade no sentido de que são as mulheres que encorpam as estatísticas da violência intrafamiliar, porém compelido pela via da Corte Interamericana de Direitos Humanos, optou pela feitura de lei exclusiva para o gênero feminino. Trata-se, pois, de sinalização que retrata o quadro da realidade brasileira, no qual a mulher é a grande vítima da violência intrafamiliar.

Aliás, para tentar refrear a intensidade da violência contra mulheres no ambiente doméstico e familiar, já na Lei Maria da Penha houve absoluta vedação à incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, consoante definido no artigo 41 da Lei. 11.340/03, o que significa a retirada de qualquer possibilidade de aplicação de seus institutos despenalizadores e conciliatórios. Não bastasse, ainda mais recentemente, com a Lei n.º 13.964/19, em seu artigo 28-A, houve a implementação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil, incrementando ainda mais o rol de institutos consensuais despenalizadores e premiais. Esta benesse, entretanto,

também está vedada para as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, consoante prevê o inciso IV do parágrafo 2º do aludido artigo. Portanto, no ambiente repressivo, há diversos mandamentos legais que acentuam rigor aos autores de tais práticas, diferenciando-os sensivelmente de outros infratores.

Neste panorama e já transcorridos mais de 16 anos da implementação da Lei n.º 11.340/06, deparamo-nos com uma realidade ainda preocupante, porquanto ao menos quando observados os informativos obtidos junto ao Ministério Público do Rio Grande do Sul e outros informes nacionais, a violência doméstica e familiar contra mulheres ocorre em níveis inadmissíveis, estarrecedores e preocupantes, forçando-nos a profundas reflexões acerca deste fenômeno.

3 A BANALIDADE DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NO AMBIENTE INTRAFAMILIAR E DOMÉSTICO

O aparato normativo transnacional, assim como no ambiente constitucional e legal brasileiro é robusto e contundente no sentido de fomentar estados e sociedade a empreenderem esforços e providências das mais variadas naturezas para coibir veementemente a violência contra mulheres, notadamente no ambiente doméstico e familiar. Inegável, neste contexto, que a dignidade humana resulta afetada quando se verificam atos atentatórios à mulher nessa condição.

Observa-se uma longa caminhada desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, muito próxima da anterior Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de setembro de 1979, e pouco posterior à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994, até o advento da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, que estabeleceu o enlace do aparato normativo necessário à almejada proteção da mulher, sobremaneira no seio familiar.

Nesta conjuntura, veja-se que, a despeito de se verificar desde a Convenção da ONU de 1979 normativa transnacional que impulsionou todo um panorama multilateral voltado à proteção da mulher e de mais de 185 países terem sido seus signatários, bem como de a Convenção de Viena da ONU em 1993 ter estabelecido que a violência contra mulheres constitui uma das formas de violação dos direitos humanos, o relatório

produzido em conjunto pela ONU Mulheres e o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais, Desa, lançado no dia 07 de setembro de 2022, demonstra que o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 5 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU (ao todo são 17 metas), consistente em estabelecer a paridade de gênero como condição para o exercício dos direitos humanos e a cidadania das mulheres com vistas a aprofundar e qualificar as democracias e a democratização dos regimes políticos, socioeconômicos e culturais, não será alcançado em 2030. Neste relatório, constata-se que, com o ritmo atual, o suprimento de lacunas legais e a remoção de leis discriminatórias contra a mulher podem levar até 286 anos para serem alcançadas. Revela-se que grandes desafios globais como a pandemia da Covid-19 e suas consequências, conflitos territoriais violentos, alterações climáticas e a perda de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres estão acentuando cada vez mais as disparidades de gênero, produzindo o efeito contrário ao esperado. No caso brasileiro, intensas desigualdades sociais afetam mais mulheres e meninas do que homens (ONU, 2022).

Sobre a permanente tensão vivenciada por mulheres, nos mais variados ambientes sociais, Bennet Capers ressalta que as estatísticas são conhecidas e demonstram que uma a cada três mulheres já teve experiências de violência doméstica, e uma a cada cinco mulheres já foi estuprada. Por isso desabafa que “não é seguro ser mulher ou uma garota para estes assuntos”, e conclui que a violência contra a mulher é um problema grave e revela lacunas na lei e na cultura (2016:347-348).

Segundo Kritika Oberoi, a violência contra a mulher está aumentando dia a dia e está se tornando um problema candente, escancarando intensa desigualdade de gênero. Ainda há uma forte consciência social no sentido de que às mulheres é reservado o ambiente doméstico, para desempenharem os papéis de filhas, noras, esposas e mães, mas é nesses ambientes em que ocorrem grandes atentados à sua dignidade, notadamente violência sexual, moral, econômica e agressões. Nessas condições, as mulheres são taxadas de seres mais fracos em relação aos homens, ocasionando restrições e falta de oportunidades para o seu desenvolvimento (2019:431).

Com o advento da Lei Maria da Penha, acentuaram-se as esperanças quanto ao ainda necessário resgate da dignidade das mulheres no ambiente social e, em especial, doméstico e familiar, por se tratar de norma infraconstitucional abrangente e moderna, contemplando aspectos multidisciplinares para o atendimento das mulheres vítimas e para prevenir e coibir à violência de gênero. Dentre suas virtudes, encontra-se

a definição de sua abrangência para os ambientes doméstico, familiar e em suas relações de afetividade íntima da mulher. Além disso, explicitou que a violência contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos, definindo a extensão do termo violência, que abrange, dentre outras, as formas de violência física, psicológica, patrimonial, psicológica, sexual e moral. Previu, ainda, medidas integradas de prevenção entre a União, o Distrito Federal, Estados e Municípios para promoverem a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Nesta Lei, ainda, houve previsão de normas para a adequada persecução penal, notadamente o atendimento prioritário, a vedação da incidência da Lei n.º 9.099/95 e hipótese de prisão preventiva pelo descumprimento das medidas de proteção de urgência à mulher. Com muita pertinência, verifica-se o surgimento de medidas de proteção de urgência às mulheres vítimas da violência doméstica e familiar, bem como medidas desta natureza que vinculam o agressor. Em síntese, ainda, verifica-se a existência do fomento a políticas públicas para sua implementação, bem como da existência de equipes multidisciplinar nos órgãos públicos e entes federativos. Destaca-se, sobremaneira, a instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com a obrigatoriedade de toda a assistência jurídica às vítimas.

Ocorre que, conforme prenunciou Carlos Drumon de Andrade, em seu poema *Nosso Tempo*, “As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.” A despeito do contexto literário, efetivamente, leis traduzem problemas sociais, mas, por si sós, não os solucionam. É ingênuo acreditar que todas as expectativas normativas criadas, a partir da implementação de determinado diploma legislativo, possam ser atingidas, e menos ainda que se conseguirá corrigir os dilemas sociais que afligem a sociedade. Não se trata de exaurir, neste espaço, o dilema enfrentado pela sociologia jurídica para justificar os meios, a abrangência e o conteúdo do comportamento dos cidadãos que se portam em conformidade com as normas jurídicas ou as violam. Não se descarta em observar, consoante afirmado por Max Weber, que há uma validade empírica e outra validade normativa pelas quais se podem orientar os comportamentos humanos, e que a “ação social não se orienta apenas por «ordenamentos»” (2015:57).

É neste contexto que Malvina e Susana advertem que após a implantação da lei Maria da Penha houve aumento de ocorrências envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como o incremento do número de homicídios em razão de gênero contra a mulher (2016:95). Por isso, destacam que

Hoje, há definições bastante precisas e discursos bem articulados sobre direitos humanos e cidadania, mas ainda temos dificuldade em implantá-los em nossas vidas. Falamos em diversidade, protagonismo, liberdade e equidade como quem fala de princípios claros e estabelecidos. E aí vem o paradoxo: a par dessa verdadeira exaltação em torno de temas referentes à igualdade de direitos e ao uso das garantias jurídicas desses direitos, convivemos cotidianamente com práticas individuais e coletivas, inclusive das políticas públicas e administrativas, que demonstram enorme dificuldade de incluir na vida cotidiana esses valores. Portanto, como visto anteriormente, leis e direitos garantidos não são suficientes para assegurar mudanças culturais. Essa é uma das causas que mantêm viva a violência dentro da família (2016:38).

Diante deste panorama, que Machado e Crespo (2021) apontam o incremento de índices de violência doméstica e familiar contra mulheres, ao destacarem que o Atlas da Violência de 2019 demonstra o incremento do número de feminicídios no Brasil em 2017, fato que conjuga uma perversa desigualdade social e cultural patriarcal. Nesta conjuntura, apontam que a violência doméstica e familiar não atinge tão somente mulheres casadas, mas também mães, irmãs e filhas, em sua maioria mulheres negras. Contra estas, a taxa de homicídios cresceu 29,9% entre 2007 e 2017, enquanto que entre mulheres não negras cresceu apenas 4,5 no mesmo interregno. Destacam que no ano de 2017 mais de 221 mil mulheres registraram em delegacias de polícia brasileiras o fato de terem sofrido lesões corporais dolosas, a despeito de este número poder ser maior, haja vista o medo e a vergonha das vítimas em efetuar registros policiais dessa natureza.

Em pesquisa realizada no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Engel aponta que o levantamento efetuado entre os anos de 1995 e 2015 aponta que houve avanços na coleta de dados quantitativos referentemente à violência contra a mulher no Brasil. Entretanto, a despeito desta gradual evolução nos dados estatísticos, ainda são eles “muito sensíveis às instabilidades políticas”. Mesmo assim, destaca ser possível afirmar que as agressões contra as pessoas, em especial mulheres, estejam aumentando no Brasil, verificando-se o incremento da “cultura da violência”, fenômeno que tem tornado as “relações interpessoais potencialmente mais violentas”. Aponta a existência de um “contexto de produção e disseminação simbólica de discriminações, quer contra mulheres por simplesmente serem mulheres, quer vinculando-se à sua raça/cor, classe social ou orientação sexual”. (2019:4-5).

Também de acordo com o Mapa da Violência do ano de 2021 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública do IPEA, entre os anos de 2009 e 2019 houve um incremento de 10,6% no número de feminicídios contra mulheres em suas residências, enquanto que os homicídios fora das residências apresentaram uma redução de 20,6% no mesmo período, o que constitui um indicativo do aumento da violência doméstica no período (2021:42).

Os dados obtidos por meio da pesquisa realizada pelo Instituto DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência, na pesquisa de opinião “Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de 2021, a violência contra a mulher aumentou no último ano. Nesta apuração, 86% das mulheres brasileiras percebe um aumento na violência cometida contra o sexo feminino. Trata-se de estudo realizado desde o ano de 2005, sendo que em 2021 houve a revelação de um crescimento de 4% com relação à edição anterior (pesquisa a cada 2 anos). Além disso, 71% das mulheres entrevistadas asseveraram que “o Brasil é um país muito machista”, e dentre elas, “68% das brasileiras conhecem uma ou mais mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar, enquanto 27% declaram já ter sofrido algum tipo de agressão por um homem”. Também interessante destacar que esta pesquisa revelou que “18% das mulheres agredidas por homens convivem com o agressor”, e 75% das entrevistadas revelaram que “o medo leva a mulher a não denunciar. O estudo demonstra, no entanto, que 100% das vítimas agredidas por namorados e 79% das agredidas por maridos terminaram a relação.” (AGÊNCIA SENADO, 2021).

Também segundo informe do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, na Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, o Brasil já tem mais de 31 mil denúncias e 169.676 violações envolvendo violência doméstica ou familiar contra as mulheres no ano de 2022. Nestes dados, uma denúncia pode conter mais de uma violação de direitos humanos (BRASIL, 2022).

No estado de Santa Catarina, consoante notícia do Tribunal de Justiça, a violência contra a mulher não para de produzir números impressionantes. Nos últimos sete meses ocorreram 23 homicídios e 92 tentativas de homicídio. Além disso, multiplicam-se registros de ameaça, lesão corporal, crimes contra a honra, dano e outras infrações penais nas delegacias. Alarmante também o informe no sentido de que nove mulheres são estupradas diariamente no Estado, representando número acima da média nacional. Não bastasse, há 41.743 processos em andamento na justiça catarinense envolvendo violência doméstica contra a mulher,

quantitativo que só perde para o tráfico de drogas (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2022).

A despeito de todas as evidências acerca dos alarmantes e crescentes índices de violência doméstica e familiar contra a mulher em vários ambientes nos quais o tema é motivo de preocupação e pesquisa, é junto ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul onde se encontram os dados mais concretos, elucidativos e transparentes acerca dos índices de violência intrafamiliar contra a mulher. A partir dos relatórios anuais de gestão, encontram-se especificadamente todos os registros de inquéritos policiais recebidos pelo Ministério Público contendo violência doméstica e familiar contra a mulher, assim como o número de denúncias oferecidas pelos Promotores de Justiça nesta matéria. São números alarmantes, porquanto, à exceção do ano de 2018, no qual o número de expedientes policiais investigativos alusivos a esta matéria ficou em segundo lugar, em todos os demais anos entre 2017 e 2021 os crimes que configuram violência doméstica e familiar contra a mulher tiveram o maior número de inquéritos policiais instaurados e remetidos ao Ministério Público. Este panorama temporal, além de demonstrar que a violência contra pessoas do sexo feminino no ambiente familiar e doméstico está no topo da pirâmide da violência do Estado, também deslustra que este número é disparadamente superior a qualquer outro tipo de infração penal que tenha merecido registro policial, investigação e remessa à Instituição Ministerial.

O quadro abaixo lançado, extraído do relatório anual do Ministério Público do Rio Grande do Sul dos anos de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021, ilustra o número de inquéritos policiais recebidos pela instituição. No ano de 2017, o quantitativo informado engloba inquéritos policiais e termos circunstanciados. Nos anos de 2018, 2019, 2020 e 2021 representa apenas inquéritos policiais, não incluindo termos circunstanciados, que se referem a infrações penais de menor potencial ofensivo, da competência dos Juizados Especiais Criminais. Veja-se, por estes dados, que o número de inquéritos policiais que contém infrações penais que caracterizam violência doméstica e familiar contra a mulher é absolutamente maior quando comparado a qualquer outra natureza de infrações penais.

O quadro abaixo lançado, extraído do relatório anual do Ministério Público do Rio Grande do Sul dos anos de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021, ilustra o número de inquéritos policiais recebidos pela instituição. No ano de 2017, o quantitativo informado engloba inquéritos policiais e termos circunstanciados. Nos anos de 2018, 2019, 2020 e 2021 representa apenas inquéritos policiais, não incluindo termos circunstanciados, que

se referem a infrações penais de menor potencial ofensivo, da competência dos Juizados Especiais Criminais. Veja-se, por estes dados, que o número de inquéritos policiais que contém infrações penais que caracterizam violência doméstica e familiar contra a mulher é absolutamente maior quando comparado a qualquer outra natureza de infrações penais.

Ano	2017	2018	2019	2020	2021
Violência doméstica ou familiar contra mulheres	68.543	77.547	72.272	40.074	24.417
Crimes contra o patrimônio	36.644	7.499	6.605	4.537	2.325
Furtos	-	16.898	13.557	5.239	4991
Estelionato	-	12.231	12.156	8.673	6.449
Roubos	-	8.340	7.172	1.532	1.358
Receptação	-	1.865	1.345	702	407
Crimes de trânsito	28.161	6.069	6.381	3.338	2.074
Crimes de drogas	19.525	10.389	10.340	7.722	2.959
Crimes contra a vida	11.914	20.553	18.052	6.440	5.794
Crimes contra a honra	11.641	-	-	-	-
Crimes de lesões corporais	11.625	5.494	4.499	2.558	1.649
Crimes de armas	6.933	7.756	6.232	3.711	-
Crimes contra o meio ambiente e urbanismo	6.604	4.022	4.059	2.673	2.196
Crimes contra a administração pública	6.594	-	-	-	-

→

Ano	2017	2018	2019	2020	2021
Crimes contra a dignidade sexual	4.102	-	-	-	-
Estupro	8.154	6.945		3.943	2.061
Crimes contra a liberdade pessoal	-	5.325			2.089
Corrupção, Soneg. Fiscal, Lav. Dinheiro e Org. Criminosa	-	2.000	1.791	1.375	817
Crimes do Estatuto da Infância e Juventude	-	-	2.071	1.110	-
Crimes militares	2.316	-	-	-	-
Desacato	-	975	797	578	383
Idoso	-	-	608	318	
Latrocínio	-	118	57	48	10
Racismo	-	-	57	18	-
Crimes contra a fé pública	2.132	-	-	-	
Saúde	-	-	-	12	

Referentemente ao número de denúncias oferecidas pelo Ministério Público alusivas a infrações penais que caracterizaram violência doméstica ou familiar contra a mulher, o Informativo do ano de 2017 não discrimina a informação, apresentando tão somente o número total de ações penais propostas. Já nos anos seguintes, há a discriminação por natureza de infração penal. Assim, optou-se por apresentar o número de **denúncias** alusivas à natureza das primeiras quatro infrações penais informadas nos respectivos relatórios²:

2 O total dos números, incluindo inquéritos policiais, termos circunstanciados e denúncias em cada ano pode ser consultado em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/2021_relatorio_anual.pdf
https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/relatorio_anual_2020.pdf

ANO	1º lugar	2º lugar	3º lugar	4º lugar
2018	Outras infrações 25.303	Violência doméstica/ familiar contra mulher 13.822	Tráfico de drogas 8.316	Crimes de trânsito 6.130
2019	Violência doméstica/ familiar contra mulher 15.711	Tráfico de drogas 9.154	Crimes de trânsito 5.337	Crimes de Armas 3.853
2020	Violência doméstica/ familiar contra mulher 10.337	Tráfico de drogas 6.785	Crimes de trânsito 2.302	Crimes de trânsito 872
2021	Violência doméstica/ familiar contra mulher 3.142	Tráfico de drogas 1.545	Crimes de trânsito 872	Posse de drogas 507

A partir dos números apresentados, resta evidente que a violência doméstica ou familiar contra a mulher representa, senão o maior, um dos maiores problemas a serem enfrentados na sociedade atual. Na medida em que as estatísticas oriundas dos mais variados ambientes demonstra que a violência contra mulheres desponta com primazia nos índices de criminalidade, superando em muito os níveis de registros alusivos a quaisquer outras infrações penais, estamos diante de fenômeno criminológico realmente estarrecedor. Se a história retrata a submissão, o preconceito e a hipossuficiência das mulheres em várias circunstâncias, a exemplo do menoscabo nas relações de trabalho, políticas e econômicas, a despeito da existência de convencionalismo internacional robusto e de legislação pátria sólida voltados ao combate a qualquer forma de

https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/relatorio_anual_2019.pdf

https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/relatorio_anual_2018_web.pdf

https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/relatorio_anual_2017.pdf

discriminação ou violência contra a mulher, nomeadamente a Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), os quantitativos apresentados deslustram uma realidade que necessita de profundos investimentos com vistas a mudar esta triste realidade. Ao mesmo tempo, equivale dizer que há um longo caminho, no ambiente público e privado, para que se vislumbre a implementação do desiderato convencional e legal, especialmente para se observar efeitos alvissareiros decorrentes da proteção constitucional e da Lei Maria da Penha. Se instrumentos normativos existem à sociedade, afigura-se fundamental perceber o alerta estridente oferecido pelos números de violência doméstica ou familiar contra a mulher representam, e os números estampados nos relatórios do Ministério Público do Rio Grande do Sul são emblemáticos, direcionando o poder público todas as instâncias privadas a centrarem suas baterias para o combate a esta chaga social e intrafamiliar. De nada adiantam os progressos tecnológicos, científicos e econômicos obtidos com investimentos vultosos nos tempos recentes se nas relações humanas, com ênfase no espaço intrafamiliar, vicejam atos de absoluta indignidade contra mulheres.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prospecção objeto deste ensaio demonstrou que os níveis de violência contra a mulher na sociedade brasileira são elevados e intoleráveis, não se verificando perspectivas que possam demonstrar o arrefecimento de tais práticas absolutamente indignas no convívio humano. Entretanto, quando o enfoque é o ambiente doméstico e familiar, revelam-se números absolutamente preocupantes com relação à violência contra a mulher, em suas mais variadas formas. O retrato desta realidade é estampado no país como um todo. Entretanto, os relatórios do Ministério Público do Rio Grande do Sul retratam um quadro estarrecedor, observando-se que o maior número de inquéritos policiais recebidos pela instituição diz respeito à violência doméstica e familiar contra a mulher, em escala geometricamente superior a todas as demais infrações penais nos anos de 2017 a 2021. Da mesma forma, o número de denúncias oferecidas pelo Ministério Público refere-se, em sua maior parte, a infrações penais cometidas neste mesmo ambiente.

Nesta realidade, SEIXAS E DIAS advertem que uma das origens da violência contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, decorre da existência de famílias violentas, que falham “no desempenho de suas

funções de criação amorosa, desenvolvimento social adequado e proteção aos seres indefesos”. Entretanto, deve-se também conjugar o sistema social no qual a família é inserida, porquanto nele se pode verificar a existência de uma “Cultura da Violência”, que repercutiu e deturpou as funções naturais no ambiente familiar. “A família assim prejudicada necessita de tratamento sistêmico familiar relacional” (2013:9-10).

Há de se considerar, também, as relações existentes entre vítima e agressor quando a violência contra a mulher ocorre no ambiente doméstico ou familiar. Neste sentido, verifica-se a ocorrência de afeto, de dependência econômica e de reverência espontânea forjada pela tradição. Isso faz com que o número de notificações e registros alusivos destes fatos seja subdimensionado, o que torna os dados obtidos ainda mais preocupantes. É por isso que no Atlas da Violência de 2021, IPEA, verifica-se a advertência no sentido de que a existência de políticas públicas protetivas da mulher deve levar em consideração tais elementos, servindo de alerta para as “equipes da Estratégia Saúde da Família, para os Conselhos Tutelares e para as escolas”. Há, também, a preocupação com a necessidade de conscientização das famílias sobre a importância da notificação dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, prevenindo-se a omissão ou negligência (IPEA, 2021).

Desta forma, afigura-se evidente que o cenário atual é muito preocupante no que diz respeito ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Vivemos uma realidade na qual a existência de convencionalismo internacional, do conteúdo constitucional vigente e da legislação infraconstitucional, notadamente a Lei Maria da Penha, n.º 11.340/06, ainda são insuficientes para o enfrentamento eficaz desta mazela social. A realidade vivenciada no ambiente doméstico e familiar contra a mulher ainda retrata a ocorrência de índices de violência inadmissíveis, conforme apurado nas estatísticas do Ministério Público do Rio Grande do Sul entre os anos de 2017 e 2021.

Em se tratando de fenômeno cultural histórico, efetivamente, investimentos públicos e privados são necessários com redobrada intensidade e permanência. Ademais, como todo fenômeno, é multifacetado, não podendo ser enfrentado isoladamente, ou mesmo sem a intensidade e perenidade devidas.

Desta forma, sendo a violência doméstica e familiar contra a mulher resultado de uma cultura machista, disseminada em sociedade desde os primórdios da humanidade e em todos os ambientes sociais, não há

dúvidas de que seu enfrentamento inicia por uma nova consciência a ser fomentada entre as novas gerações. Afigura-se fundamental a inserção, nos currículos escolares, de ações, disciplinas, atividades extensionistas e formativas para incutir nos jovens a cultura da igualdade, do respeito à diversidade e, acima de tudo, à mulher em todos os ambientes. Com isso, espera-se que a formação de novas famílias ocorra sob o manto da dignidade recíproca, entre mulheres e homens, em condições de igualdade e respeito pleno. Para as gerações presentes, imprescindível o incremento de políticas públicas que visem a conscientizar toda a sociedade acerca da necessidade de correção de comportamentos desse jaez, com a valorização e o respeito à mulher em sua dimensão máxima. Mas, notadamente com relação aos homens, fomentar campanhas de reeducação, de sensibilização e responsabilidade pela alteração de rumos com relação ao fenômeno da violência contra a mulher, em todos os ambientes, mas acima de tudo no seio intrafamiliar. Se é possível afirmar a existência de um machismo estrutural na sociedade brasileira e mundial, fruto da configuração social histórica, as baterias devem se voltar com intensidade para a formação de uma nova cultura entre homens, para que percebam ser o machismo uma distorção inadmissível na relação humana, que fomenta a indignidade da mulher e demais pessoas de suas relações.

Assim, a conjugação de ações, que compreende investimentos na cultura da juventude, com repercussão nas futuras gerações, bem como na multiplicação de políticas públicas que também visem a conscientizar homens e toda a sociedade com relação à necessidade de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, acrescidas do arcabouço normativo disponível que contempla sanções e medidas protetivas, poderá conformar um ambiente cultural e social com melhores perspectivas de justiça, igualdade e dignidade da mulher, reduzindo ou eliminando os índices estarrecedores retratados pelas estatísticas do Ministério Público do Rio Grande do Sul. O caminho não será fácil, e dependerá de priorizar a temática em seus vários níveis, consoante demonstrado, notadamente nos ambientes político, sociológico e jurídico.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (1988), Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos. (2022), **Informe sobre violência doméstica ou familiar contra a mulher em 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar#:~:text=AGOSTO%20LILÁS-,Brasil%20tem%20mais%20de%2031%20mil%20denúncias%20de%20violência%20doméstica,mulheres%20até%20julho%20de%202022>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Capers, Bennett. “On Violence against Women.” (2016), **Ohio Staten Journal of Criminal Law**, vol. 13, no. 2, Spring 2016, pp. 347-364. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/osjcl13&div=21&start_page=347&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 29 mar. 2023.

CONSELHO DA EUROPA – Comitê de Ministros. (2011), **Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as Mulheres e a violência doméstica, Istambul, 11 de maio de 2011**. Disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/conv_ce.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Recomendações expedidas ao Brasil no julgamento do caso Maria da Penha (caso n.12.051)**. (2001). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annual-rep/2000/port/12051.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

ENGEL, Cíntia Liara. IPEA. (2020), “Estudo sobre A Violência contra a Mulher.” **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf. Acesso em: 25 mar. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA APLICADA – IPEA. (2021), **Mapa da Violência 2021 realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: <file:///C:/Users/fabio/OneDrive/Documentos/5141-atlas-daviolencia2021completo.pdf> Acesso em: 27 out. 2022.

MACHADO, Bruno Amaral. CRESPO, André Pereira. Nunca pratiquei crime, só lei maria da penha”: as audiências de custódia e o enfrentamento à violência con-

tra a mulher. (2021), **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 182, 2021, p. 261-291, Ago. 2021, DTR\2021\9863.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. (2017), **Relatório Anual de 2017**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/relatorio_anual_2017.pdf Acesso em: 22 set. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. (2018), **Relatório Anual de 2018**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/relatorio_anual_2018_web.pdf Acesso em: 22 set. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. ((2019), **Relatório Anual de 2019**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/relatorio_anual_2019.pdf Acesso em: 22 set. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. (2020), **Relatório Anual de 2020**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/relatorio_anual_2020.pdf Acesso em: 22 set. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. (2021), **Relatório Anual de 2021**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/instituicao/arquivos/relatorio_anual/2021_relatorio_anual.pdf Relatório Anual de 2021. Acesso em 22 set. 2022.

MUSZKAT, Malvina e Susana Muszkat. **Violência familiar: Série O Que Fazer?** São Paulo: Editora Blucher, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. (1979), **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf Acesso em 29 set. 2022.

Oberoi, Kritika. “Violence against Women.” (2019), **International Journal of Law Management & Humanities**, vol. 2, no. 2, April-May 2019, pp. 431-443. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ijlmhs2&div=104&start_page=431&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 29 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. (1993). **Conferência sobre os Direitos Humanos. Declaração e Programa de Ação de Viena**. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Acesso em 13 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. (2022), **Relatório produzido em conjunto pela ONU Mulheres e o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais, Desa**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/09/1800321>. Acesso em 07 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. (1994), **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm> Acesso em 29 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. (2001), **Relatório n.º 51/01, Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes, de 04 de abril de 2001**. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf. Acesso em 129 out. 2022.

PLANALTO. **Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997**. (1997), Estabelece normas sobre eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em 13 out. de 2022.

PLANALTO. **Lei n.º 9.799, de 26 de maio de 1999**. (1999), Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm. Acesso em 13 out. 2022.

PLANALTO. **Decreto n.º 4.377, 2002**. (2002), Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em 13 out. 2022.

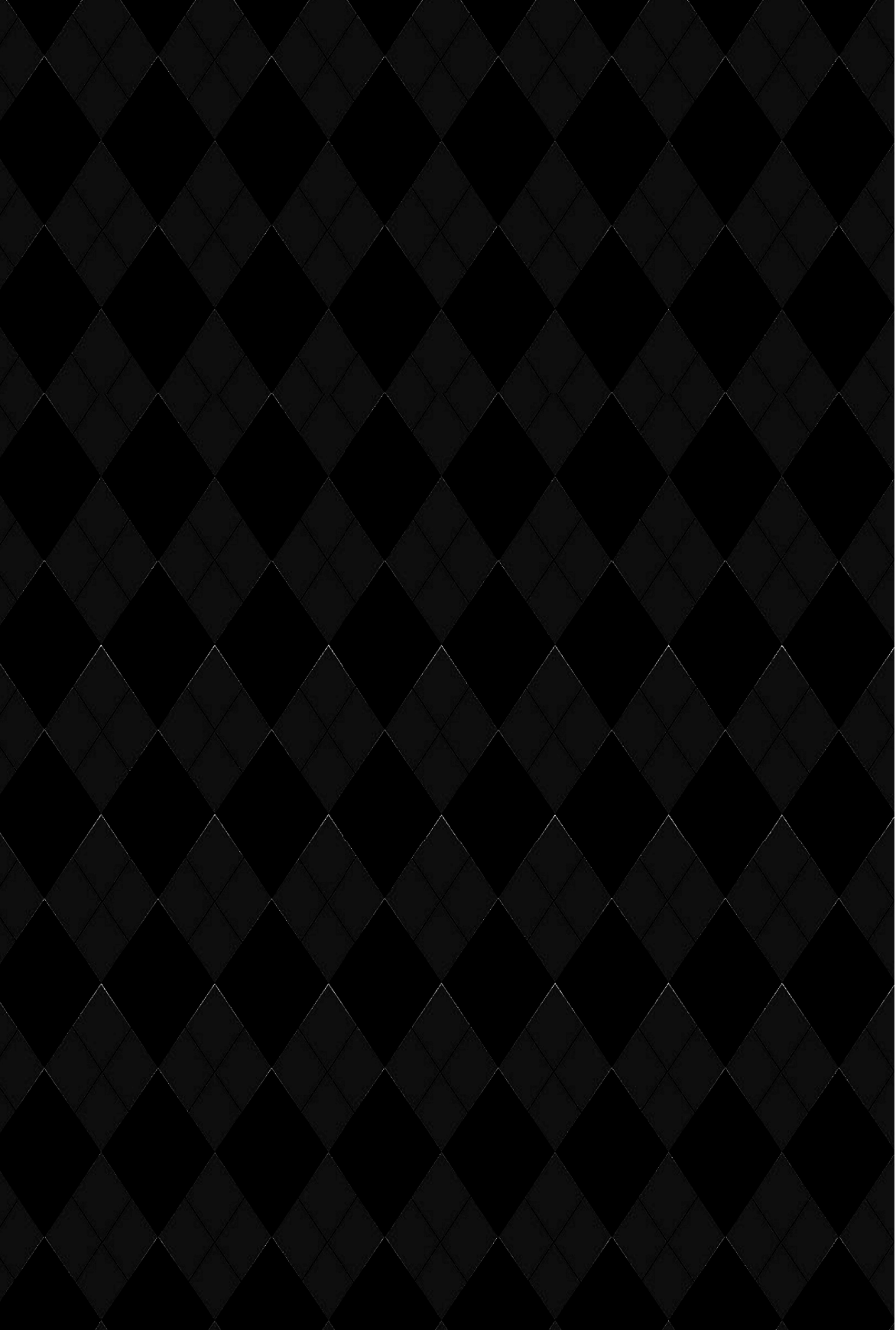
SEIXAS, Maria Rita, D'Antelo. e DIAS, Maria Luiza. **Violência Doméstica e a Cultura da Paz**. São Paulo: Editora Roca, 2013.

SENADO. Pesquisa de opinião Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de 2021, a violência contra a mulher aumentou no último ano. Relatório apresentado na Audiência Pública do dia 09 de dezembro de 2021 da Comissão de Direitos Humanos do Senado. (2021), **Agência Senado. Instituto DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/09/violencia-contra-a-mulher-aumentou-no-ultimo-ano-revela-pesquisa-do-datasenado> Acesso: 27 out. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. (2022), **Notícias especiais. Violência contra a mulher aumenta em Santa Catarina e deixa a rede de apoio em alerta – Parte 1**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-santa-catarina-e-deixa-a-rede-de-apoio-em-alerta-parte-1>. Acesso: 10 nov. 2022.

WEBER, Max. **Conceitos Sociológicos Fundamentais** . Lisboa: Almedina, 2ª edição, 2015.

ZELJKO, Darija. “Avaliação dos Primeiros Dez Anos da Convenção do Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica.” **Croata Anual de Ciências Criminais e Prática** 28, n.º 2, 2021. (2021), Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=agopinions&handle=hein.journals/cranmscip28&id=399&men_tab=srchresults#



LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN EN EL PROCESO PENAL CHILENO

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ¹

La audiencia de control de la detención es sin duda alguna una de las audiencias más relevantes del proceso penal chileno, por cuanto constituye por regla general la primera interacción del imputado detenido ante un juez de garantía². A nivel normativo, su regulación se encuentra en el artículo 132 del Código Procesal Penal³, norma que debe

- 1 Doctorando en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Universidad Finis Terrae (Chile).
- 2 En este punto hay que mencionar que excepcionalmente puede ser competente para conocer de una audiencia de control de la detención, el tribunal de juicio oral en lo penal, en la medida que estemos en presencia de una hipótesis de detención decretada judicialmente, y nos encontremos en la tercera etapa del proceso (juicio oral), y que dicha detención se haya materializado en el territorio jurisdiccional de dicho tribunal.
- 3 El artículo 132 del Código Procesal Penal chileno dispone: "Comparecencia judicial. A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido. No obstante lo anterior, el juez podrá suspender la audiencia por un plazo breve y perentorio no superior a dos horas, con el fin de permitir la concurrencia del fiscal o su abogado asistente. Transcurrido este plazo sin que concurriera ninguno de ellos, se procederá a la liberación del detenido.

En todo caso, el juez deberá comunicar la ausencia del fiscal o de su abogado asistente al fiscal regional respectivo a la mayor brevedad, con el objeto de determinar la eventual responsabilidad disciplinaria que correspondiere.

En la audiencia, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando expresamente facultado por éste, procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de

ser complementada con otros artículos de dicho cuerpo normativo que regulan aspectos propios de la detención⁴, así como del tenor de tratados internacionales que Chile ha suscrito en materia de derechos humanos⁵, para de esa manera adquirir una comprensión global de su dinámica e importancia dentro del proceso penal chileno.

Se trata de una audiencia que tendrá su génesis en una detención flagrante o bien en una detención ordenada judicialmente (detención imputativa), sea uno u otro el caso, el plazo máximo en que el imputado debe ser puesto a disposición del tribunal es de 24 horas. Como sostiene Oliver, “el momento en el cual un imputado que haya sido detenido debe ser puesto a disposición de un juez, es muy relevante [...] porque en los sistemas procesales penales de distintos países, se ha comprobado que antes de que el detenido sea llevado a la presencia judicial, hay un alto riesgo de que sea objeto de abusos. Mientras más extenso es el plazo para que el detenido sea puesto a disposición del juez, más elevado es el riesgo de que se comenten abusos en su contra. Y [...] una vez llevado el detenido a la presencia del juez, éste debe examinar la legalidad o ilegalidad de la detención que se practicó”⁶.

En esta audiencia, el tribunal deberá verificar si se cumplen con las hipótesis que habilitan una detención flagrante, así como el chequeo del deber de información que el imputado detenido debió recibir de parte de los funcionarios policiales aprehensores en torno a sus derechos, y en el caso de estar ante una detención ordenada judicialmente, verificar que la misma haya sido intimada, así como también controlar los fundamen-

detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida.

En todo caso, la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276”.

4 Artículos 95, 131, 132 bis, 393 bis del Código Procesal Penal, entre otros.

5 Artículo 7.5 y 7.6 CADH y artículo 9.4 PIDCP.

6 Oliver (2021), p. 101.

tos en que se sustenta dicha orden⁷. De no observarse tales supuestos, el juez de garantía podrá declarar la ilegalidad de la detención⁸.

Desde el punto de vista de la detención como medida cautelar personal, esta audiencia marca el término de la misma⁹, siendo la única excepción a ello, la posibilidad de ampliar el plazo de detención hasta por tres días, petición que puede formular el Ministerio Público, y que es resuelta por el juez de garantía, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 131 del Código Procesal Penal, en la medida que no cuente con los antecedentes suficientes para formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares.

El impacto que esta audiencia ha tenido en el proceso penal chileno podemos sintetizarlo en base a lo siguiente:

- Si se atiende al porcentaje de ingresos que recibe la Defensoría Penal Pública, en los últimos años esta audiencia constituye cerca del 64% de tales ingresos, lo que nos viene a demostrar la relevancia estadística que tiene esta audiencia como puerta de entrada al proceso penal¹⁰.
- Relevante también, por cuanto se trata de la primera interacción del imputado ante un tribunal con competencia en materia penal, para que éste se pronuncie sobre la legalidad del procedimiento que decantó en su detención, cuando nos encontramos en detenciones flagrantes, y también en algunas hipótesis de detenciones judiciales.
- La relevancia de esta audiencia, también puede constatarse por la escasa utilización que ha tenido en nuestro sistema la acción de amparo ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal, cuando existe una superposición entre ambas, en concreto, cuando se trata de un testeo de legalidad de la detención por parte de un juez de garantía¹¹.

7 Cerda (2021), p. 58.

8 Maturana y Montero (2012), p. 630.

9 Horvitz y López (2002), p. 388; Salas (2009), p. 363; Maturana y Montero (2012), p. 626.

10 Estadística disponible en el sitio web de la Defensoría Penal Pública: <http://www.dpp.cl/repositorio/196/542>

11 El artículo 95 del Código Procesal Penal regula el “Amparo ante el juez de garantía”, disponiendo lo siguiente: “Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella

- Esta audiencia se ha consolidado como una instancia en la cual se superponen una serie de otras discusiones cruciales en el devenir del procedimiento y de la situación cautelar personal del imputado, por ejemplo, la formalización de la investigación o requerimientos verbales en procedimientos especiales, discusión de plazo judicial de la investigación, decisiones en torno a las medidas cautelares personales que pesarán sobre el imputado, como por ejemplo, la discusión en torno a la prisión preventiva.
- Constituye además una instancia propicia para arribar a términos tempranos del procedimiento, entregando una celeridad al sistema que era impensada previo a la implementación de las actuales reglas procesales penales (suspensiones condicionales del procedimiento, acuerdos reparatorios, sentencias definitivas en procedimientos especiales), y que le ha dado un matiz diferenciador a nuestro sistema. Lo que también, digámoslo, ha generado una percepción errada en nuestra sociedad, con el eslogan acuñado desde la esfera política de la “puerta giratoria”. Y que sigue afectando a nivel de legitimidad del sistema por su falta de comprensión a nivel social.

1 PROBLEMAS

Dicho lo anterior, revisaré a continuación algunos nudos críticos que esta audiencia ha enfrentado en el contexto del proceso penal reformado chileno, a partir de diciembre del año 2000 en adelante.

1.1. En primer término, transcurridos casi 20 años de vigencia del Código Procesal Penal, resulta relevante cuestionarse si esta audiencia está cumpliendo o no con su rol esencial en cuanto test de legalidad.

estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.

En lo que llevamos de proceso penal reformado, los porcentajes de detenciones declaradas judicialmente ilegales no han superado el 1% en promedio a nivel nacional (de hecho, el promedio entre los años 2010 a 2018 es de 0,8%). Recientemente se ha observado un cambio de esta tendencia en el año 2019, donde se aprecian porcentajes que llegaron a un 3,7% de ilegalidades declaradas judicialmente entre el 18 de octubre y el 17 de noviembre de dicho año, explicado básicamente por el fenómeno asociado al “estallido social” que el país vivió en ese periodo¹².

Las razones de este fenómeno pueden ser variadas, siendo destacada como una de ellas la Ley N° 20.253 de 14 de marzo de 2008, que sustituyó el inciso segundo del artículo 132 Código Procesal Penal, estableciendo su actual tenor lo siguiente: “En todo caso, la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención”, con lo cual, a pesar de existir un pronunciamiento de ilegalidad de la detención, es posible de todos modos que el Ministerio Público pueda formalizar la investigación y hacer peticiones en torno a la restricción o privación de libertad del imputado.

Para ver si esta mudanza legislativa tuvo o un impacto en las tasas de ilegalidades dictadas en esta audiencia, es necesario ver el comportamiento del sistema previo y posterior a la dictación de dicha ley. Si tomamos como referencia el año 2007, teníamos un promedio de 1% de ilegalidades a nivel nacional, luego, los años 2008 y 2009 el porcentaje de ilegalidades bajó a un 0,6%, con lo que se logra ver un impacto inmediato que puede atribuirse a la reforma legal aludida, pero luego, los años siguientes retomar un comportamiento estadístico similar a los años previos de dicha mudanza, manteniendo de allí en más un ritmo constante entre los 0,8% y 0,9%, con lo cual podemos relativizar el impacto que efectivamente tuvo esta reforma¹³.

12 Estadísticas disponible en el estudio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), “Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile” del año 2017, p. 190, y en el artículo de la Dirección de Estudios Corte Suprema, “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas con el estallido social”, de 30 de abril de 2020, pp. 21 y ss.

13 Informe CEJA, op. cit. p. 190.

1.2. Como segundo factor, se constatan bajas tasas de peticiones de ilegalidad por parte de las defensas. Las peticiones de ilegalidad no superan el 10% del total de casos¹⁴.

Así, entendemos que estas bajas tasas de peticiones y de resoluciones que declaran ilegal una detención responden a parámetros diversos y de mayor profundidad estructural¹⁵.

Primero, hay que destacar que todavía en algunas regiones del país, después de 20 años, no existen las condiciones óptimas para que la defensa pueda conferenciar privadamente con su representado y que dicha conversación sea ejecutada en el tiempo necesario para conocer a cabalidad la versión de los hechos del imputado, y en no pocos casos, se ha levantado como punto crítico, el hecho de que no se alcanza a realizar la totalidad de las entrevistas con los detenidos en el turno respectivo. Si se suma a este último punto, el hecho de que una vez terminadas las entrevistas en la zona de calabozos, las audiencias comienzan de inmediato, no existiendo por regla general, mayor margen de tiempo para que la defensa pueda revisar materialmente las carpetas, o bien existiendo este lapso, el tiempo para aquello no es el suficiente para abordar de manera seria una discusión de esta relevancia.

En segundo término, también resulta inherente a este problema, el rol desempeñado por los jueces de garantía en estas audiencias. Se sigue apreciando hoy en día dos estilos muy marcados de conducción de audiencias. Uno, en el cual es el juez de garantía quien asume un rol activo en la indagación de los antecedentes que justifican la detención del imputado (tutela jurisdiccional)¹⁶, y otro estilo, marcado por una pasividad que descansa en el rol que la defensa asuma en este debate (si la defensa

14 Ibid., p. 191. En el mismo sentido, informe estadístico de la Defensoría Penal Pública, op. cit., p. 22.

15 Las conclusiones de este acápite se extraen de los resultados de las auditorías anuales externas realizadas por la Defensoría Penal Pública, desde el año 2018 a la fecha (textos inéditos, no publicados), con el propósito de evaluar el cumplimiento de los estándares básicos de la calidad de la prestación de servicio de la defensa, en la cual he desempeñado el rol de auditor.

16 Núñez recalca esta labor oficiosa del juez de garantía, al señalar que “la audiencia de control de la detención debe iniciarse con la verificación de oficio, por parte del juez de garantía, de que se ha dado cumplimiento al deber de información de derechos al detenido (art. 136 CPP) y de que se han respetado las normas legales que establecen sus derechos y garantías”, Núñez (2016), p. 133. En el mismo sentido, Maturana y Montero (2012), p. 628.

no incidenta la ilegalidad, el juez no recaba más información y declara ajustada a derecho la detención). Esto es preocupante, de seguirse esta segunda tendencia de conducción de audiencias de control de detención, si nos atenemos a la constatación empírica de que las peticiones de ilegalidad de la defensa no superan el 10% de los casos, lo que dejaría un bolsón mayoritario de casos sin ser sometidos a un control judicial efectivo¹⁷.

Este escenario denota que la ACD no está cumpliendo un rol efectivo de a nivel de test de legalidad.

2 DESAFÍOS

Debemos mirar de manera crítica los bajos índices de ilegalidades de detenciones declaradas judicialmente. Dicha estadística, corroborada empíricamente, no responde a un escenario que nos lleve a concluir que estemos en presencia de procedimientos policiales ajustados a derecho en un porcentaje cercano al 100%, sino que estos bajos índices responden a una serie de déficits estructurales que no han sido atacados de manera efectiva a lo largo de estos años.

Desmitificar aquella imagen de que hoy en día la ilegalidad de la detención no produce efectos de relevancia. Por el contrario, se debe recalcar la importancia de este tipo de discusiones, en orden a proyectar el caso en términos estratégicos desde estas primeras alegaciones, pensando en las futuras consecuencias que la omisión de incidentar puede generar, por ejemplo, a nivel de recurso de nulidad (causal genérica del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal), y a su falta de preparación. Este sentido de responsabilidad procesal de los defensores debe ser reafirmado y potenciado.

De la mano de lo anterior, resulta insostenible que se constate al día de hoy dificultades operativas y materiales para el ejercicio de la defensa en el contexto de la audiencia de control de la detención. Nada justifica, en el actual estadio de desarrollo de la tecnología, que la defensa no pueda tener acceso al contenido del parte policial con anterioridad a la realización de los respectivos bloques de este tipo de audiencias. Lo

17 “Esta audiencia se encuentra enmarcada dentro de la actividad de oficio del tribunal, pues, al margen de las solicitudes que pudieren realizar la defensa, el fiscal, la víctima o el querellante, es el juez el que está obligado a ejercer la jurisdicción cautelar de la que sido dotado por la ley, a objeto de pesquisar algún tipo de irregularidad existente en el procedimiento de la detención del imputado”, Salas (2009), p. 363.

mismo en cuanto a las facilidades y espacios físicos, que el Poder Judicial deba brindar, para que las defensas puedan desempeñar su labor en dependencias de los Juzgados de Garantía.

Debe asumirse un rol protagónico por los jueces de garantía en este tipo de debates, dejando de lado esta dualidad de conducción de las audiencias de control de la detención que posibilitan la existencia de detenciones que no sean sometidas a un testeo judicial.

Impulsar el uso de la acción de amparo ante el juez de garantía del art. 95 CPP, como una alternativa viable a hipótesis en que se superponga con la audiencia de control de la detención en test de legalidad, en detenciones no originadas por resolución judicial.

En suma, se requiere una visión y compromiso transversal en efectuar un verdadero testeo de los antecedentes y fundamentos que se entregan en esta audiencia de control para justificar la detención del imputado, pero ello resultará estéril si no va de la mano de una constante inversión estatal en mayores recursos a nivel material y de permanente capacitación de los operadores del sistema en el compromiso público que a cada uno de ellos les compete en el resguardo de las garantías de las personas que son detenidas.

3 BIBLIOGRAFÍA

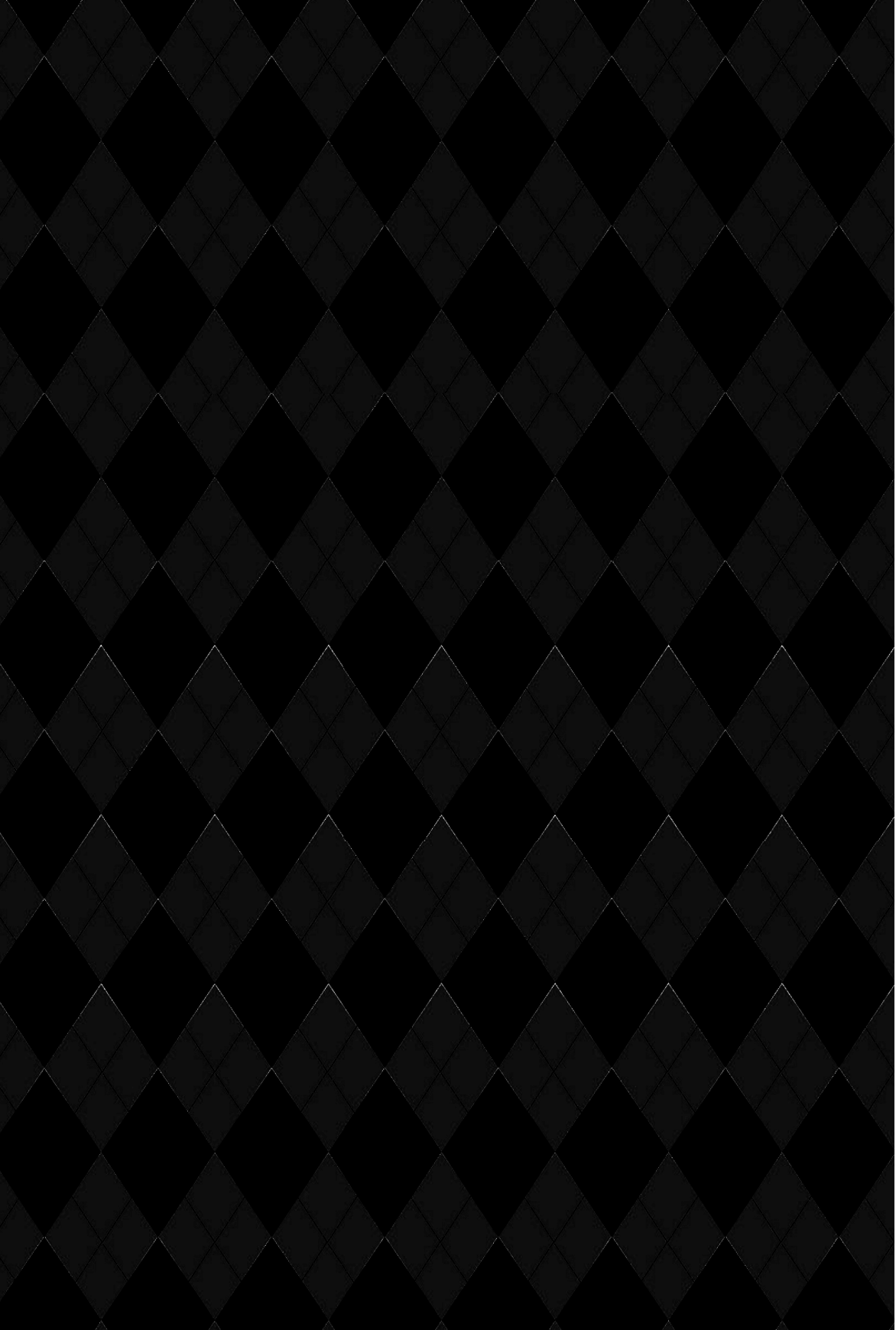
- Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA), “Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile”, 2017.

- Cerda, Rodrigo, “El control jurídico de los órganos de la persecución penal como garantía de los derechos fundamentales”, en La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Gonzalo Hoyl, Editor), Tirant Lo Blanch, Santiago, 2021, pp. 25-66.

- Defensoría Penal Pública: Informes de resultados de auditoría externa de cumplimiento de estándares básicos del servicio de defensa penal pública, Santiago, 2018-2020 (documento no publicado en poder del autor).

- Dirección de Estudios Corte Suprema, “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas con el estallido social”, 2020.

- Horvitz, María Inés y López, Julián, “Derecho Procesal Penal chileno”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago, 2002.
- Maturana, Cristián y Montero, Raúl, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Librotecna, Santiago, 2012.
- Núñez, Raúl, “Código Procesal Penal”, Thomson Reuters, Santiago, 2016.
- Oliver, Guillermo, “Evolución (o involución) de la audiencia de control de detención y algunos problemas interpretativos”, en La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal (Gonzalo Hoyl, Editor), Tirant Lo Blanch, Santiago, 2021, pp. 101-127.
- Salas, Jaime, “Problemas del proceso penal”, Librotecna, Santiago, 2009.



LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, ESCOPO DE PROTEÇÃO E PROPORCIONALIDADE¹

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO²

1 INTRODUÇÃO

As constituições democráticas e os documentos internacionais apresentam disposições jurídicas que normalmente autorizam a formulação da proposição normativa de que ninguém deve ser privado de direitos em razão de suas crenças ou convicções religiosas, filosóficas, políticas, ideológicas ou morais. Uma das questões centrais a respeito dessa proposição normativa é a que indaga pelo seu significado e aplicação na solução de problemas práticos, que são exatamente aqueles que exigem uma resposta sobre qual é o curso de ação correto.

Um médico está juridicamente obrigado a realizar um procedimento abortivo, independentemente de esse comportamento violar a sua crença ou convicção? Uma resposta definitiva positiva ou negativa para essa questão pode ser esperada, independentemente das circunstâncias particulares do caso concreto considerado? Um pacifista pode recusar-se a pagar impostos com base no argumento de que os tributos pagos poderão ser destinados à aquisição de equipamentos militares e atividades de guerra? Os empregados de uma empresa podem ser impedidos de usar

- 1 Artigo já publicado: GAVIÃO FILHO, Anizio. Liberdade de consciência, escopo de proteção e proporcionalidade. In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PAULO, Lucas Moreschi. Constitucionalismo, direitos fundamentais, proporcionalidade e argumentação. São Paulo: Editora Dialética, p. 13-36, 2022.
- 2 Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio do Rio Grande do Sul - UFRGS). Mestre em Direito (Universidade Federal do Rio do Rio Grande do Sul - UFRGS). Prof. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - PPGD/FMP. Prof. Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Procurador de Justiça.

no local trabalho símbolos de manifestação e expressão de suas crenças religiosas? Os pais podem exigir que seus filhos não sejam obrigados a determinados comportamentos ou submetidos a tipos específicos de sanções nas escolas, em razão de suas crenças ou convicções religiosas? Essas e outras questões são normalmente colocadas exatamente nas situações em que algumas pessoas não podem, sem violação dessas mesmas crenças ou convicções, cumprir o que é exigido universalmente de todos, seja por determinação fixada na legislação ou pela administração estatal, seja por exigência de uma instituição privada.

Como norma de direito fundamental associada ao direito fundamental de liberdade de consciência, objeção de consciência configura uma exceção ao cumprimento de comportamento juridicamente devido. O reconhecimento de uma posição jurídica definitiva fundamental do direito fundamental de liberdade de consciência pressupõe, primeiro, que o cumprimento do dever jurídico fixado intervenha no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência e, segundo, que essa intervenção não encontre justificação.

O objeto desta investigação é identificar quais são as razões normalmente empregadas pelos tribunais para o reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental de liberdade de consciência, configuradora da exceção de objeção consciência. Essa questão está diretamente vinculada aos argumentos e aos critérios utilizados tanto para a verificação de intervenção no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência como também para a análise da justificação dessa intervenção mesma.

Com a pretensão de responder essa questão, a presente discussão será desenvolvida em três partes. A primeira parte será destinada à descrição da fundamentação jusfundamental do direito de liberdade de consciência, tanto nos documentos internacionais como nas constituições de Estados de direito constitucionais. A segunda parte cuidará de decisões de tribunais constitucionais a respeito de violações do escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência, notadamente quanto aos argumentos e critérios normalmente empregados para o reconhecimento de intervenção no seu ao escopo de proteção. A terceira parte terá por objeto a identificação das razões que têm sido empregadas pelos tribunais para responder a respeito da justificação de intervenções no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência com base no teste da proporcionalidade.

A conclusão que está investigação pretende formular é a de que existe um padrão de fundamentação quanto à identificação de intervenção no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência, bem como quanto à verificação da justificação dessa violação do direito fundamental de liberdade de consciência.

Cuida-se de investigação desenvolvida com base em pesquisa bibliográfica comparativa.

2 DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

A proteção da liberdade de consciência encontra posituação em diversos documentos internacionais e constituições de Estados de direito constitucionais democráticos.

A disposição jurídica do art. 9º, frase 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos diz que qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião e que esse direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. Essa mesma disposição está no art. 12, frase 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por seu lado, o art. 9º, frase 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, dispõe que a liberdade de manifestação religiosa ou crença somente pode ser submetida às restrições fixadas pelo direito positivo e que foram necessárias em uma sociedade democrática, adotadas em razão da segurança pública, proteção da ordem pública, saúde, moral ou da proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Disposição similar está no art. 12, frase 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo texto diz que a liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças estão sujeitas unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde e a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

A primeira parte da disposição do art. 5º, VI, da Constituição Federal brasileira, diz que a liberdade de consciência é inviolável. O texto da disposição do art. 5º, VII, da Constituição Federal brasileira, diz que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. A disposição do art. 4º, frase 1, da Lei Fundamental da Ale-

manha diz que a liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis. Por seu lado, a disposição do art. 2, frase 3, da Constituição do Peru, diz que toda a pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião, em forma individual ou associada, não havendo perseguição em razão de ideias ou crenças. Igualmente, dispõe que o exercício público de todas as confissões é livre, sempre que não ofender a moral e não alterar a ordem pública. Ainda, exemplificativamente, a disposição do art. 18 da Constituição da Colômbia diz que está garantida a liberdade de consciência e que ninguém pode ser lesado em razão de suas convicções ou crenças, bem como não pode ser obrigado a revelá-las e tampouco obrigado a atuar contra a sua consciência.

Assumido o conceito de formal de direito fundamental, assim entendido como o que se acha positivado em uma constituição, a liberdade de consciência é um direito fundamental. Nas principais constituições dos Estados democráticos constitucionais, o direito fundamental de liberdade de consciência aparece ao lado de outros direitos fundamentais no lugar normalmente reservado ao catálogo de direitos fundamentais.

Como direito fundamental, a liberdade de consciência tem um amplo escopo de proteção, configurando posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, notadamente direitos subjetivos, na medida em que são garantidos por normas jurídicas vinculantes. O conceito de posição jurídica explícita que o titular do direito fundamental de liberdade encontra-se em uma posição frente ao Estado de que sua liberdade não seja violada, restringida ou limitada injustificadamente, seja por meio de ações comissivas ou omissas dos próprios agentes estatais ou de agentes privados não estatais (ALEXY, 1991, p. 163-164). Assim, posições jurídicas são relações jurídicas entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado, constituindo uma espécie da ampla gama de relações jurídicas existentes no Direito (BERNAL PULIDO, 2005, p. 81). Com isso, pode ser formulado o conceito de direito fundamental como o conjunto de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. Um direito fundamental como um todo é um feixe de posições fundamentais jurídicas reunidas, por uma disposição de direito fundamental, em um direito fundamental. O que reúne as diferentes posições fundamentais jurídicas em um direito fundamental como um todo é sua associação a uma disposição de direito fundamental, pois às posições fundamentais jurídicas correspondem sempre as normas que as conferem (ALEXY, 1991, p. 224). Há uma relação de implicação necessária entre as normas de direitos fundamentais e as posições fundamentais jurídicas. Sempre que se coloca a

existência de uma posição fundamental jurídica se coloca também, implicitamente, a validade da norma que a estabelece (BERNAL PULIDO, 2005, p. 84). Segundo Alexy (1991, p. 227-228), quatro formulações podem ser designadas de direito fundamental como um todo: 1) um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas; 2) um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas, incluídas as relações entre elas existentes; 3) um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*; e 4) um feixe de posições fundamentais definitivas e *prima facie*, incluídas as relações entre elas existentes.

O que segue tem a pretensão de analisar os argumentos normalmente empregados pelos tribunais constitucionais para identificar violações ao escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência e, assim, a posições jurídicas definitivas ou *prima facie* desse direito fundamental.

3 LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA NOS TRIBUNAIS

O ponto de partida para o reconhecimento de posição jurídica definitiva ou *prima facie* do direito fundamental de liberdade de consciência está na identificação do escopo de proteção desse direito fundamental.

Sobre o escopo de proteção da liberdade de consciência, merece destaque decisão da Corte Constitucional da Colômbia (COLÔMBIA, 2019), no caso em que se discutiu a constitucionalidade da Lei 1.861/2017, que disciplina o procedimento administrativo para exame de objeção de consciência à prestação de serviço militar. Apresentou-se demanda de inconstitucionalidade contra a disposição do art. 79, frase 2, da Lei 1.8861/2017, que ao limitar o conteúdo da objeção de consciência a razões éticas, religiosas ou filosóficas, estaria violando do art. 18 da Constituição da Colômbia, que garante a liberdade de consciência, dispondo que ninguém deve ser molestado por suas convicções e crenças e tampouco compelido ou obrigado a atuar contra sua consciência. O argumento da inconstitucionalidade foi o de que a regra estaria restringindo o escopo de proteção da liberdade de consciência, excluindo de seu conteúdo razões políticas, ideológicas, humanistas, culturais ou teístas.

A Corte Constitucional colombiana tomou como ponto de partida a formulação de que a objeção de consciência é um direito fundamental autônomo, reconhecido explicitamente na disposição do art. 18 da Constituição da Colômbia, quando afirma que ninguém pode ser obriga-

do a atuar conforme sua consciência. Igualmente, assentou que somente as convicções ou crenças profundas, consolidadas e sérias podem entrar no escopo de proteção direito fundamental de objeção de consciência. A partir disso, a Corte Constitucional buscou responder se legislador está constitucionalmente autorizado a fixar um catálogo fechado de razões autorizadas de objeção de consciência ao serviço militar obrigatório.

De modo a enfrentar a inconstitucionalidade apontada, a Corte Constitucional colombiana afirmou que a objeção de consciência ao serviço militar implica violação ao princípio da igualdade perante a lei, pois o objetor resulta liberado de cumprir dever constitucional a todos fixado. Por isso mesmo, então, o legislador detém legitimidade para escolher e fixar no Direito positivo os tipos de razões que podem integrar o conteúdo da objeção de consciência. Ao limitar o reconhecimento da objeção a razões éticas, religiosas ou filosóficas, o legislador não atuou arbitrariamente, exatamente em atenção ao fato de que são essas as razões normalmente apresentadas para exclusão do dever de prestar serviço militar. Além disso, restou formulado que essas razões gozam de amplitude suficiente para incluir diversas posturas e cosmovisões, abrindo espaço para boa margem de interpretação.

Uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão é igualmente ilustrativa a respeito da identificação de violação ao escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência. O Tribunal Constitucional alemão (ALEMANHA, 1992; 2007) consolidou entendimento no sentido de que a obrigação de pagar impostos, que eventualmente podem ser destinados para aquisição de equipamentos militares e custear atos de guerra, não caracteriza ingerência no escopo de proteção da liberdade de consciência. Segundo o Tribunal Constitucional, a responsabilidade orçamentária do parlamento e o princípio democrático não estão sujeitos à decisão de consciência do indivíduo sobre como deve ser aplicada a receita proveniente dos impostos. O direito fundamental de liberdade de consciência não inclui um direito geral do indivíduo de se abster dos encargos públicos com o argumento de seu uso ilegal ou indevido. Acrescentou ainda que se isso é entendido como incompatível com as convicções de uma pessoa, ela não pode exigir que elas sejam consideradas como medida da validade das normas jurídicas ou da sua aplicação.

Quanto à objeção de consciência à prestação de serviço militar, o Tribunal Constitucional alemão (ALEMANHA, 1960) foi chamado a examinar a constitucionalidade do § 25 da Lei do Serviço Militar de 1956, destinada a conformar a disposição do art. 4º, frase 3, da Lei Fundamen-

tal. Esta proposição estabelece que ninguém pode ser obrigado, contra sua consciência, ao serviço militar com armas. Por seu lado, a disposição do § 25, destinada a regular a objeção de consciência ao serviço militar, fixou que qualquer pessoa que, por razões de consciência, se oponha à participação em qualquer utilização de armas entre Estados, recusando-se ao serviço militar com armas, deve prestar serviço civil alternativo, podendo, contudo, requerer prestar de serviço militar sem armas.

No caso, chamado ao alistamento militar em 1959, o objetor argumentou que por razões de consciência não poderia cumprir o serviço militar com armas no contexto de uma Alemanha dividida, pois poderia ser chamado a participar de atividades militares, inclusive disparar, contra os próprios alemães. Acrescentou que fosse o caso de uma “pátria livre e unida”, estaria pronto para servir na guerra em qualquer momento. O Tribunal Constitucional entendeu que o escopo de proteção do direito fundamental de consciência fixado no art. 4º, frase 3, da Lei Fundamental, alcança proteção àqueles que se recusam ao serviço militar com armas, incluídos não apenas as objeções de consciência por razões religiosas, mas também as fundadas em razões pacifistas e igualmente aqueles que rejeitam o serviço militar com base em motivações colocadas pelo contexto histórico-político. Contudo, o Tribunal Constitucional exclui do escopo de proteção a objeção de consciência fundada em uma situação concreta, quando a recusa se relaciona à participação em uma determinada guerra, um determinado tipo de guerra, em determinadas situações ou com determinadas armas. Uma decisão de consciência desse tipo não é dirigida contra a prestação do serviço militar com armas, mas contra a resolução de uma autoridade estatal de utilizar a força armada ou com certos meios para um objetivo político ou militar concreto. O Tribunal Constitucional assentou que, nesse caso, o objetor não rejeita a matança na guerra em si, mas apenas a matança deste inimigo, nesta guerra ou com estas armas. Isso comprova que prestar serviço militar com armas não contraria a consciência do objetor.

Outro caso ilustrativo quanto à identificação do escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência está em decisão do Tribunal Constitucional do Peru (PERU, 2020), que acolheu objeção de consciência religiosa formulada por trabalhadora de empresa que havia fixado para todos os seus funcionários a obrigação de usarem uniforme e, necessariamente, calças longas. A objetora apresentou o argumento no sentido de que usar a calça do uniforme contrariava os preceitos de sua religião e orientação de fé da igreja cristã pentecostal. Ao recusar-se a

usar o uniforme, a empregada restou afastada de seu posto de trabalho. O Tribunal Constitucional peruano concluiu que a obrigação imposta pela empresa, no sentido de que todos os seus empregados usassem a apenas e tão somente a calça do uniforme fornecido, disso resultando para a empregadora objetora, a proibição de usar saia, constituía violação ao direito de não discriminação por convicção religiosa – discriminação por tratar igualmente situações diferentes (discriminação por indiferenciação).

O argumento central apresentado pelo Tribunal Constitucional foi no sentido de que a proibição de usar saia e a obrigação de usar a calça do uniforme fornecido pela empresa configurou violação não justificada da liberdade de consciência religiosa da funcionária, pois ninguém pode ser obrigado a atuar contra o seu próprio sistema de crenças e convicções. Sem que tivessem sido dadas razões de ordem pública ou de outros valores constitucionais para justificar a obrigatoriedade do uso das calças do uniforme, salvo a decisão da empresa, o Tribunal Constitucional entendeu irrazoável e não justificada a intervenção na liberdade de consciência religiosa. Outro aspecto destacado foi o de a empresa não ter oferecido ajuste ou acomodação razoável com outras alternativas à obrigatoriedade do uso de calça imposta.

Igualmente nos tribunais do Reino Unido podem ser recolhidos casos ilustrativos quanto à identificação do escopo de proteção do direito fundamental. Emblemática é a decisão da *House of Lords* (REINO UNIDO, 2005) no caso *Regina (Williamson and Others) v Secretary of State for Education and Employment*, no qual os diretores, professores e pais de estudantes das escolas Christian Fellowship School at Edge Hill (Liverpool), Bradford Christian School at Idle (Bradford), Cornerstone School at Epsom (Surrey) e King's School at Eastleigh (Hampshire) argumentaram que a proibição de aplicação de sanções disciplinares corporais na escolas era incompatível com o direito à liberdade religiosa e à manifestação da prática religiosa previsto no art. 9 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Os proponentes, alegando falar em nome da comunidade cristã no Reino Unido, sustentaram estar incluído nas crenças fundamentais do país que, no contexto cristão, é parte do dever de educação dos professores assumir o lugar dos pais e aplicar sanções corporais às crianças que não cumprem as regras disciplinares fixadas nas escolas. Essas sanções, corretamente aplicadas, são importantes para a educação das crianças na medida em que constituem mensagens inequívocas de que comportamentos inaceitáveis não são tolerados na comunidade. Segundo os proponentes, mais de 40 escolas no Reino Unido

estavam a compartilhar a mesma crença quanto às sanções disciplinares corporais nas escolas. O argumento central apresentado para justificar a pretensão estava na interpretação de passagens do Velho Testamento na Bíblia. A conclusão, portanto, é a de que a liberdade religiosa requer que os pais possam delegar aos professores a educação de seus filhos conforme os princípios bíblicos.

No julgamento, Lord Nicholls of Birkenhead reconheceu que religião e outras crenças e convicções constituem parte da humanidade de cada pessoa, configurando sua personalidade e individualidade. E que, em uma sociedade civilizada, uns devem respeito às crenças e às convicções dos outros. Por isso mesmo, a tolerância mútua é central para a vida em comunidade. Não por outra razão, a liberdade religiosa e outras crenças e convicções devem ser necessariamente protegidas. Acrescentou que essas liberdades não se limitam a ter uma religião, crença ou convicção, mas incluem também expressar e praticar. Essa distinção importa porque o direito de liberdade de religião, crença ou convicção pode ser considerado absoluto, mas o direito de manifestação religiosa, de uma crença ou convicção é um direito relativo, sujeito a limitações ou restrições. Isso deve ser assim porque o modo como esse direito se manifesta na prática pode afetar os direitos de outras pessoas. Crenças ou convicções, religiosas ou não, afetam os dias que as pessoas podem trabalhar, o tipo de roupas ou adereços que podem utilizar, bem como o que e quando podem comer e beber. Igualmente, dizem como as crianças devem ser educadas e preparadas para a vida.

No caso, a *House of Lords* precisou definir se a ação de infligir sanções disciplinares corporais nas crianças integra o escopo de proteção da liberdade religiosa dos professores e dos pais dos alunos. Isolada e descontextualizada, a ação de infligir sanção disciplinar corporal nada diz sobre as crenças ou convicções religiosas do executor dessa medida. Contudo, isso é diferente quando a sanção corporal é executada como mandamento ordenado por uma convicção ou crença religiosa em favor dos melhores interesses da criança. Tantos os pais que colocam os seus filhos em escolas que infligem sanções disciplinares corporais como os diretores e professores dessas escolas acreditam que essas medidas constituem manifestação de suas crenças em favor da melhor educação das crianças. Nesse caso, a execução da sanção disciplinar corporal constitui expressão da crença ou convicção religiosa cristã. Por isso mesmo, a *House of Lords* entendeu que a proibição de todo e qualquer tipo de sanção disciplinar corporal nas escolas do Reino Unido configurou intervenção

da liberdade de convicção e manifestação religiosa dos proponentes. A questão sobre a justificação dessa intervenção no escopo de proteção da liberdade de consciência será discutida adiante.

Outro caso que pode ser analisado quanto ao escopo de proteção da liberdade de consciência religiosa é o caso *Syndicat Northcrest v Amselem*, julgado pela Suprema Corte do Canadá (CANADÁ, 2004). No caso, membros de uma comunidade de fé judaica ortodoxa postularam junto ao condomínio onde residiam autorização para construção de sucás – pequenas cabanas, tradicionalmente construídas de madeira ou telas, que os judeus devem habitar, bem como ali alimentarem-se, por nove dias, durante o festival anual do Sucot – nas respectivas sacadas de seus apartamentos. Considerando que as normas do condomínio quanto ao uso dos apartamentos proibiam quaisquer objetos nas sacadas que comprometessem a harmonia estética do prédio, a construção das sucás não foi autorizada. A Suprema Corte do Canadá adotou uma concepção ampla de religião, considerando-a como um sistema particular e abrangente de fé e culto. Em essência, segundo essa concepção, religião tem a ver com as convicções ou crenças pessoais profundas ligadas à fé espiritual de um indivíduo e ligadas à sua autodefinição e realização espiritual, com práticas que ligam os indivíduos com o divino, sujeito ou objeto dessa fé espiritual. A Suprema Corte do Canadá, em decisão alcançada por apertada maioria (5 a 4), escrita pelo Justice Frank Iacobucci, reconheceu que a proibição de construção das sucás nas sacadas dos apartamentos constituiu intervenção no escopo de proteção da liberdade de convicção religiosa dos judeus ortodoxos. Uma contribuição importante dessa decisão está em uma célebre passagem do Justice Iacobucci, quando afirma que uma crença não deve ser fictícia, tampouco um capricho e muito menos um artifício (*neither fictitious, nor capricious, and that it is not an artifice*). As crenças e assim as crenças religiosas são intensamente pessoais e podem variar de pessoa para pessoa. Cada um tem direito a suas próprias crenças ou convicções, por mais irracionais ou inconsistentes que elas sejam. Nesse sentido, Justice Iacobucci concluiu que não é papel do tribunal investigar a validade ou a correção de uma crença sob a base de algum padrão objetivo, inclusive a conformação de um determinado crence com as crenças daqueles outros que professam as mesmas convicções.

Outra discussão sobre o escopo de proteção da liberdade de consciência ou convicção religiosa envolveu objeção de Testemunhas de Jeová à obrigatoriedade de saudação à bandeira dos Estados Unidos da América imposta aos alunos de escolas públicas. Os dois casos paradigmáticos

foram *Minersville School District v. Gobitis* (ESTADOS UNIDOS, 1940) e *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (ESTADOS UNIDOS, 1943). Inspirados pelo patriotismo nacionalista, vários estados norte-americanos estabeleceram a obrigatoriedade de saudação e juramento à bandeira nas escolas públicas. Walter Gobitis, convertido à crença dos Testemunhas de Jeová, instruiu seus filhos a não saudarem a bandeira norte-americana na escola pública onde estudavam em Minersville. Cuidando-se de ambiente prevalentemente católico, as crianças e a família de Walter Gobitis passaram a sofrer represálias. As crianças foram expulsas da Minersville School District, necessitando estudar em escola privada. O caso foi levado ao Tribunal Distrital do Juiz Albert Maris, que entendeu ser inconstitucional a obrigatoriedade de saudar a bandeira por violação à liberdade de manifestação de consciência ou convicção religiosa das Testemunhas de Jeová. Essa decisão foi confirmada pelo Tribunal de Apelação do Terceiro Distrito dos Estados Unidos em 1938. O caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, que, em decisão por maioria de 8 a 1, escrita pelo Justice Felix Frankfurter, entendeu que a obrigatoriedade de saudação à bandeira tem fundamento secular no patriotismo e na importância da coesão e unidade nacional, essencial para formação das crianças, e isso não é valor hierarquicamente inferior a qualquer outro valor constitucional, notadamente a liberdade religiosa das Testemunhas de Jeová. Por fim, concluiu que escrúpulos de uma determinada consciência ou convicção religiosa não podem liberar os indivíduos de cumprirem os deveres por todos devidos. A divergência isolada coube ao Justice Harlan Stone, que argumentou no sentido de que as liberdades são liberdades da mente e do espírito, cuja essência consiste na liberdade de escolher o que fazer e o que dizer. O resultado dessa decisão da Suprema Corte foi o de que a obrigatoriedade de saudar e jurar à bandeira dos Estados Unidos da América não violava a liberdade de consciência ou convicção religiosa. Em outras palavras, a decisão recusou a objeção de consciência ou convicção religiosa das Testemunhas de Jeová.

Essa posição restou integralmente revisada no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (ESTADOS UNIDOS, 1943). Nessa decisão, julgada pela maioria de 6 a 3, escrita pelo Justice Jackson, a Suprema Corte enfrentou os principais argumentos da decisão anterior. Em primeiro lugar, Justice Jackson colocou em dúvida a ideia de bandeira como símbolo de coesão e unidade nacional, destacando que os símbolos servem como instrumento para comunicar uma ideia, mas o seu significado depende do que cada um está disposto a atribuir a ele. Em segundo

lugar, argumentou que saudar e jurar a bandeira não se presta a produzir sentimentos de unidade e pertencimento, constituindo-se mais em esforço inútil para alcançar a unanimidade na sociedade. E, nesse sentido, afirmou que a história mostrou que as tentativas de união de opiniões pela força e coerção nunca levaram à paz social. Em terceiro lugar, Justice Jackson rejeitou o argumento de que a obrigatoriedade de os alunos saudarem e jurarem à bandeira, sob pena de expulsão das escolas, era uma medida permitida para assegurar a unidade nacional. A partir disso, reconhecendo colisão entre o decidido pelas autoridades estatais e os direitos individuais, assentou que alguns direitos estão acima do decidido pelas maiorias políticas. Exatamente este é o objetivo da Bill of Rights, excluir das controvérsias políticas os direitos de liberdades, cuja proteção incumbe aos tribunais e não se submetem às eleições. Em quarto lugar, Justice Jackson rejeitou o argumento de que saudar à bandeira diz respeito à disciplina escolar, constituindo-se em assunto estranho às autoridades estatais e aos tribunais. O argumento central foi no sentido de que se tem algo determinado na Constituição dos Estados Unidos é que nenhum agente estatal pode fixar o que deve ser ortodoxo em política, nacionalismo, religião ou opinião, bem como, tampouco, obrigar os cidadãos a professarem ou agirem de acordo com uma ou outra fé. Os Justices Hugo Black e William Douglas revisaram as posições anteriormente sustentadas na decisão do caso *Minersville School District v. Gobitis* (ESTADOS UNIDOS, 1940). O Justice Felix Frankfurter, isoladamente, ocupou a divergência, mantendo sua posição anterior, mas com o argumento de que a Suprema Corte estaria excedendo o seu papel judicial e usurpando o espaço de deliberação legislativa ao invalidar a legislação estadual.

Ainda sobre o escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência, registra-se decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (ALEMANHA, 1972) que acolheu reclamação para anular condenação criminal imposta a pastor evangélico, consistente em pena pecuniária, prevista na lei processual penal, por ter se recusado a prestar juramento enquanto testemunha. O Tribunal Constitucional considerou estar dentro do escopo de proteção da liberdade de crença e de consciência agir de acordo com as regras estabelecidas pela religião, acolhendo o argumento de que, segundo as palavras de Cristo no Sermão da Montanha, todo o juramento está proibido.

A descrição dessas decisões serve para ilustrar intervenções no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência e, assim, violações de posições jurídicas definitivas ou *prima facie* desse di-

reito jusfundamental. Isso pressupõe assumir que direitos fundamentais deixam configurar amplo escopo de proteção, por isso mesmo admitem intervenções e violações (PIEROTH; SCHILINK, 2012). Mas violações de posições jurídicas *prima facie* do direito fundamental de liberdade de consciência são admissíveis. O mesmo não se pode afirmar em relação às posições jurídicas definitivas desse direito fundamental. Violações de posições jurídicas definitivas do direito fundamental de liberdade de consciência são verificáveis pelo teste da proporcionalidade. Uma intervenção no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade consciência está justificada se satisfeitas as exigências do teste da proporcionalidade. Violações de posições jurídicas *prima facie* são admitidas porque justificadas com base no teste da proporcionalidade. Nas decisões acima descritas, nada foi dito sobre a justificação da afetação das posições jurídicas *prima facie* do direito fundamental de liberdade de consciência. O que segue se ocupará desse assunto.

4 LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Uma intervenção em uma posição jurídica *prima facie* do escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência somente está dentro do limite se cumpridos positivamente os quatro subtestes do teste da proporcionalidade.

O subteste da legitimidade do fim exige que a medida restritiva persiga um fim constitucionalmente legítimo. Estão proibidas intervenções que perseguem fins proibidos pela constituição. O subteste da adequação exige que a medida restritiva seja adequada para, com algum grau de eficácia, fomentar o fim perseguido, o que significa que o meio empregado deve promover o fim perseguido. O subteste da adequação não coloca a exigência de que a medida promova integralmente e com eficácia máxima fim perseguido, bastando, para uma resposta positiva, que ela fomente o fim. Resposta negativa a esse controle, leva à desproporcionalidade da medida, não sendo o caso seguir-se adiante com a análise dos demais subtestes da proporcionalidade. Resposta positiva leva ao subteste da necessidade. O subteste da necessidade exige que a medida restritiva, comparada a todas as outras medidas alternativas igualmente eficazes, seja a menos onerosa (BARAK, 2012) para a liberdade de consciência. Isso significa que o fim cuja proteção é perseguida pela medida examinada não pode ser fomentado com o mesmo grau de eficácia por

outra medida menos onerosa do que a escolhida. Igualmente, evidências empíricas devem ser apresentadas quanto à inexistência de medidas alternativas igualmente eficazes menos onerosas à medida escolhida sob análise. Resposta negativa ao controle pelo subteste da necessidade leva à desproporcionalidade. Resposta positiva conduz ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito. O subteste da proporcionalidade em sentido estrito coloca em relação de comparação a importância do fim perseguido e a extensão e profundidade da intervenção, restrição ou limitação ao direito fundamental de liberdade de consciência. Esse controle é o lugar onde se dá a ponderação dos direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos colocados em colisão a partir da medida escolhida em análise. Resposta negativa a esse controle, implica a desproporcionalidade da medida restritiva examinada. Resposta positiva conduz à proporcionalidade e assim à justificação da intervenção no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência.

A análise de algumas decisões dos tribunais constitucionais pode ser útil para verificar como os tribunais têm empregado o teste da proporcionalidade para verificar a justificação de violações ao escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência.

A Corte Constitucional da Colômbia (COLÔMBIA, 2009) enfrentou um caso em que dois juízes se declararam impedidos, por razões de consciência, a deferir autorização judicial para interrupção de gravidez, solicitado por médico em razão de má formação do feto. A Corte Constitucional colombiana negou direito à objeção de consciência de juízes, entendendo que as convicções dos juízes não superam as responsabilidades derivadas da investidura no cargo, cabendo a administração da justiça ter como base exclusivamente o Direito. Acrescentou, ainda, que a objeção de consciência no caso implicaria denegação injustificada da justiça e obstaculização arbitrária ao acesso à administração da justiça. Nesse caso, a Corte Constitucional não aplicou direta e detalhadamente o teste da proporcionalidade. As razões da decisão avançam diretamente para algo como uma ponderação entre o direito fundamental de liberdade de consciência dos juízes e outros bens constitucionalmente protegidos como o acesso à justiça e à própria administração justiça. Expressamente, a Corte Constitucional disse que as convicções religiosas dos juízes têm um peso menor ou valor menor que a suas responsabilidades derivadas da investidura na magistratura.

Em outra decisão, a Corte Constitucional da Colômbia (COLÔMBIA, 2008) acolheu objeção de consciência de médico para realizar

procedimento de interrupção de gestação decorrente de violência sexual, exatamente por haver outros médicos disponíveis para executar o abortamento. No caso, considerou-se que a importância da satisfação do direito à objeção de consciência do médico objetor justificava a leve, mínima e apenas marginal afetação dos direitos de terceiros – no caso, outro médico que achava igualmente disponível para realizar o procedimento necessário – a gestante foi encaminhada a outro médico para executar o procedimento. Nesse sentido, a Corte Constitucional concluiu não haver razão para negar reconhecimento à objeção de consciência do médico. Novamente, nesse caso, a Corte Constitucional avançou diretamente para o exame do subteste da proporcionalidade em sentido estrito, concluindo que a intervenção no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência do médico objetor não estava justificada, notadamente em razão de que havia outro profissional médico disponível para realizar o procedimento de interrupção da gravidez. Na verdade, a Corte Constitucional entendeu que a recusa do objetor de consciência afetava representava uma leve intervenção do direito da gestante de ver interrompida a gravidez.

A decisão do Tribunal Constitucional do Peru (PERU, 2020), na qual se acolheu objeção de consciência religiosa formulada por trabalhadora de empresa que havia obrigado todos os seus funcionários a usarem uniforme e, necessariamente, calças longas. A objetora apresentou o argumento no sentido de que usar a calça do uniforme contrariava os preceitos de sua religião e orientação de fé da igreja cristã pentecostal. No caso, o Tribunal Constitucional concluiu que a obrigação imposta pela empresa constituía violação ao direito de não discriminação por convicção religiosa não justificada. Em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional afirmou que ninguém pode ser obrigado a atuar contra o seu próprio sistema de crenças e convicções. Além disso, as razões da empresa não se achavam fundadas em argumentos de ordem pública ou de outros valores constitucionais para justificar a obrigatoriedade do uso das calças do uniforme. Essa formulação argumentativa é indicativa de que o Tribunal Constitucional fez uma ponderação direta entre o direito fundamental de liberdade de consciência e o direito fundamental de liberdade de iniciativa e ação da empresa que instituiu a obrigatoriedade do uso de uniforme com calças compridas.

A decisão da *House of Lords* (REINO UNIDO, 2005) no caso *Regina (Williamson and Others) v Secretary of State for Education and Employment* igualmente pode ser analisada com base no teste da proporcio-

nalidade. Efetivamente, a *House of Lords* entendeu que a ação de infligir sanções disciplinares corporais nas crianças integra o escopo de proteção da liberdade religiosa dos professores e dos pais dos alunos, notadamente quando a sanção corporal é executada como mandamento ordenado por uma convicção ou crença religiosa em favor dos melhores interesses das crianças. Isso faz sentido quando os pais deliberadamente colocam os seus filhos em escolas que infligem sanções disciplinares corporais. Igualmente, quando os diretores e professores dessas escolas acreditam que essas medidas constituem manifestação de suas crenças em favor da melhor educação das crianças. Nesse caso, a execução da sanção disciplinar corporal constitui expressão da crença ou convicção religiosa cristã. Por isso mesmo, a *House of Lords* entendeu que a proibição de todo e qualquer tipo de sanção disciplinar corporal nas escolas do Reino Unido configurou intervenção no direito fundamental de liberdade de consciência. Contudo, a *House of Lords* entendeu justificada essa intervenção, considerando a importância da proteção dos direitos das crianças, notadamente o direito de não serem submetidas a sanções corporais. Isso significa reconhecer que a severa ou grave intervenção na liberdade de consciência dos pais e educadores estava justificada pelo alto grau de importância da proteção do direito fundamental de autonomia, dignidade e livre desenvolvimento das crianças e adolescentes das escolas britânicas. Igualmente, nesse caso, a decisão avançou diretamente para a ponderação entre os direitos fundamentais em jogo no caso concreto.

No caso *Syndicat Northcrest v Amselem*, julgado pela Suprema Corte do Canadá (CANADÁ, 2004), cuidou-se de analisar recusa a membros de uma comunidade de fé judaica ortodoxa à construção de sucás – pequenas cabanas, tradicionalmente construída de madeira ou telas, que os judeus devem habitar, bem como ali alimentarem-se, por nove dias, durante o festival anual do Sucot – nas sacadas de seus respectivos apartamentos. Como as regras do condomínio proibiam a presença de quaisquer objetos nas sacadas que comprometessem a harmonia estética do prédio, a construção das sucás não foi autorizada. A Suprema Corte do Canadá reconheceu que a proibição de construção das sucás nas sacadas dos apartamentos constituiu intervenção não justificada no escopo de proteção da liberdade de convicção religiosa dos judeus ortodoxos. Ainda que a decisão da Suprema Corte canadense não tenha recorrido à ponderação expressamente, a decisão favorável aos judeus ortodoxos pode ser analisada com base nessa ferramenta metodológica. No caso, pode-se entender à recusa do condomínio como moderada ou grave intervenção no

direito fundamental de liberdade de consciência dos judeus ortodoxos. Isso porque, conforme reconheceu a Suprema Corte canadense, cuidava-se de uma prática religiosa importante para a crença dos judeus ortodoxos. Por outro lado, pode-se tomar como leve ou, quem sabe, moderada a intervenção dos interesses de harmonia estética do condomínio de apartamentos, especialmente se considerado que as construções seriam apenas temporárias, ali permanecendo por tão somente nove dias. Além disso, essas construções poderiam ser igualmente identificadas com outras ornamentações normalmente aceitas, como os adereços natalinos. Com isso, então, não justificada a proibição de construção das sucás nos apartamentos do condomínio durante as festividades do Sucot.

A Suprema Corte de Israel (ISRAEL, 1976) aplicou o teste da proporcionalidade (WEBBER, 2009) no caso *Horev v. Minister of Transportation*, onde se discutiu a justificação de medida estatal que proibia, durante o Sabah e feriados judeus, nos horários das orações, o tráfego de veículos na extensão de 1,2 km da Rua Bar Ilan, ao longo da qual existiam sete sinagogas, em bairro de judeus ultra ortodoxos. Residentes seculares que igualmente viviam na área atingida pela proibição e outras representações da população secular argumentaram que a medida violava o direito fundamental de ir e vir. A Rua Bar Ilan constitui-se em importante via de tráfego de veículos, tanto para acesso aos bairros da zona norte da cidade de Jerusalém como para a saída da cidade. Assim, a proibição atingia não apenas o direito de liberdade de locomoção dos moradores seculares do bairro como também os interesses daqueles que desejavam entrar e sair da cidade de Jerusalém.

A Suprema Corte realizou a ponderação entre a liberdade de ir e vir daqueles que usavam a Rua Bar-Ilan e viviam nas proximidades e a sensibilidade dos religiosos, concluindo que o Ministro dos Transportes não considerou adequadamente o interesse dos moradores seculares residentes na Rua Bar-Ilan, cassando a proibição. A Suprema Corte de Israel aplicou o teste da proporcionalidade, examinando cada um dos subtestes, especialmente o subteste da proporcionalidade em sentido estrito. O principal argumento da decisão foi o de que o Ministro dos Transportes não levou em conta a grave repercussão da medida estatal em relação ao direito fundamental de liberdade de locomoção dos residentes seculares do bairro afetado.

A decisão da Suprema Corte, a partir dos argumentos apresentados pelo Justice Aharon Barak, contextualiza uma já alongada tensão em Israel entre a população secular e os judeus ultra ortodoxos a respeito

do tráfego de veículos nas vias públicas durante o Shabat. Foi em atenção a esse conflito que o Ministro dos Transporte proibiu o tráfego de veículos, nos dois sentidos da via pública, nas sextas-feiras e nas vésperas de feriados, das 18h30min às 21h30min, bem como, nos sábados e feriados judeus, das 7h30min às 11h30min, e das 17h30min às 20h30min. A decisão da Suprema Corte israelense reconheceu que o caso coloca em colisão direitos e valores que igualmente encontram proteção constitucional. De um lado a liberdade de locomoção da população secular e de outro a liberdade religiosa dos judeus ultra ortodoxos. O intenso tráfego de veículos durante o Shabat afeta a liberdade e a prática da convicção religiosa dos judeus ultra ortodoxos. Por seu lado, a proibição do tráfego de veículos, parcial ou total, durante o Shabat afeta o direito de ir e vir dos residentes seculares, bem como o interesse público, relativamente à fluência do tráfego de veículos. A decisão expressamente reconhece que as convicções e sensibilidades religiosas podem entrar em colisão com os direitos de outras pessoas, bem como com o interesse público, caso em que os direitos e interesses em jogo devem ser objeto de ponderação razoável, o que pressupõe sopesá-los corretamente. Isso significa atribuir-lhes os seus respectivos pesos na situação tomada em consideração. Igualmente, essa formulação pressupõe que as convicções e sensibilidades religiosas não são valores ou direitos absolutos, mas sim relativos, sujeitos a restrições e aos limites requeridos por outros direitos e bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Outro aspecto a ser destacado dessa decisão da Suprema Corte israelense é que a ponderação dos direitos e valores em jogo não pode ser alcançada com a precisão de um experimento científico, pois eles não se deixam medir com exatidão. Mas, nos casos difíceis, a decisão admite a existência de uma zona de razoabilidade na qual se acham as alternativas disponíveis à discricionariedade da autoridade estatal. A decisão diz que não é papel da Suprema Corte escolher uma das medidas disponíveis, mas sim delimitar o que está e o não está dentro da zona de razoabilidade.

A questão central colocada na decisão, contudo, estava em verificar se a ponderação realizada pela autoridade administrativa de trânsito considerou adequadamente o peso dos interesses, valores e direitos em jogo, ou seja, os interesses e convicções religiosas bem como os interesses daqueles que usam a Rua Ilan Bar para locomoção, incluído o interesse público na regular fluência das vias urbanas. O ponto de partida da decisão da Suprema Corte foi reconhecer que o tráfego de veículos durante o Shabat ofende de modo grave, sério e seguro a convicção religiosa dos

judeus ultra ortodoxos residentes nas proximidades da Rua Ilan Bar. Há certeza epistêmica e não mera probabilidade da gravidade e seriedade da ofensa. Com isso, a decisão reconhece que a medida da autoridade de transporte público persegue um fim constitucionalmente legítimo em uma sociedade democrática. A questão seguinte examinada foi sobre necessidade da medida. De modo a responder a esse ponto, Justice Barak começa dizendo ser excessiva e não necessária a medida de fechamento total da Rua Ilan Bar durante todo Shabat. Mas a questão colocada ao tribunal não foi essa e sim se o fechamento parcial da via pública, restrito ao horário das orações, era medida necessária. Com o objetivo de responder essa questão, a decisão examina a medida estatal tanto em relação aos residentes seculares como também em relação àqueles que utilizam a Rua Ilan Bar como meio de locomoção de uma para outra parte da cidade. Em relação aos últimos, a conclusão é de que a medida não configura uma violação excessiva à liberdade de locomoção. Isso porque o fluxo de veículo pode ser realizado em vias alternativas, com tempo adicional de não mais do que dois minutos. Além disso, o tráfego estava liberado todos os outros dias e, quando do Shabat, a restrição limitava-se aos horários das orações. Por outro lado, a decisão considerou excessiva e não justificada a intervenção na liberdade de locomoção da população secular residente no bairro, considerando a inexistência de alternativas para acesso as suas próprias residências. A interdição da via pública no horário das orações implicaria aos residentes seculares a necessidade de percorrerem longos trajetos a pé para chegarem as suas casas. Nesse sentido, a decisão concluiu que a medida estatal configurou grave violação no direito de locomoção da população secular residente no bairro. Destacou, ainda, que a autoridade de trânsito não considerou medidas alternativas como, por exemplo, a liberação do tráfego de veículos para os residentes seculares do bairro de modo a permitir-lhes o acesso as suas casas e outras facilidades do bairro durante o horário das orações. Além disso, a Suprema Corte chamou atenção para a ausência de informações e dados da autoridade administrativa a respeito da extensão da população secular residente nas proximidades de via pública. A partir disso, a decisão concluiu que a proibição do tráfego de veículos na Rua Ilan Bar não levou em consideração o seu impacto sobre a população secular residente no bairro afetada, devendo ser declarada nula.

Segundo Beatty (2004), nessa decisão, Justice Barak apresenta um claro exemplo de como o teste da proporcionalidade serve para verificar a justificação das medidas estatais. No caso, a regulação do tráfego urba-

no de modo a garantir a manifestação da convicção religiosa dos judeus ultra ortodoxos deve levar igualmente em conta o escopo de proteção do direito de locomoção dos afetadas pela medida estatal.

Essas decisões, recortadas aleatoriamente de importantes tribunais constitucionais, revelam uma tendência insistente a respeito da aplicação do teste da proporcionalidade para verificar a justificação de intervenções no escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência. Ela indica que os tribunais constitucionais normalmente aplicam diretamente o teste da proporcionalidade em sentido estrito, sem submissão prévia aos subtestes da legitimidade do fim, da adequação, e da necessidade.

Isso aconteceu na decisão da Corte Constitucional da Colômbia (COLÔMBIA, 2009) no caso juízes que se declararam impedidos, por razões de consciência, a deferir autorização judicial para interrupção de gravidez, solicitado por médico em razão de má formação do feto. Igualmente, na decisão da mesma Corte Constitucional que acolheu objeção de consciência de médico para realizar procedimento de interrupção de gestação decorrente de violência sexual, exatamente por haver outros médicos disponíveis para executar o abortamento. Do mesmo modo, na decisão do Tribunal Constitucional do Peru (PERU, 2020), que acolheu objeção de consciência religiosa formulada por trabalhadora de empresa que havia obrigado todos os seus funcionários a usarem uniforme e, necessariamente, calças longas. Igualmente, a decisão da *House of Lords* (REINO UNIDO, 2005) no caso *Regina (Williamson and Others) v Secretary of State for Education and Employment*, que considerou justificada a proibição de sanções disciplinares corporais nas escolas do Reino Unido. Essa decisão avançou diretamente para ponderação entre os direitos fundamentais em jogo, notadamente, o direito de personalidade dos pais e das crianças que não aceitavam a imposição de sanções disciplinares corporais e o direito dos estabelecimentos e dos pais de crianças que desejam conformar o comportamento dos filhos conforme os preceitos de suas convicções e sensibilidades religiosas. A *House of Lords* reconheceu, considerando as particularidades do caso, a precedência dos direitos de personalidade dos pais e das crianças a não serem submetidos a sanções disciplinares corporais, notadamente dada a gravidade e severidade dessa medida aos direitos fundamentais de personalidade e dignidade da pessoa humana. No caso *Syndicat Northcrest v Amselem*, julgado pela Suprema Corte do Canadá (CANADÁ, 2004), entendeu-se não justificada a proibição de construção de sucás nas sacadas dos apartamentos dos

judeus ortodoxos, imposta pelo condomínio onde residiam, recorrendo diretamente à ponderação dos direitos em jogo no caso.

Diferentemente, o caso *Horev v. Minister of Transportation*, julgado pela Suprema Corte de Israel (ISRAEL, 1976), ilustra aplicação do teste da proporcionalidade (WEBBER, 2009) na sua integralidade, com análise dos quatro subtestes. A decisão reconheceu o cumprimento do teste da legitimidade do fim e da adequação da medida para fomentar o fim constitucionalmente protegido. Contudo, conclui pela não justificação da medida estatal que proibia, durante o Sabah e feriados judeus, nos horários das orações, o tráfego de veículos na Rua Bar Ilan, notadamente por ausência de evidências quanto a sua necessidade, bem como por se tratar medida demasiadamente excessiva em relação ao direito fundamental de locomoção da população secular igualmente residente no bairro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa investigação propôs discussão a respeito da fundamentação das decisões judiciais dadas para avaliar a justificação de medidas que afetam o escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência. Uma proposição normativa geral nas sociedades democráticas é que ninguém deve ser privado de direitos em razão de suas crenças ou convicções religiosas, filosóficas, políticas, ideológicas ou morais.

Na medida em que a concretização desse direito fundamental implica ofensa a outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cuidou-se de investigar as razões e os critérios normalmente empregados na fundamentação das decisões judiciais dadas para solução dessa colisão de direitos.

A discussão desenvolveu-se a partir da justificação jusfundamental do direito fundamental de liberdade de consciência. Primeiro, na perspectiva de sua positivação nos documentos dos órgãos e organizações internacionais e, segundo, no contexto da ordem constitucional dos Estados democráticos constitucionais.

No passo seguinte, a discussão do tema proposto desenvolveu-se com uma descrição de decisões de tribunais constitucionais a respeito de violações do escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência, verificando-se argumentos empregados para a identificação de violação ao escopo de proteção do direito fundamental de liberdade de consciência.

Na última parte, cuidou-se de analisar como os tribunais constitucionais aplicam o teste da proporcionalidade para examinar a justificacão das medidas que violam ou afetam o escopo de proteçãõ do direito fundamental de liberdade de consciãncia. Violações ou afetações do escopo de proteçãõ desse direito fundamental somente estãõ justificadas se satisfeitos os quatro subtestes do teste da proporcionalidade.

Esta investigaçãõ concluiu que a tendãncia revelada pelas decisões selecionadas é de que os tribunais constitucionais recorrem a uma aplicaçãõ parcial do teste da proporcionalidade, buscando solucionar os casos de colisãõ de direitos fundamentais e bens jurídicõs constitucionalmente protegidos diretamente com o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, com base na ponderaçãõ, sem uma análise prãvia da medida com base nos subtestes da legitimidade do fim, da adequaçãõ e da necessidade.

6 REFERÊNCIAS

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, **BVergGE 12, 45**, 1960.

ALEMNAHA, Tribunal Constitucional Federal, **BVerfGE 33, 23**, 1972.

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, **BVerfGE 2 BvR 478/92**, 1992.

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, **BVerwGE 89, 368**, 1992.

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, **BverfGE, 2 BvR 475/0**, 2007.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BARAK, Aharon. **Proportionality. Constitutional rights and their limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

CANADA, Supreme Court of Canadá, *Syndicat Northcrest v Amselem*, 2004.

COLÔMBIA, Corte Constitucional, **Sentencia S-370**, 2019.

COLÔMBIA, Corte Constitucional, **Sentença T-209**, 2009.

COLÔMBIA, Corte Constitucional, **Sentença T-388**, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Minersville School District v. Gobitis*, 1940.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 1943.

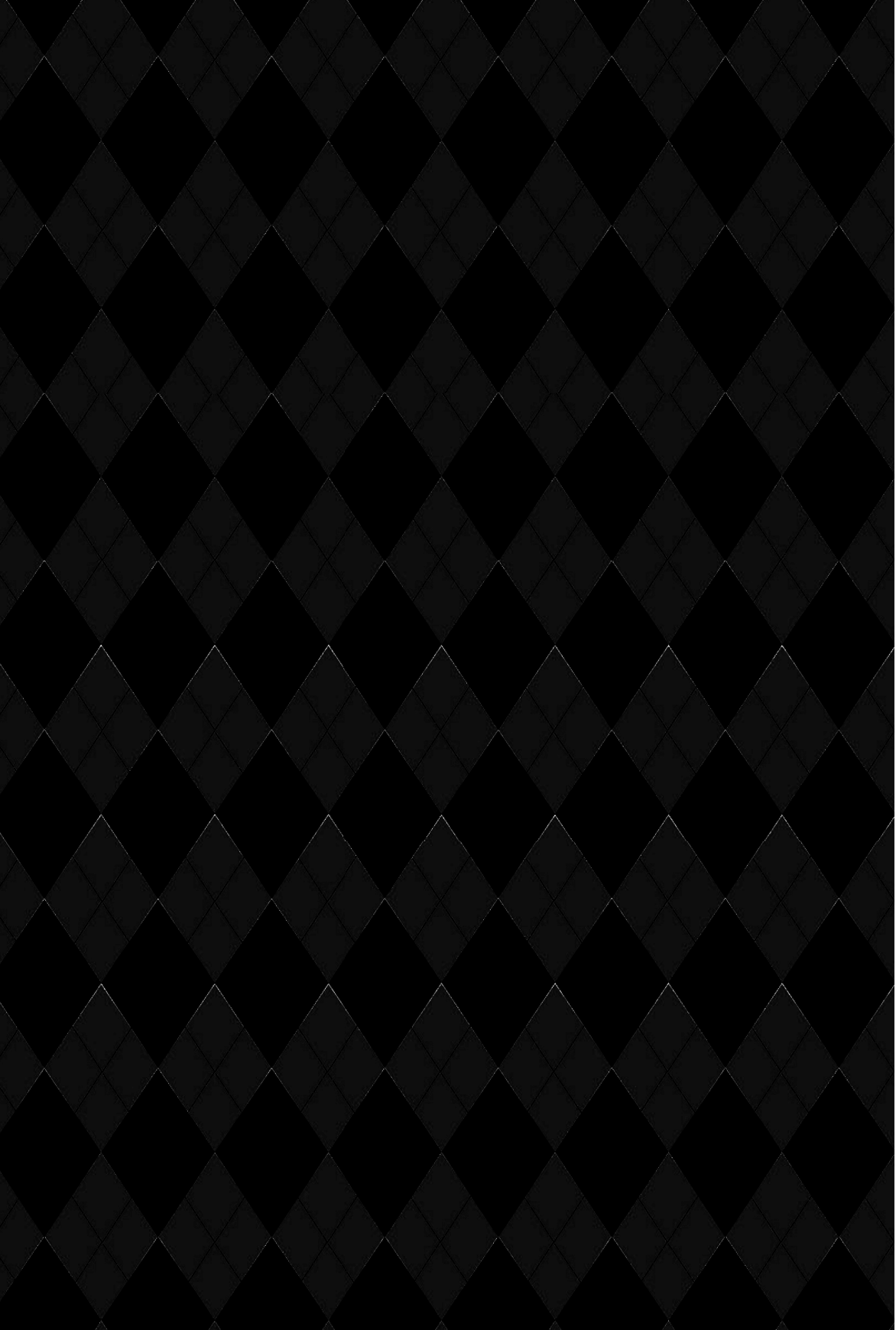
ISRAEL, Suprema Corte, *Horev v. Minister of Transportation*, 1997.

REINO UNIDO. House of Lords. *Regina (Williamson and Others) v Secretary of State for Education and Employment*, 2005.

PERU, *Tribunal Constitucional, Sentencia 220*, 2021.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

WEBBER, Gregoire C. N. **The negotiable constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.



PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2006 A 2022 EN MATERIA DE DELITOS FUNCIONARIOS. APORTES Y CRÍTICAS

JUAN EMILIO MILANI TORRES¹

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional desde el 2006 a la fecha ha resuelto en diversas ocasiones sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del delito contemplado en el artículo 299 número 3 del Código de Justicia Militar, esto es, el incumplimiento de deberes militares y consiguientemente, se ha pronunciado sobre las normas establecidas en el artículo 431 y 433 del mismo cuerpo legal. En este orden de ideas, se han analizado los expedientes Rol 468 (y el acumulado 559) de 2006, 781-2007, 1011-2007, 2187-2012, 2773-2015 (2817, 2849 y 2859 acumulados), 5304-2018 y 8353-2020, con el corolario de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar en la sentencia pronunciada dentro del Rol N° 12.305-2021.

Si bien es cierto que las leyes penales en blanco son una creación del Derecho Penal moderno, no deja de ser cierto que por su relevancia han sido recogidas por la Constitución Política de la República, en su artículo 19 número 3 inciso octavo.

En el primer capítulo de la presente obra se abordará la fuente directa de las leyes penales en blanco, esto es, el principio de legalidad en Derecho Penal, partiendo por una breve evolución, hasta desarrollar la idea de que la ley es la fuente única, directa e inmediata del Derecho Penal. Se conceptualizará el principio de legalidad y se abordará el aspec-

1 Universidad Finis Terrae. jmilani@uc.cl

to material y formal del mismo, para concluir en la fundamentación del referido principio.

En el capítulo segundo, se desarrollará el Principio *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia Scripta Et Stricta*, y la evolución del principio de legalidad en nuestras diversas Constituciones.

En el capítulo tercero se analizará el concepto de ley penal en blanco y los diversos tipos de leyes penales en blanco que se presentan.

Y en el capítulo cuarto se analizarán los diversos fallos en donde el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el principio de legalidad respecto de delitos funcionarios, esto es, el delito de incumplimiento de deberes militares y como resultado, la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal en comento, por sentencia Rol N° 12304-2021.

CAPÍTULO 1

“PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL”

1.1 BREVE HISTORIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Principio de Legalidad en materia penal, embrionariamente, fue pensado por Tomás de Aquino. Este autor definió a la ley como “cierta ordenación de la razón, al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad²”; y concretamente sostuvo que “la ley humana prohíbe aquellas cosas que derruyen la convivencia de los hombres y que ella no preceptúa sobre todos los actos de todas las virtudes, sino solamente sobre aquellos que están dirigidos al bien común³”. Modernamente, el referido principio de legalidad, tal como lo conocemos en la actualidad, tiene su origen en la filosofía de la Ilustración destacando la figura del italiano Cesare Beccaria, autor de la obra “De los Delitos y de las Penas”. Este autor señaló que “La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte

2 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 4ª Edición. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, q. 90. a. 4

3 AQUINO, Tomás. *Ob. Cit.* 1-11, q.21, a, 3; 1-11, q.96, a, 3, y II-II, q.77. EN NOVOA, Eduardo(1984): “Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado”, en Anuario de Filosofía del Derecho, N° 1, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1984755>

de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad⁴.” Se ha reconocido que Beccaria dio luces acerca de un principio de Derecho Penal que en la actualidad es aceptado por la generalidad de los Ordenamientos Jurídicos. El autor al abordar su obra, parte de la base que en el período de la Edad Media se cometían una serie de abusos que eran incompatibles con los nuevos aires liberales que proponía la Ilustración. Este sentimiento liberal se afianzó en la Constitución Norteamericana de 1787 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en plena Revolución Francesa. El principio de legalidad pasó a formar parte de un Código Penal por primera vez en el Código Bávaro de 1813, cuyo autor fue el mencionado Von Feuerbach. A partir de este momento, el resto de los Códigos Penales decimonónicos también incorporaron el principio de reserva o legalidad. En Chile, el Código Penal que entró en vigencia adoptó el principio de legalidad, en sus artículos 1° y 18 –ambos se analizarán con detalles en el siguiente capítulo–. Los Códigos de la época proscribieron formulación de delitos tales como “el ladrón merece la pena de ahorcamiento” ya que se prestaba para abusos. En tales márgenes es donde se forjó técnicamente por Anselm Von Feuerbach este principio y en el cual se ha desarrollado entre nosotros. A posteriori, Ernst Ludwig von Beling en 1906 publicó su obra “Estudios sobre el delito” y en 1930, “Doctrina del delito tipo”. En estas destacó la importancia del concepto “tipo penal”, lo cual fue novedoso para la Doctrina de la época. Este autor utilizó el principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, pero exigió además que se debía definir en forma específica un tipo de acción. Con esto, el principio de legalidad pasó a tener aplicación universal: la exigencia de una ley previa que incrimine conductas, con la consiguiente pena también de carácter legal, pasó a ser una característica de los distintos Ordenamientos Jurídicos. Y en atención al mandato general y obligatorio que tiene la Ley en los diferentes Ordenamientos, la Doctrina le ha otorgado a ésta un carácter incriminatorio de conductas y determinante de penas.

Así las cosas, el aforismo original de *nullum crimen, nulla poena sine lege* fue complementado y pasó a denominarse *nullum crimen nulla poena sine lege praevia scripta et stricta*, según la nomenclatura propuesta por Reinhart Maurach⁵. El proceso mediante el cual el Estado fue per-

4 BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas (con el Comentario de Voltaire)*. 10ª Edición. Madrid, Alianza Editorial, 2006. p. 35.

5 en su obra “Tratado de Derecho Penal”

diendo el poder omnímoto para perseguir conductas punibles y determinar su sanción, se acrecentó en este período.

De manera resumida se puede apreciar que el concepto de “tipo penal” ideado por Beling y el principio de legalidad se encuentran íntimamente ligados. La cita de Cury es decisiva al respecto “en el derecho penal de un Estado democrático de derecho, el ideal es que la descripción típica determine con entera precisión los contornos del hecho punible. En Beling, sobre todo, esta aspiración se encuentra particularmente enfatizada⁶”. La función de protección del tipo penal se vincula con el principio de legalidad.

Una de las características propias de un Estado de Derecho es contar con un Principio de Legalidad. Es una de las conquistas más importante de la ciudadanía en el ejercicio y respeto de sus derechos, por parte del Estado. Los ciudadanos saben a ciencia cierta y de manera anticipada aquello que está prohibido y a su vez, están en condiciones de conocer de manera previa la sanción a la cual se ven expuestos en el caso de cometer la conducta prohibida.

1.2 LA LEY, COMO FUENTE ÚNICA E INMEDIATA DEL DERECHO PENAL

Tal como se ha hecho mención, el principio de legalidad se encuentra íntimamente vinculado con la limitación del *Ius Puniendi* Estatal. El Derecho Penal moderno tiene sus cimientos en el principio de legalidad. Los ciudadanos tienen la certeza jurídica de que el poder del Estado, al momento de investigar y juzgar las conductas que revisten caracteres de delito, se encuentra circunscrito dentro del Estado de Derecho. Lo relevante es atender a la naturaleza de la norma legal, más que al Código en que se encuentre, porque el Ordenamiento Jurídico es uno solo; siguiendo a Cury, “toda ley que establece un hecho delictivo y le impone una pena es una ley penal, pero en las que forman parte de otros ordenamientos pueden encontrarse disposiciones que producen también efectos en el campo punitivo⁷”.

La ley es la fuente única, directa e inmediata del Derecho Penal. Sólo la ley puede tipificar conductas y sólo la ley puede imponer penas como sanción a la comisión de dichas conductas. Así las cosas, en atención a la propia noción de Ley, entendiéndose como mandato general y

6 CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 8ª Edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p.283.

7 CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, p. 169

obligatorio, tanto para gobernantes como gobernados, se le ha otorgado un poder general para tipificar conductas y establecer sanciones en caso de infracción. Por ende, otras fuentes del Derecho que se aplican en otras ramas del Derecho, no tienen aplicación directa en materia criminal, como tampoco el Ejecutivo puede crear delitos mediante actos administrativos. Se descarta la interpretación por analogía; se prohíbe la creación jurisprudencial de conductas penadas; la costumbre no tiene cabida en Derecho Penal, etc. Por ende, el principio de legalidad también implica una limitación para el juzgador, por cuanto en su sentencia no puede crear delitos o imponer penas más gravosas que las establecidas por la propia ley. Por otro lado, el legislador también está limitado por obra del principio de legalidad: por ejemplo, no puede crear penas con efecto retroactivo. El Estado de Derecho exige reserva para la ley al momento de determinar conductas prohibidas y su respectiva sanción penal, con lo cual ha delimitado las fuentes del Derecho Penal. Por ende, la limitación que genera el principio de legalidad es doble: por un lado, circunscribe la labor del juez y por otro lado, ciñe el rol del legislador al momento de tipificar conductas punibles.

Consiguiente con este esquema, tanto la ejecución de la pena, las medidas de seguridad y sus presupuestos y aquellas penas que sustituyan a las penas privativas o restrictivas de libertad impuestas por una condena, deben tener su fuente en una ley previa, tramitada según lo preceptuado por la Constitución. La excepción se presenta con la retroactividad de la ley favorable al imputado. Lo recientemente mencionado es el tronco común para los distintos autores que han analizado el principio de legalidad en el siguiente subcapítulo esta aseveración se hará patente. En nuestro Ordenamiento Jurídico, la arbitrariedad es rechazada: el Estado, aun a pretexto de castigar conductas que merecen reproche penal, debe evitar todo tipo de arbitrariedad en su actuar.

1.3 CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En primer término, cabe señalar que el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* y su posterior denominación *nullum crimen nulla poena sine lege praevia scripta et stricta*, ha sido abordado de diferentes formas por la casi totalidad de los autores, por lo cual existen un sinnúmero de definiciones. En el siguiente apartado se expondrán una se-

rie de conceptualizaciones y/o caracterizaciones del principio en estudio, por diversos autores, a fin de hacer una comparación entre las mismas.

Tal como se hizo mención, se atribuye a Cesare Beccaria, en su obra “De los delitos y de las penas” haber dado los primeros trazos de lo que se entiende en la actualidad por “principio de legalidad”. Beccaria recogió las ideas liberales en boga en el período de la Ilustración y las plasmó en su citada obra. Anteriormente no se conoció una teoría como la planteada por el autor en comentario.

Luigi Ferrajoli, en su libro “Derecho y razón” realizó un análisis del principio de legalidad, partiendo desde el sistema de garantías que les otorga el Derecho Penal a los ciudadanos. Su análisis se observa desde una doble óptica “En el primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica con la reserva relativa de ley, entendiendo “ley” en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la reserva absoluta de ley, entendiendo ley en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo; y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez solamente a la ley”⁸.

En España, Francisco Muñoz Conde también ha hecho mención al principio de legalidad: “este principio, tradicionalmente designado con el nombre de “principio de legalidad”, establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”. Y puesto que se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar principio de intervención legalizada. El principio de intervención legalizada, o de legalidad, sirve, pues, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal”⁹. Enrique Bacigalupo no señaló un concepto, pero sí describió sus principales derivaciones “La consecuencia práctica de este principio es la siguiente: ninguna sentencia condenatoria se puede

8 FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Valladolid, Editorial Trotta, 1989. P. 95

9 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª Edición. Buenos Aires, Euro Editores, 2001. p. 136

dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal¹⁰.”

En Alemania Claus Roxin sin definir señalar un concepto de principio de legalidad ha sostenido que “El principio “no hay crimen o delito sin ley” (*nullum crimen sine lege*) es un postulado básico del Estado de Derecho, que se ha plasmado en el § 1 StGB y por su especial importancia también, y con idéntico tenor, en el Eirt. 103 II GG, así como, con otra formulación, en el art. 7 1 1 CDH. En el § 1StGB y el art. 103 II GG se expresa así: “Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”. Es decir: por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley¹¹.” Se ha podido apreciar que los diferentes juristas alemanes comparten la idea de que una conducta para que sea jurídico-penalmente reprochable, debe estar sancionada previamente en la ley. La misma idea respecto de la pena que se impone cuando se ejecuta la conducta prohibida. Y viceversa, por más que una conducta sea reprochable desde un prisma extrapenal, si no ha sido tipificada por el legislador, dicha conducta es impune.

El grueso de la doctrina¹² considera sinónimos al principio de reserva y al de legalidad, los cuales forman parte de las garantías que tiene el ciudadano respecto del *Ius Puniendi* estatal.

En Chile, los diferentes autores han manifestado diferentes definiciones respecto del principio. Cury sostuvo que “el principio de reserva o legalidad, con arreglo al cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra

10 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición. Buenos Aires. Editorial Hamurabi, 1999. p. 104.

11 ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2a. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997. Tomo I p. 137

12 Como por ejemplo, Cury Enrique., *Derecho Penal Parte General*, p. 165; GARRIDO MONTT, Mario. op cit., p. 30

sometido (*Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege*¹³). Garrido Montt se refiere a la función de garantía del Derecho Penal: “Las limitaciones –del *Ius Puniendi*– están constituidas por el *principio de legalidad*, conocido también como *de reserva*; en su literalidad se identifica con la reserva a la ley, de manera absoluta, de todo lo relativo a la configuración del delito y a su penalización. El principio se sintetiza en las expresiones latinas universalmente empleadas: *nullum crimen, nulla poena sine legem*. En otros términos: no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado¹⁴”. Garrido Montt hace especial mención al carácter formal del principio de legalidad, el cual exige que exista una ley previa que disponga el carácter prohibido de la conducta realizada y a su vez, debe existir una ley que establezca la justa pena atribuible como sanción. Y agrega “El principio consagra el imperio de la ley frente a la autoridad que detenta el poder y frente al súbdito; a la primera le señala cuándo y en qué condiciones puede hacer uso del *ius puniendi*, al segundo le informa cuáles son los comportamientos prohibidos¹⁵”.

1.4 ASPECTO FORMAL Y MATERIAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Primeramente, hay que señalar que el principio de legalidad contiene un elemento formal y otro material. El primero hace referencia que la única y exclusiva fuente creadora de delitos y penas es la ley, decir, hace aplicación a la reserva legal en materia penal. Por otro lado, el principio de legalidad en su vertiente material implica una serie de exigencias para el legislador, por cuanto la ley penal debe ser precisa, a fin de que sea aprehendida por el hombre medio. En Argentina, Zaffaroni tiene una postura similar en cuanto a esta distinción¹⁶. En otros términos, el principio de legalidad en sentido material se vincula con la taxatividad de la ley, lo cual conlleva una serie de exigencias: prohibición de retroactividad de la ley penal –salvo cuando sea beneficiosa para el imputado–; tanto el Ejecutivo como el Poder Judicial tienen vedado crear delitos, ya sea mediante decretos, resoluciones o reglamentos o sentencias, según sea el

13 CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, p. 165.

14 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal – Parte General.*, Tomo I. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 30

15 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal – Parte General* p. 31

16 ZAFFARONI, Eugenio; *Derecho Penal, Parte General*; 2ª Edición, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002. p. 112

caso; y prohibición de aplicar la analogía en materia penal. Estos elementos y características serán abordados latamente a continuación.

1.5 FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En Chile, el grueso de la Doctrina –considerando a autores como Cury¹⁷, Politoff, Matus y Ramírez¹⁸, Garrido Montt¹⁹, entre otros–, ha fundamentado el principio de legalidad en su variante de “garantía” respecto de los derechos de las personas. El profesor Winter sostiene que dicha postura es insatisfactoria, por cuanto “no permite justificar cada una de estas garantías será insuficiente”, entendiéndose como garantías la derivación del principio en el anteriormente citado *nullum crimen nulla poena sine lege praevia scripta et stricta*²⁰. El mismo autor propone que el principio de justifique en la doctrina de separación de poderes, que el mismo Beccaria propuso en su obra “De los delitos y de las penas”. Con esto, se delimita con anterioridad la órbita de competencia tanto del juez, como del legislador. Sin perjuicio de lo anterior y tal como lo advierte el profesor Winter “La separación de poderes tiene el problema adicional que, sin perjuicio de entenderse que se impida a otros órganos inmiscuirse en la función del legislativo, esta sola justificación no alcanza a explicar por qué esta función *debe* recaer en el parlamento²¹”. A su vez, es dable agregar que el “principio de separación de poderes” en ningún Ordenamiento se presenta en forma pura, porque los denominados “check and balance” se presentan en las distintas legislaciones, por cuanto son necesarios. Siguiendo al mismo autor, la solución viene en dada en justificar el principio de legalidad en más de un fundamento²². Siguiendo con la

17 CURY, Enrique; *Derecho Penal Parte General.*, p. 165

18 POLITTOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General.* 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. P. 93 y 94

19 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal – Parte General.*, Tomo I. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 34

20 WINTER ETCHEBERRY, Jaime; *El “principio” de legalidad como regla incompleta.* No publicado. p. 4

21 WINTER ETCHEBERRY, Jaime; *Ibid.*, p. 5

22 En cuanto a la justificación del principio de legalidad, el profesor Winter en su obra recién citada, analiza con detalles los distintos fundamentos mencionados por autores: WINTER ETCHEBERRY, Jaime; *Ibid.*, p. 5

obra del profesor Winter, quien suscribe comparte lo propuesto por el Tribunal Constitucional Alemán²³, quien sostuvo que “se debe entender a la legalidad como una forma de evitar la arbitrariedad en el castigo –en el sentido una garantía para el sujeto contra el ‘leviatán estatal’²⁴ y/o evitar la falta de seguridad necesaria en el sentido de la incalculabilidad de las consecuencias del acto²⁵”.

CAPÍTULO 2

“RECEPCIÓN EN NUESTRA CONSTITUCIÓN DEL PRINCIPIO NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE PRAEVIA SCRIPTA ET STRICTA”

2.1 CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

La Constitución Política de la República, dentro de una sociedad democrática, en donde los derechos y garantías de las personas son la base de su Ordenamiento Jurídico, debe ser apreciada como su piedra angular. La Constitución establece una serie de principios, que las restantes ramas del Derecho deben de respetar y darle contenido. Dentro de este esquema, el Derecho Penal no puede verse ajeno. La opinión de Ricardo Coronado resume lo anteriormente expuesto “actualmente la Constitución ha dejado de ser una mera declaración de principios y preámbulos con contenidos axiológicos, transformándose en una norma de aplicación directa y concreta en la resolución de conflictos, esa es la esencia de la Constitucionalización del derecho. Lo anterior ha provocado una transformación en la interpretación de la ley, por cuanto ha dejado de ser una declaración de voluntad soberana y formal, para convertirse en un instrumento de protección de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Es aquí en donde se encuentra la fundamentación del principio de legalidad. En consecuencia, el límite que se impone al legislador es la voluntad del Constituyente expresada en la Carta Funda-

23 BVerfGE 28, 175, 183.

24 Roxin, Claus: *Strafrecht*, 2006 (nota 2), p. 138.

25 Wessels, Johannes y Beulke, Werner: *Strafrecht AT*, 2011, p. 12; Ambas afirmaciones –arbitrariedad e incalculabilidad– aunque sumándole la culpabilidad, en Rengier, Rudolf, *Strafrecht*, 2012 (nota 18), p. 14; aunque la complementa con la legitimidad, Roxin, Claus: *Strafrecht*, 2006 (nota 2), pp. 138-140.

mental²⁶. En otros términos, la Constitución debe ser una norma viva, no una mera declaración de principios. Debe iluminar al sentenciador al momento de razonar en su sentencia y aplicar el Derecho.

En la opinión del Tratadista Carlos Andrade, la Constitución de 1925 fue pionera en establecer ciertos principios penales dentro de su articulado²⁷. Mas, la Constitución de 1980 consagró de manera expresa el grueso de los principios reconocidos en materia penal. La Constitución ha experimentado un sinnúmero de modificaciones, desde su entrada en vigencia en el año 1981, destacando en especial las enmiendas de los años 1989 y 2005. Dentro de este fenómeno de modificaciones, un nuevo actor de relevancia en materia criminal, como lo ha sido el Tribunal Constitucional, ha sido objeto de transformaciones tanto en su estructura como en su competencia, haciéndolo acorde respecto del momento histórico en que debatieron las respectivas reformas constitucionales. Por otro lado, se destaca que los incisos finales del artículo 19 número 3, en donde aparece el grueso de las normas de relevancia penal, no ha sido objeto de modificaciones desde que entró en vigencia la Constitución.

En lo referente a la competencia del Tribunal Constitucional, el nuevo artículo 93 numeral sexto de la Constitución Política de la República, señala que será este Tribunal, en pleno, por la mayoría de sus miembros, el que conocerá de la inaplicabilidad de un precepto legal por inconstitucional, a solicitud de las partes o del juez. El recurso de inaplicabilidad es procedente si hay una gestión pendiente y el precepto impugnado es “decisivo para su resolución”. Según el numeral 7° del mismo artículo de la Constitución, declarado inaplicable el precepto, existe acción pública –sin perjuicio de que se puede proceder de oficio– para solicitar o decretar la inconstitucionalidad del precepto, con efectos *erga omnes*, para lo cual se requiere el voto conforme de las cuatro quintas partes de los miembros en ejercicio del Tribunal Constitucional. Esto ha sido denominado por la Doctrina como “Recurso de Inconstitucionalidad”.

Dicho esto, se avizora que el Tribunal Constitucional ha tenido una mayor participación en conflictos de relevancia jurídica; en particular, en materia penal. Desde el 11 de marzo de 2006, al haber sido mo-

26 CORONADO, Ricardo. Derecho Público y constitucionalización del Derecho Penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y de tipicidad expresa en materia penal. *Ars Boni et Aequi*, número 4, 2008 <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/1-Coronado.pdf> [consulta: 13 de octubre de 2022]

27 Cfr. ANDRADE, Carlos. *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 175

dificada su competencia, el Tribunal Constitucional ha adoptado un rol determinante como actor, ya que su Jurisprudencia ha mutado en fuente del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. En este sentido, y siendo lo verdaderamente relevante para el objeto de la presente tesis, existen un sinnúmero de sentencias que han tenido significación en materia de delitos funcionarios, que han aplicado los principios penales con fuente constitucional. En el capítulo siguiente de la presente se analizarán sentencias importantes en la materia.

A fin de resumir, en nuestro Ordenamiento Jurídico, la forma más novedosa de protección de los derechos de las personas es mediante los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, incorporados en nuestra Constitución Política de la República en el año 2006, con las características que hoy se les conoce.

2.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política de la República del año 1925, en su artículo 11, dispuso que “Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”. Este artículo nunca experimentó modificación alguna durante la vigencia de la Carta Magna de 1925.

En la materia en comento, la Constitución Política de la República de 1980 tuvo una redacción más precisa que su antecesora. Es más, sus integrantes estuvieron de acuerdo en que las leyes penales en blanco deberían de ser eliminadas de nuestro Ordenamiento Jurídico, para lo cual, en su redacción original, el artículo 19 número tres inciso octavo presentaba la siguiente redacción: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar esté *expresa y completamente* descrita en ella”. Así las cosas, con la inclusión del vocablo “completamente”. El comisionado don Raúl Bertelsen sostuvo que “la conducta que se sancione esté descrita en forma expresa y completa por la ley, de modo que no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal. La ley penal -concluye- debe bastarse a sí misma, y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena²⁸”. El Consejo de

28 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8 1984 <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/124/115> [consulta: 14 de octubre de 2022]

Estado mantuvo la propuesta, pero fue la H. Junta Militar de Gobierno, la cual, sin señalar los motivos, propuso la redacción que actualmente se encuentra vigente.

El artículo 19 numeral tercero, inciso octavo y noveno de la Constitución asegura a todas personas “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Según Cury, “la nueva redacción mejora en varios aspectos la formulación del principio, separándolo de *nulla poena sine indicio*, distinguiendo el *nulla poena* del *nullum crimen* y consagrando de manera expresa la retroactividad de la ley más favorable al reo. Su texto, sin embargo, excluye todavía de la reserva las medidas de seguridad y corrección, lo cual, atendido el estado actual de la cuestión, es poco deseable”²⁹. Es decir, la Constitución de 1980, en su afán de garantizar los derechos de las personas, redactó un precepto más completo que la norma constitucional anterior. Politoff, Matus y Ramírez han señalado que “Como rama del derecho público, el derecho penal se encuentra fuertemente vinculado a las disposiciones de la Constitución en la materia. En ella se fijan dos principios esenciales del derecho penal material, contenidos en su art. 19, N° 3: el llamado principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*), según el cual tanto los hechos constitutivos de delito como la pena correspondiente deben hallarse determinados en una ley, antes de ejecutarse el hecho por el sujeto (inc. 7°) y el principio de la *lex certa* o de la tipicidad, con arreglo al cual debe el legislador describir las incriminaciones lo más precisamente posible (“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella” (inc. 8°³⁰)). Y dentro del texto constitucional, hay que tener presente el artículo 63 numeral tercero de la Constitución, el cual dispone que “sólo son materias de ley: 3) las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, *penal* u otra”. A su vez, en caso alguno podrá delegarse en el Presidente de la República por parte del Congreso Nacional facultades legislativas referentes a garantías constitucionales. ¿Qué significa esto? Que la Constitución Política de la República prohíbe los Decretos con Fuerza de Ley en caso de que se afecten garantías constitucionales, como es el caso del principio de legalidad. En otros términos,

29 CURY, , *Derecho Penal Parte General*, p. 168.

30 POLITTOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 76-7 pp.

si existe un Decreto con Fuerza de Ley que afecte garantías protegidas por la Constitución, dicho Decreto con Fuerza de Ley es inconstitucional. Existen casos interesantes en los cuales el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, los cuales se analizarán en el cuarto capítulo de la presente obra. Para el profesor Etcheberry, “el principio de la reserva tiene un sentido de tipicidad. Ello significa que la ley penal, en su contenido, debe referirse a hechos específicos y penas determinadas (por lo menos en cuanto a su naturaleza y límites generales). Durante la vigencia de la Constitución de 1925 este requisito no estaba formulado de modo expreso en el texto constitucional, lo que obligaba al penalista a una labor de interpretación a veces complicada, pero que llegaba a la conclusión de que la formulación constitucional de entonces llevaba implícita la exigencia de tipicidad, en lo que toda la doctrina concordaba. El actual texto constitucional, ya transcrito, contiene la exigencia de que la conducta conminada con una pena esté “expresamente descrita” en la ley penal³¹”.

Y volviendo al punto recién señalado, la profesora Angela Vivanco ha sostenido que de este principio -de reserva o legalidad- “se derivan a su vez dos principios o bases diferentes pero, como se ha explicado, fuertemente relacionados: Irretroactividad de la ley penal y principio de tipicidad, tipos penales abiertos y prohibición de leyes penales en blanco³²”.

El principio de legalidad también ha tenido recepción en Tratados Internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (en su artículo 8°), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9°) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11.2) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9).

31 ETCHEBERRY, Orthusteguy, Alfredo. *Derecho Penal parte general*, 3ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1997, Tomo I, p. 76

32 VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional – Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago, Ediciones UC, 2006. Tomo II, pp. 354 y siguientes

CAPÍTULO 3

“DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO”

3.1 DE LAS PEYES PENALES EN BLANCO. CONCEPTO.

A priori, se puede señalar que cada Tratadista de Derecho Penal ha abordado el tema de las leyes penales en blanco. Así las cosas, los profesores Juan Bustos y Hernán Hormazábal sostuvieron que las leyes penales en blanco “Se trata de aquellos supuestos en que la descripción de la materia prohibida no aparece en todos sus extremos en la ley que castiga el acto prohibido, sino que dicha descripción se completa en una disposición de rango inferior, como por ejemplo una ley ordinaria (estatal o autonómica), un reglamento o una ordenanza. El problema es el de su constitucionalidad o inconstitucionalidad³³. Por su parte, el profesor Mario Garrido Montt señalaba que “ley en blanco es aquella en que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido de otra norma extrapenal a la que se remite”, que puede ser otra ley, reglamento o acto administrativo, de modo que este complemento pasa a integrarla y a conformar un todo con ella (Ej. el art. 320 del C.P. que castiga al que practica una inhumación “contraviniendo a lo dispuesto por las leyes o reglamentos...³⁴”). Y recientemente, el profesor Mauricio Rettig ha sostenido que “se observa en aquellas disposiciones en las cuales está precisada la sanción, pero el precepto a que se asocia esa consecuencia no está formulado más que como prohibición genérica, que debe ser definido por una ley presente o futura, por un reglamento, o incluso por una orden de autoridad³⁵”. Y el profesor Rodríguez Collao ha señalado que “ley penal en blanco es aquella disposición emanada del Poder Legislativo, para crear un delito, en la cual falta la hipótesis o la sanción, o una parte de ellas, y que, por este motivo, precisa de otra disposición que la

33 BUSTOS, Juan y HORMÁZABAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, 1ª Edición. Madrid, Editorial Trotta, 1997, , Volumen I, p. 91

34 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General*. 1a Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, P. 90. Cabe señalar que el autor basa su concepto en lo señalado por Diego Luzón Peña.

35 RETTIG ESPINOZA, Mauricio. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos*. 1ª Edición. Santiago, Editorial DER, 2019, Tomo I, p. 164.

complete³⁶”. En términos sintéticos, Roxin las define como “son tipos que sólo contienen una norma sancionadora, pero que dejan sin embargo su integración a otras leyes, reglamentos o incluso actos administrativos³⁷”. Resumidamente, los diversos autores coinciden en sus elementos, teniendo por su parte que todo delito se compone de dos partes: un supuesto fáctico y una sanción por haber infringido dicho supuesto de hecho. Los autores discurren sobre la extensión de uno y otro componente, pero la idea central del concepto en cuestión es el señalado.

Como bien se sabe, la vida en sociedad se encuentra en constante evolución y requiere respuestas rápidas, las cuales en muchas ocasiones no calzan con los tiempos legislativos. Por este motivo, las distintas legislaciones permiten que, de manera excepcional y cumpliendo una serie de requisitos, sea el Ejecutivo el que dicte determinado precepto de carácter penal. Ejemplo de lo anterior son los delitos en materia medioambiental y sanitaria.

3.2 DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Por su parte, los diversos autores también han hecho clasificaciones de las leyes penales en blanco, basándose en los antecedentes recientemente expuestos. En efecto, el profesor Sergio Yáñez señaló que se dividían en “leyes penales propias aquellas cuyo complemento se encuentra en una disposición de rango inferior a la ley, como por ejemplo, reglamento, ordenanza o decreto”. Agregó que “si la norma penal incompleta es integrada por otra ley, sea penal o extrapenal, se habla de leyes penales en blanco ‘impropias’³⁸. El profesor Rodríguez ha agregado a esta división la subcategoría de “leyes penales en blanco irregulares: se trata de leyes en que la hipótesis aparece definida por el legislador, pero queda en blanco la sanción. Esta última también debe ser precisada por una autoridad diversa del Poder Legislativo. Se designan con el nombre de irregulares, porque, a pesar de tratarse de disposiciones penales, paradójicamente omiten la pena. Algunos las denominan leyes penales en blanco al revés”. Y agre-

36 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; *Ob. Cit.*, p. 233. Su definición es más amplia que la de otros autores, por cuanto acepta como hipótesis las leyes penales en blanco irregulares.

37 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. 1ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, Tomo I, p. 465

38 YÁÑEZ, Sergio. *Las Leyes Penales en Blanco*. Gaceta y Jurisprudencia, Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios N° 58, año 1985.

ga “leyes penales abiertas: Se reserva esta denominación para designar a aquellas disposiciones incompletas en que la labor de complemento es entregada al propio tribunal encargado de aplicarlas³⁹”. Resulta evidente que, de conformidad al tenor del texto constitucional, las leyes penales en blanco irregulares resultan contrarias a nuestro Ordenamiento Jurídico, por cuanto el monopolio de la pena la tiene la ley y en caso alguno, una autoridad diversa del Poder Legislativo. Y también es discutible la constitucionalidad de las leyes penales abiertas, por cuanto es improcedente que sea el juez en su sentencia cree delitos con sus respectivas penas, es contrario a la aplicación por analogía de la ley penal.

Como corolario de lo expuesto, la cita de Cury es decisiva: “la disposición complementaria debe formularse de manera que conjuntamente con la ley en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al conocerlas, un hombre común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena⁴⁰”.

CAPÍTULO 4

“DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL”

En este capítulo se abordará como el Tribunal Constitucional, desde el año 2006 a la fecha, se ha pronunciado sobre las leyes penales en blanco, respecto de delitos funcionarios; en particular, respecto del delito establecido en el artículo 299 número 3 del Código de Justicia Militar, esto es, el delito de incumplimiento de deberes militares:

Art. 299. Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado, el militar: 3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”.

A su vez, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de los siguientes preceptos legales, conociendo de recursos de inaplicabilidad relacionados con el delito de incumplimiento de deberes militares:

Art. 431 (inciso primero y segundo). El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los debe-

39 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; *Ob. Cit.*, p. 234.

40 CURY URZÚA, Enrique. *La ley penal en blanco*. 1a Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1988. p. 91

res militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar.

En ellos se señalarán las autoridades a quienes corresponde el derecho de sancionar las faltas de disciplina, atendidas a las categorías del hechor y a la mayor o menor gravedad de las infracciones.

Art. 433. Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito.

Determinado el objeto de estudio, corresponde señalar las ocasiones cuando el Tribunal Constitucional le ha tocado pronunciarse, con la vigencia de la Constitución (reformulada) en el 2005. La primera ocasión fue con motivo del Rol 468 (y el acumulado 559) de 2006, requerimientos presentados por don Luis Enrique Pineda Peña y Patricio Cereceda Truan, debido a los hechos acaecidos en el Volcán Antuco, en mayo de 2005. A posteriori ha resuelto en los roles 781-2007, 1011-2007, 2187-2012, 2773-2015 (2817, 2849 y 2859 acumulados), 5304-2018 y 8353-2020, con el corolario de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar en la sentencia pronunciada dentro del Rol N° 12.305-2021.

4.1 ROL N° 468-2006 [559-2007 ACUMULADO] “CASO ANTUCO”

Los hechos, someramente, ocurrieron así: “Con fecha 17 de mayo de 2005 un grupo de 17 oficiales, 86 hombres del cuadro permanente, 367 soldados conscriptos y 11 hombres encuadrados como personal de apoyo, pertenecientes al Regimiento Reforzado N° 17 “Los Ángeles”, al término de su período de instrucción y como actividad final, efectuaron una marcha de repliegue del contingente, aprobada por los mandos militares respectivos; lo anterior, en la zona del refugio militar “Mariscal Alcázar”, ubicado en el sector cordillerano de “Los Barros”, en las cercanías del Volcán Antuco, Región del Bío-Bío. El día 18 de mayo se ordenó marchar a la Compañía de “Morteros” y a la Compañía “Andina” hacia el refugio en el sector de “La Cortina”, mas, durante la marcha, el personal se vio enfrentado a severas condiciones atmosféricas, las que se vieron agravadas por la presencia de una tormenta de nieve denominada “viento blanco”, lo que desencadenó el fallecimiento por hipotermia de un suboficial y

45 conscriptos. Se dio origen a la causa rol 310-2005 del Tercer Juzgado Militar de Valdivia.

Tanto Luis Enrique Pineda Peña como Patricio Cereceda Truan eran los oficiales a cargo de las maniobras, siendo condenados como autores del delito de incumplimiento de deberes militares; ante lo cual, requirieron la inaplicabilidad del precepto legal en comento. A su juicio, el delito de incumplimiento de deberes militares no se basta a sí mismo ni se encuentra precisado, definido, delineado ni descrito en el Código, violando la Constitución Política de la República.

En sentencia de fecha 9 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el recurso deducido, rechazándolo, por una mayoría de 7 contra 2. En primer término, en su considerando cuarto aceptó la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro sistema y en particular, las leyes penales en blanco impropias o de reenvío (considerando sexto). Por otro lado, el voto de mayoría concluye en su considerando noveno que “la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del ‘núcleo central’ de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los ‘deberes militares’ no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular...” En el considerando octavo se saca a colación el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas N° 1445, del 14 de diciembre de 1951, señalándose que “alguna de sus conductas tiene un contenido preciso y se entienden como un complemento coherente del artículo 299 N° 3.”

También es digno de mención el voto en contra del ministro Sr. Correa Sutil, quien sostuvo que el ilícito de marras es contrario a la Constitución, tanto por cuanto no describe el núcleo esencial de la conducta respectiva y se trata de una ley penal abierta. El principio constitucional establecido “perdería su sentido si permitiera que la ley no describiera la conducta y se limitara a remitirse a un reglamento o al criterio del juez para permitirles a uno u otro definir la conducta punible.” En su considerando octavo, el disidente señala que “el precepto legal no cumple con el estándar mínimo; no describe siquiera el núcleo esencial de una conducta, porque no describe conducta alguna; incumplir deberes militares no es una conducta que quede descrita o explicada en sus cualidades o circunstancias, ni siquiera las más esenciales, no constituye la descrip-

ción patente y clara de una conducta.” Es decir, el Ministro Correa sostuvo que ninguna ley define, al menos de manera somera, que se entiende por ‘incumplir deberes militares’. Lo anterior, porque el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, tampoco lo hace. Añade que lo más inaceptable de la norma es que, aparte, se trata de una ley penal abierta, por cuanto habilita al juez militar a decidir, con entera discrecionalidad, lo que es delito de lo que no lo es. Es decir, liga el artículo 299 número 3 con el artículo 433. Su postura lo hace criticando un considerando de la sentencia pronunciada por el Tercer Juzgado Militar de Valdivia, lo cual fue un exceso de su parte, por cuanto excede de la competencia del juez constitucional, más allá de lo acertado o no de sus dichos. En ese caso, lo jurídicamente procedente es que se interpongan los recursos procesales correspondientes. Concluye, en su considerando decimosexto, que en caso de aplicarse la norma penal impugnada, se permite al juez aplicar con completa discrecionalidad y sin sujeción a parámetros objetivos establecidos en normas anteriores al caso, determinar si una conducta resulta o no penalmente sancionable, lo cual viola el principio de legalidad de las sentencias penales. El voto de minoría del ministro Correa ha sido relevante, por cuanto ha servido de fundamento de futuros requerimiento de inaplicabilidad. Por otro lado, el ministro Hernán Vodanovic coincide con que se trata de una ley penal abierta que no da cumplimiento a la exigencia de tipicidad establecida en la Constitución.

4.2 ROL 781-2007

De manera resumida, los hechos sucedieron así: “a las 03:40 hrs. del 14 de noviembre de 2001, Cristián Gómez Martínez ingresó al domicilio ubicado en calle Los Abetos N° 133, Miraflores bajo, comuna de Viña del Mar, obligando a salir de éste a Víctor Moenen Strobel, a quien en el exterior le disparó diversos tiros en distintas partes del cuerpo, hiriéndolo de gravedad, llegando a las 04:07 hrs. el jefe del tercer turno de la Primera Comisaría de Viña del Mar, teniente Pablo Silva Martínez -requirente de autos-, acompañado de dos funcionarios, encontrando al agresor con dos armas en sus manos y a sus pies, herido gravemente Víctor Moenen. A los poco minutos llegó personal del SAMU del Hospital Gustavo Fricke, quienes fueron impedidos por el agresor de prestar auxilio a la víctima, quien falleció”, originándose la causa Rol 1291-2001, de la Fiscalía Militar de Valparaíso. El teniente Pablo Silva Martínez fue procesado y posteriormente acusado como autor del delito de incumplimiento de delitos mili-

tares, ante lo cual su defensa interpuso recurso de inaplicabilidad, tramitado bajo el Rol 781-2007, solicitando la inaplicabilidad de los artículos 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar.

En efecto, se sostuvo que “el numeral 3 del artículo 299 y sus normas aparentemente integradoras del tipo penal -artículos 431 y 433-, no satisfacen la exigencia constitucional atingente a que la ley debe describir, al menos, el núcleo esencial de la conducta típica.” Hace propios el voto de minoría del ministro Correa en los autos rol 468-2006, ya reproducidos. Arriban a la misma conclusión: “el numeral 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar, no sólo es una ley penal en blanco sino que es también una ley penal abierta ya que deja entregado a los jueces militares la determinación, con entera discrecionalidad, de lo que es delito y lo que no es”. Añade que tanto el artículo 431 como 433 son inaplicables, ya que el primero infringe y elude el principio de legalidad, ya que faculta al Poder Ejecutivo, mediante la dictación de reglamentos, determine conductas que puedan ser constitutivas de delito, lo cual se encuentra reservado a la ley; y en el segundo caso, por cuanto “faculta castigar como faltas a los deberes militares cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito, sin que se precisen dichas circunstancias, quedando al arbitrio del juez establecer que es delito y que no es.”

En sentencia pronunciada con fecha 27 de septiembre de 2007, en decisión unánime, fue acogido el requerimiento y se declaró la inaplicabilidad de las normas impugnadas. Destaca dentro de la sentencia, en su numeral décimo, que “el núcleo fundamental del tipo sería el *incumplir deberes militares*, resta a la norma reglamentaria derivada del artículo 431 especificarlos. En la especie, no se detalla por parte del Ministerio Público Militar, ni en la gestión pendiente ni en el presente proceso, *cuales serían los deberes militares infringidos* por el requirente y que se contienen en dichas normas reglamentarias, ni tampoco cual sería su fuente ni su identidad, dato que no consta en el auto de procesamiento o en la acusación del proceso penal.” Resulta interesante que el Tribunal, para analizar la concurrencia del incumplimiento de deberes militares, analice no solo el requerimiento, sino que piezas del proceso -sin hacer una crítica como en el caso anterior-, sino que para tratar de salvar la norma en comento, lo cual no logra hacerlo. Es más, va más allá, porque hace referencias a la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile N° 18.691 y al Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11, contenido en el Decreto Supremo N° 900 del Ministerio del Interior de 17 de julio de 1967, mas, no logran apreciarse deberes con contenido penal. En su con-

siderando decimo segundo es decidor: “en la especie y aplicado el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar al caso concreto, *todo indica que se pretende sancionar la infracción de eventuales deberes que no figuran de forma concreta y específica en normas legales ni reglamentarias* y que, por ende, el inculpado y requirente no podía conocer con anterioridad a los hechos incriminados.” Resulta interesante que el Tribunal señale que el artículo 299 N° 3 y el 431 deben de leerse como una sola norma, con lo cual se hace plenamente aplicable las normas sobre reenvíos establecidas en las leyes penales en blanco. En su considerando decimosexto concluye el Tribunal Constitucional que “en el caso concreto, el tipo penal establecido en el artículo 299 N° 3 *resulta incompleto*, no se basta a sí mismo al faltar la concreción de los deberes cuya infracción se sanciona y su eventual aplicación se verificaría sin que haya sido complementado suficientemente por una normal legal o complementaria.” Concluye el Tribunal señalando que se trata de una ley penal en blanco abierta, que no describe expresamente la conducta penada, ya que la suficiencia del tipo se encuentra a mercede de la potestad reglamentaria. Y en caso de ser aplicada, sus efectos son contrarios al artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución. Se puede criticar a la Fiscalía Militar que hizo una imputación genérica, por cuanto correspondía señalar cuales eran los deberes militares infringidos por el teniente Silva y en caso de no existir, no debió haberlo procesado como autor de un delito que se encuentra atípico.

4.3 ROL 1011-2007

Someramente, los hechos así sucedieron: “don Antonio Hernán Vargas Díaz se desempeñaba como condestable artillero del Departamento de Habitabilidad de Valparaíso, omitió cumplir con los deberes militares relacionados con su cargo, desatendiendo deliberadamente sus funciones mínimas al no revisar diaria y personalmente la Sala de Armas de ese Departamento, por un espacio aproximado de un mes, lo cual impidió que constara las exigencias físicas del armamento de guerra allí depositado y sujeto a su control, no obstante rendirse parte diario al Comandante del Departamento, informándole que el cargo no presentaba novedades.” Lo anterior dio origen a la causa Rol N° 8386 seguida ante el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, siendo procesado y acusado como autor del delito de incumplimiento de deberes militares contemplados en el Reglamento de Disciplina de la Armada, aprobado por Decreto Supremo N° 1232 del 21 de octubre de 1986 y especificados en

la Reglamentación Institucional, como lo es la Ordenanza de la Armada, aprobada por Decreto Supremo del Ministerio de Defensa Nacional N° 487 de 21 de abril de 1988.

En su requerimiento, la defensa del inculpado Vargas solicita la inaplicabilidad del artículo 299 N° 3, por cuanto, según su parecer, el artículo 19 N° 3 de la Constitución prohíbe las leyes penales en blanco, para después precisar que se aceptan las leyes penales en blanco impropias o de reenvío. Se sostuvo que, en la especie, el artículo 299 N° 3 no describe conducta alguna, sin que exista una disposición reglamentaria que señale de forma clara cuales son los deberes que han de sancionarse penalmente, ya que son deberes vagos o virtudes morales o responsabilidades genéricas o de carácter disciplinario. Acertadamente a juicio de quien suscribe, el requirente solicita que deben descartarse los supuestos deberes militares infringidos, citados por el dictamen fiscal de la causa rol N° 8386, contenidos en el Manual de Artillería 5-61/1 aprobado por Resolución C.J.A. N° 6521 Vrs. De 21 de julio de 1925, acápite 10404 letras a), b), d), f), n) y en las ordenes permanentes internas de la Armada, ya que no emanan del Presidente de la República, al tenor del artículo 431 del Código de Justicia Militar. También se señaló que los deberes militares supuestamente infringidos contenidos en el Reglamento de Disciplina de la Armada, aprobado por Decreto Supremo N° 1232 del 21 de octubre de 1986 y especificados en la Reglamentación Institucional, como lo es la Ordenanza de la Armada, aprobada por Decreto Supremo del Ministerio de Defensa Nacional N° 487 de 21 de abril de 1988, también son vagos y no tienen características penales. Agrega el recurrente que el artículo 299 N° 3 es una “ley penal en blanco propia”, ya que no contiene una conducta punible especificada en ella misma, en cuanto al núcleo de la acción u omisión sancionada; respecto del artículo 431, las normas administrativas citadas no señalan de manera concreta cual es el deber militar supuestamente infringido, haciendo una remisión vaga a normas que describen responsabilidades genéricas o virtudes morales; y sobre el artículo 433, constituye una ley penal abierta, ya que permite al juez crear el delito.

En sentencia definitiva pronunciada con fecha 26 de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento, por una mayoría de 8 votos contra 1, declarando inaplicable únicamente el artículo 433 del Código de Justicia Militar. Se analizó el Reglamento de Disciplina de la Armada y se concluyó en su considerando décimo que “la conducta descrita no se encuadra dentro de una categoría de ‘deberes militares’, como ninguna otra dentro del Reglamento. No son asimilables los debe-

res militares respecto de la disciplina. Pues bien, la Ordenanza de la Armada determina en el caso sublite, en su artículo 43, la conducta punible, que, en la realidad de los hechos, se trata de una falta disciplinaria y no un incumplimiento de un deber militar. Como corolario de lo expuesto, el sentenciador “no ve vinculación entre la ley penal remisoras, esto es, el número 3° del artículo 299 del Código de Justicia Militar y las normas inferiores complementarias.” Y consiguientemente, el artículo 431 tampoco resulta atingente a la causa sublite, porque si bien operó al dictarse por el Presidente de la República, el Reglamento lo hizo sobre “las faltas disciplinarias, las reglas de servicio y demás necesarios para el régimen militar”, pero no para los “deberes militares”.

4.4 ROL 2187-2012

De forma resumida, los hechos ocurrieron de la siguiente forma: “que, encontrándose como Comandante (S) de la Compañía de Abastecimiento y Mantenimiento de la Primera Brigada Acorazada “Coraceros” el teniente de Ejército Carlos Andrés Ramírez Farías, en conocimiento de la orden logística N° 41 de fecha 17 de noviembre de 2008 que disponía la baja y destrucción de dos estanques aljibes metálicos de 15.000 lts. Y uno de 19.000 lts., hizo omisión del cumplimiento de dicha orden, contactó durante los primeros días de enero de 2009 al civil Erick Figueroa Arcos, con quien pactó el retiro y venta de dichas especies, más otro estanque de 5.000 lts., por la suma de \$600.000; para lo cual ordenó al oficial de guardia dejar entrar al personal civil, bajo pretexto de que se trataría de personal de la empresa Copec, quien, supuestamente por orden del mando superior, retirarían los aljibes. El teniente Farías fue procesado y acusado como autor del delito de hurto y de incumplimiento de deberes militares, estipulado en el artículo 299 N° 3, en relación al artículo 431 y 433 del Código de Justicia Militar, que como norma de reenvío se complementa con el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas DNL N° 911 artículo 76 N° 11, la mentira al superior, N° 12 no cumplir orden relativa al servicio, N° 15 demostrar negligencia o descuido y dejar de cumplir con sus deberes militares, N° 27 vender, empeñar especies fiscales, N° 37 ejercitar influencias en beneficio propio, N° 38 aprovecharse de su cargo o empleo en beneficio propio, N° 40 toda infracción contra los reglamentos u órdenes de servicio que altere el régimen imperante en las Fuerzas Armadas; Ley Orgánica Constitucional de las Fuerza Armadas artículo 1° inciso 3° y 4°.

La defensa del teniente Farías interpuso el recurso de inaplicabilidad, respecto de los artículos 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar. A su juicio, se veía vulnerado el principio de legalidad o reserva consagrado en la Constitución. El artículo 299 N° 3 y sus normas complementarias no satisfacen la exigencia constitucional atingente a que la ley debe describir como requisito básico el núcleo esencial de la conducta típica. Nuevamente fundan su planteamiento en la disidencia del ministro Correa Sutil: no es solo una ley penal en blanco, sino que además una ley penal abierta; el artículo 431 es contrario al principio de legalidad, por cuanto permite al Poder Ejecutivo de que por medio de la dictación de reglamentos determine conductas que puedan ser constitutivas de delito, lo cual se encuentra reservado a la ley. Y a su vez, infringe el principio de legalidad el artículo 433, por cuanto según su tenor se deja al pleno arbitrio y discrecionalidad del juez establecer que es delito y que no lo es.

La defensa fiscal fue asumida por el Consejo de Defensa del Estado, quien, someramente, señaló que era improcedente en el caso el recurso de inaplicabilidad, por cuanto el inculpado había sido absuelto del delito de incumplimiento de deberes militares. Y respecto del delito de marras, no es inconstitucional, por cuanto se contiene la descripción suficiente del núcleo central de la conducta: los deberes militares, los cuales son absolutamente conocidos para los sujetos pasivos de este ilícito.

En su sentencia definitiva de fecha 8 de enero de 2013, el Tribunal Constitucional por la unanimidad de sus integrantes, rechaza el requerimiento interpuesto; destacando que “a juicio de este Tribunal hay jurisprudencia invariable en torno a que el artículo 299 N° 3 impugnado describe el núcleo básico de la conducta”, pero el recurso se rechaza, sin existir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, ya que la Corte Marcial había confirmado el fallo que condenó al requirente por el delito de hurto (y lo había absuelto por el delito de incumplimiento de deberes militares).

4.5 ROL 2773-2015 (2817, 2849 Y 2859 ACUMULADOS). CASO CASA 212

De forma resumida, los hechos así se presentaron: “que, la causa del accidente de la aeronave CASA 212-300, matrícula 966, ocurrido el 2 de septiembre de 2011 en el archipiélago Juan Fernández, es la pérdida de control del avión como consecuencia de haberlo volado la tripulación a una altura peligrosamente baja, no superior a 650 pies=198, 12 metros, por debajo de la altura de las más altas cumbres de la isla Santa Clara

(1.226 pies=373,68 metros), mientras realizaba el tramo de viento en cola a través del canal existente entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara, durante el circuito de aproximación a la pista 32 (o sea, en la orientación 320°). Que la decisión de la tripulación de volar a tan baja altura en el sector del canal que separa las islas Robinson Crusoe y Santa Clara, en las adversas condiciones climáticas, tuvo como consecuencia la pérdida de control de la aeronave y su posterior caída al mar, con el fallecimiento de 21 personas en total. Con lo expuesto, se ventiló la causa Rol N° 32-2011, seguida ante el Juzgado de Aviación, substanciada por la Ministra en Visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago y Presidenta de la Corte Marcial, señora Dobra Lusic Nadal.

Recurrieron de inaplicabilidad los señores Guillermo Castro Guzmán, Julio Frías Pistono, Mauricio Barría Ruiz y Sergio Castro Moya, en autos roles N°s 2773-15-INA, 2817-15-INA, 2849- 15-INA y 2859-15-INA, respectivamente, solicitando que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 299, N° 3, y 433 del Código de Justicia Militar, agregando, además, la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 431 del mismo Código los requirentes señores Castro Guzmán (Rol N° 2773), Barría Ruiz (Rol N° 2849) y Castro Moya (Rol N° 2859). Las personas recién mencionadas eran oficiales de la Fuerza Área de Chile a quienes se les imputó diverso grado de responsabilidad en el accidente del CASA-212. Se sostuvo que el artículo 299 N° 3 no debe de aplicarse de manera independiente, ya que no se basta a sí mismo, sino que se encuentra ligado, para producir efectos, con el artículo 431. Es decir, esta norma viene en complementar a la primera; si no da cumplimiento al artículo 19 N° 3 de la Constitución, lo infringe y debe ser declarado inaplicable. Y en lo referente al artículo 431, sólo es el Presidente de la República el único que puede dictar reglamentos correspondientes a los deberes militares. En la especie fueron procesados los requirentes por haber incumplido el Reglamento Orgánico y de Funciones del Comando de combate Serie A Número 13, el cual fue dictado por el Comandante en jefe de la Fuerza Aérea en agosto del año 2010 y no por el Presidente de la República. Por ende, no existe complemento reglamentario suficiente para que el tipo de incumplimiento de deberes militares se baste a sí mismo. En la especie, existe una infracción al principio de legalidad establecido en el texto constitucional. Y en lo referente al artículo 433, y partiendo de la base del tenor literal del artículo 431 no se le puede reemplazar por un Estatuto que tenga otro origen potestativo por lo cual el referido artículo 433 se hace inaplicable.

Evacuando el traslado, el Ministerio Público Militar, sostuvo que “en la especie no exista una ley penal en blanco, porque lo que realmente existe es una *cadena reenvíos de rango legal* al dar cumplimiento al Reglamento Orgánico de Funcionamiento del Comando de Combate Serie “A” N° 13, a los consagrado la Ley Orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas su artículo 10° inciso segundo el cual dispone que uno de los fines de las Fuerzas Armadas es precisamente conseguir un adecuado nivel de alistamiento de su personal”.

El Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha 28 de enero de 2016, resolvió el asunto, acogiendo los requerimientos de inaplicabilidad deducidos, declarando inaplicables los artículos 299 N° 3 y 433 del Código de Justicia Militar, rechazándolo respecto del artículo 431. Se dispuso que, en nuestra Constitución se estableció el principio de legalidad el cual exige la suficiente tipificación criminal, la exigencia de irretroactividad y la norma penal debe tener un rango determinado, en el sentido estricto, es decir, que la conducta escrita sea inteligible y concebida en un lenguaje de fácil acceso al ciudadano. Por ende, se exige que el legislador contemple una descripción medular de la conducta penal. En el considerando vigésimo textualmente se señaló que “en el caso subjudice, los deberes infringidos no se encuentran suficientemente descritos en las normas reglamentarias y no resultan relevantes en relación al caso que se investiga. Es posible que el incumplimiento de aquellos deberes de operación pueda dar origen a responsabilidad funcionaria, pero no podría acarrear consecuencias penales, en tanto no tienen la aptitud de complementar la norma más general de incumplimiento de deberes militares.” Se elevó a caracteres de “deberes militares” el incumplimiento de orden administrativo solo sancionable en el plano disciplinario.

La sentencia, refiriéndose al artículo 299 N° 3, señala que “estamos en presencia de una ley penal en blanco abierta, ya que no describe expresamente la conducta penada y carece de suficiencia el tipo; en efecto, no se ha dictado la norma complementaria, es decir, no se ha ejercido la potestad reglamentaria que contempla el artículo 431.” Esto implica que, para darle suficiencia normativa al delito, el Presidente de la República debe firmar el Decreto Supremo respectivo que venga en complementar a la norma en comento, lo cual, en la especie no ha sucedido, por lo cual el artículo 299 número 3 resulta inaplicable por inconstitucional.

A su vez, resulta inaplicable el artículo 433, ya que entrega al juez la facultad para calificar como delito toda falta contra los deberes militares y la disciplina cuando según sus circunstancias indiquen que puede llegar a

constituir una agresión penal. Es decir, estaríamos en presencia de una ley penal abierta la cual resulta contraria al texto constitucional vigente.

4.6 ROL 5304-2018

De forma resumida, los hechos de la causa sucedieron de la siguiente manera: “con fecha 10 de enero de 2018 aproximadamente a las 22:55 hrs. en circunstancias que un ciudadano se encontraba en el antejardín de su domicilio particular fumando un cigarrillo, cuando escuchando murmullos y ruidos extraños de una mujer los que provenían desde la vía pública al otro lado de la muralla, en un sitio eriazo, escuchando unos golpes macizos contra algo, ingresando al inmueble para llamar al nivel 133 en varias oportunidades siendo recibido el llamado a las 23:31 hrs. por la telefonista servicio de la Sexta Comisaría de carabineros de San Vicente Tagua Tagua doña Francheska Nicole Valenzuela López, quién al relatar los hechos antes descritos señaló que se enviaría una patrulla de carabineros para verificar el procedimiento, sin embargo dicho funcionario al terminar la conversación realiza otras actividades no adoptando el procedimiento rigor, olvidando enviar el dispositivo de Carabineros solicitado. A posteriori se recibió otro llamado que da cuenta de un hallazgo de un cadáver de sexo femenino en las mismas coordenadas dadas por el denunciante a la telefonista en horas de la noche.” Se originó la causa Rol N° 20-2018 de la Fiscalía Militar de Rancagua, en la cual fue sometida a proceso la carabinera doña Francheska Nicole Valenzuela López, como autora del delito de incumplimiento de deberes militares descrito y sancionado en el artículo 299 número 3 del Código de Justicia Militar.”

En su requerimiento, la solicitante señala que se debe de separar claramente los términos “deberes de la Función Pública militar” de los “deberes militares” en cuanto tales ya que son sancionables en sedes distintas: administrativa en el primer caso y penal, en el segundo. En efecto, solo la contravención a reglas reglamentarias preceptivas que del modo expreso establezcan a su vez deberes militares, podría configurar el tipo establecido en un artículo 299 número 3 y su fuente reglamentaria debe ser un acto administrativo suscrito por el Presidente de la República. Sólo cumpliendo estos requisitos un mismo acto puede ser sancionable en ambas sedes, lo cual es absolutamente excepcional. En la especie, el auto de procesamiento omitió cuáles son los deberes militares infringidos, su fuente y cómo éstos configuran deberes militares que en la especie se hayan infringido y permi-

tan tener por establecido el ilícito. Se sostuvo que el artículo 299 N° 3 es una ley penal en blanco que carece de fuente reglamentaria complementaria, por lo cual adolece de un vicio de inconstitucionalidad material, por infracción a la garantía de taxatividad penal. Como conclusión, el requerimiento señala que el delito de incumplimiento de deberes militares es una ley penal abierta; su constitucionalidad depende del vínculo entre la norma remisorra y la norma remitida; hoy no se acepta cualquier cuerpo reglamentario venga en complementar al tipo penal; y ninguna autoridad administrativa ni juez pueden interpretar de manera analógica o extensivamente las faltas, obligaciones y deberes militares.

Por sentencia de fecha 27 de junio de 2019, el Tribunal Constitucional resolvió el litigio, acogiendo por la unanimidad de sus miembros, el requerimiento y declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 299 número 3 del código de Justicia Militar. A pesar de que el auto de procesamiento no lo señaló, el Tribunal sacó a colación el Decreto Supremo N° 900, de 1967 del Ministerio del Interior, el cual contiene el Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11 y el Reglamento de servicio para el personal de nombramiento institucional de Carabineros N° 10, contenido en el Decreto Supremo N° 1818 de 1967 del Ministerio del Interior. Se sostuvo que la falta imputada tiene el carácter de administrativa, pero no reviste caracteres de delito. Se dispuso que no hay relación entre el incumplimiento de deberes de telefonista frente al incumplimiento de deberes militares. Y respecto del artículo 299 N° 3, nuevamente se sostuvo que se trata de una ley penal en blanco propia por cuanto remite la determinación de los elementos esenciales del injusto típico a una norma de inferior jerarquía como lo es un reglamento, consiguientemente pugna con la exigencia constitucional de establecer que la conducta que se sanciona esté expresamente establecida en la hipótesis penal pertinente.

4.7 ROL 8354-2020

Resumidamente, los hechos de la causa son los siguientes: “con fecha 2 de abril 2019 se sorprendió el Sargento 2° de Carabineros don Juan David Romo Ulloa quien prestaba servicio como Estafeta de la 52 Comisaría de Carabineros Rinconada de Maipú, llevando una bolsa de color negro en dirección a la sala en que se encontraba su roperillo por el suboficial de régimen interno de dicha unidad, quien a su vez se encontraba dando cumplimiento a un proceso de control interno ordenado res-

pecto de la totalidad de los estafetas por lo que los sigue y le solicita que abra dicho mueble a lo que excede el citado Sargento 2º, encontrándose en su interior diversas cadenas de custodia con especies y dinero en su interior, dando cuenta al Comisario de la Unidad, quién ordenó que fueran recogidas y determinados los procedimientos policiales respectivos, constatándose que faltaba dinero en efectivo por la suma de \$1.077.180. Se originó la causa Rol 229-2019, seguida ante la 3ª Fiscalía Militar de Santiago, procesándose al inculcado como autor del delito de apropiación indebida del 470 N°1 del Código Penal y por el delito de incumplimiento de deberes militares del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar. El auto de procesamiento respecto del delito de incumplimiento de deberes militares fue apelado, resolviéndose en autos Rol Corte N° 698-2019 de la Iltma. Corte Marcial la confirmación de la resolución de primera instancia. Cabe señalar que el auto de procesamiento señaló que el incumplimiento de deberes militares se “encuentran previstos en el artículo 3º de la Ley N° 18.287 y artículos 83 y 175 del Código Procesal Penal, en relación con la Orden Circular N° 1780 del 17 de agosto de 2015, de la Dirección Nacional de Orden y Seguridad de Carabineros.”

En su requerimiento, el solicitante pidió la declaración de inaplicabilidad del artículo 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar. Respecto del primero, no da cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, por cuanto no se encuentra complementado en los términos que señala el artículo 431; respecto de la segunda norma, si bien el auto de procesamiento no señala la norma administrativa, la sentencia señala que la Circular N° 1780 del 17 de agosto de 2015 de la Dirección de Orden y Seguridad de Carabineros, no tiene su origen en un Reglamento dictado por el Presidente de la República, por lo que no existe complemento reglamentario suficiente para que el tipo de incumplimiento de deberes militares se baste a sí mismo; y respecto del artículo 433, ante la inexistencia de un reglamento dictado por el Presidente se hace inaplicable el artículo 299 número 3, ya que según el tenor literal del artículo 431 no se le puede reemplazar por un Estatuto que tenga otro origen potestativo, por lo cual se transforma en inaplicable.

Que, por sentencia de fecha 4 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional acogió, por 9 miembros contra 1, el requerimiento, declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar. En efecto, se sostuvo que el artículo sanciona a quien deje de cumplir sus deberes militares sin especificar cuáles serían aquellos, por lo que no establece con precisión la conducta incriminada y, comple-

mentando con artículo 431 que lo reenvía un reglamento. Se dispuso que la expresión del artículo 299 N° 3 “deje de cumplir sus deberes militares” no contiene la conducta incriminada que la Constitución exige al legislador en cuanto debe estar expresamente descrita en el tipo, pues las obligaciones en el orden castrense son múltiples y pueden estar contenidas en distintos cuerpos reglamentarios. Y consecuentemente, en el considerando vigésimo cuarto se resolvió “que estamos en presencia de una ley penal en blanco abierta, ya que no describe expresamente la conducta penada y además carece de suficiencia el tipo, ya que encuentra sujeta a su desarrollo por la potestad reglamentaria en el marco del artículo 431 la que no ha sido ejercitada”. De forma interesante, la sentencia señala que el auto de procesamiento relaciona el incumplimiento de deberes militares a normas jurídicas que no tienen relación con la potestad reglamentaria (leyes y una circular), lo cual implica que no se ha ejercido la potestad reglamentaria. Como conclusión, el artículo 299 N° 3, resulta incompleto ya que no se basta a sí mismo, por cuanto no menciona los deberes militares que se sancionan, además su complemento resulta insuficiente.

El voto disidente del Ministro Rodrigo Pica Flores resultó interesante, ya que, a su juicio, “la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del referido “núcleo” de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los deberes militares asociados a cargo y función no constituyen para los militares referencias indeterminadas conocidas sino conceptos precisos cuyo contenido es conocido por todos quien integra las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.” El artículo 299 N° 3 no se basta a sí mismo, por lo que debe remitirse en su descripción a las normas reglamentarias. Dicha remisión se ajusta a la reserva legal del artículo 19 N° 3 inciso 8. A juicio del disidente el reenvío se hace a la misma Constitución a la Ley N° 18.575 y el Código Penal. Sin perjuicio lo expuesto estas normas no desarrollan lo que se entiende por incumplimiento de deberes militares y por otro lado al funcionario también fue procesado como autor del delito de apropiación indebida.

4.8 ROL 12.305 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD INICIADO DE OFICIO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL RESPECTO DEL ARTÍCULO 299 N° 3 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Que, por sentencia de 8 de marzo de 2022 y por una mayoría de 8 miembros contra 2, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del delito de incumplimiento de deberes militares. Para resolver en tal sentido, hizo una evolución de las distintas sentencias que se han pronunciado al respecto, partiendo por el Rol N° 468, la cual rechazó el requerimiento, pero tomó en consideración el voto de minoría del Ministro Correa Sutil, el cual sirvió de fundamento en futuros requerimientos, por lo fundado de su hipótesis. Por primera vez se acogió el requerimiento en el Rol N° 781 de 2007, con una serie de argumentos a los cuales ya se ha hecho mención. Ya es jurisprudencia asentada que “La expresión “deje de cumplir sus deberes militares” *no contiene la conducta incriminada que la Constitución exige al legislador en cuanto debe estar expresamente descrita en el tipo*, pues las obligaciones en el orden castrense son múltiples y de distinta jerarquía pudiendo estar contenidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas o en otros cuerpos reglamentarios aplicables. (STC Rol N°3637, c.11)”. ¿Qué se entiende por incumplir deberes militares? Los distintos Reglamentos a los cuales la sentencia ha hecho mención en caso alguno los definen, sino que han hecho una enumeración de estos, los cuales han incluido temas administrativos, virtudes morales, aspectos personales, temas logísticos etc. con lo cual se sigue sin responder la interrogante recién planteada: no existe una definición de incumplimiento de deberes militares, por lo cual el destinatario de la norma puede presentar dudas respecto del alcance de esta.

Concluye la sentencia señalando que “el artículo 299 N°3 del Código de Justicia Militar constituye una hipótesis criminal que presenta déficit de taxatividad al no describir la conducta incriminada expresamente, derivándola a una regla contenida en una norma de inferior categoría, la que es discrecionalmente interpretable, ocasiona que aquella resulte incompatible con la obligación dispuesta en el inciso final, del numeral tercero, del artículo 19 de la Carta Política, de manera que ninguna interpretación de ella la torna adecuada constitucionalmente.” El Tribunal analizó la norma y trató de darle sustento a fin de salvar su constitucionalidad, pero no lo logró, todas sus interpretaciones arribaban al mismo fin: la inconstitucionalidad del delito en cuestión.

Así las cosas, se declaró la inconstitucionalidad del delito de incumplimiento de deberes militares, con lo cual se proscribió de nuestro Derecho.

El voto de minoría de los Ministros Aróstica y Vásquez señala que el delito de marras no puede denominarse como una “ley en blanco”, ya que en vez de remitir esta materia a una norma reglamentaria, únicamente permite convocar al legislador, a fin de precisar cuáles son esos deberes militares cuyo incumplimiento conlleva una sanción penal. Reconocen que existen casos complejos, en donde la responsabilidad administrativa se contrapone a la responsabilidad criminal, pero señalan que la vía para solucionar dichos contradicciones es la inaplicabilidad.

CONCLUSIONES

En primer término, cabe señalar que se encuentra resuelto en nuestro Derecho que son constitucionales las leyes penales en blanco propiamente tales y las impropias, por cuanto las leyes penales en blanco propias y las leyes penales abiertas son inconstitucionales; con lo anterior se deja de lado la discusión que se debatió en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Los cambios de la vida social, la velocidad de los negocios, las nuevas situaciones que merecen regulación, no solo hacen tolerable la institución, sino que se hace necesaria para que el Ordenamiento Jurídico pueda brindar respuestas ágiles a problemas novedosos.

Es dable señalar que se puede apreciar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado en la materia, porque se pasó de rechazar la acción de inaplicabilidad a acogerla, resultando destacable que ya no sólo se fija en lo literal del artículo cuya constitucionalidad se discute, sino que además se pasó a revisar la norma administrativa reenviada a fin de hacer un efectivo juicio en concreto contradictorio.

Y en concordancia con lo anterior, que el Tribunal haya arribado a la conclusión de que el artículo 299 N° 3 debía de interpretarse como un solo con el artículo 431, le dio sustento a la norma y el resultado logrado es el correcto.

El Tribunal Constitucional ha sido objeto de diversas críticas, pero en la especie se ha comportado como un Excelentísima Corte Constitucional, sus sentencias tienen sustento jurídico y son un aporte para el debate. Consiguientemente, la declaración de inconstitucionalidad del delito de incumplimiento deberes militares es el fruto de una evolución en sus sentencias, en donde los derechos de las personas para ser juzgados

por una norma cierta, ha primado. La declaración de inconstitucionalidad del delito en comento, resulta jurídicamente correcta por cuanto efectivamente el delito no se bastaba a sí mismo, la conducta no estaba descrita a lo menos en su núcleo central, por lo cual estamos en presencia ante una ley penal abierta por cuanto al juez era el encargado de complementar el tipo penal lo cual jurídicamente es inaceptable. Hubo confusión del legislador, por cuanto confundió la responsabilidad criminal con la administrativa, cuando una y otra son diversas, por más que pueden nacer de un mismo hecho.

Como últimas líneas dejo el siguiente párrafo del profesor Leiva, quien señaló “El tipo penal de incumplimiento de deberes militares respeta el mandato constitucional siempre y cuando la norma inferior complemente de manera suficiente el deber específicamente infringido, el cual dependerá de la institución castrense y del contenido del reglamento dictado en cada caso⁴¹”.

BIBLIOGRAFÍA

1. ANDRADE, Carlos. *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963
2. AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 4ª Edición. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, q. 90. a. 4
3. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas (con el Comentario de Voltaire)*. 10ª Edición. Madrid, Alianza Editorial, 2006.
4. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición. Buenos Aires. Editorial Hamurabi, 1999
5. BUSTOS, Juan y HORMÁZABAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, 1ª Edición. Madrid, Editorial Trotta, 1997, , Volumen I, p. 91

41 LEIVA LÓPEZ, Alejandro. ¿Cumple con el mandato de tipicidad el delito de incumplimiento de deberes militares del artículo 299 N° 3 del *CJM*? Un análisis desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 39, enero 2018, https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ39_167.pdf [consulta: 30 de octubre de 2022]

6. CORONADO, Ricardo. Derecho Público y constitucionalización del Derecho Penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y de tipicidad expresa en materia penal. *Ars Boni et Aequi*, número 4, 2008 <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/1-Coronado.pdf> [consulta: 13 de octubre de 2022]
7. CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 8ª Edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005
8. CURY URZÚA, Enrique. *La ley penal en blanco*. 1a Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1988
9. ETCHEBERRY, Orthusteguy, Alfredo. *Derecho Penal parte general*, 3ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1997, *Tomo I*
10. FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Valladolid, Editorial Trotta, 1989. P. 95
11. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal – Parte General.*, Tomo I. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997
12. LEIVA LÓPEZ, Alejandro. ¿Cumple con el mandato de tipicidad el delito de incumplimiento de deberes militares del artículo 299 N° 3 del *CJM*? Un análisis desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 39, enero 2018, https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ39_167.pdf [consulta: 30 de octubre de 2022]
13. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª Edición. Buenos Aires, Euro Editores, 2001
14. POLITTOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008
15. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

so, N° 8 1984 <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/124/115>
[consulta: 14 de octubre de 2022]

16. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. 1ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, Tomo I

17. RETTIG ESPINOZA, Mauricio. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos*. 1ª Edición. Santiago, Editorial DER, 2019, Tomo I

18. VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional – Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago, Ediciones UC, 2006. Tomo II,

19. WINTER ETCHEBERRY, Jaime; *El “principio” de legalidad como regla incompleta*. No publicado.

20. YÁÑEZ, Sergio. *Las Leyes Penales en Blanco*. Gaceta y Jurisprudencia, Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios N° 58, año 1985

21. ZAFFARONI, Eugenio; *Derecho Penal, Parte General*; 2ª Edición, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002.

LIMITES ÀS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS CORPORATIVAS NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

ANDRÉ MACHADO MAYA¹
RENATA VIELMO GUIDOLIN²

1 INTRODUÇÃO

Os programas de *compliance*, que têm sua origem em solo norte-americano, destinam-se a prevenir e reprimir práticas contrárias às normas das empresas, bem como práticas de comportamentos criminosos. Estes programas repercutem no âmbito do Direito Penal, mormente na responsabilidade penal das pessoas jurídicas, bem como se projetam no Processo Penal, em nome da realização da justiça e da descoberta da verdade. É possível afirmar que através dos programas de *compliance* as empresas aliam-se à administração da justiça penal na descoberta e na investigação difícil da criminalidade econômico-financeira.

Em face desse cenário, surgem as investigações internas como parte dos programas de *compliance*. Tais investigações são sempre reativas, ao contrário das meras auditorias, que ocorrem a fim de verificar-se a eficácia do sistema e sem que haja qualquer violação de normas. As investigações internas decorrem da averiguação de algum ilícito no âmbito das auditorias, ou surgem através de eventual denúncia no canal de denúncias da empresa, dentre outros, e por tal motivo são reativas e pontuais.

-
- 1 Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em compliance pela Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e Mestrado). Advogado. Endereço eletrônico: andremmaya@gmail.com.
 - 2 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Especialista em Direito Tributário Empresarial pela FGV (2005). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS (2002). Advogada. Endereço eletrônico: renata@renataguidolin.com.br

Em face do exposto, partindo da revisão bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo, o presente estudo tem por finalidade examinar o instituto das investigações empresariais internas, que se dão no âmbito dos programas de *compliance*, e suas particularidades. A este efeito, a primeira parte do texto é dedicada a apresentar a definição e a origem do *compliance*. A segunda parte do trabalho centra-se na análise das investigações criminais internas e do lugar em que se situam nos programas de *compliance*. Por fim, a terceira parte do estudo se propõe a examinar os limites das investigações criminais internas.

2 AS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS INTERNAS COMO PARTE INTEGRANTE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Sobre a definição de *compliance*, Prittwitz (2013) afirma inicialmente a importância de observar-se a etimologia da palavra. Conforme o Prittwitz (2013, p. 208), o substantivo *compliance* corresponde ao verbo “to comply”, que de acordo com o American Heritage Dictionary é entendido como “to comply = to act in accordance with a command, request, wish, or the like” (THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY, 2021, p. 1). Diante de tal definição, Prittwitz (2013) afirma que em um Estado Democrático de Direito é exigido de todas as pessoas, físicas e jurídicas, o agir de acordo com o que determina a lei, e concorda com Kuhlen (2013, p. 51) segundo o qual “no es algo ni nuevo ni especialmente fascinante que el compliance exista.”

No mesmo sentido, Nieto Martín (2018, p. 29) refere que o termo *compliance* é vago e inexpressivo, uma vez que por si só não quer dizer nada, a não ser o evidente: “atuar conforme a legalidade, entendendo legalidade em sentido amplo, que abarcaria o cumprimento de obrigações procedentes da lei civil (civil, penal, trabalhista, do mercado de valores, etc.), mas também às diretrizes internas da empresa e, em especial, seu código de ética.” Assim, apesar de o *compliance* parecer óbvio, é tarefa difícil de atingir, pois existem diversos fatores que provocam a ocorrência de infrações dentro da empresa: o desconhecimento das normas, o surgimento de uma cultura corporativa onde a obtenção de benefícios se sobrepõe ao respeito à legalidade, a divisão do trabalho, dentre outros.

Neste ponto Prittwitz (2013) questiona sobre a efetiva existência de algum *compliance* na vida econômica, isto é, na economia de mercado, capitalista, considerado que o entendido como “conducta desviada” do

Direito e da lei não parece ser tão desviado no sistema parcial da economia da sociedade capitalista. De acordo com Prittwitz (2013, p. 211), um programa de *compliance* convincente significa, de início, que este tem de convencer os juizes, “a quienes hay que calmar”, e em seguida, com mais relevância, este programa deveria consistir “en la minimización de riesgos de responsabilidad para la empresa mediante la evitación del comportamiento antijurídico y, em especial, punible de los empleados de la empresa” (KUHLEN, 2018, p. 62).

É necessário então que o *compliance*, como propósito da direção da empresa, disponha de uma ferramenta de gestão, que são os denominados programas de *compliance*, que devem ter como objetivo compensar os fatores que dificultam o cumprimento da legalidade dentro de uma corporação. Conforme leciona Nieto Martín (2018, p. 30), os programas de *compliance* desempenham esta tarefa por meio da prevenção dos comportamentos infratores e, quando estes acontecem, de sua detecção e sanção. A análise de riscos representa ferramenta fundamental para a confecção de um programa de *compliance* efetivo, prestando-se a indicar à empresa quais são as obrigações legais mais importantes às quais está sujeita e onde estão situadas suas vulnerabilidades.

Cumprir ressaltar que o destaque atual dos programas de criminal *compliance* em sede mundial decorre, sem dúvida, das medidas adotadas pelos governos dos Estados Unidos e de alguns membros da União Europeia a partir dos casos World-Com, Parmalat, Enron, Merck & Company, Rings Bank e Siemens AG (MONTIEL, 2013), dentre outros. É possível afirmar que o *compliance* faz parte do fenômeno da americanização que está sendo experimentado pelos ordenamentos jurídicos europeus, eis que nasceu e se desenvolveu nos Estados Unidos, e só nos tempos recentes, mormente no início do século XXI, se transportou à cultura jurídica e empresarial europeia (NIETO MARTÍN, 2018). Em face dos escândalos financeiros da virada do século o *compliance* adquiriu orientação mais punitiva, através da *Sarbanes Oxley Act*, no que se refere às empresas listadas em bolsa. O objetivo de tal legislação é garantir a confiabilidade e a qualidade da informação que tais empresas oferecem ao mercado e garantir uma gestão mais transparente. Ademais, esta legislação propôs uma mudança na orientação das obrigações de *compliance*, de anterior cumprimento voluntário passou-se agora a um cumprimento por decreto.

Ainda, nos Estados Unidos dos anos 70, onde são descobertos uma série de escândalos de corrupção internacional, a corrupção transformou-se em outro grande foco de desenvolvimento dos programas de

compliance. Em resposta a estes escândalos é editada a *Foreign Corrupt Practices Act*, que determina a obrigatoriedade de adoção de controles internos para prevenir atos corruptivos, transformando-se os programas de *compliance* em uma das grandes armas contra corrupção, consagrado em convenções da OCDE e das Nações Unidas (NIETO MARTÍN, 2018). Também no âmbito do setor privado é possível dizer que as empresas analisam a integridade e reputação de parceiros de negócios, sócios ou representantes comerciais, com a intenção de garantir que estes disponham de políticas anticorrupção, sendo viável que uma empresa exija da outra a implementação de um programa de *compliance* como condição prévia para manter relações comerciais ou profissionais.

Além disso, mais tardiamente surge o *compliance* também no setor bancário, com o fim especial de enfrentamento da lavagem de dinheiro. De início foram adotadas medidas pelo comitê de supervisores bancários da Basileia, organismo que congrega os supervisores bancários e bancos centrais, posteriormente surge o GAFI, organismo intergovernamental ao qual atualmente pertencem trinta e quatro países, ocupando-se de estabelecer medidas de cumprimento em matéria de lavagem de capitais. (NIETO MARTÍN, 2018)

Como verificado, nos Estados Unidos o desenvolvimento do *compliance* representa uma ferramenta disponível à Administração para o controle da atividade empresarial. Contudo, o *compliance* é também importante no âmbito privado, pois representa um mecanismo para garantir que, nas relações entre empresas, sejam respeitados determinados padrões normativos. Como exemplo desta relevância no setor privado é possível citar o *New York Stock Exchange*, que exige das empresas norte-americanas listadas na bolsa que estas contenham um código de ética. (NIETO MARTÍN, 2018)

Ainda sobre a repercussão em nível mundial do *compliance*, Nieto Martín (2018) afirma que a expansão que ocorreu em termos globais da concepção de *compliance* está ligada ao poder econômico dos Estados Unidos e a sua capacidade para impor seu Direito para além de suas fronteiras, uma vez que as empresas que listam suas ações em mercado de valores devem possuir programas de *compliance*.

Neste cenário, o uso moderno das investigações internas teve seu início entre as empresas norte-americanas, o que ocorreu no começo dos anos 70 em virtude da suspeita de subornos pagos a autoridades da Bélgica, Japão, Holanda, Honduras e Itália para obter contratos públicos. Em

meados dos anos 80 transformou-se em algo muito comum nos Estados Unidos, até chegar ao máximo de popularidade em todo o mundo com os escândalos financeiros iniciados no ano de 2001 (MONTIEL, 2013). Ao longo destes anos as investigações internas não só têm servido para identificar os ilícitos dentro de uma empresa, como também para muitos outros propósitos: como dar explicações ao Estado e à sociedade sobre negociações questionáveis, evidenciar o cumprimento de requerimentos legais em matérias vinculadas à saúde e ao meio ambiente, influenciar na estratégia empresarial, etc.

Considerando tal realidade, as empresas e os agentes de Estado têm grande interesse nas investigações internas, pois estas ajudam a esclarecer condutas empresariais suspeitas. Por outro lado, a implementação destas investigações e a colaboração com órgãos judiciais podem diminuir a sanção imposta à empresa, ao mesmo tempo em que possibilitam a recomposição da imagem empresarial perante a sociedade. As teorias explicativas da criminalidade empresarial destacam o papel dos mecanismos de controle interno e externo como fator preventivo. Estudos indicam que um dos motivos que levam a incorrer em atividades ilícitas e oportunidades que favorecem esse tipo de conduta, pode ser o controle escasso ou deficiente (MONTIEL, 2013). Desta feita, tanto o controle estatal como o controle interno da empresa mostram-se imprescindíveis.

De acordo com Antunes (2018a), as empresas uniram-se à administração da justiça penal, pois os benefícios desta aliança são demasiadamente proveitosos para estas pessoas jurídicas. No Direito espanhol pode acontecer a isenção ou atenuação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. No Direito brasileiro e no Direito italiano o que se afasta é a responsabilidade administrativa destas entidades. De outra banda, a existência de um programa de *compliance* pode levar à não persecução processual penal, como no caso da França e Estados Unidos, onde vigora o princípio da oportunidade quanto ao exercício da ação penal. Ainda, no Direito italiano, a existência de um programa de *compliance* pode evitar a aplicação ou a execução de medidas processuais de natureza cautelar (medidas de coação).

Importante salientar que no Brasil não existe legislação que obrigue a empresa a investigar a prática de ilícitos, mas o Estado oferece forte estímulo à tal investigação aos entes jurídicos que são investigados por ilícitos concorrenciais e/ou por atos de corrupção, como a redução ou a exclusão de suas penalidades. Então, é possível afirmar que na prática estas empresas são instadas a conduzir processos de autolimpeza.

Importante ressaltar ainda, quanto às empresas brasileiras que estabelecem relações negociais com os Estados Unidos, que estas ficam sujeitas à legislação norte-americana em dois casos: na hipótese de importações pelos EUA, bem como as quando as relações comerciais possuam um efeito razoavelmente previsível sobre o mercado americano, sendo que nestes casos estas empresas brasileiras encontram-se igualmente forçadas a contar com procedimentos internos de apuração para dispor de uma situação mais favorável em eventual acordo de colaboração, sob pena de sofrerem graves sanções passíveis de levar a empresa à falência. (ARAÚJO, 2019)

Salutar é a observação feita por Nieto Martín (2018) no sentido de que as empresas transnacionais devem considerar que a legalidade muda em cada país, mesmo em setores harmonizados pela normativa internacional, como no caso da corrupção. Em face desse cenário, o programa de *compliance* há que adaptar-se à situação de interrelação entre diversas leis nas quais atuam. Ademais, as empresas multinacionais, ao contrário do Estado, têm capacidade para impor suas regras internas em todos os países nos quais operam e, ainda, têm capacidade de investigar internamente um caso de corrupção, mesmo sem recorrer a nenhum tipo de cooperação judicial, de forma mais eficaz e ágil do que os Estados, além de poder impor sanções disciplinares tão severas e intimidatórias como a demissão. Os procedimentos empresariais que buscam aplicar determinada normativa podem ser iguais ou mais eficazes do que as próprias regulamentações estatais. Ainda, importante ressaltar que as empresas ou pessoas que pretendam contratar têm ciência de que necessitam contar também com medidas de controle similares.

É preciso atentar para o fato de que a prática das investigações empresariais impõe questões complexas para o Direito Penal e o Direito Processual Penal, sendo que as mais importantes dizem respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere* e à extensão dos deveres de informar o trabalhador. Ademais, alguns autores afirmam a “privatização” da investigação criminal no âmbito dos programas de *compliance*, no que se refere à colaboração empresarial na investigação da existência de um crime, na determinação dos seus agentes e da responsabilidade deles e na descoberta e obtenção das provas, que se dá por meio da realização de investigações internas por parte da empresa, que poderão ter origem em canais de denúncia que a própria empresa promove. É possível afirmar que os canais de denúncia são uma das estratégias mais importantes da política

criminal nos dias de hoje contra a criminalidade empresarial, pois eles fomentam as denúncias por parte dos particulares.

Quando a empresa pretende implementar um sistema de *compliance* e de investigações internas é fundamental que o primeiro passo seja a criação de uma “ordem processual interna”. Esta autorregulação deve prever as diferentes fases da investigação, a extensão das faculdades investigativas do empresário ou seu representante, as condições dos interrogatórios, a extensão dos deveres de informação dos interrogados, os casos nos quais se admite a interceptação da correspondência, dentre outros. A existência de regras claras é importante por razões práticas e de eficiência, mormente em face dos limites da empresa nas investigações internas.

Sabido é que nas investigações públicas o limite à produção de provas esbarra em restrições legais e constitucionais, mas nas investigações privadas não há limites claros, pela ausência de uma regulação legal. Existe um quadro de anomia legal e regulamentar que dá ensejo a uma ampla discricionariedade na condução das investigações internas, seja quanto ao procedimento, seja enquanto forma ou quanto aos mecanismos que serão utilizados. A Ordem do Advogados do Brasil publicou o Provimento n. 188/2018 (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2018), que timidamente disciplina a atividade de investigação conduzida pela defesa de pessoas suspeitas de envolvimento em ilícitos penais, o que não se confunde com a investigação conduzida pelas empresas no âmbito dos programas de compliance.

Na seara judicial, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC n. 9 7.926/GO (BRASIL, 2014) que teve como relator o ministro Gilmar Mendes, reconheceu ser lícita a produção de elementos de prova diretamente pelas partes interessadas na fase pré-processual. Mesmo que o diploma processual penal atribua a função investigatória à autoridade policial, a legitimidade da atuação do particular pode ser extraída dos direitos fundamentais de ampla defesa e ideação, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. O estudo da investigação defensiva é relevante, pois pode fornecer importantes vetores e eventuais parâmetros que venham a ser estabelecidos para a produção de elementos de informação pelas partes na fase pré-processual. Embora não se confunda com a investigação conduzida pelas empresas no âmbito dos programas de compliance, podem ser utilizados de forma análoga e como referência.

Não obstante isso, questionamento importante no tema da coleta de provas nas investigações empresariais diz com os limites que se

impõem na busca de informações nas investigações internas. É correto afirmar que são admitidos os meios de provas regulados no Código de Processo Penal e, excepcionalmente, outros que não contrariem a forma de uma prova nominada e estejam em conformidade com as normas constitucionais. Ademais, importante observar que o direito das partes na busca por elementos de informação que possam vir a ser utilizados no processo não é absoluto, estando sujeito às limitações no tocante ao objeto da prova, aos meios de prova e ao procedimento a ser observado em determinados casos para a sua produção. (ARAÚJO, 2019)

Fernandes (2007) assevera que o artigo 5º da Constituição Federal disciplina uma série de inviolabilidades que configuram garantias para o resguardo dos direitos fundamentais da pessoa. Segundo ele, a violação destas garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova constitui formação de prova ilícita. Ensina ainda o autor que a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos é vedada pelo legislador constituinte, e assevera que “pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar de atividade desenvolvida por particular” (FERNANDES, 2007, p. 93).

Ainda, sabido é que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, sendo possível que em determinadas situações sofram limitações, dentro das margens legalmente estabelecidas. De acordo com Teresa Armenta Deu (*apud* ARAÚJO, 2019, p. 58), o interesse na punição de condutas lesivas não deve prevalecer se, para a sua consecução, são promovidas lesões injustificadas ou desproporcionais a esses direitos.

Diante do exposto, é possível então concluir que seria lícita ao investigador privado a obtenção de elementos de informação com o fito de instruir procedimento de apuração interno desde que, para tanto, não viole preceitos constitucionais e legais, o que se não for observado acarretará na ilicitude do material colhido, e, por consequência, inviabilizará seu aproveitamento. É necessário então que a empresa se cerque de cautelas na coleta das informações se seu objetivo é reunir elementos para subsidiar proposta de acordo de colaboração com autoridades públicas (acordos de leniência), uma vez que é esperado que as autoridades públicas responsáveis por negociar e firmar acordo de colaboração operem com zelo, realizando um filtro sobre as informações que estão sendo oferecidas pelos particulares.

Conforme já referido, é possível que a discricionariedade permeie as investigações internas, o que se dá em face da anomia legal e regulamentar que as cercam, e pode ocorrer tanto na condução, no procedimento ou quanto aos mecanismos que serão utilizados. Em face desse cenário seria possível alegar que o investigador, ao seu bel prazer, poderia realizar análise de documentos, elaborar laudos e perícias, revisar determinadas comunicações de seus colaboradores, consultar registros públicos, realizar entrevistas, dentre outros. Contudo é indispensável que o investigador se atenha às regras da empresa. Para tanto, é preciso “que as empresas, como parte de seu programa de conformidade, regulem as investigações internas e que esta normativa interna seja reconhecida previamente por todos” (NIETO MARTÍN, 2018, p. 48).

Os diversos aspectos das investigações internas devem estar disciplinados no programa de *compliance*, que deve abranger autorregulações específicas que estabeleçam detalhadamente os diversos aspectos destas, e tais normas devem abarcar conteúdo de boa qualidade, uma vez que uma regulamentação deficiente no aspecto material pode colocar em risco os esforços para elaborar as autorregulações (MONTIEL, 2013). Quando da elaboração destas normas, é necessário que sejam observados dois aspectos importantes: a inclusão dos trabalhadores na disciplina das autorregulações e a conciliação das práticas implementadas nas investigações com os princípios do Estado de Direito e, concretamente, ao devido processo. Questão crucial no tocante ao recolhimento de informações pelas investigações empresariais consiste em saber se, e em que face de qual padrão, as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, penetram na investigação privada.

Segundo Montiel (2013), a compatibilização das investigações internas com as garantias do devido processo é questão problemática, e tal acontece em virtude da estrutura de questões jurídico-penais e jurídico-trabalhistas que aparecem combinadas no processo de autolimpieza, o que torna pouco aconselhável um traslado sem adaptações das normas processuais penais ao âmbito privado. O autor discorda da doutrina que defende a aplicação das garantias do processo penal, com a intenção de proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores frente a arbitrárias ingerências do empregador, a qual defende a aplicação do princípio *nemo tenetur* e, ainda, que o trabalhador poderia recusar-se a informar sobre os seus feitos.

De acordo com Montiel (2013), inicialmente é importante atentar-se para o fato de que o processo penal estatal e as investigações empresariais apresentam diferenças significativas, ainda que exista uma

analogia entre eles e que as investigações internas detenham uma função complementar ao processo. Um traslado sem adaptações das normas dos ordenamentos processuais privaria o empregador de faculdades que são inerentes ao seu rol no âmbito das relações trabalhistas. Nesse sentido, aplicar o princípio *nemo tenetur* nas investigações internas em toda a sua extensão acarretaria uma desnaturalização da relação jurídica que une o empregador e seus trabalhadores, pois, a título de exemplo, o empregado poderia negar-se a fornecer alguma informação a seu chefe, ainda em face da existência de um dever legal e contratual. Sabido é que a boa-fé constitui princípio fundamental que orienta todo contrato, e desta feita é exigida tanto para o empresário como para o trabalhador. Por este motivo, os trabalhadores têm o dever de colaborar no esclarecimento dos acontecimentos internos da empresa e o dever de prestar a informação correta, ainda sobre eventuais danos causados por eles mesmos à empresa.

Em face dessa realidade, Montiel (2013) assevera que o adequado seria transitar pelo caminho intermediário, sendo que os investigadores deveriam sujeitar-se às leis gerais e aos padrões do Estado de Direito. Em sendo assim, evita-se colocar o trabalhador em uma situação de vulnerabilidade, ao mesmo tempo em que o empregador não se veja privado de direitos inerentes à sua posição jurídica. Nesse sentido são as diretrizes da BRAK - Federal Bar Association, organização que comporta vinte e oito ordens de advogados regionais e representa os interesses da profissão jurídica a nível federal na Europa, segundo as quais os advogados de empresas responsáveis pelas investigações estão sujeitos aos limites e aos deveres estabelecidos na legislação europeia, quais sejam, o Código penal, a Lei de Proteção de Dados, o Estatuto do Trabalho e na Lei de Estatutos Empresariais.

Em contraponto ao entendimento de Montiel sobre o tema, Antunes (2018a) considera que as investigações internas devem necessariamente obedecer às garantias básicas e irrenunciáveis do processo penal. A autora portuguesa entende as investigações empresariais internas como detentoras de um efeito de privatização do processo penal, e afirma que por meio de determinados mecanismos como a isenção ou atenuação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica ou não promoção processual, o Estado premia as empresas que colaborem no processo penal no esclarecimento da prática de um crime que lhe seja imputado, ou imputado a si e a pessoa singular.

Assevera ainda (Antunes, 2018b) que “corre-se mesmo o risco de poder afirmar que um dos objetivos principais da responsabilização penal das pessoas coletivas é fomentar a cooperação entre a empresa e o processo

penal”, e continua sua reflexão afirmando que as vantagens são evidentes para os órgãos estaduais de persecução criminal, haja vista a redução dos custos particularmente elevados das investigações no âmbito empresarial e no acesso a meios de prova que a empresa obtém mais facilmente.

Em face dessa realidade surge a discussão sobre a questão da valoração no processo penal de elementos de prova obtidos no âmbito de uma investigação interna, ao que Antunes (2018b) questiona sobre a possibilidade de tomar-se de empréstimo provas que, por exemplo, constituem o produto de interrogatório feito pelo advogado da empresa a um trabalhador, a qual pode muito bem ocorrer debaixo da máxima *talk or walk*. Segundo ela, a única resposta é a de que a cooperação privada na investigação criminal deve rodear-se de uma série de garantias que compensem os riscos que tais investigações geram.

Por um lado, as investigações internas deverão obedecer às garantias básicas e irrenunciáveis do processo penal, sendo imprescindível que a empresa elabore um código que regulamente as investigações internas; por outro lado, o direito processual penal só deverá valorar os meios de prova obtidos com respeito pelos direitos fundamentais. Ainda, em relação à empresa, a administração estadual da justiça penal não deverá usar os meios de prova obtidos nas investigações internas contra a vontade de quem os produziu, tendo em vista o exercício do direito de defesa no processo penal.

A discussão sobre os limites das investigações internas, tema por demais controverso, se estabelece em face da possibilidade dos diversos riscos penais que tais investigações apresentam, as quais detém a capacidade de lesar bens jurídicos estritamente pessoais, como a privacidade e a intimidade, bem como outros de caráter coletivo. Em tratando-se de riscos penais, importante pontuar que os maiores riscos desta natureza para o empresário apresentam-se em relação ao tema da privacidade.

Fato é que em decorrência do advento das novas tecnologias a privacidade do trabalhador tornou-se vulnerável em face do empregador, eis que este passou a deter uma grande quantidade de informação de seus dependentes. Dessa situação é possível citar como exemplo a realidade de que, diariamente, grande número de imagens pode ser captada pelas câmeras de vídeo-vigilância instaladas em setores laborais. Ademais, uma grande quantidade de informações laborais e pessoais ficam registradas pelos empregados em seus computadores. Tais informações são absolutamente relevantes para o esclarecimento dos feitos investigados pela

empresa. Em face desse cenário, as autorregulações devem evitar, por um lado, que a empresa se converta em uma espécie de “Big Brother”, e por outro, que qualquer medida de investigação que se dá sobre a privacidade dos trabalhadores faça o empresário a incorrer em responsabilidade penal. (MONTIEL, 2013)

Ensina Montiel (2013) que estão divididas em dois grupos as ações dos investigadores que podem atingir a privacidade dos empregados: ações consistentes em revelar desautorizadamente informação privada ou íntima que já estava em poder do empregador, como por exemplo o perfil psicológico obtido dos exames pré-ocupacionais; ou, ações consistentes em acessar desautorizadamente informação privada ou íntima, como por exemplo a interceptação de correios eletrônicos e a busca das páginas da *web* visitadas pelo trabalhador.

Como exemplo de medidas que podem ser adotadas durante as investigações dentro da empresa é possível citar as seguintes: estabelecimento de câmeras de vigilância, inspeção de escritórios e bilheterias, interceptação de correios eletrônicos e correio postal, rastreamento das tarefas laborais, rastreamento de chamadas realizadas durante o trabalho, rastreamento de páginas da *internet* visitadas em horário laboral, dentre outros. À primeira vista é possível dizer que em todos esses casos pode ocorrer uma ingerência na privacidade dos trabalhadores capaz de resultar penalmente relevante. Importante ressaltar, contudo, que o limite que os tipos penais impõem às investigações internas não pode converter-se em um obstáculo absoluto, e por tal razão é tão importante a regulamentação feita pelos *compliance programs*, a qual deve necessariamente considerar as diferentes dimensões normativas da privacidade.

De acordo com Montiel (2013) as dimensões da privacidade são três: falta absoluta de expectativa razoável de privacidade, modificação legítima de uma expectativa razoável de privacidade, expectativa imodificável de privacidade. Inicialmente, existem certas situações em que não é possível afirmar de maneira racional que exista uma expectativa de privacidade, em função da forma como se configuram as relações laborais na atualidade. Como exemplo de tal afirmativa seguem os seguintes exemplos: imagens captadas por câmeras instaladas por razões de segurança em lugares públicos da empresa ou em setores de especial vulnerabilidade da empresa a fim de proteger o patrimônio empresarial, bem como os documentos pessoais ou de trabalho deixados sobre a mesa em escritórios de livre acesso. Nestes casos é viável falar-se em ingerências não lesivas na privacidade, em que o empregador pode ingerir na priva-

cidade dos trabalhadores sem a necessidade de proceder uma notificação prévia, nem de contar com o consentimento do trabalhador.

Em um segundo momento apresentam-se as situações em que a dinâmica das relações trabalhistas pode justificadamente modificar a expectativa razoável de privacidade do trabalhador. Tais modificações apenas são legítimas quando decorrem das faculdades legais do empresário na direção e controle da atividade laboral, e quando a ingerência não compromete a dignidade dos trabalhadores. Como exemplo de tais situações citam-se os casos nos quais é acessada informação que o trabalhador deixa registrada nas ferramentas de trabalho fornecidas pelo empregador, como podem ser os telefones celulares e fixos, os correios eletrônicos, computadores, *chats*, linhas de atenção ao cliente, dentre outros. Trata-se de ferramentas fornecidas ao trabalhador exclusivamente para usos laborais, de modo que seu uso pessoal fica excluído ou ao menos fortemente restringido. O envio de informações pessoais a partir das ferramentas laborais, que é usual, parece sugerir um mínimo de expectativa de confidencialidade, e este mínimo de expectativa de privacidade justifica que o empresário tenha a obrigação de notificar a seus trabalhadores sobre a modificação desta expectativa originária. Nessa seara os *compliance programs* apresentam grande importância. As autorregulações não apenas devem estabelecer detalhadamente o uso que deve fazer-se dos instrumentos de trabalho, como também em que casos o empresário ou os investigadores podem acessar a informação que consta em tais instrumentos.

Por fim, a terceira dimensão da privacidade é a de expectativa imodificável. Trata-se de ingerências que, independentemente do fim perseguido pelo empresário, afetam o acervo mais privado ou pessoal do trabalhador, e eventual incursão do empregador consistirá em intromissão em âmbitos que estão dispostos exclusivamente ao mundo privado do empregado e, por esse motivo, protegido pela expectativa legítima de privacidade, que não está sujeita a uma modificação pelo empresário. Como exemplos de tais situações citam-se: a obtenção de provas a partir de câmeras ocultas em banheiros e vestiários, e exames genéticos compulsivos ou buscas nas quais os empregados devem despir-se. Também outros casos que atingem com menor força a expectativa imodificável de privacidade, como por exemplo, a revisão de correspondência postal ou eletrônica pessoal ou a revisão dos armários disponibilizados aos trabalhadores para uso pessoal.

Quando um trabalhador, apesar da expressa proibição da empresa, dá um uso privado a seu correio eletrônico de carácter laboral ou ao chefe da empresa e com essas conversações aparece informação relevante para esclarecer um caso de corrupção, fica excluída a tipicidade da atividade de investigador. Tampouco resulta típico o agir destas investigações na monitoração do uso da internet ou na revisão dos arquivos guardados em um computador portátil da empresa, quando já existia uma advertência expressa sobre seu uso exclusivo laboral e sobre as faculdades de monitorização do empregador. Há, contudo, casos de difícil solução, nos quais é possível defender que a ingerência na privacidade do empregado decorreu de uma circunstância excepcional, para salvaguardar um interesse superior (da empresa, de terceiros ou da sociedade). Por exemplo, quando são instaladas câmeras ocultas nos vestiários em face da suspeita fundada de tráfico de drogas nestes locais da empresa. Essa intromissão é possível desde que esteja presente um fim legítimo, e desde que a intromissão se revele necessária, adequada e proporcional (ANTUNES, 2018a). Neste ponto, importante ressaltar que as intromissões dos investigadores devem ser proporcionais e o menos lesivas possíveis da dignidade dos trabalhadores, e devem ater-se geograficamente ao lugar de trabalho e aos instrumentos de trabalho oferecidos pelo empresário. Essa premissa exclui qualquer autorização jurídico-penal ao empresário para realizar uma revista no domicílio do trabalhador ou em instrumentos pessoais levados por ele a algum lugar do trabalho, ao que é imprescindível autorização judicial e, pois, extrapola os limites de possibilidade de atuação privado.

3 CONCLUSÃO

A título de conclusão inicialmente é importante ter-se em mente que diversos são os delitos que podem vir a ser investigados pelas investigações internas, como por exemplo, os que podem dar origem à responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, ou também infrações realizadas não pela pessoa jurídica, mas contra a pessoa jurídica e, por fim, crimes cometidos por ou contra trabalhadores da empresa. Algumas dessas infrações, se efetivamente cometidas, não levam necessariamente à sanção pública, podendo acarretar somente uma responsabilidade disciplinar ou levar a recomendações, a depender do programa de *compliance* que foi adotado no âmbito da pessoa jurídica.

Além disso, muitas são as fontes das investigações internas, sendo a mais usual o canal de denúncias da empresa, que perderá a efetividade e ficará descredibilizado se não houver a investigação de uma denúncia que chega por via do canal que a empresa disponibiliza. Contudo, há também outras fontes de investigação interna, como uma denúncia externa de um consumidor, uma notícia veiculada na mídia, uma auditoria interna ou até mesmo uma notificação judicial.

Desta feita, as investigações internas podem ser anteriores ou contemporâneas a um processo judicial, ocorrendo muitas vezes paralelamente a ele. Em todos os casos, a problemática maior das investigações internas diz com os conflitos que podem ocorrer no âmbito da relação entre o empregador e seus colaboradores, mormente em função dos limites aos quais a empresa, e seus representantes, devem ater-se quando da condução de tais investigações. Tal situação é ainda mais sensível em solo brasileiro, eis que o ordenamento jurídico pátrio ainda não disciplina as investigações internas, acarretando este quadro de anomia legal em possível discricionariedade na condução da investigação pelo particular. No entanto, mesmo em face desta realidade de anomia legal, inegável que o agir dos investigadores que atuam em nome da empresa deve estar pautado no respeito às garantias constitucionais e direitos fundamentais dos indivíduos, sendo este o limite a frear sua atuação.

Em face de todo o exposto, é possível afirmar que os riscos de uma má ou irregular implementação das investigações internas são altos: no intuito de resolver uma situação a empresa pode acabar por agravá-la ainda mais. As más práticas, apenas destinadas a melhorar a reputação da empresa, favorecem a aparição de outros riscos penais e impedem o controle da criminalidade empresarial, o que deve ser fortemente evitado, com a adoção de regras internas de conteúdo adequado às normas constitucionais. De inequívoco, apenas o fato de que os direitos fundamentais vinculam não apenas o Estado, mas também os particulares, motivo pelo qual não se afigura possível excluir sua incidência em relação às investigações internas conduzidas por empresas.

4 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. **Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal**. 2018a. Disponível em: <<https://vimeo.com/277697729>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

ANTUNES, Maria João. **Privatização das investigações e compliance criminal**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 28, n. 1, p. 119-127, 2018b.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações empresariais**. São Paulo: Libe-rArs, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 9 7.926/GO**. Recorrente: Paulo César Guimarães Câmara. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6813094>>. Acesso em: 27 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n. 188**, de 11 de dezembro de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 1 jun. 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 51-76.

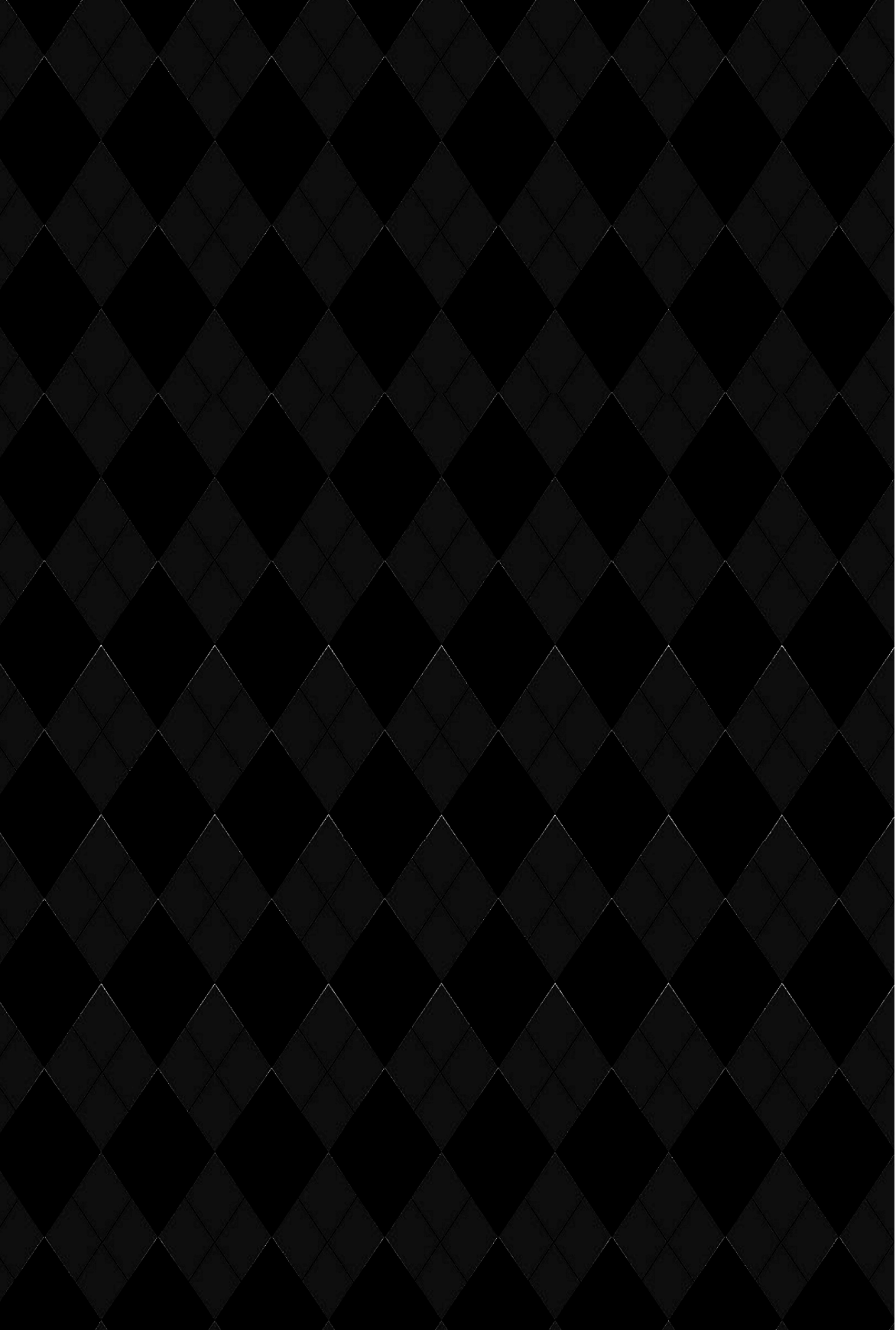
MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 221-244.

NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29-53.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GI-

MENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 207-221.

THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY. **To comply**. Disponível em: <https://ahdictionary.com/>. Acesso em: 29 jun. 2021.



COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÚLTIMO FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARA INCONSTITUCIONAL EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES MILITARES Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS

CONSTANZA ERAZO SARTORI

Los deberes militares en nuestra legislación no están definidos de manera taxativa en ningún cuerpo normativo. Pese a lo cual, es posible obtener una idea sobre qué se entiende respecto de estos basándose en artículos contemplados en la Constitución Política de la República, leyes en materia penal y reglamentos militares, a los cuales deben ceñirse quienes ostenten la calidad de militar, pudiendo incluso provenir de órdenes de carácter general dictadas por autoridades administrativas militares.

Lo anterior, genera un problema no sólo en cuanto a la interpretación de los deberes militares, sino también sobre la forma en la que deben ser sancionados aquellos militares que incurren en incumplimiento de sus deberes. Respecto a la forma en la que son castigados, el numeral 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar establece “*será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar: 3°. El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares*”, por ello es que el análisis propuesto se basa en las declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional del N° 3 del citado artículo, por considerar que la referida norma legal es indeterminada ya que de su lectura no se desprende de manera clara lo que se entiende por deberes militares, vulnerando, por tanto, el numeral tercero del artículo 19° de la Constitución, pues omite la conducta central en el tipo, incumpliendo el mandato de taxatividad que impone nuestra Carta Fundamental. Resultando, por tanto, esencial la intervención del Tribunal Constitucio-

nal para cumplir con la exigencia de someter las normas legales dictadas dentro de un ordenamiento jurídico a los parámetros consagrados en la Constitución, ya que el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho consiste en asegurar tanto a los particulares como a los funcionarios públicos y de la Administración del Estado el irrestricto cumplimiento de los límites impuestos por la Constitución.

Asimismo, la ambigüedad normativa a la que se hace referencia ha hecho que parte de la doctrina relacione al artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar con las leyes penales en blanco, específicamente con las denominadas leyes penales propias que son aquellas que se complementan con una norma sólo de rango inferior, como los reglamentos, criterio que sustenta la determinación de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional en relación con el delito de incumplimiento de deberes militares.

Por lo tanto, el artículo tiene como objetivo precisar si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, respecto a lo que ocurre en relación con las normas que omiten su conducta central en el tipo, reenviándolas a reglas de rango inferior, es efectivamente constitucional o no y las consecuencias o implicancias jurídicas que de dicha inconstitucionalidad puedan derivarse.

DEMOCRACIAS FRÁGEIS E CORTES CONSTITUCIONAIS: O QUE É A COISA CERTA A FAZER?¹

LENIO LUIZ STRECK²
FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA³

INTRODUÇÃO

*Como as democracias gerenciam conflitos, e quais as precondições institucionais para que elas consigam desempenhar esta função? Esta é a pergunta que coordena os esforços de Samuel Issacharoff, o Reiss Professor of Constitutional Law da New York University School of Law, em um trabalho relativamente recente, publicado em 2015, cujo nome é *Fragile Democracies: contested power in the era of Constitutional Courts*⁴. O livro é interessantíssimo por mais de uma razão, e tomaremos ideias e propostas de Issacharoff como eixo para o desenvolvimento de nossas próprias questões neste ensaio. Três delas em particular: primeiro, queremos compreender melhor o conceito de democracias frágeis, que aparece desde o*

- 1 A versão completa desse artigo foi publicada originalmente em 2020, na Revista de Ciências Jurídicas Pensar. Para a presente publicação, por uma questão editorial apenas, foi suprimido o tópico *Breves notas sobre o caso brasileiro*, tendo sido preservados, quanto ao mais, o argumento e as conclusões originais. Ver: STRECK; Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?* Revista de Ciências Jurídicas Pensar, 2020. Disponível em: <<https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11284/pdf>>.
- 2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Unisinos – RS e Unesa – RJ.
- 3 Doutor e Mestre em Direito Público (UNISINOS). Professor da Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), graduação e mestrado.
- 4 ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: contested power in the era of Constitutional Courts**. New York: Cambridge University Press, 2015.

título, para considerar a possibilidade de sua aplicação como ferramenta de análise do cenário brasileiro; segundo, renovaremos, com o autor, a clássica investigação sobre se o Direito tem, ou não, condições de proteger a democracia. Mais especificamente, pretendemos, a partir da análise mais abrangente de Issacharoff, delimitar o papel crucial desempenhado por Cortes Constitucionais para a consolidação do caráter democrático de democracias emergentes. Em terceiro, e conclusivamente, colocaremos em perspectiva a conhecida proposta de Ronald Dworkin, por nós defendida em trabalhos anteriores, de que (i) não há uma relação de oposição entre constitucionalismo e democracia, e de que (ii) decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por argumentos de política.

Diante de *casos difíceis*, de questões jurídicas democraticamente sensíveis, qual deve ser a postura adotada por aquele que tem o dever de dar a última palavra sobre o que diz a Constituição de um país a respeito destes temas? Como uma Corte Constitucional tem de se comportar diante de desafios ao caráter democrático das comunidades políticas em que atuam? Em última análise: *o que é a coisa certa a fazer?*

As linhas que seguem visam a dar uma modesta contribuição a essa discussão.

1 DEMOCRACIAS FRÁGEIS E CORTES CONSTITUCIONAIS

O argumento central do trabalho de Issacharoff é o de que a presença de cortes constitucionais fortes funciona como o principal antídoto para o autoritarismo, sobretudo no contexto de sociedades caracterizadas por profundas divisões raciais, religiosas ou identitárias.

Ao mesmo tempo, limitar o escopo da deliberação democrática necessariamente põe em causa a legitimidade do processo político. Quando despojadas do essencial, todas as definições de democracia repousam, em última análise, no primado da escolha eleitoral e na pretensão presumida da maioria de governar. Naturalmente, é verdade que essa definição tênue de democracia não pode ser autônoma, pois todos os sistemas eleitorais devem assumir um conjunto de regras, instituições e definições de cidadania elegível, que servem como pré-condições para o exercício de qualquer escolha popular significativa. Além disso, todas as democracias da era moderna têm restrições constitucionais que condicionam, através de limites substantivos e obstáculos processuais, o que a maioria pode fazer a qualquer momento. No entanto, um conjunto distinto de proble-

mas surge sempre que uma sociedade decide que certos pontos de vista podem não encontrar expressão na arena política e nunca podem ser considerados candidatos ao apoio popular⁵.

O Estado de Direito⁶ exige, para a sua preservação, bem mais do que um texto fundacional: são necessários garantidores institucionais. É preciso uma confiança de que as regras do jogo sejam razoavelmente justas, e de que os perdedores de hoje possam ressurgir como os vencedores potenciais do amanhã. Deve estar garantida, acima de tudo, alguma segurança de que as decisões políticas possam ser reconsideradas, e de que os vencedores de hoje estarão dispostos a deixar suas posições no governo ao passo que mudem as marés eleitorais.⁷

O problema de criar instituições e cultura democráticas, desde as cinzas do autoritarismo, numa sociedade fraturada, é o de que estas jovens democracias têm de resolver o enigma que reside no coração de todas as democracias liberais consolidadas: elas precisam permitir que a maioria governe, enquanto simultânea e institucionalmente limitam seu poder. O poder majoritário é haurido, invariavelmente, de eleições populares. Mas, ao longo do tempo, eleições, tão somente, não são o bastante. Elas não asseguram estabilidade política duradoura, não protegem de modo satisfatório minorias vulneráveis em face das maiorias políticas poderosas, não asseguram tolerância e nem, portanto, garantem legitimidade política. Aliás, em democracias instáveis, o choque de adrenali-

5 ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*. **Harvard Law Review**, vol. 120, n. 6, abr de 2007, p. 1.411.

6 De acordo com Brian Tamanaha, há um aparente apoio unânime e sem paralelo na história em torno da necessidade de preservação do Estado de Direito (*Rule of Law*). De maneira sincera ou não, o fato é que governantes ao redor do globo advogam em favor do ideal de Estado de Direito em seus discursos e projetos públicos, e não há vozes relevantes questionando-o. Isso leva o autor a concluir que a aderência ao *Rule of Law* é uma medida mundialmente aceita da legitimidade de um governo. Não há, contudo, consenso a respeito do que isso signifique ou exija. Tamanaha aponta três significados histórica e politicamente sensíveis para o conceito: a) limitação do governo pelo direito; b) juridicidade (legalidade) formal; e c) governo do direito, não dos homens (*rule of law, not of men*). Ver: TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law**. New York: Cambridge University Press, 2009. Sobre o tema, ver também: BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014).

7 ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts, op. cit., p. 1-14. Este e os próximos parágrafos baseiam-se, largamente, no texto de introdução ao livro de Issacharoff.

na nas paixões políticas da sociedade, provocado pelas eleições, pode ter o efeito contrário, a saber: o de *aguçar a polarização e o ressentimento*. Assim como acontece com um indivíduo doente, observa Issacharoff, o mesmo exercício que mantém o saudável energizado pode acabar levando à morte daquele que está com a saúde fragilizada. Não é descartável o risco de que eleições regulares sejam convertidas num mecanismo formal de viabilizar a *tiranía da maioria*.⁸

Daí a necessidade de limitar, ou conter, o poder majoritário. E, para fazê-lo, as últimas ondas de democratização têm adotado a estratégia bastante familiar de restringir os poderes da maioria por meio de limitações constitucionais. Em outras palavras, o modelo de *democracias constitucionais* é o que tem sido adotado, como regra, na formação das jovens democracias.

Constituições fazem mais do que fixar procedimentos para o funcionamento de rotinas democráticas. Elas impõem uma visão normativa a respeito de direitos e de arranjos estruturais que resistem à intrusão das preferências políticas comuns. Ainda que de modo aspiracional, elas determinam que o poder político seja exercido em conformidade com uma série de padrões elevados de obrigações para com a sociedade. E esta tensão entre a política democrática e as restrições constitucionais exige a presença de uma instituição mediadora, com a capacidade institucional de impor estas restrições. E é aqui que se situam as preocupações centrais de Issacharoff: descobrir como essas restrições são exercidas, e como estabelecer compromentimentos verdadeiros com estas em países sem um histórico consistente de governança democrática.⁹

De fato, democracias mais recentes têm apostado na criação de um sistema de cortes encarregadas da tarefa de vigilância constitucional do exercício do poder político. Todas as novas democracias, pontua Issa-

8 Ibid., p. 5. A célebre formulação de Alexis de Toqueville a respeito dos riscos da *tiranía da maioria* foi colocada em perspectiva de uma maneira particularmente aguda pelo jusfilósofo neozelandês Jeremy Waldron. Waldron observa que normalmente se associa a democracia majoritária ao temor de que esta viabilize a *tiranía da maioria*, sem, contudo, que se dedique atenção proporcional às demais modalidades de tirania, como a da aristocracia ou a dos juízes. O ponto do autor é o de chamar a atenção para o fato de que a legitimidade é uma questão pertinente a *todo o tipo de autoridade política*. E que seria estranho pensar que há algum problema *adicional* de legitimação nos procedimentos majoritários. Ver: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York City: Oxford University Press, 1999.

9 ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts, op. cit., p. 8-9.

charoff, ou criaram cortes constitucionais, ou atribuíram a seus respectivos órgãos de cúpula judicial poderes amplos de revisão da legislação e atos do governo (*judicial review*), com o propósito de fazer cumprir os comandos democráticos da constituição.

Constituições servem como uma limitação à ação de grupos anti-democráticos e de governantes com propensão à autocracia, por meio da imposição de amarras institucionais cuja observância deve poder ser obtida perante as cortes. Essa capacidade constitucional de impor esse tipo de restrições pressupõe, portanto, a habilidade das cortes de funcionarem como uma força confiável tanto na legitimação da construção de fronteiras democráticas, quanto na intervenção para a contenção de poderes governamentais. Issacharoff dedica-se a investigar precisamente este aspecto da democratização, qual seja, o de dimensionar a importância que a introdução de uma autoridade judiciária constitucional independente tem para a estabilização da democracia em sociedades divididas. Qual o papel do Direito na estrutura de uma democracia constitucional? Como o uso do constitucionalismo e o estabelecimento de cortes constitucionais opera em sociedades profundamente fraturadas?¹⁰

Daí a referência à *fragilidade* destes arranjos. São *frágeis* as democracias constitucionais cujas instituições políticas e grupos de apoio da sociedade civil são insuficientes para gerenciar conflitos. Tipicamente, *democracias frágeis* herdaram a autoridade política do colapso de um regime autoritário, e então têm de enfrentar o recrudescimento da divisão social que vinha sendo suprimida pelo regime de força. Estas democracias devem gerenciar conflitos, estabilizar a governança e inculcar os valores da soberania popular, tudo ao mesmo tempo. E essa tarefa é conduzida com uma população que pouco compartilha, entre si, concepções de cidadania ou de *comunidade*. Mais: isso tudo é feito em face de determinados inimigos ou ameaças, de dentro e de fora do regime, para quem essa *divergência* inerente ao governo democrático é um convidativo *signal de fraqueza*.

A medida do sucesso de uma democracia política, para Issacharoff, é relativamente modesta, embora nada trivial: trata-se da capacidade de os perdedores de hoje emergirem como os vencedores de amanhã, ou seja, da possibilidade de substituição pacífica daqueles encarregados do governo, em conformidade com eleições que reflitam a vontade da população. É aqui que ganham destaque especial as cortes constitucionais. Elas desempenham, basicamente, dois papéis: primeiro, o de impor

10 Ibid., p. 10.

limitações *processuais* ao exercício do poder democrático. Trata-se aqui, significativamente, de garantir a higidez dos procedimentos democráticos, sobretudo os eleitorais – por vezes postos em xeque por participantes do próprio procedimento, *como no caso de grupos políticos com postura e propostas abertamente antidemocráticas*. Segundo, cortes são uma força importante para a viabilização da transição para uma nova ordem democrática. Issacharoff examina, por exemplo, a emergência de democracias na África do Sul e no Leste Europeu pós-soviético para elaborar este ponto. Em países profundamente divididos, eleições podem simplesmente representar a continuidade da fratura, com o agravante de conferirem aos vencedores a aparência de legitimidade. Algumas garantias devem ser dadas às minorias, portanto, para evitar que o resultado de primeiras eleições, favoráveis a seus adversários históricos, não se transformem no uso abusivo e vingativo do poder.¹¹

Eventos que se verificaram no Iraque e no Afeganistão, por exemplo, mostraram que realizar uma eleição não é o mesmo que criar um sistema duradouro de governança democrática. A experiência coletiva derivada da máxima: “um homem, um voto, uma vez”, em regimes pós-coloniais, exige muita cautela ao assumir que eleições e governança democrática estável são necessariamente coercitivas. Enfatizar a renovação do consentimento também ilumina as restrições substantivas que orientam os tribunais em disputas confusas sobre os limites da participação democrática.¹²

Outro resultado do foco na renovação do consentimento é incentivar uma gama mais ampla de arranjos constitucionais iniciais, particularmente, nas citadas sociedades profundamente divididas. Visualizar constituições como documentos que facilitam a tomada de decisões democráticas reversíveis e não como matrizes fixas de direitos, permite mais flexibilidade no desenho constitucional. Uma preocupação processual pela renovação do consentimento permite que democracias frágeis atendam mais aos arranjos institucionais que melhor policiam as fronteiras da participação democrática do que ao terreno não menos contestado em que os direitos devem estar disponíveis em uma sociedade democrática¹³.

11 Ibid., p. 12-13.

12 ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*. *Harvard Law Review*, op. cit., p. 1.411.

13 Ibid., p. 1.465.

Legitimar a exclusão de grupos antidemocráticos e submeter os governantes à *accountability*. Estas limitações ao majoritarismo (ou à democracia) são, precisamente, os qualificativos do constitucionalismo.

Nossas questões neste ensaio, como é visível, não são exatamente as mesmas de Issacharoff, mas tomaremos de empréstimo aquela que o autor definiu como a principal preocupação de seu trabalho: definir, do ponto de vista do *direito constitucional* (e não da ciência política), *como* as cortes constitucionais devem exercer o poder de que foram investidas. Em outras palavras, estabelecer *o que as cortes devem fazer* (como devem decidir) quando são chamadas a exercer esse papel de limitadoras do exercício do poder majoritário.

2 DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS E *JUDICIAL REVIEW*: A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD DWORKIN

Vimos acima que democracias recentes têm adotado a forma constitucional de limitação à política majoritária, e que o exercício deste controle final tem ficado a cargo de um *sistema de cortes encarregadas da tarefa de vigilância constitucional do exercício do poder político*. Dito de outro modo, democracias jovens vêm adotando, com algumas variações, um modelo *forte* de revisão judicial da legislação.¹⁴ Vimos também que, sobretudo no contexto de democracias *frágeis*, ou de comunidades políticas com maus antecedentes democráticos, a capacidade constitucional de as cortes contribuírem para a delimitação de fronteiras institucionais depende do desenvolvimento de uma certa *habilidade*, ou capacidade especial, para que sua autoridade seja reconhecida.

Que *habilidade* seria essa? Dito de outro modo, como o poder de *judicial review* atribuído às cortes deve ser exercido no contexto das *democracias frágeis*?

14 Por modelo *forte*, entenda-se, com Jeremy Waldron, o fato de que as cortes podem se valer de sua autoridade para i) deixar de aplicar uma lei a um caso particular, ii) modificar os efeitos de uma lei de modo a tornar a sua aplicação compatível com direitos individuais não previstos na própria normativa, e iii) estabelecer como uma questão de direito (em tese) que uma determinada normativa não será aplicada, retirando-a da sistemática do *stare decisis*. Uma versão ainda mais *forte* do que esta é aquela presente nas tradições jurídicas ocidentais herdeiras do direito continental europeu, consistente na possibilidade de os tribunais removerem definitivamente uma lei do ordenamento jurídico. WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 199-201.

Com efeito, são inúmeras e relativamente conhecidas as razões que se manejam para defender ou fustigar um modelo robusto de controle judicial das leis. A abordagem do tema revela a existência de três posições básicas sobre a questão: a) uma defesa geral da revisão judicial – que justifica o controle judicial das leis em termos universais; b) uma crítica geral da revisão judicial, que sustenta que um modelo forte de jurisdição constitucional está injustificado em qualquer sociedade livre e democrática; e c) uma defesa contextual da revisão judicial, que considera que a justificação de um modelo forte de justiça constitucional depende do contexto sociopolítico.¹⁵ A posição *c* parece ser a que mais bem retrata a proposta de Issacharoff – de que as cortes constitucionais devam ser tão mais interventivas quanto maiores forem os riscos à consolidação de democracias jovens.

Ingressaremos nessa discussão a partir das contribuições de um autor particularmente engajado em defender as credenciais *democráticas* da *judicial review*: o jusfilósofo americano Ronald Dworkin.¹⁶ Para tanto, será necessário investigar o que esse autor tem em mente quando fala em *democracia*.

Dworkin aborda o conceito de *democracia* mediante o contraste entre duas visões: uma *majoritária* (*majoritarian view*) e outra *comunitária*, ou *em parceria* (*partnership view*), por ele adotada.

Segundo a visão *majoritária*, a democracia é o governo que se pauta pela vontade da maioria, ou seja, que age de acordo com a vontade do maior número de pessoas sob o seu domínio, expressa em eleições com sufrágio universal ou quase universal. Não há garantias de que a maioria vá decidir de modo justo; suas decisões podem bem ser injustas com as minorias, cujos interesses podem ser ignorados. Nesse caso, a democracia pode até ser qualificada como *injusta*, mas não será *menos democrática* apenas por essa razão.¹⁷

Por outro lado, uma visão de democracia *em parceria* implica que o povo governe a si próprio considerando-se, cada um de seus integrantes,

15 LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 61-62.

16 Os parágrafos que seguem aproveitam-se, amplamente, de pesquisa desenvolvida em trabalho anterior. Ver: MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2018 (sobretudo o capítulo I, tópico 1.3).

17 DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Principles for a New Political Debate, op. cit., p. 131.

como um parceiro integral (*full partner*) num empreendimento político coletivo. A ideia é que a decisão da maioria somente pode ser considerada democrática quando determinadas condições são atendidas – condições que protejam o *status* e os interesses de cada cidadão *como* um parceiro integral desse empreendimento. Nessa concepção, uma comunidade que ignore os interesses de alguma minoria ou de algum grupo específico é, *exatamente por essa razão*, não democrática.

Dworkin tem bem presente que os Estados Unidos não podem ser considerados uma democracia puramente majoritária, na medida em que a própria Constituição norte-americana limita, de diversas formas, o poder da maioria. A rigor, a instituição dos direitos individuais na *Bill of Rights* talvez já fosse o bastante para provar esse ponto. De todo modo, o que Dworkin quer estabelecer, a partir dessa dicotomia, é a existência de uma “profunda disputa filosófica acerca do *valor* ou do *objetivo* fundamental da democracia”; na sua concepção, a premissa majoritária é uma tese a respeito dos *resultados* justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir¹⁸.

De fato, essa é uma visão bastante familiar dos procedimentos políticos: a de que estes seriam estruturados de modo a, ao menos em assuntos importantes, obter uma decisão endossada pela maioria dos cidadãos (que dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir). Até porque essa visão não nega, necessariamente, que haja direitos morais a serem respeitados pela maioria; contudo, decisões contramajoritárias (que contrariem os interesses de uma maioria política), em que pese eventualmente corretas (pensemos em decisões judiciais que considerem inválidas leis inconstitucionais que detenham, nada obstante, forte apoio popular), seriam invariavelmente *lamentáveis* do ponto de vista moral: isso seria *sempre* injusto, “de tal modo que a injustiça permanece mesmo quando existem fortes razões que a justifiquem”¹⁹. Dito de outra forma, ainda que se aceitem algumas restrições, a democracia

18 DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24.

19 *Ibid.*, p. 25.

seria *melhor* quando projetada de modo a garantir que as preferências da maioria sejam refletidas nas decisões coletivas.

Por outro lado, a *partnership conception*, proposta e defendida por Dworkin, vai *além* da imposição de alguns limites à premissa majoritária; seu comprometimento com a preservação dos direitos individuais é bem mais radical²⁰.

Com efeito, o jusfilósofo norte-americano acredita que um Estado Democrático somente encontra justificativa moral e política se garantir (e para isso conta-se com o Direito, vale dizer) *igual consideração e respeito* pelas pessoas que estão sob seu domínio.²¹ Assim, a maioria não deve ser a juíza suprema de quando seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se direitos individuais. O fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria, caso plenamente informados ou racionais, não é uma meta e nem uma definição de democracia. Para o autor, o objetivo da democracia é que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”²². Isso não impede que as decisões políticas do dia a dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares; mas estes procedimentos majoritários são exigidos “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um

20 Lembremos que a instituição de direitos contra o Estado decorre, para Dworkin, da combinação entre dois fatores: o reconhecimento da dignidade humana e o ideal da igualdade política. Assim, quem quer que alegue possuir um direito contra o Estado deve demonstrar ou que esse direito é necessário para a proteção de sua dignidade, ou então que de seu reconhecimento depende a manutenção de seu *status* de merecedor de igual consideração e respeito por parte do Poder Público. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 305.

21 Não há como exceder a importância que Dworkin atribui à igualdade, ao dever do Estado (*government*) de devotar igual consideração e respeito (*equal concern and respect*) às pessoas que integram a comunidade. Trata-se de um aspecto verdadeiramente central de seus estudos. A proposta de moralidade política no contexto do pensamento do autor, ou seja, enquanto defesa do que ele qualifica como “liberalismo igualitário”, que une os valores da liberdade, igualdade e comunidade dentro de uma visão unitária, revela um compromisso com um esquema igualitarista de justiça distributiva. Ver: DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

22 DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana, op. cit., p. 24-6.

compromisso com as metas da soberania da maioria”. Perceba-se que, aqui, a eventual adoção de procedimentos não majoritários não é, em si, uma causa de arrependimento moral: é possível que estes encontrem justificativa na proteção ou promoção da igualdade – o que, segundo esta visão, é a própria essência da democracia.

Desse modo, Dworkin passa a sustentar uma *concepção constitucional* da democracia, que assume a seguinte postura diante do governo majoritário: a democracia é um governo sujeito às condições (chamadas *condições democráticas*) de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, suas decisões devem ser aceitas por todos. Quando não o fazem, ou quando o fazem de modo insuficiente, suas decisões devem ser consideradas inconstitucionais. E não há qualquer objeção a ser feita, em nome da democracia, a que um tribunal, com poderes constitucionais para tanto, seja o encarregado de declarar essa inconstitucionalidade²³.

É claro que, de acordo com esse ponto de vista, será sempre problemático estabelecer não apenas *quais são* as condições (ou garantias) democráticas, mas, também, *em que casos* estas foram atendidas ou desonradas. Seja como for, o ponto é: não é em si antidemocrático que desse controle fiquem encarregados os juízes e tribunais²⁴. Pelo contrário. Perceba-se que a defesa da intervenção da jurisdição constitucional decorre, para o autor norte-americano, em última análise, *de uma defesa da própria democracia*. Não há uma relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes são constitutivos daquela. Preservar a Constituição é proteger a integridade desse arranjo.

Mais ainda, como se verá a seguir, no contexto de democracias frágeis.

23 Ibid., p. 26-7.

24 Cumpra-se observar que a importância dada por Dworkin à jurisdição constitucional não implica deferência alguma aos juízes em particular. De acordo com o autor, os juízes togados “não são os únicos protagonistas do drama jurídico, nem mesmo os mais importantes”; afinal, um apanhado mais detido das questões da teoria do Direito tem de tomar em consideração os demais agentes cujas decisões afetam os direitos de seus concidadãos (é o caso dos legisladores, promotores de justiça, banqueiros, líderes sindicais etc.). DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, op. cit., p. 233.

3 DEMOCRACIAS FRÁGEIS E A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Como vimos, Issacharoff sustentou que o constitucionalismo, devidamente vigiado por autoridades judiciárias e independentes, ocupa um papel central para a consolidação da democracia em sociedades divididas. Cabe a estas o *gerenciamento dos conflitos* decorrentes da falta de integração social. E o exercício desse poder faz-se particularmente necessário, nas democracias frágeis, para a imposição de limitações processuais e substantivas ao exercício do poder democrático. Esta é a *responsabilidade institucional* atribuída às cortes constitucionais.

Por outro lado, vimos que a defesa feita por Dworkin da *judicial review* está articulada com uma determinada *concepção* de democracia, na qual a igualdade entre os integrantes da comunidade política ocupa um papel central. Se o governo da maioria depende, para ser legítimo, do cumprimento de determinadas *condições*, não há nada a lamentar na circunstância de ser uma instituição contramajoritária a exercer essa fiscalização. Tudo depende, em última análise, do *acerto* da intervenção jurisdicional. Antidemocrático será o *erro*.

Ambos os autores têm em consideração, portanto, determinadas situações em que a atuação de juízes e tribunais faz-se importante para garantia da própria democracia. Adicionalmente, Issacharoff enfatiza a urgência de que essa prerrogativa seja bem exercida no contexto de democracias frágeis, em que a higidez dos procedimentos eleitorais e a instituição de direitos básicos a grupos minoritários se encontram particularmente vulneráveis.

Demarcado este pano de fundo, passemos à questão substantiva de saber *como*, então, deve ser exercido o poder de revisão judicial. Como as cortes devem agir se estiverem genuinamente dispostas a *legitimar a exclusão de grupos antidemocráticos e submeter os governantes à accountability?* Noutras palavras, se o problema está no *erro*, como fazer *a coisa certa*?

Para responder a essa questão, retomemos o pensamento de Dworkin.

É conhecida, com efeito, a distinção que Dworkin traça entre os *argumentos de política* e os *argumentos de princípio*. De acordo com o jusfilósofo norte-americano, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ao passo que os “argumen-

tos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo²⁵. Essa diferença deve ser harmonizada, porém, com a ideia de que o Direito é, em sentido normativo, uma subdivisão da moralidade política²⁶.

Entenda-se, pois, que os argumentos de princípio são, sim, “políticos” em um sentido mais abrangente. Pode-se dividi-los, nada obstante, em argumentos de *princípio político* (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e em argumentos de *procedimento político* (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público)²⁷. Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum.

Dworkin defende, celebrenemente, a tese de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas. Segundo o autor, ao Poder Judiciário cabe tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral. Isso porque tanto a Democracia quanto o Estado de Direito estariam enraizados num ideal fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais, e um Estado assim constituído encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são *questões de justiça* (os cidadãos integrariam, nesta formulação, uma

25 Ibid., p. 82.

26 Dworkin pensa o Direito como uma subdivisão da moralidade política, ideia esta que é desenvolvida, com maior detalhe, em **Justice for Hedgehogs (Justiça para Ouriços)**. Resumidamente, na sua formulação, a moralidade pessoal (que diz respeito a como devemos tratar os demais, no âmbito das relações privadas) é concebida de modo a derivar da Ética (da ideia de *boa vida*, submetida apenas às restrições impostas pela dignidade humana); e a moralidade política (que diz respeito às relações estabelecidas no âmbito de uma comunidade política) é concebida como um desdobramento da moralidade pessoal. Com isso, Dworkin dá ao argumento jurídico o formato de um argumento moral, conectando a sua validade com sua justificação. Ver: DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

27 DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, ed. 3. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

comunidade de princípios); e é para isso que se aposta num fórum independente, um *fórum do princípio*.²⁸

A ideia é de que o *fórum do princípio* oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre os indivíduos e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente *questões de justiça*; e essa característica é agudamente penetrante, na medida em que obriga o próprio debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando o caso vai ao tribunal, mas muito antes e muito depois. Sendo assim, um juiz que siga a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. A questão é: a coerção não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins, *a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública*.²⁹

Sigamos com Dworkin.

Se os membros de uma comunidade política têm direito a uma extensão coerente, *e fundada em princípios*, das decisões políticas do passado (essa é a ideia central da tese do *Direito como Integridade*³⁰), então as decisões jurídicas decorrem do conjunto de princípios que forneçam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. A integridade é uma exigência da moralidade política de um Estado que deva garantir, às pessoas sob seu domínio, igual consideração e respeito; neste sentido, a coerência de princípios pela integridade assegurada é uma *condição de legitimidade* da coerção oficial, uma questão de *autoridade moral* das decisões coletivas.

Isso nos remete à ligação entre a *legitimidade política* de uma decisão judicial – como expressão da coerção estatal – e a exigência de que ela represente uma resposta *correta* (ou *adequada*) ao caso posto em exame. É que a reivindicação de que as decisões estejam baseadas na melhor justificativa da prática jurídica como um todo é *evidentemente incompatível com a discricionariedade do intérprete, ou com qualquer outra abertura*

28 DWORIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, op. cit., p. 38-9.

29 DWORIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 116.

30 Ver: DWORIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

para que ele introduza, como fundamentação da decisão, a sua própria preferência particular.

Cortes têm, portanto, de ser *responsáveis*, no sentido de que têm uma *responsabilidade política* a honrar. Mais ainda quando as referidas *condições democráticas* estiverem em xeque. A *responsabilidade* de zelar pela higidez do funcionamento dos procedimentos democráticos e de não deixar os direitos das minorias eventuais sem a devida salvaguarda. A responsabilidade de, por meio do Direito, preservar a democracia.

Nos quadros da *doutrina da responsabilidade política dos juizes*, por Dworkin desenvolvida, autoridades políticas devem, assim, tomar *soamente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar*.³¹ E é para se desincumbirem deste encargo que devem ter plena consideração pela *coerência* e pela *integridade* do Direito.

Conceber o *Direito como Integridade* significa reconhecer que todos os direitos que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas.³² *Proteção jurídica*, aqui, significa a prerrogativa de exigir e ver assegurados direitos perante um juiz ou tribunal (*legal right*).

Para dar consequência às exigências da integridade, é necessário que o intérprete do Direito leve a sério as duas dimensões da interpretação da prática jurídica: o ajuste (*fit*) e o valor (*value*). Daqui derivam os envios aos conceitos que empregamos: *coerência* (imparcialidade processual) e *integridade* (justiça substantiva).

Percebam que a preocupação de Dworkin vai além da noção comum de que, na medida do possível, *casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes*. A ideia central é a preservação da igualdade, expressa na noção de que o Poder Público (*government*) deve tratar aos seus cidadãos com *igual consideração e respeito* (*equal concern and respect*). Ou seja, não se trata apenas de *repetir decisões iguais*, mas de conectar as decisões a uma dimensão de moralidade política. É disso que trata, em última análise, o dever de decidir *responsavelmente*: do exercício da responsabilidade política de decidir por princípio e de preservar, pela via da coerência principiológica, a integridade do Direito.

31 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, op. cit., p. 137.

32 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para Samuel Issacharoff, países que saíram recentemente de experiências autoritárias encontram, na democracia constitucional, um modo razoavelmente estável de gerenciamento de conflitos. Nesse formato, as cortes constitucionais desempenham um papel fundamental, impedindo a violação de direitos por tendências majoritárias vindas da arena pública – especialmente porque, em democracias jovens, os canais institucionais que possibilitariam uma participação equânime ainda não estariam consolidados.

Na concepção majoritarista de democracia constitucional, tal atuação das cortes tende a ser vista como ilegítima, por implicar desprestígio às decisões de agentes políticos eleitos. No presente ensaio, apresentamos, a partir da obra de Ronald Dworkin, uma concepção alternativa de democracia, uma democracia *em parceria*, na qual a intervenção jurisdicional não é automaticamente ilegítima. E nem aceitável por omissão: a *judicial review* será bem-vinda quando for *corretamente* exercida, é dizer, quando preservar as chamadas *condições democráticas*, condições de igualdade de *status* entre os concidadãos, condições de *participação moral*.

Argumentamos, também com Dworkin, que o modo correto de se tomarem decisões judiciais é fundamentá-las em princípios. Juízes exercem um papel contramajoritário, e estão, portanto, impedidos de mobilizar argumentos de política. A tese de que as Cortes devem formar um *fórum de princípio* é um componente importante de uma reflexão mais abrangente de Dworkin sobre o papel do Direito nas democracias e, decorrentemente, sobre a *responsabilidade política* dos juízes. Decidir *por princípio* é respeitar a autonomia do Direito e favorecer a conquista da *autoridade* necessária a legitimar a atuação das Cortes no contexto de sociedades fraturadas. Representa a promessa de que, mesmo nas *democracias frágeis*, o sistema de direitos será protegido.

Permitir que a maioria governe, enquanto simultânea e institucionalmente limita o seu poder. Eis a coisa certa a fazer.

REFERÊNCIAS

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: contested power in the era of Constitutional Courts**. New York: Cambridge University Press, 2015.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies**. Harvard Law Review, vol. 120, n. 6, abr de 2007.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TAMANAHHA, Brian Z. **On The Rule of Law**. New York: Cambridge University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York City: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

A TRANSPARÊNCIA DO PODER PÚBLICO COMO VETOR DO COMBATE À CORRUPÇÃO

PEDRO HENRIQUE MARCON ROCKENBACH¹

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.

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

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

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*”² 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 pública 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

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

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, impedindo 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 informalmente 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*.³ Essa política que mira deixar o Estado à 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

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

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 material⁴, 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 a quem 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, 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

4 Segundo Hely Lopes Meirelles, 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” (MEIRELLES, 2016, p. 68).

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 formal⁵, 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

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

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

Nesse íterim, 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, ór-

gãos 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, sintam-se 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 Supremo 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 re-

pública 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 ínterim, 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 interesse 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.

6 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/l8429.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/l8730.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/l12527.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/. 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.

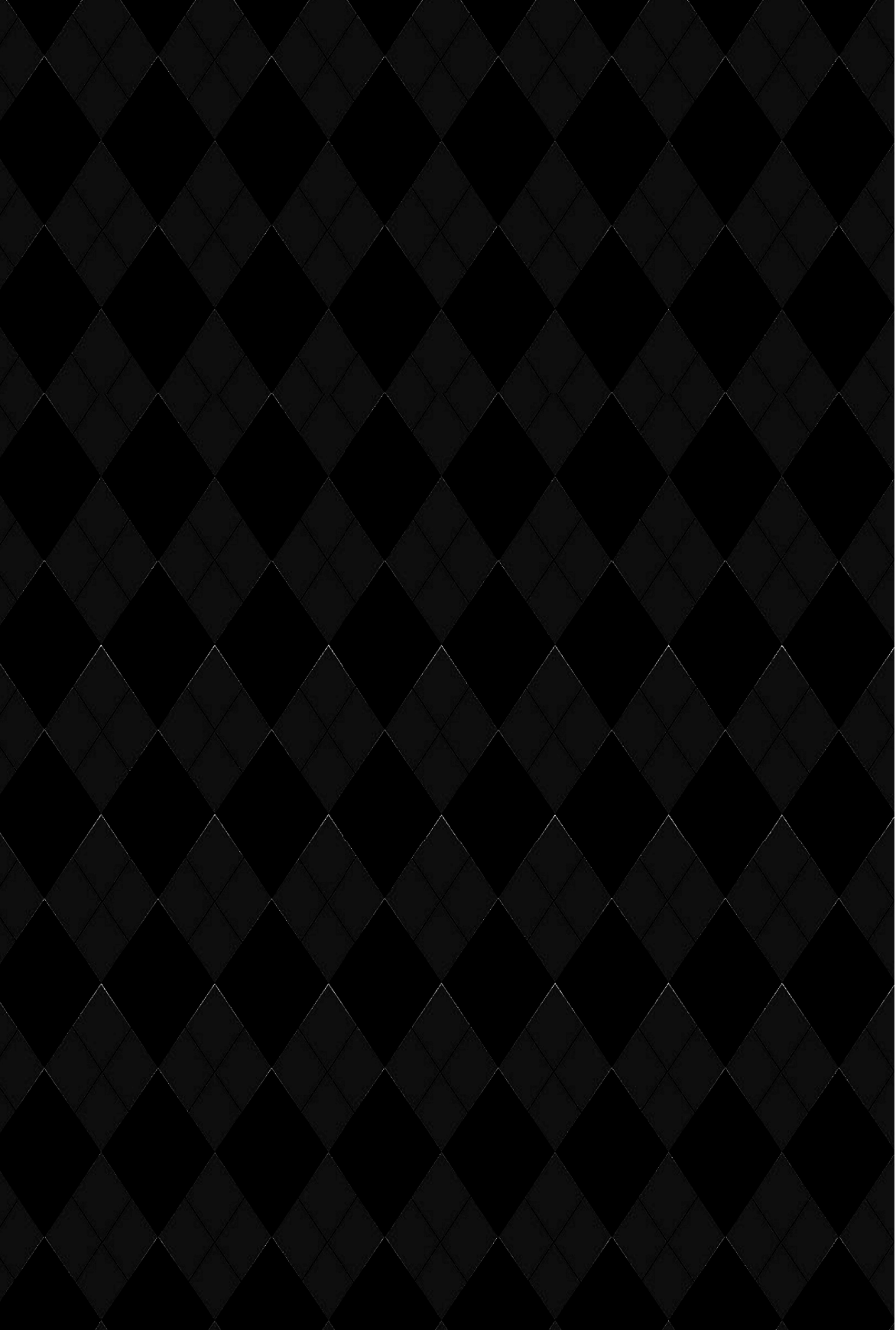
NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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.



REAÇÃO À REAÇÃO: BREVE ENSAIO CRÍTICO AO PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL E A PROBLEMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

MATEUS CÔRTE VITÓRIA¹
JOSÉ TADEU NEVES XAVIER²

1 INTRODUÇÃO

A teoria do positivismo jurídico pode ser compreendida, em linhas breves, como um modelo no qual a produção jurídica é concentrada apenas na instância legislativa (ZAGREBELSKY, 2002, p. 33) e, embora tenha imperado ao longo dos dois últimos séculos no Brasil, vem paulatinamente perdendo força com as críticas das correntes denominadas pós-positivistas, fenômeno que tem se intensificado nas últimas décadas. Diversas razões levaram a essa mudança, dentre elas o surgimento e o fortalecimento do constitucionalismo e a disseminação da concepção de que o positivismo é uma teoria simplista, que reduz o direito à lei positivada, o que ocasionaria uma aplicação mecânica e irrefletida da lei aos casos concretos.

O direito brasileiro, assim, passou a corroborar, cada vez mais, as ideias pós-positivistas, contrapondo-as ao positivismo jurídico tradicional. Trata-se, em grande medida, de uma reação aos pontos negativos que

- 1 Mestre em Direito (FMP-RS). Assessor Jurídico no Ministério Público do Trabalho. Pesquisador dos grupos de pesquisa PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos versus Interesses Privados”.
- 2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (USC) – Espanha; Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS; Professor do Curso de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP e do Curso de Graduação em Direito da ATITUS Educação - Porto Alegre (josetadeu-nevesxavier@gmail.com).

foram identificados na teoria juspositivista, dentre os quais se destaca o problema da discricionariedade judicial. Embora, após amplos debates doutrinários, não se tenha nenhuma confirmação de que o positivismo, de fato, favoreça a discricionariedade, as teorias pós-positivistas se impuseram como soluções para tais dilemas, disseminando-se pela doutrina e pela jurisdição brasileiras.

No direito brasileiro, especificamente, podem ser identificadas duas vertentes pós-positivistas mais marcantes: uma que recorre a argumentos idealistas, com influências jusnaturalistas, buscando a adaptação do direito a exigências superiores, tais como a justiça, o bem comum e a moralidade, e outra, de cunho sociológico, que busca adaptar as normas vigentes às exigências decorrentes da evolução social. Ambas dão margem ao julgador para ir além – e até mesmo contra – a previsão legal, abandonando o rigor na aplicação do direito e incrementando as polêmicas que envolvem o ativismo judicial contemporâneo. Há, inegavelmente, uma forte aproximação do pós-positivismo a uma visão casuística do direito, que coloca o julgador como protagonista da decisão (DIMOULIS, 2018, p. 179).

No entanto, ao contrário do que propõem as teorias pós-positivistas, o problema da discricionariedade judicial parece estar longe de ser resolvido. Aliás, com a incorporação de princípios, por vezes abstratos, e considerações morais nas decisões judiciais, brecha aberta pelo pós-positivismo, parece ter havido um incremento na arbitrariedade de tais decisões, as quais acabam apresentando fundamentos não raro frágeis e vagos que buscam legitimar uma decisão que, por vezes, ignora ou mesmo contraria determinadas normas positivadas.

Este ensaio não tem a pretensão de apresentar, de forma categórica, uma solução para o problema, mas apenas propor o debate e a investigação acerca do tema, iluminando alguns fenômenos observáveis a seu respeito e, também, algumas das fragilidades e contradições mais aparentes nas teorias pós-positivistas, contrastando-as com algumas características do positivismo jurídico. Dessa forma, colocando-se em perspectiva alguns dos problemas apresentados por ambas as correntes teóricas, torna-se possível o avanço das investigações e da teoria do direito como um todo.

2 O PÓS-POSITIVISMO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO: A DISCRICIONARIEDADE CAMUFLADA

O problema da discricionariedade judicial não é novo e constitui um dos principais objetos de crítica ao positivismo jurídico. No plano teórico, é possível representar tais críticas, de forma muito ilustrativa, com o trabalho de Dworkin³. O autor norte-americano afirma que o positivismo jurídico não é capaz de oferecer uma resposta satisfatória em relação ao conceito de direito, lacuna esta que ganha maior relevância nos chamados casos difíceis, que são aqueles que não se amoldam claramente a uma ou outra norma do ordenamento jurídico. Nesses casos, haveria ampla margem para que o juiz decidisse o caso de acordo com sua discricionariedade, o que, para o autor, é totalmente indesejado.

O juspositivismo, por outro lado, pode ser caracterizado pelo apego que mantém aos fenômenos observáveis, desprezando os juízos de valor. Um juspositivista pode alegar que se mantém fiel aos princípios do positivismo filosófico, rejeitando todos os elementos de abstração na área do direito, rejeitando, inclusive, o direito natural, por ser metafísico (NADER, 1999, p. 449). A atitude positivista em relação à justiça e a outros valores mais abstratos, assim, é de certo ceticismo. Com essas poucas linhas, já é possível vislumbrar, com certa clareza, os traços que dividem as correntes do positivismo e do pós-positivismo.

Um juspositivista pode afirmar, em linha com a teoria tradicional, que o direito positivo é o máximo de direito que se pode obter (NADER, 1999, p. 449). Isto porque o positivismo jurídico pode ser compreendido como uma corrente que se satisfaz com o “ser” do direito, desconsiderando o “dever ser” jurídico. Sob essa ótica, consolida-se a ideia de validade do ordenamento jurídico no sentido de que a lei legitima o direito, ponto fulcral do pensamento juspositivista. Por esta razão, muitos afirmam que, durante a consolidação do Estado de Direito liberal, a “juridicidade era monopólio da legalidade” (MELLO, 2004, p. 25), o que não está incorreto. No entanto, é necessário visualizar alguns dos elementos centrais que legitimam as ideias juspositivistas.

Kelsen, por exemplo, elaborou sua tese com o objetivo de depurar o direito e qualificá-lo como ciência autônoma, apartando-o do estudo da moral (2003, p. 71) e rejeitando a existência de uma moral absoluta (2003,

3 Ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

p. 72). Entretanto, o mesmo autor admite que uma ordem jurídica pode ser considerada justa ou injusta a depender do critério fornecido pelo sistema moral sob o qual esta ordem é analisada. Em outras palavras, não há valores absolutos, mas relativos, da mesma forma que não há uma justiça absoluta, mas apenas uma justiça relativa (KELSEN, 2003, p. 76).

É justamente com essa ideia que Kelsen assinala o fato de que sua teoria não busca estabelecer uma ordem jurídica perfeita ou ideal, tampouco negar qualquer validade ao direito pelo simples fato de este não ser uma ordem perfeita ou ideal. O autor refere que sua tese, em verdade, busca esclarecer o objeto da ciência jurídica, sem obscurecê-lo, como fazem, por exemplo, as ideologias (2003, p. 118). Em arremate, ele conclui sua teoria pura indicando a forma com que o direito deve ser interpretado, admitindo que, no ato de aplicação do direito, pode haver uma certa indeterminação, abrindo-se uma margem de apreciação para o intérprete aplicar a norma. O direito a aplicar a norma, assim, forja uma moldura que contém várias possibilidades de aplicação, estando conforme ao direito qualquer uma delas que se mantenha dentro desse quadro (2003, p. 390).

Ao adentrar ao tema da discricionariedade, Kelsen entende que o processo interpretativo é voluntário, ou seja, depende da vontade do aplicador, tratando-se de um ato de criação de direito, a chamada interpretação autêntica (2003, p. 394). Em contrapartida, as demais formas de interpretação, tais como a conduta que um indivíduo ao interpretar uma norma, são chamadas de interpretações não autênticas, pois não criam direito (2003, p. 395). Assim, a interpretação jurídico-científica apenas estabelece as possíveis significações de uma norma jurídica, devendo evitar ao máximo a ficção de que uma norma jurídica apenas permite uma só interpretação correta, haja vista a plurissignificação da maior parte das normas jurídicas. Em outras palavras, este ideal interpretativo somente é realizável aproximativamente (2003, p. 396).

Quando Dworkin critica, de forma mais contundente, o modelo juspositivista, desafiando-o à luz dos chamados “casos difíceis”, ele entende que o positivismo não é capaz de oferecer uma resposta adequada ao conceito de direito. O famoso “ataque geral” lançado ao positivismo de Hart parte, justamente, dessa perspectiva. Para elaborar sua crítica, o norte-americano propõe uma distinção entre regras, princípios e políticas⁴,

4 Basicamente, a distinção proposta por Dworkin é no sentido de que regras são normas aplicáveis da forma “tudo ou nada”; aplicam-se ou não ao caso concreto (ou são válidas para o caso, ou inválidas). Por outro lado, princípios são normas que representam exigências morais e que operam de forma diferente das regras: possuem

e para ilustrar sua tese, o autor norte-americano apresenta alguns casos paradigmáticos, dentre os quais se destaca o caso *Riggs v. Palmer*.

Neste caso, discutia-se a validade de uma disposição testamentária que beneficiava um neto que matou seu avô, autor do testamento, justamente para se beneficiar da herança. Para Dworkin, o Tribunal de Nova Iorque, ao julgar o caso e invalidar o testamento, fundamentou sua decisão em princípios, e não em regras, pois, se assim não fosse, o testamento deveria ser considerado válido, já que preenchia todas as formalidades necessárias e não havia lei que excluísse o neto daquela disposição testamentária (2002, p. 37). O caso ilustra perfeitamente a preocupação do autor com relação à aplicação da teoria juspositivista em determinadas situações, mas um positivista poderia facilmente refutar esse argumento afirmando que uma previsão legal específica que excluísse o herdeiro em caso de atentado contra a vida do autor da herança resolveria qualquer celeuma a respeito.

Outro argumento que poderia refutar o exemplo de Dworkin, mais específico para o modelo do “Common Law” vigente nos Estados Unidos da América, seria o fato de que aquele caso concreto proporcionou o estabelecimento de um precedente justamente naquele sentido para que, em casos futuros em que um herdeiro atentasse contra a vida do testador, estaria caracterizada uma hipótese de exceção à aplicação da regra geral, excluindo-se aquele herdeiro da possibilidade de se beneficiar de sua torpeza. Em outras palavras, o caso, ao invés de constituir um problema propriamente dito do juspositivismo, proporcionou o debate e o estabelecimento de uma exceção para a aplicação da regra geral, o que, em verdade, é muito benéfico para a constituição de qualquer sistema jurídico que pretenda se manter válido.

Quando se fala em princípios, verifica-se uma das grandes divergências que marca o embate entre a teoria de Dworkin e o positivismo jurídico, qual seja, a possibilidade de integração de princípios ao direito. O norte-americano entende ser plenamente possível o estudo dos princípios como parte integrante do direito, enquanto os positivistas rejeitam essa integração. Conforme já se adiantou, esse conflito assume maior relevância na resolução dos casos difíceis, porquanto não facilmente solucionáveis pelo mero enquadramento dos fatos à norma concreta. Nessas

pesos diferentes a depender do caso concreto e, quando entram em conflito, devem ser ponderados para que, ao final, um prevaleça, sem que isso torne a norma perdora inválida para o caso concreto ou para casos futuros semelhantes. Vale dizer que, para Hart, a distinção entre regras e princípios é meramente gradativa. Por fim, as políticas constituem objetivos a serem alcançados pela comunidade.

situações, os positivistas entendem que o julgador pode recorrer ao seu poder discricionário para chegar à conclusão mais adequada ao caso em julgamento, ao passo que Dworkin refuta essa solução por entender que essa margem de discricionariedade abre espaço para decisões totalmente obscuras, havendo, assim, a necessidade de que a decisão tomada seja baseada em princípios jurídicos (2002, p. 49).

No caso *Riggs v. Palmer*, por exemplo, deve-se ter em consideração o contexto do direito norte-americano, baseado, primordialmente, em um sistema de precedentes, de modo que não havia uma norma positivada que regulamentasse, especificamente, aquele caso. No Brasil, por exemplo, a vigência do Artigo 1.814, Inciso I, do Código Civil de 2002 – que, vale dizer, reproduz norma de idêntico teor que já existia no Código Civil de 1916 (Artigo 1.595, Inciso I) – eliminaria por completo qualquer possibilidade do neto reivindicar a herança⁵.

A conclusão desse raciocínio é bastante lógica: não é possível imputar a celeuma que deu origem ao famoso precedente ao positivismo jurídico, visto que a existência de uma previsão legal positivada eliminaria qualquer possibilidade de que o herdeiro postulasse o recebimento da herança. Não se trata, portanto, de um problema gerado pela ausência de princípios no juspositivismo, mas sim pela inexistência da norma positivada em um contexto jurídico que se baseia em precedentes – problema, inclusive, que é inerente ao “Common Law”, mas que não é insolúvel, como apontado.

Avançando-se mais ainda nessa linha argumentativa, é possível sustentar, também, que, por mais difícil que possa ser o exemplo dado, ainda que ausente uma regra específica para acomodá-lo, sempre haveria, ao menos em uma visão positivista racional, a possibilidade de se confiar na decisão justa a partir do exercício, pelo juiz, do seu poder discricionário. Não parece acertado afirmar-se que, em qualquer situação em que seja exercido o poder discricionário, haverá uma decisão injusta, até

5 “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.”

porque, em um primeiro olhar, decisão discricionária não é sinônimo de decisão arbitrária ou parcial.

Não se nega, no entanto, que relegar-se as decisões nos casos difíceis à discricionariedade judicial pode acarretar inúmeros problemas. No entanto, um juspositivista aceita que o poder discricionário é inerente à atividade jurisdicional, ao menos nesses casos, enquanto um pós-positivista enxerga isso como um problema a ser solucionado com a inserção, no direito, de princípios e valores outros para fundamentar a decisão.

Nesse aspecto, é razoável afirmar que a discricionariedade não é apenas possível, mas inevitável, porque seria impossível a escolha de padrões que resolvam toda questão concebível (SHAPIRO, 2007, p. 17). Aliás, a primazia que o positivismo outorga aos fatos sociais reflete uma verdade fundamental sobre o direito, qual seja, a de que o direito guia a conduta através do acordo oficial sobre questões morais e políticas. Assim, fatos morais não podem, em última análise, determinar o direito, pois isto alteraria o acordo a respeito das questões que o direito busca, justamente, resolver (SHAPIRO, 2007, p. 6).

Nesse mesmo sentido, pode-se sustentar que, se os juízes forem livres para definir o alcance de expressões como “vida”, “liberdade” ou “igualdade”, a supervisão que eles exercem sobre os poderes eleitos do governo não teria o menor sentido (BEATTY, 2014, p. 08). Ora, se a tarefa jurisdicional for estabelecer os limites da lei a partir de crenças pessoais dos juízes, os cidadãos terão legitimidade para opor sua autoridade democrática, representada pela eleição de agentes responsáveis pela elaboração das leis, contra tal comportamento, autoridade essa de que não dispõem os juízes (2014, p. 08).

Ademais, é muito importante observar que o âmbito de discricção dos juízes não é único. Há um lado outorgado pelas regras do sistema (por exemplo, a dosimetria da pena realizada dentro dos limites mínimo e máximo cominados a um determinado delito) e outro decorrente do caráter vago e ambíguo da linguagem legal ou das lacunas e inconsistências do sistema jurídico⁶ (NINO, 2010, p. 509). Assim, discricionariedade não é um conceito simples de se compreender e, conforme já referido, não é sinônimo de arbitrariedade, haja vista que uma decisão discricionária pode, sem nenhuma dúvida, ser uma decisão justa.

6 O primeiro âmbito de discricção (dado pelo sistema jurídico) é denominado por Nino de “discricção de direito”, enquanto o segundo âmbito (dado pela vagueza, pela ambiguidade, pelas lacunas ou pelas inconsistências) é chamado pelo autor de “discricção de fato” (NINO, 2010, p. 509).

Nesse aspecto, o direito pode ser compreendido, atualmente, como um meio da ação política (ATRIA, 2005, p. 26), em razão da importância política que os tribunais ordinários e constitucionais assumiram nas últimas décadas. Isto porque muitas questões que antes eram decididas por assembleias representativas passaram a ser solucionadas no âmbito jurisdicional, o que demonstra o objetivo de afirmação da autonomia do direito como instrumento político perseguido, justamente, pelas teorias positivistas de Kelsen e de Hart.

Em verdade, é sintomático que Dworkin recorra ao juiz Hércules para ilustrar sua teoria, tendo em vista que, ao atribuir a tal personagem idealizado a autoria de uma decisão judicial justa, ele assume que as exigências da teoria proposta também são ideais (HABERMAS, 1997, p. 265), distanciando-se, em grande medida, da realidade empírica dos tribunais. Aliás, também é sintomático que o ataque geral lançado pelo norte-americano ao positivismo tenha um Hércules como representante de sua teoria em contraponto a um juiz positivista incapaz de encontrar uma decisão justa.

Isto porque Dworkin, ao fundamentar seu ataque ao positivismo, baseia-se em decisões injustas que podem decorrer do exercício do poder discricionário pelo juiz que atua no modelo positivista. E isso, de fato, é possível, mas não é o mesmo que dizer que todas as decisões discricionárias serão ruins, pois tal afirmação excluiria, de forma absolutamente equivocada, a possibilidade de que decisões proferidas no âmbito do poder discricionário de um juiz positivista possam ser, efetivamente, decisões justas. O autor coloca, de um lado, um Hércules para representar sua teoria e, de outro, um juiz incapaz de encontrar uma solução adequada para representar a teoria criticada, o que parece ser um descompasso que prejudica a própria teoria formulada.

O problema da discricionariedade assume proporções muito maiores a partir do momento em que se aplica a teoria dos princípios desenvolvida por Alexy⁷, tendo em vista que abre a possibilidade de que decisões não apenas discricionárias, mas por vezes arbitrárias, assumam uma roupagem aparentemente legítima, porquanto os princípios, em razão de seu caráter notadamente abstrato, permitem a condução da argumentação jurídica na direção pré-determinada pela consciência do magistrado. Em outras palavras, não é o reconhecimento da força nor-

7 Ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

mativa dos princípios que evita o problema da discricionariedade, pelo contrário: o mau uso dessas normas pode acarretar um campo de discricionariedade muito maior a ponto de, inclusive, afastar a incidência de regras claras e específicas ao caso concreto, o que abala a viga mestra do princípio da segurança jurídica.

É necessário, nesse ponto, ao menos mencionar a distinção existente entre a corrente exclusiva e a corrente inclusiva do positivismo jurídico⁸. A primeira rejeita a incorporação da moral como critério de identificação do direito, enquanto a segunda admite essa incorporação (DIMOULIS, 2018, p. 74 e 75), aproximando-se, em certa medida, e de forma até mesmo contraditória, das correntes pós-positivistas. A incorporação da moral ao direito, portanto, é a linha fronteira entre o pensamento de um positivista e aquele de um pós-positivista, na medida em que abre espaço para a consideração de valores mais abstratos no momento da interpretação e da aplicação da norma jurídica. Tendo em vista essas concepções positivistas antagônicas, retoma-se o ponto nevrálgico do papel do poder discricionário do intérprete da norma.

Na conceituação do pós-positivismo feita por Barroso⁹, fica evidente o significado moralista e idealista da teoria, em especial ao indicar o ideário difuso que a constitui e a aproximação entre direito e ética. A pretensão da teoria de resgatar valores deixa clara sua autopercepção superior em relação ao positivismo jurídico, o que é, no mínimo, duvidoso, tendo em vista que o fato de uma teoria proclamar tais objetivos em nada auxilia na compreensão de suas construções como teoria mesma. Em outras palavras, o fato de uma teoria proclamar valores que entende superiores a outa não significa que ela, de fato, seja superior.

A superioridade teórica deve ser cientificamente demonstrada, e isto pode ocorrer tanto no plano teórico quanto na realidade fática, ou em ambos. Esta demonstração é feita através de um raciocínio analítico, que deve guardar coerência para que possa, de fato, demonstrar sua even-

8 As correntes possuem diferentes denominações. A corrente exclusiva também é chamada de positivismo jurídico excludente, antiincorporacionismo ou positivismo radical. Já a corrente inclusiva é também conhecida como incorporacionismo ou positivismo moderado. A noção de “incorporação” existente nessas nomenclaturas refere-se à admissão ou não da moral como critério identificador do direito positivo.

9 “Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética” (BARROSO, 2003, p. 64).

tual superioridade em relação à teoria a que se contrapõe. E isto pode ser demonstrado por meio de raciocínios teóricos e, também, por meio de exemplos práticos. Se há inconsistências aparentes, é provável que a teoria contenha fragilidades que lhe comprometam.

E, aparentemente, é isto que ocorre com a teoria pós-positivista no Brasil. É perceptível a tentativa de retomar uma visão idealista do direito com base na junção entre direito e moral e na legitimação do primeiro pela segunda (DIMOULIS, 2018, p. 184), o que faz com que o direito, nessa perspectiva, seja um sistema aberto de valores. A teoria, em razão de seu conteúdo aberto e flexível, chega, inclusive, a apontar o direito natural como um repositório da democracia e da justiça, havendo uma busca pela “máxima justiça possível” – o que se aproxima do conceito de Barroso anteriormente exposto –, ainda que isso signifique desconsiderar normas válidas e exigências de segurança jurídica (DIMOULIS, 2018, p. 185). Dito de outro modo, essa teoria realiza uma exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito na tentativa de legitimar o ordenamento jurídico posto como justo e moralmente adequado (DIMOULIS, 2018, p. 186).

O pós-positivismo, assim, constrói uma imagem caricata do positivismo jurídico que não corresponde à realidade da teoria juspositivista. Prova disso são algumas críticas equivocadas feitas ao positivismo jurídico pelos pós-positivistas. Uma delas diz respeito à suposição de que o positivismo prega uma “aplicação mecânica da lei”. Segundo esta crítica, o positivismo vedaria qualquer atuação construtiva do juiz na aplicação da lei, de modo que o julgador estaria restrito ao mero silogismo jurídico. No entanto, esta alegação pode ser refutada a partir da leitura da obra de Kelsen, que é o principal alvo da crítica antipositivista.

Isto porque o autor austríaco considera impossível utilizar técnicas de interpretação jurídica para encontrar a solução correspondente aos mandamentos do legislador, haja vista que a interpretação feita pelo aplicador do direito é sempre autêntica, pois cria direito. A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, realizando-se segundo a livre apreciação do julgador (KELSEN, 2003, p. 393).

Ademais, é importante mencionar que o positivismo jurídico jamais pretendeu à aplicação mecânica da lei aos casos concretos. Ao admitir o exercício do poder discricionário pelo intérprete, fica claro que, em certos casos, a norma positivada será insuficiente ou inaplicável, o que mostra, inclusive, um salutar grau de humildade teórica que não aparece

na corrente pós-positivista, a qual pretende que exista uma resposta perfeita para cada caso difícil.

Em verdade, é visível que a pronta rejeição do juspositivismo e a importação irrestrita do pós-positivismo no Brasil acabou concedendo uma carta de alforria ao intérprete para que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considerar mais adequado. O perigo disso é evidente, pois cria-se uma geração de juristas que não conhece limites em sua atividade e têm o escopo de solucionar todos os problemas que lhes forem submetidos a partir de suas próprias criações normativas, de modo que os textos positivados acabam sendo relegados a um papel secundário. Os limites ao intérprete, que antes eram dados pela norma positivada, acabam sendo apagados.

Na medida em que o intérprete enxerga a si mesmo como um ser dotado de um espírito “progressista”, “pioneiro” ou “iluminista”, no anseio de alcançar o patamar do juiz Hércules de Dworkin, não raro ocorre de utilizar-se dos princípios como forma de afastar a incidência de normas positivadas em nome daqueles princípios, bastando, para isso, estruturar uma argumentação que convenha a tal finalidade, gerando uma banalização do uso dos princípios.

Neste ponto reside um erro de premissa por parte daqueles que defendem a utilização de princípios como únicos fundamentos das decisões judiciais. Trata-se da deliberada ocultação do fato de que o intérprete poderá deixar-se levar por suas próprias crenças e convicções no momento de proferir sua decisão sem nem mesmo se dar conta, colorindo-a com uma retórica vinculada aos princípios utilizados. Há, nesse aspecto, um espaço extremamente perigoso para que a discricionariedade judicial vista uma nova roupagem que permite a utilização de conceitos abstratos para a produção de decisões discricionárias, e até mesmo arbitrárias.

É válido destacar que os positivistas, em nenhum momento, afirmam que existe uma única resposta correta para cada caso, e é nesse aspecto primordial que eles se diferem dos pós-positivistas. Trata-se de uma perspectiva mais honesta de quem assume que, em determinadas situações, haverá limites, inclusive, para a atividade interpretativa, limites esses que são inerentes às próprias limitações da natureza humana e que devem ser, em um primeiro momento, respeitados, para que se possa avançar com a cautela necessária para a prolação de uma decisão justa – esteja ela inserida no âmbito de discricionariedade do juiz ou não.

Até porque o ideal interpretativo somente é realizável aproximativamente (KELSEN, 2003, p. 396).

Um exemplo do que se está afirmando é o seguinte: quando um pós-positivista afirma que, com a utilização adequada dos princípios, as decisões judiciais serão mais justas ou melhores, ele está desprezando a existência de bons juizes positivistas, que atuam utilizando seu poder discricionário para solucionar os chamados casos difíceis, e está presumindo que todo e qualquer juiz que se utilizar dos princípios será um bom juiz, o que também não é verdadeiro, havendo, nesse aspecto, um duplo equívoco na premissa teórica do pós-positivista, que confunde o objeto com o intérprete¹⁰.

É válido aprofundar essas reflexões para se verificar que os questionamentos apresentados neste ensaio são significativos para a teoria do direito: quando Alexy apresenta a teoria dos princípios e argumenta que essas normas jurídicas devem ser aplicadas na maior medida possível, como verdadeiros mandamentos de otimização, e que, na colisão entre dois princípios, ambos mantêm sua validade através da técnica da ponderação, em momento algum ele esclarece o porquê de as regras não poderem ser objeto de ponderação.

Afinal de contas, o resultado da aplicação de um princípio em detrimento do outro será rigorosamente o mesmo que ocorreria quando houvesse um confronto entre regras, ou mesmo entre uma regra e um princípio: o aplicador cria uma regra jurídica para aquele determinado caso, escolhendo, de forma motivada, evidentemente, uma daquelas normas. Quando se aplica um princípio em detrimento de outro, mesmo que se compreenda que ambos mantêm sua validade, o resultado é que, naquele caso específico, um princípio prevaleceu sobre o outro, da mesma forma que ocorreria na hipótese de regras colidentes. Afinal, tais regras também são amparadas por princípios subjacentes.

Há, nessa posição, quase ironicamente, uma forte ameaça aos princípios da segurança jurídica e da legalidade, pois uma das principais funções da norma positivada é, justamente, a de garantir a observância de comportamentos mínimos por toda a sociedade que tornem previsíveis

10 Nesse mesmo sentido, “Esa confusión entre la cosa y los juicios morales sobre su utilización es la que viene a cuestionar el positivismo, simplemente eso. Pero a nuestra comparación se podría quizá objetar que mezcla el objeto externo con las intenciones o prácticas de su usuario y que no va por ese camino la vinculación inmanente entre derecho y moral; que la analogía podría ser pertinente si se diera con una norma y su uso torticero o mal intencionado” (GARCÍA AMADO, 2012, p. 10).

eventuais sanções a condutas em desacordo com tais regras de convivência, alinhando os objetivos do bem comum entre toda uma comunidade. Essa função é fundamental para o bom funcionamento da vida em sociedade e, ainda assim, não garante que não existirão comportamentos desviantes, mas, ao menos, assegura uma certa previsibilidade das condutas.

Ocorre, à vista disso, uma verdadeira relativização dos direitos positivados em nome da moral. Todas as regras positivadas passam a ser derrotáveis, o que retira força normativa do texto positivado. Na realidade, esse problema decorre do fato de que o pensamento pós-positivista acaba criando um caminho circular na sua própria teoria. Ao pressupor que todo caso possui uma única resposta correta, o pós-positivista coloca sobre os ombros do intérprete o dever de encontrar uma solução perfeita para todos os casos, o que beira o absurdo. Haverá casos em que não será possível encontrar uma resposta satisfatória e, em muitos deles, a norma positivada garante não apenas a solução do caso, como também previsibilidade para os jurisdicionados, o que garantiria, com a sua aplicação, a manutenção da legitimidade da jurisdição.

Em suma, um positivista compreende que, em determinados casos, não há uma única resposta correta, mas duas ou mais respostas possíveis, dentre as quais o intérprete escolherá a que entender mais adequada. Se tais casos caírem na chamada zona de penumbra, poderá o intérprete escolher tal ou qual resposta fazendo uso do seu poder discricionário. Veja-se que isto não significa dizer que ele não deverá fundamentar sua decisão ou que a decisão será, necessariamente, arbitrária, mas apenas que, naquele caso específico, surgem dúvidas a respeito da melhor solução. No entanto, se neste momento de dúvidas o intérprete puder escolher o princípio que melhor convier para uma decisão pré-concebida, abre-se um espaço muito grande para a aplicação de um princípio como regra – pois, naquele caso específico, o princípio aplicado originará uma regra –, acarretando, assim, um verdadeiro emaranhado de regras e princípios que intrincam o ordenamento jurídico.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, a partir do presente ensaio, que as teorias pós-positivistas, embora tenham surgido em contraposição à teoria do positivismo jurídico com a centralização da crítica no problema da discricionariedade judicial, têm apresentado uma fragilidade teórica relacionada com a

imprevisibilidade das decisões judiciais ocasionada pela importação da moral ao direito e pela utilização desmesurada de princípios para a solução dos chamados “casos difíceis”, de modo que o problema da discricionariedade não apenas persiste, como parece ter se agravado.

Nessa perspectiva, as ideias pós-positivistas retiraram as amarras da norma positivada que tinham a função de frear o poder discricionário do intérprete. E, com a adoção da teoria dos princípios e a consideração de valores morais nas decisões judiciais, abriu-se um terreno infundável para que decisões não apenas discricionárias, mas mesmo arbitrárias, possam ser proferidas sob a camuflagem dos princípios utilizados para fundamentá-las, o que deturpa, na prática, o modelo interpretativo que a teoria propõe.

A representação da teoria de Dworkin, com o modelo do juiz Hércules, é marcante no que se refere à idealização das teorias pós-positivistas. Ao colocar, de um lado, um ser idealizado para representar sua teoria e, de outro, um juiz incapaz de encontrar uma solução adequada para representar a teoria criticada, o norte-americano deixa transparecer um certo descompasso na sua proposta teórica, pois não admite que uma decisão baseada em princípios possa ser injusta ou mesmo arbitrária, tampouco que uma decisão discricionária tomada por um juiz positivista possa ser justa.

No Brasil, o significado moralista e idealista das teorias pós-positivistas fica claro quando a proposta se debruça sobre um ideário difuso que visa uma aproximação entre direito e ética. Embora, em um primeiro olhar, uma teoria com tais fins seja atraente, os problemas ocasionados pela ampla margem de discricionariedade concedidos ao intérprete com a utilização de princípios e valores morais para fundamentar suas decisões, somados às ideias de superação do positivismo e do caráter secundário da norma positivada, são significativos e acarretam danos aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Por derradeiro, fica claro que o debate está longe do fim. A reação ao pós-positivismo pode ganhar força com uma revisitação dos fundamentos da própria teoria juspositivista, tendo em vista que as fragilidades desta última parecem ser mais profundas do que aquelas inicialmente verificadas no positivismo jurídico, em especial no que se refere ao grau de discricionariedade concedido ao intérprete pós-positivista. Não se pode perder de vista, evidentemente, o ponto em comum que liga ambas as teorias: o objetivo de buscar, sempre, o aperfeiçoamento da teoria do direito e formas de melhorar as decisões judiciais. No entanto, também não se

pode ignorar as tendências inerentes ao fato de que o intérprete é um ser humano e, como tal, estará sujeito a tendências e vicissitudes que, embora indesejadas, podem surgir na sua atuação, razão pela qual os freios do positivismo jurídico podem ser muito adequados.

4 REFERÊNCIAS

ÁTRIA, Fernando. **Existem direitos sociais?** In MELLO, Cláudio Ari. Os desafios dos direitos sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história.** A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BEATTY, David M. **A essência do estado de direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

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

GARCÍA AMADO, Juan Antônio. **Positivismo jurídico.** In: TASSARA; AMADO; Llano. **Derecho y moral: una relación desnaturalizada.** Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SHAPIRO, Scott. **The “Hart-Dworkin” debate**: a short guide for the perplexed. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657. Acesso em 01 jun. 2023.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2002.

VIOLAÇÃO À PROIBIÇÃO DE EXCESSO NA TUTELA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

JÚLIA CASAGRANDE VALDUGA¹

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher trata-se de um problema crônico da sociedade brasileira e relaciona-se com fatores histórico-culturais. Assim, a violência doméstica é considerada como um problema grave e complexo do qual se revestem as medidas que devem ser adotadas para o seu enfrentamento.

De forma cultural, a sociedade, que historicamente é patriarcal, sempre buscou silenciar a voz das mulheres, que durante muitas décadas foram impedidas de lutar pelos seus próprios direitos, sendo obrigadas a sofrerem caladas, enquanto eram agredidas das mais diversas formas, dentro do seu próprio núcleo doméstico e familiar.

No entanto, 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, impedindo que a violência doméstica seguisse sem estabelecer uma sanção adequada aos agressores.

Nesse sentido, é realizada uma abordagem acerca da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para demonstrar a relevância histórica e jurídica da Lei Maria da Penha, bem como uma elucidação acerca dos conceitos de violação de princípios e, por fim, a violação à proibição de excesso na tutela da mulher.

1 Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do grupo de pesquisa do PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Direito fundamental à segurança e direito de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal”. Endereço eletrônico: juliavalduga@gmail.com.

2 A LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha é o principal instrumento legal utilizado para proteger as mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Ao instituir uma política pública e um sistema de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e organizações não governamentais, a sua implementação depende de políticas de prevenção e assistência, do comprometimento dos agentes públicos e da articulação de toda a rede (PASINATO, 2015, p. 536).

A lei representa um marco de amadurecimento democrático, pois contou 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 (HEERDT, 2016, p. 323).

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.

A referida lei então 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).

Assim, foi definido o conceito de violência doméstica e 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).

A violência física, por sua vez, trata-se de qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal, por ações que gerem danos fí-

sicos, sobre o corpo da mulher por meio de tapas, chutes, queimaduras, golpes, estrangulamentos, mutilação genital, tortura e assassinato. Segundamente, tem-se como forma de violência, a psicológica, 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).

No que tange à violência sexual, compreende-se por qualquer atividade sexual não consentida, abrangendo ainda o assédio sexual (SANTOS et al., 2016, p. 40). 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).

Por último, tem a 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.

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.

3 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DO EXCESSO

O princípio da proporcionalidade é visto hoje como o grande meio para viabilizar o equacionamento entre direitos fundamentais quando confrontados. Robert Alexy (2014, p. 117), por sua vez, defende

que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O mesmo encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, uma forma de garantir a justiça, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Ou seja, tem uma importância muitas vezes esquecida ou minimizada pelos operadores do Direito (RUDOLFO, 2011, p. 75).

Conforme mencionado, o referido princípio não se encontra de forma expressa no ordenamento jurídico pátrio, mas foi recepcionado de forma implícita pela Constituição Federal de 1988 e deve ser observado, nos termos de seu artigo 5º, parágrafo 2º, que estabelece o seguinte:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988, n.p.).

O princípio da proporcionalidade é de extrema relevância, sendo necessária a existência de uma maior atenção e preocupação, com o intuito de evitar a desproporcionalidade da lei Maria da Penha no caso concreto. Para tanto, Affonso Celso Favoretto (2012, p. 161 apud MORAIS; SOARES FILHO, 2018, n.p.) elenca que o princípio da proporcionalidade deve ser interpretado visualizando dois pontos de vista opostos, sendo a proibição do excesso, assim como da proteção insuficiente de um determinado bem jurídico, buscando, assim, uma postura equilibrada do Direito Penal.

Nesse sentido, o autor Lenio Luiz Streck (2008, n.p.) define o seguinte acerca do tema:

Há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) - funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) - funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Assim, a elaboração de uma legislação que garanta uma resposta rápida por parte do Estado diante da violência doméstica, trata-se de uma exigência constitucional, versando acerca da garantia da proteção da integridade física e moral da mulher. Nesse sentido, ressalta-se que além do princípio da proibição de excesso, que serve para proibir o Estado de punir com exageros, há também o princípio da proibição de proteção insuficiente, que obriga o Estado (legislador, judiciário, Ministério Público) a proteger os direitos fundamentais (STRECK, 2011, p. 100).

Com tais avanços, não somente exige-se uma abstenção estatal de não fazer; mas sim, uma atuação do Estado, no tocante à tutela dos bens jurídicos, ou seja, um “fazer”. O princípio em questão atua como fator para aferição da violação de deveres do Estado para com os indivíduos no que concerne à proteção aos direitos humanos e fundamentais inerentes à pessoa humana. Logo, trata-se da proibição de “ir longe demais”, e da proibição de “fazer muito pouco”. Assim, quando um direito é invocado como direito negativo, resta saber se o legislador foi longe demais. Quando é invocado como direito positivo ou dever de proteção, resta saber se ele fez muito pouco para proteger o direito ameaçado (STRECK, 2008, p. 80 apud SILVA, 2016, n.p.).

Ainda, de acordo com o autor Humberto Ávila (2005, p. 97), a teoria da proibição do excesso é um desdobramento da ponderação de interesses, proibindo assim a restrição excessiva de qualquer direito fundamental, não sendo necessária a relação de causalidade entre meio e fim que deve ser observada na ponderação, bastando incidir uma restrição mais severa a um direito fundamental.

A proporcionalidade e o objetivo de concretização dos direitos fundamentais possuem como principal objetivo um equilíbrio nas ações estatais, ou seja, uma espécie de intervenção. Diante disso, não se pode permitir que o Estado, utilizando-se do argumento de proteger, acabe por atingir de modo ainda mais grave outro direito fundamental, denominando-se como princípio da proibição de excesso (RUDOLFO, 2011, p. 113).

A proibição do excesso, por vezes foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade. Assim, onde um direito fundamental estiver sendo restringido com excesso, presente estará o postulado da proibição de excesso, ressaltando o que afirma Robert Alexy, no sentido de que quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro (MARQUES, 2010, n.p.).

Em contrapartida, a fungibilidade entre proibição do excesso e proporcionalidade segue sendo negada por alguns autores, tratando-se do caso do setor que identifica o princípio da proibição do excesso com um específico limite aos limites dos direitos fundamentais, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Assim, a proibição do excesso passaria a significar a proibição da afetação do núcleo essencial ou mínimo dos direitos fundamentais, havendo excesso sempre que o núcleo essencial não se mostrasse devidamente salvaguardado perante uma medida restritiva (CANAS, 2016, p. 39).

Ainda, apenas como forma de agregar o conceito, de acordo com a definição estipulada pelo Vade Mecum (2023, n.p.) para o princípio da proibição do excesso, o mesmo trata-se de “um princípio segundo o qual, na consecução de um fim, deve-se utilizar o meio estritamente adequado, evitando-se todo excesso.”

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente com um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, razão pela qual a proporcionalidade também é incompatível com a ausência de uma proteção ou com uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais (SARLET, 2008, p. 116).

Ainda em concordância com o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 224), na esfera do direito penal, resulta inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais como elemento legitimador da intervenção do Estado, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação de acordo com a Constituição.

Ressalta-se também a importância da existência de um elo comum inquestionável entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, tratando-se do critério da necessidade, da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe ao poder público. Em suma, deve-se ter em mente que o princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos, uma vez que exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio (SARLET, 2004, p. 240)

Para o autor André Estefam (2018, n.p), a proibição de excesso encontra sua raiz na ideia de proporcionalidade, levando em conta a sua concepção clássica, visando proteger os interesses individuais contra uma

intervenção desarrazoada do Poder Público. Com isso, a ideia era ter um equilíbrio entre o “meio” e o “fim”, ou seja, entre o objetivo que a norma procurava alcançar e os meios por ela empregados.

Nessa vertente, a proporcionalidade, que é um importante mecanismo de contenção dos exageros praticados pelo Estado em face da esfera individual, não se limita apenas a impedir o Estado de exceder-se, mas também o obriga a não se omitir diante de ataques aos bens jurídicos de maior relevo. Dessa forma, por exemplo, como existem comportamentos que devem ficar totalmente apartados de qualquer tipo de criminalização, outros há que, sem a ameaça de pena criminal, jamais adquirirão o nível de salvaguarda necessário (ESTEFAM, 2018, n.p).

No que tange à proteção à mulher, resta clara a necessidade de tutela específica e robusta para salvaguardar seus direitos fundamentais e vê-la livre de violência. O fundamento para o princípio da proporcionalidade, que tem como outro viés o da proibição do excesso, é de que o Estado possa atuar de forma insuficiente na tutela dos bens jurídicos constitucionais. A Constituição Federal de 1988 traz dispositivos que determinam a atuação do ente estatal para a tutela dos direitos fundamentais, porém, mesmo com essas disposições, o Estado poderá deixar de concretizar tais direitos, uma vez que existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai o dever de proteção adotam medidas insuficientes para garantir as finalidades constitucionais (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 40).

O Ministro Gilmar Mendes, ao dissertar acerca do tema da proibição do excesso, de forma positiva, destaca sua relevância nos seguintes termos:

“[...] proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos.” (BRASIL, 2012, p. 4).

O Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, juntamente com o Princípio da Vedação do Excesso, integra a dupla dimensão da Proporcionalidade, regra esta que pode ser aplicada nos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, segundo a qual haverá violação desses direitos tanto pela extrapolação dos limites da atuação do Estado, como pela omissão ou atuação insuficiente, atingindo a esfera fundamental dos indivíduos e da coletividade (SENRA, 2021, p. 150).

Neste viés, entende-se que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais, ou seja, esta inconstitucionalidade pode advir de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios; e de outro, pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos (STRECK, 2005, p. 182).

4 APLICAÇÃO DOS CONCEITOS NO CENÁRIO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Nota-se que, de um lado, as estatísticas de violência doméstica não param de crescer mesmo com todas as políticas públicas que visam coibir tais espécies de violência. No entanto, por outro lado, cresce também o número de mulheres que inventam ameaças ou agressões utilizando a Lei Maria da Penha como instrumento de vingança por motivos pessoais. Tais atitudes acabam passando pelo Ministério Público e pelo Judiciário, que embora bem intencionados, permitem que o afã condenatório ofusque o olhar jurídico e racional dos fatos (DIAS, 2022, n.p).

Com isso, os princípios em questão não podem compreender apenas a proibição do excesso, pois perante o rol de direitos e garantias da Constituição Federal, o legislador possui obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Nesse sentido, torna-se tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo (CUNHA, 2020, p. 496).

A proibição do excesso trata-se da vedação da atividade legislativa que, uma vez que pratica este ato, acaba por ir além do necessário (ou seja, tem-se um excesso), afetando outros direitos fundamentais como por exemplo a liberdade de expressão, a honra, a dignidade, dentre outros (DIAS, 2017, n.p.).

A pauta contrária da proibição do excesso, ocorre quando o Estado não legisla acerca de determinado direito fundamental, causando a sua desproteção. O Princípio da Proteção Deficiente pode se confundir com a expressão “proibição de excesso de proibição”, atentando para que inicialmente era apenas aplicado na proteção dos cidadãos aos excessos eventuais cometidos pelo Estado (SANCHES, 2020, p. 197).

Uma vez compreendido que o princípio proporcionalidade está vinculado à proibição de excesso, o princípio acabou transformando-se

em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do Direito, pois entende-se que a proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, pois vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado (SARLET, 2006, p. 166).

A polarização instaurada na sociedade contemporânea abre portas para medidas arbitrárias do Estado democrático de Direito, ainda que sob o pretexto de serem indispensáveis para a segurança social, restando evidente a necessidade de medidas urgentes (SARLET, 2006, p. 168-169).

Assim, nesta vertente, o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 169) ainda destaca as palavras de Juarez Tavares, em palestra proferida em encontro promovido pelo Serviço de Intercâmbio Acadêmico da Alemanha (DAAD), no sentido de que não se pode negligenciar o papel da mídia na “construção” de uma política criminal cada vez mais tirana e casuística, sendo notório a partir da influência que os meios de comunicação exercem na legislação penal, assim como pela tendência do legislador atuar de modo casuístico e no mais das vezes movido pela pressão da sociedade em assegurar padrões toleráveis de segurança contra a criminalidade, sem maior preocupação com os resultados concretos e, menos ainda, com a legitimidade constitucional das opções tomadas.

Não restam dúvidas que a mídia exerce um papel mais fundamental nos dias atuais, e no direito penal não é diferente. Existe uma espécie de “espetáculo” que acaba gerando um “político-espetáculo”, e a edição de uma legislação penal distorcida e, na maioria das vezes, reprodutora da violência e exclusão. Isso pode acabar por gerar penas e medidas extremas ou injustas aos casos, violando assim o princípio da proibição de excesso, pois podem violar os direitos e liberdades individuais dos agressores, pois, embora a proteção da vítima seja fundamental, é importante respeitar o devido processo legal e garantir que os direitos dos acusados não sejam injustamente prejudicados.

Podemos tomar como exemplo de violação à proibição de excesso na tutela da mulher vítima de violência doméstica a aplicação de medidas restritivas ou punitivas excessivas, como é o caso das prisões preventivas sem base legal sólida ou a imposição de restrições exageradas à liberdade do agressor sem uma análise adequada do caso específico, o que, de fato, violaria os princípios em questão.

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 dez países que mais matam mulheres todos os anos (OMS, 2022, n.p).

Com isso, destaca-se a necessidade de valorizar o marco jurídico-constitucional que, por conta dos direitos e deveres fundamentais, impõe limites ao Estado e à própria sociedade, e que a legislação em matéria penal e processual penal, assim como a atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário nesta matéria, somente será legítima quando compatível com os parâmetros normativos da Constituição, o que inclui o respeito às exigências da proporcionalidade.

O princípio da proibição do excesso constitui um importante instrumento para assegurar que a justiça não seja apenas um valor abstratamente consagrado, mas concretizado nas relações entre o Estado e a sociedade.

No que se refere a violação à proibição de excesso na tutela da mulher vítima de violência doméstica, tem-se que é possível violar os limites dos princípios a partir do momento que uma decisão ou medida acabe por ser punitiva e restritiva de forma excessiva, podendo ser por motivos de pressão social ou midiática.

6 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: 9 jun. 2023.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. 3 Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/29313794/Humberto_Avila_Teoria_dos_Princ%C3%ADpios. Acesso em: 10 jun. 2023.

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: 9 jun. 2023.

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://tedeuc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/2428/2/GABRIELLABARBOSA.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2023.

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: 9 jun. 2023.

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. Acesso em: 10 jun. 2023.

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. Acesso em: 9 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 96.056 Pernambuco – HC 96.056 / PE, Decisão da Presidência Ministro Gilmar Mendes, DJe 08/05/2012. Pernambuco, 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1968638>. Acesso em: 10 jun. 2023.

CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. **O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controle de atos legislativos**. Tese de Doutorado

em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito. Lisboa, 2016. Disponível em: https://www.google.com/url?q=https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26307/1/ulsd730279_td_Vitalino_Canas.pdf&sa=D&source=docs&ust=1686516444501906&usg=AOvVaw-2QQmMjGIMDaw2aWtDB2ea6. Acesso em: 10 jun. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. Salvador, BA: editora jusPODIVM, 2020.

DIAS, Jean Carlos. **A proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) no direito penal**. Disponível em: <<https://jeancarlodias.jusbrasil.com.br/artigos/429256367/a-proibicao-do-excesso-ubermassverbot-e-a-proibicao-de-protacao-deficiente-untermassverbot-no-direito-penal>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

DIAS, Julio. **Crescimento de falsas acusações de Violência de Doméstica (A proibição da proteção em excesso e a falta de nexo na imputação de crimes na Lei Maria da Penha)**. Jusbrasil, 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/crescimento-de-falsas-acusacoes-de-violencia-de-domestica-a-proibicao-da-protacao-em-excesso-e-a-falta-de-nexo-na-imputacao-de-crimes-na-lei-maria-da-penha/1552536897?_gl=1*14riiwf*_ga*MTg5MDQ4M-zY5NC4xNjg2NTIwMzA1*_ga_QCSXBQ8XPZ*MTY4NjU0MjE1MS42L-jEuMTY4NjU0MjQ1Ni4xNC4wLjA. Acesso em: 10 jun. 2023.

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: 9 jun. 2023.

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. Acesso em: 10 jun. 2023.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, Brasília, [s.l.], n.p., 2010. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques#:~:text=A%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20do%20excesso%20foi,excessiva%20de%20qualquer%20direito%20fundamental%20>. Acesso em: 10 jun. 2023.

MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha; SOARES FILHO, Sidney. O marco inicial do garantismo penal integral no Tribunal de Justiça do Ceará: Estudo de caso (HC n 0032195-45.2013.8.06.0000). In: XIV Encontro de iniciação científica da UNI7, 2018, Fortaleza. **Anais do XIV Encontro de iniciação científica da UNI7**, v. 8, 2018. Disponível em: <https://www.google.com/url?q=https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/iniciacao-cientifica/article/download/762/570/&sa=D&source=docs&ust=1686514041658101&usg=AOvVaw0BK5hUXYnkWUsvLANY-T8v5>. Acesso em: 10 jun. 2023.

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/TCCTHIAGO-MOTA.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2023.

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: 9 jun. 2023.

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.researchgate.net/publication/277925989_Oito_Anos_de_Lei_Maria_Da_Penha_Entre_Avancos_Obstaculos_e_Desafios. Acesso em: 10 jun. 2023.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal, especialmente quanto aos crimes sexuais**. Tese de Mestrado em Direito, UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-graduação em Direito. Florianópolis, 2011. Disponível em: <https://reposito->

rio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/95755/296116.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jun. 2023.

SANCHES, Najme Hadad. **Aplicação da detração penal sob a luz da constituição federal**. Tese de Mestrado em Direito, UNINOVE. Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2392/2/Najme%20Hadad%20Sanches.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

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: 9 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 47, ano 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 7, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.uni-christus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 10 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=ZbPffQmfy3IC&oi=fnd&pg=PA207&dq=proibi%C3%A7%C3%A3o+-do+excesso+da+v%C3%ADtima&ots=jdmIvFtdhT&sig=XdElWgQPvCgQR-GCW5m9AcJqpTfg#v=onepage&q=proibi%C3%A7%C3%A3o&f=false>. Acesso em: 10 jun. 2023.

SENRA, Carolina Maria Gurgel. Princípio da proibição da insuficiência: o dever do Estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 81, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Carolina+Maria+Gurgel+Senra.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

SILVA, Rockweel Barbosa. O princípio da proporcionalidade aplicado à seara penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, ago 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/47238/o-principio-da-proporcionalidade-aplicado-a-seara-penal>. Acesso em: 10 jun. 2023.

SILVA JÚNIOR, Geraldo Calasans da. **Proteção constitucional transindividual à mulher vítima de violência**. Tese de Mestrado em Direito Público, UFBA. Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-graduação em Direito. Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/19284>. Acesso em: 10 jun. 2023.

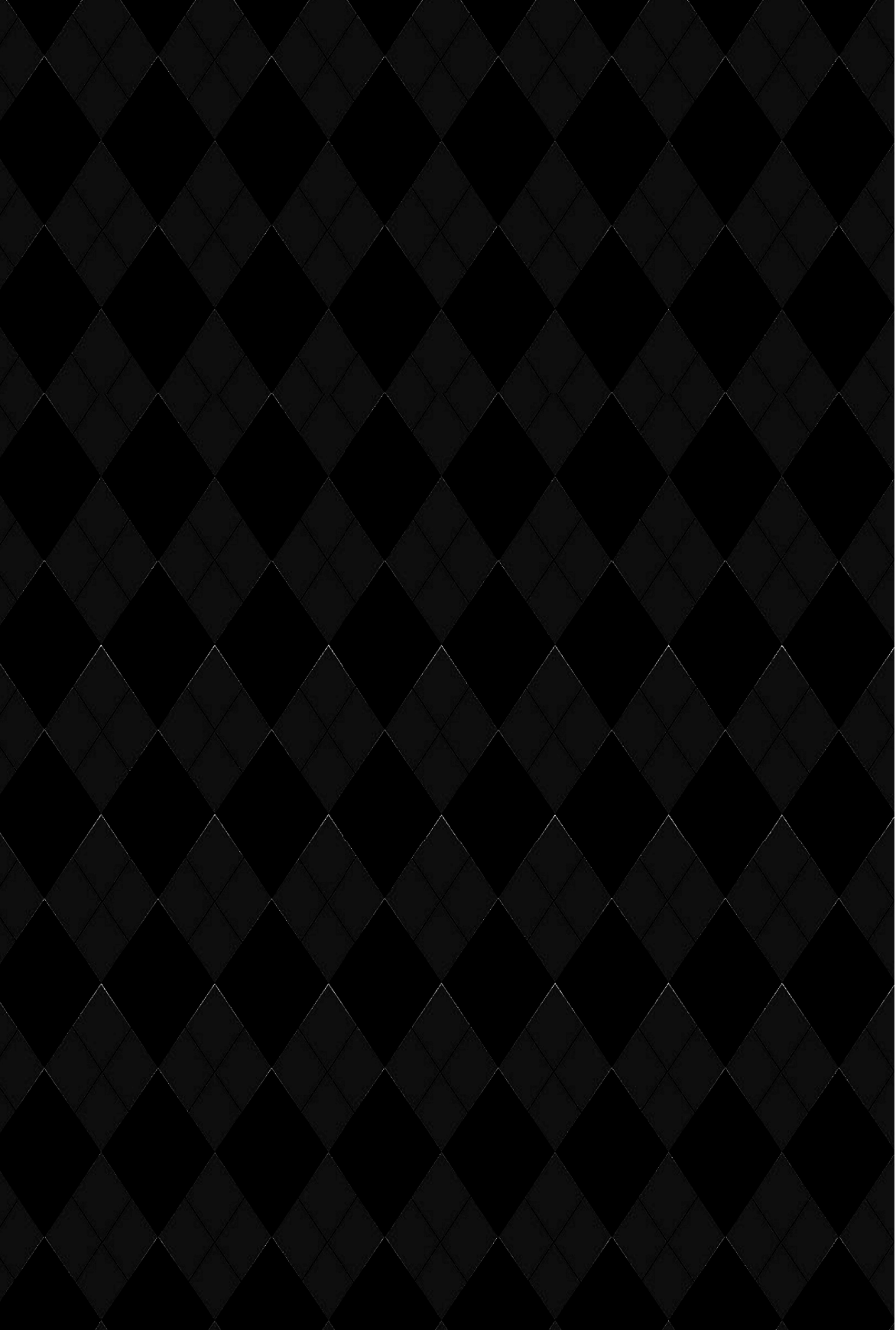
ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Direito-Penal-Parte-Geral-Volume-1-Andr%C3%A9-Estefam-2018.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 22, 2005. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2767077/Lenio_Luiz_Streck.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Penha no contexto do estado constitucional: desigualando a desigualdade histórica. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <https://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/LMP-comentada-perspectiva-juridico-feminista.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 1840, n.p., jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em: 10 jun. 2023.

VADE MECUM BRASIL. Vade mecum Brasil, 2023. **Princípio da proibição do excesso**. Disponível em: <https://vademecumbrasil.com.br/palavra/principio-da-proibicao-do-excesso>. Acesso em: 10 jun. 2023.



A PONDERAÇÃO (RACIONAL) APLICADA NA COLETA DO PERFIL GENÉTICO

LEANDRO REIS DE SOUZA¹

1 INTRODUÇÃO

O avanço da ciência e as alterações ocorridas na lei de identificação criminal aprimoraram as técnicas de investigação. Com o advento da Lei 12.654/12, o perfil genético passou a ser considerado uma das formas possíveis de identificação criminal. Na hipótese da identificação criminal ser essencial às investigações, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer a coleta de perfil genético do acusado de forma compulsória ou indireta.

A garantia contra a autoincriminação, por sua vez, permite que o acusado não participe dos atos processuais que necessitam da sua colaboração para efetivação, a fim de resguardar sua integridade física e suas liberdades individuais de intimidade e de privacidade. A garantia contra a autoincriminação atua na tutela da integridade física do réu, servindo de obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual, impedindo violências físicas e morais que objetivam a colaboração do acusado na investigação criminal.

A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios e garantias constitucionais, não é absoluta, devendo ser realiza-

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.

da na medida mais alta quanto possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os direitos fundamentais, por definição, são passíveis de colisão, o que remete ao teste da proporcionalidade. O teste é dividido nos princípios parciais da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, onde encontra-se a ponderação. A aplicação do método de ponderação, que trata das possibilidades jurídicas, é alvo de diversas críticas, em especial, quanto à possibilidade de justificar um juízo de ponderação de maneira racional.

Nesse contexto, será abordada a possibilidade da aplicação da ponderação de maneira racional, como princípio parcial do teste da proporcionalidade, na coleta do perfil genético do acusado para fins probatórios. Para tanto, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando o método lógico-dedutivo, serão verificadas duas hipóteses de identificação criminal genética do acusado quando essencial às investigações: a coleta compulsória e a coleta indireta do perfil genético.

2 A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA NO PROCESSO PENAL

A verdade processual sempre será uma verdade reconstruída, independente dos métodos utilizados para a comprovação dos fatos alegados em juízo, estando relacionado ao grau de contribuição das partes e da determinação da certeza do juiz. (PACELLI, 2014, p. 334). A busca da verdade não é o fim último do processo penal, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios, mas sim para a correta aplicação da lei penal. (BADARÓ, 2017, p. 389).

A construção da verdade processual, após transitar em julgado a decisão final, produz a certeza jurídica, que poderá, ou não, corresponder à verdade dos fatos, mas irá estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal, incidindo, assim, todas as consequências legais e constitucionais. (PACELLI, 2014, p. 328). A decisão judicial não é, necessariamente, a revelação da verdade, mas a escolha dos significados que parecem válidos ao juiz; tendo como resultado final seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo legal. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Nesse cenário, a prova se coloca como um mecanismo que permite a escolha racional entre as diversas hipóteses sobre os fatos debatidos no processo. Partindo-se da premissa de que é possível a reconstrução dos fatos, ainda que esta não reflita uma verdade absoluta, a prova assume

a função de um instrumento para fundamentar a escolha pela versão que possa se definir como verdadeira. (BADARÓ, 2003, p. 161-162).

Ressalta-se, contudo, que as provas periciais não configuram a materialidade do delito, constituem, na verdade, uma porção do tipo penal, esclarecendo aspectos relacionados à sua autoria. As provas genéticas sempre serão provas relativas, não existindo valor decisivo ou necessariamente de maior prestígio que as outras. Caso contrário, o juiz poderia ser substituído pelo perito, transformando o julgador num mero homologador de laudos e perícias. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

2.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO

A Constituição Federal, no inciso LVIII do artigo 5º,² inseriu, como direito individual, a inviabilidade de se proceder à identificação criminal da pessoa civilmente identificada, salvo nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988). A Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal, trouxe no seu artigo 3º³ as hipóteses de identificação criminal da pessoa civilmente identificada, que ocorrerá através de processo datiloscópico e fotográfico, conforme dispõe o artigo 5º do referido diploma legal.⁴ (BRASIL, 2009).

2 Art. 5º. LVIII. o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988).

3 Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I - o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II - o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III - o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; **IV - a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (grifo nosso)**; V - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI - o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

4 Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. (BRASIL, 2009).

A Lei 12.654/12, por sua vez, incluiu a coleta de material genético como uma das formas possíveis de identificação criminal. (BRASIL, 2012). Na hipótese da identificação criminal ser essencial às investigações policiais, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer, também, a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09.⁵ (BRASIL, 2009).

O requisito legal de ser essencial às investigações somente restará atendido quando o pedido estiver devidamente fundamentado, além de demonstrada, no caso concreto, a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. A coleta de material genético para fins probatórios, diferentemente dos condenados, pode ocorrer em virtude da investigação da prática de qualquer delito, não existindo um rol de crimes estabelecido para este fim. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

A Lei 7.210/84, que dispõe sobre a Lei de Execução Penal, traz no seu artigo 9º-A⁶ a extração de DNA de forma obrigatória para identificação do perfil genético dos condenados por crimes dolosos, com violência grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável, quando do ingresso no estabelecimento prisional. (BRASIL, 1984). Nestas hipóteses, não se faz necessário autorização judicial, tendo como único requisito legal a natureza do crime objeto da condenação. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Desse modo, a coleta de perfil genético possui duas finalidades: uma probatória, destinada a servir de prova num caso concreto, que é objeto do presente artigo; e outra de obrigação para os condenados nos crimes previstos no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, destinada a alimentar o banco de dados de perfis genéticos. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

5 Art. 5º Parágrafo Único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei n.º 12.654, de 2012). (BRASIL, 2009).

6 Art. 9º-A O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019). (BRASIL, 1984).

2.2 O DNA NO PROCESSO PENAL

O código genético de uma pessoa permite extrair com precisão sua identificação, uma vez que, com exceção dos gêmeos idênticos, cada indivíduo é geneticamente diferente do outro. A identificação genética do ser humano é estável, ou seja, sua individualidade biológica é permanente. Tal premissa permite afirmar que cada pessoa é representada de forma exclusiva através de seu DNA e na igualdade e invariabilidade deste em todas as células do organismo ao longo de sua vida. (RUIZ, 2016, n.p.).

O DNA, apesar de ser um vestígio biológico, é considerado pelos peritos forenses um dos exames periciais mais seguros e completos. Dentre algumas características importantes de serem destacadas está o fato do DNA manter-se em perfeitas condições mesmo sob efeito do calor de até 100° C. (MEDEIROS, 2009, p. 74). O DNA não é tão deteriorável como as marcas deixadas pelas digitais, que podem ser parciais ou não identificáveis, sendo objeto de análise até mesmo o corpo carbonizado ou mumificado. (RUIZ, 2016, n.p.).

O DNA mitocondrial, que também pode ser utilizado para a identificação de uma pessoa, é útil somente para comparações em linha de ascendência materna. (RUIZ, 2016, n.p.). É certo, também, que o DNA mitocondrial, apesar de estar sujeito, assim como os demais, a ação das enzimas, bactérias e fungos, é mais seguro e completo em caso de identificação por amostras degradadas. (MEDEIROS, 2009, p. 75).

A grande dificuldade encontrada na análise de vestígios biológicos trata-se da contaminação por mistura biológica de outras pessoas. A coleta de DNA deve ser realizada pelo menor número de pessoas, sendo necessário, dentre outros procedimentos, a utilização de um par de luvas para cada vestígio, o acondicionamento individual e em recipientes adequados, a redução do contato direto com as evidências e a não utilização de formol, fixador, reagente químico ou reveladores nocivos àquela substância armazenada. (MEDEIROS, 2009, p. 76).

Outro aspecto refere-se à forma de coleta do DNA, que pode ser realizada de maneira invasiva, como por exemplo, os exames de sangue e ginecológico, ou não invasiva, através dos fios de cabelo. A obtenção do DNA através da saliva pode ser considerada invasiva, como a coleta de células bucais por *swabs* orais, ou não invasiva, por materiais dispensados pelo acusado, como por exemplo, chicletes, pontas de cigarro, latas de cer-

veja e refrigerante, que ao serem utilizados deixem resquícios de material genético. (QUEIJO, 2012, p. 294-296).

A extração de material genético deverá ocorrer sempre de maneira adequada e indolor. O legislador, contudo, não estabeleceu a forma e o procedimento para extração de material biológico diante da possibilidade do acusado não consentir com a coleta obrigatória; tão pouco definiu a espécie de material a ser coletado: saliva, sangue, cabelo ou outro material genético. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 165-166).

2.3 OS LIMITES DECORRENTES DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO

As garantias constitucionais devem preservar e tutelar, mediante atuação judicial, os direitos fundamentais estabelecidos por nosso ordenamento jurídico. Dentre as garantias reconhecidas pelo direito processual penal, baseada no direito ao silêncio e fortalecida pelos princípios do devido processo legal, da inocência e da ampla defesa, encontra-se a garantia contra a autoincriminação. (TUCCI, 2009, p. 50-51).

A garantia contra a autoincriminação, amparada no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988)⁷ e na letra g do §2º do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (COSTA RICA, 1969),⁸ atua como obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual, permitindo que o acusado não participe da formação da culpa. A garantia contra autoincriminação abrange todos os atos processuais que necessitam da colaboração do acusado para a sua efetivação, a fim de resguardar sua integridade física e suas liberdades individuais de intimidade e de privacidade. (PACELLI, 2014, p. 389-390).

Algumas matérias relevantes do processo penal são impactadas de forma significativa pela garantia da não autoincriminação: o interrogatório, o etilômetro, o exame grafotécnico e, em especial, as intervenções corporais. Isso porque a garantia contra a autoincriminação objetiva

7 Art. 5º. LXIII. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL, 1988).

8 Artigo 8º. Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. (COSTA RICA, 1969).

proteger a pessoa contra os possíveis excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, impedindo violências físicas e morais que visam a colaboração do acusado na investigação criminal. (QUEIJO, 2012, p. 77).

A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios e garantias constitucionais, não são absolutos, devendo qualquer restrição estar prevista em lei, sem eliminar ou afetar o conteúdo essencial do direito restringido. A Lei 12.654/12, que alterou a lei de identificação criminal, resultou numa restrição a garantia contra a autoincriminação. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Dessa forma, havendo necessidade para a investigação e autorização judicial, pode ser feita a extração compulsória de material genético do acusado para esclarecer a autoria de um determinado crime.

3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO RACIONAL

Os princípios e garantias previstos na Constituição Federal não se apresentam de forma intangível, uma vez que podem sofrer limitações em decorrência um dos outros quando não for possível a realização conjunta de todos. Cada um dos princípios constitucionais deve ser submetido, no caso concreto, ao teste da proporcionalidade em relação aos demais valores constitucionais colidentes. (BADARÓ, 2017, p. 91).

3.1 MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

O modelo jurídico do Estado Democrático de Direito é composto por regras e princípios. As regras são mandamentos definitivos que devem ser cumpridos exatamente conforme determinado, aplicadas através da subsunção; enquanto os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados numa medida tão alta quanto possível, admitindo cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29-31).

O modelo de regras e princípios constitui a base da estrutura da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, possibilitando estabelecer racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Essa distinção torna-se mais clara nos casos de conflitos de regras e colisões de princípios. No conflitos de regras, caso não exista uma cláusula de exceção que elimine o conflito, uma das regras deverá ser declarada inválida. Por ou-

tro lado, na colisão de conflitos, sob determinadas condições, um princípio terá precedência em face de outro, sem que o princípio cedente tenha que ser declarado inválido. (ALEXY, 2008, p. 85-94).

A definição de que direitos fundamentais são princípios passíveis de colisões, tendo como resultado a ponderação racional justificada pela argumentação racional, remete ao teste da proporcionalidade. O teste é dividido em três princípios parciais: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239-240).

Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade tratam das possibilidades fáticas, sendo que o primeiro verifica se a intervenção de um direito fundamental promove o fim de realizar outro direito fundamental; enquanto o segundo escolhe entre as medidas que promovem a realização de um direito fundamental, aquela que menos intervém no direito fundamental em sentido contrário. Por sua vez, a proporcionalidade em sentido restrito, onde encontra-se a ponderação, trata das possibilidades jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241-249).

3.2 A ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO

A ponderação, objeto do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, refere-se a ideia de otimização relativa das possibilidades jurídicas, formulada de acordo com a seguinte regra: quanto mais alto o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Essa regra, entendida como a primeira lei da ponderação, pode ser desmembrada em três passos: (1) comprovar o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, (2) comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e (3) comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro. (ALEXY, 2007, p. 111).

Na teoria de Robert Alexy, é possível formular julgamentos racionais sobre a intensidade das restrições e os graus de importância dos princípios, de acordo com a escala tríade, que pode ser simples ou dupla, classificando-os em leve, médio e grave. Para sustentar a racionalidade da ponderação, Robert Alexy propõe a aplicação de um esquema dedutivo, relacionado ao conceito de correção, chamado de fórmula peso, a fim de demonstrar a determinação das intensidades de afetação e de importância de acordo com a escala tríade. (SIECKMANN, 2014, p. 250-251).

O grau de segurança para adoção de uma determinada medida, por sua vez, é verificado com a chamada lei epistêmica ou segunda lei da ponderação, que diz: quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção. (ALEXY, 2007, p. 150). Dessa formulação, derivam as seguintes regras: quanto mais grave a intensidade da intervenção em um princípio, maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras justificadoras dessa gravidade, e quanto mais alto é a importância de realização de um princípio, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras dessa importância. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 155-156).

Essas duas regras, que se referem aos dois primeiros passos da ponderação, estabelecem que devem ser apresentadas premissas apoiadoras tanto mais seguras quanto possível, aumentando, assim, a carga de argumentação em relação às premissas fáticas. Do terceiro passo da ponderação, resulta a regra que diz: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio, eles devem ser postos em uma relação de prevalência. Para atender essa regra, deve-se comparar, no caso concreto, os graus de intervenção e importância entre os princípios colidentes, afastando, com isso, a objeção quanto à incomensurabilidade. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 157-159).

Portanto, as circunstâncias fáticas estabelecem uma relação de precedência de um princípio sobre outro, o que permite afirmar que quando da relação de precedência condicionada resulta a precedência de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica do princípio ganhador da primazia.

3.3 A PONDERAÇÃO RACIONAL

O modelo de ponderação é alvo de diversas críticas quanto à concepção, à estrutura e à possibilidade de justificar um juízo de ponderação de maneira racional. Jürgen Habermas, um dos principais críticos, destaca duas objeções. A primeira afirma que a ponderação retira a força normativa dos direitos fundamentais, reduzindo ao plano dos objetivos, programas e valores, levando, assim, a sentenças irracionais. A segunda diz que o direito é retirado do âmbito do válido e inválido, do correto e falso e do fundamental, sendo transferido para o âmbito das ideias de conveniência e do poder discricionário, acarretando na perda da pretensão de correção. (ALEXY, 2007, p. 108-109).

As objeções apresentadas à ponderação podem ser respondidas com as regras da estrutura e as regras das razões, que devem ser observadas pelo aplicador do direito, a fim de alcançar a racionalidade da ponderação. As regras da estrutura correspondem aos passos da ponderação e a atribuição de graus de intervenção em um princípio e de importância de realização em outro. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 160).

Contudo, para a racionalidade da ponderação ser alcançada por completo, faz-se necessário que sejam apresentadas razões de justificação da atribuição desses graus. A ponderação será racional se a regra de precedência puder ser justificada por intermédio de uma argumentação racional. Para tanto, a justificação das proposições de precedências condicionadas e das regras correspondentes pode se valer de todas as regras da argumentação jurídica e do discurso prático geral. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 161-162).

As razões da ponderação devem observar as exigências da justificação externa, referente às relações das premissas empregadas, e da justificação interna, que trata da justificação de cada uma das premissas empregadas. Ademais, os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação, observadas as regras e as primazias dos argumentos jurídicos interpretativos, devem ser passíveis de universalização e saturação. Outra regra importante, estabelece que os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação que se afastam das proposições dos precedentes devem ser justificados. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 163-168).

4 A COLETA NÃO AUTORIZADA DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO

As provas genéticas desempenham papel fundamental no procedimento investigatório, sendo decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito. Entretanto, sua eficácia está condicionada, em muitos casos, a uma comparação entre o material genético encontrado no local do crime e aquele a ser proporcionado pelo acusado. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Não existe qualquer óbice quanto à coleta de amostras de sangue, cabelos, pelos ou outras células corporais que se encontram no próprio local dos fatos, nas vestes da vítima ou em outros objetos ali dispensados. Caso a investigação preliminar aponte a necessidade de coletar materiais genéticos nas roupas ou na casa do acusado, deve a autoridade policial representar por mandado de busca e apreensão. (MEDEIROS, 2009, p. 83).

Dentre as diversas hipóteses para a obtenção do perfil genético, a que apresenta o entendimento mais pacífico na doutrina e na jurisprudência refere-se aquela resultante do consentimento do acusado em fornecer seu material genético, permitindo a intervenção corporal como conteúdo de autodefesa. A intervenção corporal consentida é, em tese, aceita mais amplamente em virtude do acusado ter disponibilidade sobre o seu corpo, não existindo obstáculos para a intervenção corporal, desde que ínfima e sem danos. (RUIZ, 2016, n.p).

Tal prática é comum nos casos em que o acusado objetiva trazer ao processo provas da sua inocência, fornecendo, assim, seu material biológico. Apesar do consentimento do acusado em fornecer seu material genético, é imperativo que este seja claramente informado a respeito de suas garantias processuais, como a garantia contra autoincriminação, sob pena da prova ser considerada ilícita. (RUIZ, 2016, n.p.).

Outra possibilidade de coleta, diante da dificuldade de obter-se o perfil genético diretamente do acusado ou de uma amostra do DNA desprendida do seu corpo, trata-se da coleta do material genético de uma terceira pessoa, alheia às investigações. Imprescindível, diante do objetivo da coleta, que este terceiro seja parente do acusado, em razão da semelhança hereditária carregada nos genes, a fim de surtir interesse na investigação criminal para a indicação ou não da autoria de determinado delito. (RUIZ, 2016, n.p.).

Contudo, diante da recusa desse terceiro em realizar a coleta de material genético, não cabe qualquer imposição de medida coercitiva, mesmo que importe na única medida capaz de esclarecer a autoria do delito. (RUIZ, 2016, n.p.).

4.1 A COLETA COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO

Por outro lado, a coleta não consentida do perfil genético do acusado é, sem dúvida, uma das formas mais controversas de obtenção do material genético. O legislador, através da Lei 12.654/12, estabeleceu a possibilidade de coleta de material genético sem o consentimento do acusado, que poderá ocorrer de forma compulsória ou indireta. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no habeas corpus n.º 70061747622, enfrentou esta questão, fundamentando sua decisão com a aplicação do teste da proporcionalidade. No caso em questão,

o paciente, que responde pelo crime de homicídio, requereu a suspensão da eficácia da decisão que determinou sua condução compulsória ao posto médico legal para coleta de material genético, objetivando o posterior confronto com o material coletado junto à vítima. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

O relator, Desembargador Jayme Weingartner Neto, no seu voto, argumentou que a identificação criminal através da coleta de material biológico, quando essencial às investigações policiais, pode ser aplicada ao caso. A medida gera tensão entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação, dos direitos ao silêncio, à intimidade, à liberdade e à intangibilidade corporal, e o direito à segurança e o dever de proteção geral do Estado, somados à persecução penal e à tutela jurisdicional adequada. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

De acordo com o relator, as colisões entre os princípios, no caso concreto, remete ao teste da proporcionalidade, sendo necessário analisar os princípios parciais da adequação (idoneidade), da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, onde encontra-se a ponderação. O princípio parcial da adequação (idoneidade), que visa verificar se a medida tem capacidade potencial de promover o resultado pretendido, foi devidamente contemplado, uma vez que o exame de DNA é apto a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

O princípio parcial da necessidade, que objetiva verificar se existem outros meio menos gravoso de alcançar o resultado pretendido, entretanto, não restou atendido. O fato do réu já ter sido preso cautelarmente por provas menos gravosas, devidamente juntada aos autos, como o depoimento de testemunhas e o reconhecimento por parte da vítima, afasta a necessidade de realização do exame de DNA para alcançar o objetivo da persecução penal, que resta não justificado. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

A ponderação, objeto do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, que consiste em sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados, também não foi contemplado; inexistido, para sua aferição, qualquer informação acerca do procedimento a ser utilizado para coleta do material genético. A carência de elementos impediu a construção da regra de colisão, que pudesse fazer preponderar, no caso concreto, um direito em relação ao outro. Assim, a ordem foi concedida à unanimidade. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

Dessa forma, a coleta de material genético do acusado de forma compulsória, apesar de possível, não passou no teste da proporcionalidade.

de. No voto do relator, é possível identificar os princípios parciais da adequação (idoneidade), da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, bem como a ausência de informações para estabelecer a relação entre o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio e o grau de importância do cumprimento do outro.

4.2 A COLETA INDIRETA DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO

A obtenção de material genético poderá ocorrer também de forma indireta, quando a autoridade apreende um objeto que fora descartado espontaneamente pelo acusado. Não se trata do material recolhido na cena do crime, mas de DNA obtido, por exemplo, através de uma cusparada ou da saliva encontrada na bituca de um cigarro. (MEDEIROS, 2009, p. 81-82).

Na apelação criminal n.º 1.0024.13.047987-6/001, julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a defesa interpôs recurso em face da decisão que declarou válida a prova pericial produzida nos autos da ação penal que apura os crimes de extorsão, estupro, homicídio e ocultação de cadáver. No caso em comento, o réu, que estava preso, teve material genético colhido no copo e na colher utilizados por ele após a refeição no presídio. De acordo com a defesa, a admissão da referida prova viola os princípios da ampla defesa e da dignidade do réu. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

O relator, Desembargador Eduardo Brum, que foi voto vencido no acórdão, concordou com a tese defensiva de violação do princípio da ampla defesa, configurado diante da deslealdade do aparato de persecução penal contra a esfera individual de liberdade. O fato do réu estar custodiado em estabelecimento prisional e ser obrigado a utilizar copos e talhares para se alimentar e saciar sua sede afronta a paridade de armas, não existindo razoabilidade na admissão da prova. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

Por sua vez, o Desembargador Júlio Cezar Guttierrez opôs divergência ao voto do relator, sob o argumento que a garantia contra a autoincriminação e a inviolabilidade da intimidade não podem ser tomados de forma absoluta, comportando relativização quando ponderados com outros valores tutelados pelo Direito. Ao fundamentar a decisão, ressaltou que os valores constitucionais do direito à intimidade e do direito ao silêncio, em colisão com o direito à segurança e à persecução penal devem ser submetidos ao teste da proporcionalidade. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

Para o revisor, o direito à intimidade e à liberdade do apelante é substancialmente inferior à gravidade do fato e ao abalo que ele sus-

cita para a segurança pública, a vida e a liberdade, autorizando, no caso concreto, a restringir o âmbito de proteção do direito à intimidade, preservando o interesse público da persecução penal estatal e da segurança pública. O Desembargador Feital Leite acompanhou integralmente o voto do revisor. Assim, por maioria, negaram provimento ao recurso. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

No voto do revisor, não foram verificados os princípios parciais da idoneidade e da necessidade, que tratam das possibilidades fáticas, passando o julgador diretamente para a análise do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, que refere-se às possibilidades jurídicas. Na análise da ponderação, não foram aferidos os graus de prejuízo e de importância dos princípios colidentes, não restando atendidas as regras de estrutura e as regras da razão do modelo de ponderação.

5 CONCLUSÃO

No contexto atual, com o desenvolvimento científico sobre as formas de extração e análise do DNA, as provas genéticas possuem uma posição de destaque na persecução penal. A coleta de perfil genético do acusado e sua comparação com o material biológico encontrado no local do crime pode constituir uma prova robusta na identificação da autoria de determinado delito.

Apesar da matéria não estar pacificada na doutrina e na jurisprudência, tem-se como uma prova lícita a identificação criminal através da coleta compulsória ou indireta do perfil genético do acusado. Para tanto, faz-se necessário à aplicação do teste da proporcionalidade, no caso concreto, entre as garantias e os direitos colidentes, como por exemplo, a garantia contra autoincriminação e o direito à segurança.

A ponderação, que trata das possibilidades jurídicas, é um princípio parcial do teste da proporcionalidade, composto também pelos princípios parciais da idoneidade e da necessidade, que, por sua vez, abordam as possibilidades fáticas. O método da ponderação racional possui as regras da estrutura e as regras das razões da ponderação. Enquanto as regras da estrutura correspondem aos passos da ponderação e a atribuição de graus de intervenção em um princípio e de importância de realização em outro, as regras das razões tratam das razões de justificação da atribuição desses graus.

Dessa forma, atendidas as exigências das regras da estrutura e das regras das razões, dadas conforme as regras da argumentação jurídica e do discurso prático geral, a aplicação do modelo de ponderação, em especial, nos casos de coleta do perfil genético do acusado para fins probatórios, alcançará a racionalidade.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do MG (Quarta Câmara Criminal)**. Apelação Crime n.º 1.0024.13.047987-6/001. Relator Revisor: Júlio César Guttierrez. Belo Ho-

rizonte/MG, julgado em 29/05/2013. Disponível em: <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115498484/apelacao-criminal-apr-10024130479876001-mg/inteiro-teor-115498543>. Acesso em: 02 mai.2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do RS (Primeira Câmara Criminal)**. Habeas Corpus n.º 70061747622. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre/RS, julgado em 22/10/2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061747622&num_processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true. Acesso em: 02 mai. 2022.

COSTA RICA. **Pacto de San Jose da Costa Rica: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.Htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Org., trad. e rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

GUEDES, Gabriel Pinto, FELIX, Yuri. A Identificação Genética na Lei n.º 12.654/2012 e os Princípios de Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, Ano XII, n.º 53, p. 157-179, abr./jun. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na Prova Penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

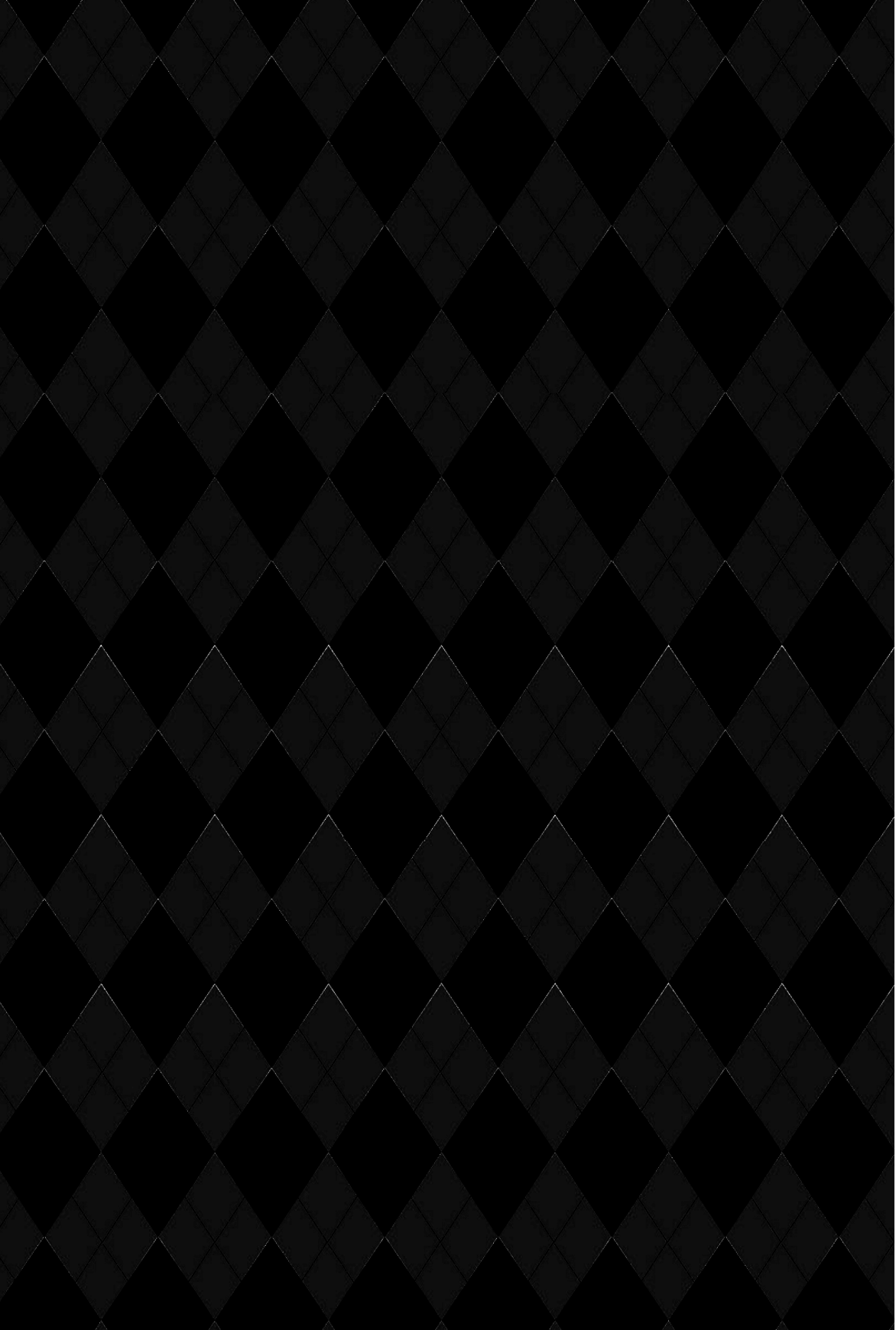
PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUIZ, Thiago. **A Prova Genética no Processo Penal**. São Paulo: Almedina, 2016.

SIECKMANN, Jan-R. La concepción de la ponderación y la formula peso. In: SIECKMANN, Jan-R. **La teoría del derecho de Robert Alexy**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



“A BRIGA DOS DOIS ISLÃS”: RIVALIDADE MIMÉTICA E ÓDIO RELIGIOSO

BRUNO HERINGER JÚNIOR¹

“Protect me from what I want” (Jenny Holzer)

1. INTRODUÇÃO

Nikolai Gógol, com justiça, é considerado um dos maiores escritores da literatura russa e mundial. Observador refinado, sua obra retrata com sutil ironia as personagens de sua época, revelando, ao mesmo tempo, a complexidade e a ambiguidade da alma humana.

Em seu conto “A Briga dos Dois Ivans”, Gógol relata o conflito aparentemente absurdo entre dois vizinhos. Ivan Ivánovitch e Ivan Nikíforovitch são dois respeitáveis cidadãos que vivem em uma vila no interior da Ucrânia, nas primeiras décadas do século XIX. Morando um ao lado do outro, ambos mantêm uma amizade que é objeto de admiração de toda a comunidade e estão sempre a se frequentar para jogar conversa fora e cheirar rapé. A amizade de longa data, porém, chega ao fim quando Ivan Nikíforovitch chama Ivan Ivánovitch de “raposa velha”, depois de se recusar a trocar sua arma por uma porca e dois sacos de aveia. Desaforos e represálias sucedem-se, alimentando uma rivalidade cada vez mais intensa. Com o tempo, o objeto da discórdia vai desaparecendo até restar apenas um ódio recíproco carente de qualquer justificação que vai acompanhá-los pelo resto da vida, praticamente tornando-se a razão de ser de suas existências, desde então centradas na espera do julgamento

1 Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Professor dos cursos de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Promotor de Justiça.

das ações judiciais propostas um contra o outro devido aos incidentes ocorridos (GÓGOL, 2014, *passim*).

Esse conto de Gógol ilustra, com percuciência, a escalada da rivalidade mimética entre as personagens, originada de um evento banal aos poucos esquecido, a demonstrar toda a genialidade do autor.

Gógol seria considerado por René Girard um escritor romanesco, por ter detectado o caráter imitativo do desejo e toda sua potência conflitiva. Não apenas as pessoas rivalizam umas com as outras, mas até mesmo os agrupamentos humanos, como as nações, são moldados em seus interesses por modelos, os quais, com frequência, se tornam obstáculos à satisfação dos desejos sugeridos, levando a crises mais ou menos violentas.

Um exemplo de rivalidade mimética surgida no seio de uma mesma tradição cultural pode ser encontrado na milenar disputa entre xiitas e sunitas no mundo muçulmano. No Islã, logo em seguida à morte de Maomé, a sua lição de solidariedade e de fraternidade foi obliterada pelos conflitos resultantes da tentativa de apropriação de sua herança religiosa e política. E até hoje, quase 1.400 anos após, os reflexos dessa disputa fazem-se sentir. “A briga dos dois Islãs” ainda persiste.

O objetivo do presente texto, assim, é analisar, à luz da teoria mimética girardiana, as causas profundas da divisão do Islã após a morte do Profeta e do ódio resultante, na expectativa de alcançar uma melhor compreensão dos conflitos humanos em geral.

2. RIVALIDADE MIMÉTICA: A ABORDAGEM TEÓRICA DE RENÉ GIRARD

As pesquisas realizadas no âmbito das chamadas Ciências Humanas encontram-se sensivelmente segmentadas e especializadas, em muito devido ao acúmulo invencível de informações, de modo que as visões holísticas vêm sendo cada vez mais desconsideradas ou até desacreditadas².

Contra essa tendência, a mais recente tentativa de criar uma síntese teórica sobre o fenômeno cultural foi empreendida por René Girard.

Girard desenvolve em sua obra, como o título original de um de seus livros indica (GIRARD, 2011c, p. 13), “um longo argumento do princípio ao fim”, formulando uma teoria abrangente que mescla contribuições oriundas da Crítica Literária, da História das Religiões, da Mito-

2 Maurício Righi (2017, p. 171) aponta uma “tendência minimalista” e uma aversão às “teorias de longo alcance” no mundo acadêmico.

logia, da Antropologia, da Arqueologia, da Filosofia, da Sociologia, entre tantos outros ramos do conhecimento. O seu edifício teórico arranca de três postulados fundamentais: a natureza mimética do desejo humano, o surgimento da cultura a partir do mecanismo do bode expiatório e a mensagem cristã como desocultamento do artifício vitimário.

Contudo, como refere Rocha (2011, p. 18), “excessivamente religioso para o mundo acadêmico contemporâneo e, ao mesmo tempo, excessivamente acadêmico para o universo religioso tradicional, René Girard permanece isolado no radicalismo de sua reflexão acerca da cultura humana”. Girard tornou-se, desse modo, um autor marginal, quase totalmente negligenciado nos círculos científicos. Ainda assim, ele conseguiu reunir um grupo de pesquisadores das mais diversas áreas de estudo, os quais adotaram, total ou parcialmente, os seus ensinamentos e vêm contribuindo para a sua divulgação.

É impressionante o potencial explicativo e preditivo da teoria formulada por Girard. E nada impede uma leitura secular³ e crítica dela (ANDRADE, 2011, p. 11/35).

Girard estruturou sua obra essencialmente de modo intuitivo (RIGHI, 2019, p. 26), inicialmente partindo da leitura dos grandes clássicos da literatura, o que por si só demonstra a singularidade de seu método. Em seu primeiro livro, “Mentira Romântica e Verdade Romanesca”, ele analisou os romances de cinco dos maiores escritores que a Humanidade já produziu – Cervantes, Stendhal, Flaubert, Proust e Dostoiévski – e fez sua primeira descoberta importante: a estrutura triangular do desejo humano.

Leitor voraz, Girard apresentava especial habilidade para detectar o escritor por trás da obra literária, revelando o momento de conversão daqueles que alcançavam a genialidade. A dinâmica dos romances que eram produzidos por esses autores ia insinuando, aos poucos, o drama pessoal vivido por cada um deles. A caminhada para essa transformação interior partia de uma percepção inocente do desejo humano, inicialmente considerado como resultado da autonomia do indivíduo – o que Girard denomina mentira romântica –, para alcançar uma compreensão radical da sua natureza puramente imitativa – o que Girard denomina verdade romanesca. Em suas palavras, “o gênio *romanesco* se conquista com muito esforço sobre as atitudes que denominaremos, em seu todo, de *românticas*, pois nos parecem todas destinadas a manter a ilusão do

3 Apesar de haver quem entenda que a obra de Girard é indissociável de seu aspecto religioso, inclusive apocalíptico (RIGHI, 2019, p. 24/30).

desejo espontâneo e de uma subjetividade quase divina em sua autonomia” (GIRARD, 2009, p. 52). Com o tempo, as personagens dos romances e os próprios autores viam-se mergulhados em um turbilhão de conflitos, todos decorrentes da impossibilidade de encontrar a própria identidade. Tal fenômeno revelaria uma verdade profunda da natureza humana que atingiria, em maior ou menor medida, todas as pessoas.

Girard, com isso, promove uma crítica devastadora da modernidade, pois simplesmente nega a autonomia do ser humano. A psicologia por ele sugerida foi, mais tarde, referida como sendo “interdividual” (GIRARD, 2008, p. 331/485), exatamente porque ele defende que algo como o indivíduo não existe. O que somos e o que queremos não são fruto de escolhas independentes, mas de sugestões de modelos, próximos ou distantes, que moldam nossas vidas. Praticamente nada de autêntico brota da alma humana, pois estamos constantemente imitando outras pessoas.

O papel exercido pelo modelo pode ser mais ou menos intenso e desagregador, dependendo da distância espiritual em que ele se situa relativamente a quem o imita. Girard diferencia, assim, duas formas de mediação: na mediação externa, o modelo encontra-se suficientemente distante para que o desejo suscitado por ele não gere concorrência; na mediação interna, ao contrário, os sujeitos encontram-se suficientemente próximos um do outro para que o objeto desejado engendre disputas entre os concorrentes (VINOLO, 2012, p. 33/34). De uma forma ou outra, portanto, estamos sempre seguindo o que nossos modelos nos apontam.

Em sentido completamente diverso dessa descoberta girardiana, a modernidade ocidental havia difundido a ideia da autonomia metafísica do homem, que teria tomado o lugar de Deus (GIRARD, 2009, p. 81). Esse postulado da onipotência humana, porém, é equivocado. Com efeito, as pessoas, ao longo de suas vidas, vão percebendo que essa promessa da subjetividade independente é falsa, ao menos para si mesmas – embora continuem pensando que, em relação às demais, a autenticidade existe. Aos poucos, o desejo segundo o outro, assim, deixa de constituir uma mera disputa por objetos para transformar-se em “sede” de apropriação do próprio ser do modelo (GIRARD, 2009, p. 77).

Segundo Girard (2009, p. 109), “o desejo segundo o *Outro* é sempre o desejo de ser o *Outro*”. O objeto, tão logo conquistado, perde sua sacralidade. “É só isso”, exclama uma personagem de Stendhal (GIRARD, 2009, p. 114). A decepção, porém, não desacredita o desejo como tal, mas apenas aquele objeto específico, de modo que o sujeito se empenhará na

busca de outro modelo que lhe possa sugerir um novo desejo. Eventualmente, o triângulo do desejo, formado por sujeito, mediador e objeto, deixa progressivamente de ter como finalidade a apropriação de algo físico. Se a conquista não sobrevém, o mediador pode tornar-se um obstáculo, e a inveja e o ódio afloram, muitas vezes sem que o próprio modelo tenha conhecimento disso. Nesses casos, o objeto vai evanescendo-se cada vez mais, à medida que o desejo vai tornando-se metafísico: o sujeito passa a querer absorver o próprio ser do outro. É por esse processo mimético que a raiva indignada contra o modelo se torna circular “para vir golpear o sujeito sem que ele se dê conta disso” (GIRARD, 2009, p. 99). Na verdade, o outro espelha nossa própria artificialidade.

Com a morte de Deus, “os homens serão deuses uns para os outros” (GIRARD, 2009, p. 86). Na falta de modelos divinos, o “mal metafísico” (GIRARD, 2009, p. 284) que acomete a todos leva as pessoas a buscarem a mediação das outras para que encontrem o que desejar. Segundo Girard, “a negação de Deus não elimina a transcendência mas faz com que essa se desvie do além para o aquém” (GIRARD, 2009, p. 84). De uma transcendência vertical, as pessoas veem-se envolvidas em uma transcendência desviada (GIRARD, 2009, p. 271), que as leva à perturbação e, eventualmente, ao aniquilamento.

Além de potencialmente desagregador, o desejo mimético é altamente contagioso, principalmente na mediação interna (GIRARD, 2009, p. 126). Em muitos casos, a imitação torna-se recíproca (GIRARD, 2009, p. 127), com modelo e sujeito alternando-se em seus papéis. E, em qualquer ambiente social, operam cadeias de mediação que disseminam rivalidades, conduzindo, em situações extremas, ao caos conflitivo.

Em cada um dos gênios romanescos que analisa, Girard constata um aspecto do caráter mimético do desejo. Em Cervantes, a imitação ainda ocorre de forma pouco nociva. Dom Quixote orienta-se pelo famoso Amadis de Gaula, “um dos mais perfeitos cavaleiros andantes” (GIRARD, 2009, p. 25). Ele não mais escolhe os objetos de seu desejo; é o seu modelo que escolhe por ele. Contudo, Amadis de Gaula é uma personagem fabulosa, razão pela qual a mediação que ele oferece não se torna conflituosa. Em Flaubert, o desejo segundo o outro também toma corpo. “Emma Bovary deseja através das heroínas românticas das quais sua imaginação está repleta” (GIRARD, 2009, p. 28). Daí o fenômeno do bovarismo, o qual, apesar de capaz de desestruturar psicologicamente as pessoas tomadas por ele, ainda é relativamente pouco disruptivo socialmente. Em Stendhal, é a vaidade que aparece como a emoção associada ao

desejo mimético. “Para que um vaidoso deseje um objeto, basta convencê-lo de que esse objeto já é desejado por um terceiro a quem se agrega um certo prestígio” (GIRARD, 2009, p. 31). Na obra desse autor, o desejo passa a manifestar-se com maior intensidade, uma vez que os agentes se encontram mais próximos, o que fomenta a concorrência e os conflitos. Stendhal aponta para os sentimentos modernos que derivam disso: “a inveja, o ciúme e o ódio impotente” (GIRARD, 2009, p. 38). Já em Proust, é o esnobismo das personagens que revela a inautenticidade de seus desejos. “O esnober não ousa confiar em seu juízo pessoal, ele só deseja os objetos desejados por outrem. Eis o motivo pelo qual ele é o escravo da moda” (GIRARD, 2009, p. 47). Nesse escritor, as disputas avançam para círculos mais íntimos das personagens, razão pela qual “os conflitos psicológicos são mais agudos” em sua obra (GIRARD, 2009, p. 49). Por fim, em Dostoiévski, a rivalidade alcança o núcleo familiar (mediação endogâmica), culminando na metafísica do subterrâneo, que leva as pessoas ao colapso diante da força dissociativa das emoções relacionadas às disputas que emergem da imitação. Em sua obra, o ódio intensifica-se ao extremo, revelando “o duplo papel de modelo e obstáculo desempenhado pelo mediador” (GIRARD, 2009, p. 64).

Mais tarde, Girard dedicará ainda um livro específico para outro gênio da literatura, Shakespeare, em que ele faz uma leitura singular das peças de teatro e da poesia do bardo inglês (GIRARD, 2010, *passim*), que escolhera o sentimento de inveja para retratar aquilo que Girard denomina desejo mimético.

Girard demonstra, na sequência de romances publicados por esses grandes autores, como a articulação dessa verdade profunda vai progressivamente ocorrendo em suas obras. De histórias com conteúdos mais superficiais, em que o desejo ainda é tido como algo espontâneo do indivíduo, os autores vão, aos poucos, dando-se conta dessa mentira e passam a postular o seu caráter imitativo. Girard aponta, ainda, que essa evolução na obra literária é acompanhada de uma mudança pessoal na vida dos próprios escritores. Com o tempo, opera-se neles uma verdadeira conversão⁴, similar à religiosa, em que a natureza humana, de repente, lhes aparece revelada em sua realidade mais radical. Obra e escritor, assim, vão moldando-se reciprocamente.

4 Para Girard (2011c, p. 244), converter-se “é descobrir que, sem saber, sempre estivemos imitando os modelos errados, modelos que nos levam ao círculo vicioso dos escândalos e da frustração perpétua”.

É Dostoievski, segundo Girard, o autor que mais profundamente imergiu nas turbulências do desejo mimético, e de lá renasceu. “A paz da alma é a mais árdua de todas as conquistas” (GIRARD, 2011b, p. 22), e Dostoievski, a partir de “Memórias do Subsolo”, passa a exorcizar seus demônios, encarnando-os em sua obra.

Não havia saída para ele: ou a loucura, ou a genialidade (GIRARD, 2011b, p. 39). Dostoievski revelará, em seus romances, o processo de alternância entre orgulho e humilhação decorrente das disputas mímicas em que se envolvem suas personagens. “A ilusão da onipotência é tanto mais fácil de destruir quanto mais total ela for. Entre o Eu e os Outros estabelece-se sempre uma comparação. A vaidade pesa na balança e faz com que penda para o Eu; quando esse peso é retirado, a balança, numa reação brusca, pende para o Outro” (GIRARD, 2011b, p. 43). Eis a ambivalência típica de nossos tempos.

O (anti-)herói do subsolo, um burocrata medíocre aposentado, sofre de “inferioridade generalizada” (GIRARD, 2011b, p. 46). Inúmeros incidentes banais do dia-a-dia escancaram-lhe sua insignificância. Em seus sonhos delirantes, porém, nenhum obstáculo o detém. Com o orgulho ferido, sai em busca de seu interesse verdadeiro (GIRARD, 2011b, p. 48), mas todas as suas escolhas se revelam falhas; não sabe por que optou por esta ou aquela direção. A frustração sobrevém. “O orgulhoso acredita ser um em seu pensamento solitário, mas, quando fracassa, se divide entre um ser desprezado e um observador que despreza. Torna-se o Outro para si mesmo. O fracasso constrange-o a tomar, contra si mesmo, o partido desse Outro que lhe revela seu próprio nada” (GIRARD, 2011b, p. 54). Engendra-se a alucinação do duplo (GIRARD, 2011b, p. 54/55), e o resultado é a desintegração da personalidade.

No outro extremo do espectro, Stavróguin, de “Os Demônios”, nasceu aristocrata. “É jovem, belo, rico, inteligente; recebeu de herança todos os dons que a natureza e a sociedade podem conferir a um indivíduo; por isso vive no mais completo tédio” (GIRARD, 2011b, p. 76/77). A indiferença caracteriza-o. Stavróguin é modelo para os possessos, grupo de jovens revolucionários, os quais se encontram fascinados pelas suas palavras. Com isso, Dostoiévski “desvela o elemento irracional que intervém na difusão de toda mensagem”, pois um discurso, não importa seu conteúdo, “não encontra audiência na multidão se não despertar o entusiasmo de verdadeiros fiéis” (GIRARD, 2011b, p. 82). Coléricos e tragados em turbilhões miméticos, todos esses rebeldes estão em busca de “uma redenção às avessas”, que, em linguagem teológica, se denomina danação (GIRARD, 2011b, p. 85). Já

a monstrosidade de Stavróguin, fruto do orgulho extremo que culmina na autodeificação, conduzirá à própria destruição.

A serenidade somente é alcançada em “Os Irmãos Karamazov”. O tema do parricídio é revelador. A rivalidade entre pai e filho decorre da semelhança ou identidade do desejo de ambos. E a proximidade faz com que o orgulho do pai intensifique o orgulho do filho. De certa forma, matar o pai importa em matar-se a si próprio: ao mesmo tempo, um assassinato e um suicídio (GIRARD, 2011b, p. 113). E isso porque “no fundo do ódio pelo Outro está o ódio pelo próprio Eu” (GIRARD, 2011b, p. 114). Dessacralizar o pai, portanto, implica a superação de todas as formas de revolta (GIRARD, 2011b, p. 118). Pode ser benéfico não aderir a nada, pois, “na busca pelo Outro absoluto”, recai-se “irresistivelmente no Mesmo” (GIRARD, 2011b, p. 119/120).

Com a parábola do “Grande Inquisidor”, talvez o trecho mais perturbador do romance, Dostoievski sugere que a liberdade é temida porque geralmente conduz à transcendência desviada da idolatria (GIRARD, 2011b, p. 129): a divinização do outro e o desejo de apropriação de seu ser. Somente a transcendência vertical apresenta-se capaz de impedir a rivalidade e instituir a concórdia, mas poucas pessoas são capazes de trilhar esse caminho com desenvoltura.

Girard sugere que, “quanto mais o indivíduo aproxima-se da loucura, mais aproxima-se igualmente da verdade” (GIRARD, 2011b, p. 132). Dostoievski escapou daquela para alcançar esta. E é em Aliocha, no final de sua obra magna, que a redenção do autor se consuma.

Compreendido o caráter mimético do desejo e postulada a sua universalidade⁵, o próximo passo de Girard será testar sua descoberta na formação da própria cultura. Para tanto, o autor dedicará os próximos anos de sua vida ao estudo de mitos, principalmente da antiguidade greco-romana, além de obras etnográficas e arqueológicas.

Com “A Violência e o Sagrado”, Girard apresenta uma visão inovadora acerca da fundação das instituições humanas. Segundo ele, os agrupamentos humanos primitivos devem ter sofrido os efeitos da rivalidade mimética, a qual provavelmente levou à extinção inúmeras comunidades (RIGHI, 2017, p. 206/208). Em grupos menores, como os tribais,

5 A tese mimética de Girard viria a ser reforçada trinta anos mais tarde com a descoberta dos neurônios-espelho pela Neurociência (OUGHOURLIAN, 2010, p. 88/95).

as disputas devem ter sido intensas, devido à proximidade excessiva das pessoas, de modo que guerras intestinas eram constantes⁶.

Algumas comunidades, porém, conseguiram superar esses conflitos mais agudos, o que teria se dado, segundo Girard, pelo mecanismo do bode expiatório. Uma vez que as rivalidades se estabelecem em decorrência de disputas por objetos determinados, a tendência é o seu acirramento, geralmente culminando em violência física no interior de agrupamentos arcaicos, já que eles não contam com instituições voltadas à sua contenção, como um sistema judiciário (GIRARD, 1990, p. 28). Essa obsessão coletiva leva à indiferenciação social e à formação de “duplos monstruosos” (GIRARD, 1990, p. 204/205), momento em que todos se assemelham em face da força uniformizadora da violência⁷. É a guerra de todos contra todos hobbesiana. As partes em confronto digladiam-se, mas, com o tempo, se uma delas não sobrepuja a outra, o impasse pode acabar sendo resolvido pela formação espontânea de uma unanimidade violenta contra uma vítima aleatória que as une. A guerra de todos contra todos transforma-se em uma guerra de todos contra um. Portanto, das duas uma: ou o bode expiatório, ou o aniquilamento de toda a comunidade⁸.

A vítima geralmente era escolhida entre pessoas ou grupos sociais vulneráveis ou marginalizados, portadores de “signos vitimários” (VINOLO, 2012, p. 97/99), exatamente porque, com isso, a retaliação restava inviabilizada. Com essa morte, a comunidade colocava um fim ao conflito, e a paz era restabelecida. No entanto, a tendência, após esse assassinato coletivo, era que a vítima viesse a ser venerada, pois, apesar de considerada culpada retrospectivamente por toda a crise, também passava a ser vista como quem trouxera a solução para ela (GIRARD, 1990, p. 112/113). Daí o seu caráter sacro⁹.

A violência e o sagrado arcaico, assim, para Girard, estariam imbricados, sendo este o mecanismo pelo qual a sociedade conseguia resolver a crise mimética que culminara naquela. Desse modo, “a *unanimi-*

6 A hipótese da belicosidade dos povos primitivos foi sustentada por Keeley (2011, *passim*).

7 Burkert (1983, *passim*) também defende a natureza assassina do ser humano, por ele denominado *Homo necans*; contudo, diferentemente de Girard, ele vê a origem desse instinto predador na atividade de caça.

8 Girard denomina “violência essencial” essa escalada incontrolável da violência que pode levar ao aniquilamento da comunidade (GIRARD, 1990, p. 44).

9 Aliás, *sacer*, em latim, significa tanto sagrado como maldito (GIRARD, 1990, p. 322).

dade violenta vai se mostrar como o fenômeno fundamental da religião primitiva” (GIRARD, 1990, p. 106). Por mais aterrador que fosse, o que promovia a união¹⁰ da comunidade era um assassinato coletivo. Porém, todo esse processo, para funcionar, precisava passar despercebido. “Para que a violência acabe por se calar, para que haja uma última palavra da violência e para que ela seja julgada divina, é preciso que o segredo de sua eficácia permaneça inviolado, que o mecanismo da unanimidade conserve-se ignorado” (GIRARD, 1990, p. 172).

As sociedades arcaicas devem ter enfrentado inúmeras experiências traumáticas desse tipo (RIGHI, 2017, p. 212/213), de modo que o processo de resolução dos conflitos passou a ser repetido ritualisticamente na esperança de que os mesmos efeitos apaziguadores ocorressem. Surge, assim, o sacrifício. Como explica Girard (1998, p. 132), “a violência original é única e espontânea. Os sacrifícios rituais, pelo contrário, são múltiplos: são repetidos interminavelmente. Tudo o que escapa ao controle dos homens na violência fundadora – o lugar e a hora da imolação, a escolha da vítima – é determinado pelos próprios homens nos sacrifícios. O ato ritual visa regular aquilo que foge a qualquer regra; busca realmente retirar da violência fundadora uma espécie de *técnica* de apaziguamento catártico.” Com o tempo, uma narrativa mítica é agregada aos ritos, para que a comunidade lembre constantemente as crises vivenciadas. É muito comum, nos relatos cosmogônicos, como no mito védico de Purusha (GIRARD, 2011d, p. 71/79), que um ser primordial fantástico venha a ser esquartejado por uma multidão de deuses, a Humanidade surgindo de suas partes, o que lembra, claramente, algum linchamento original. Da mesma forma, instituem-se interditos para prevenir a eclosão de novas disputas violentas. Tudo o que pode provocar rivalidades ou lembrar a crise primordial torna-se proibido ou submetido a medidas de purificação: alguns objetos mais cobiçados viram tabu; o incesto e o parricídio acabam severamente punidos, exatamente porque trazem à tona o apagamento das diferenças sociais próprio do confronto mimético¹¹; o sangue deve ser evitado porque remete à violência disruptiva, o que esclarece o isolamento de mulheres durante a menstruação em algumas tribos, por exemplo (GIRARD, 1990, p. 48/51).

10 Em uma das apontadas origens etimológicas da palavra, atribuída a Lactâncio, “religião” derivaria do latim *religare*, ou seja, corresponderia ao ato de “religar” os seres humanos a Deus (AZEVEDO, 2010).

11 Por essa mesma razão, alguns agrupamentos humanos temem o surgimento de gêmeos, promovendo até o infanticídio deles (GIRARD, 1990, p. 77/79).

Girard sustenta que os mitos não são apenas estórias inventadas para explicar a origem do mundo ou para legitimar a ordem social. Diferentemente, ele entende que o assassinato fundador realmente aconteceu. E é dele que decorrem todas as instituições humanas, as quais se estruturam sobre diferenciações, a primeira delas a que se estabelece entre o sagrado e o profano que resulta do linchamento original¹². Em suas palavras, “a violência contra a vítima expiatória poderia ser radicalmente fundadora, pois, ao acabar com o círculo vicioso da violência, ela ao mesmo tempo inicia um outro círculo vicioso, o do rito sacrificial, que talvez seja o da totalidade da cultura” (GIRARD, 1990, p. 122).

Nos rituais mais antigos, inicialmente se sacrificavam pessoas, mas, com o passar do tempo, animais substitutos acabaram sendo imolados no lugar daquelas. Por motivos simpáticos, o animal escolhido para ser sacrificado devia parecer-se com a vítima original, razão pela qual se optava preferencialmente pelos domesticados ou por aqueles que apresentassem alguma característica humana (GIRARD, 1990, p. 13). Mesmo assim, diante de crises mais sérias, o recurso ao assassinato de pessoas sempre era preferido. Nesses casos, todo cuidado era pouco, de modo que os artifícios mais frágeis deviam ser evitados.

Girard analisa diversos mitos arcaicos e encontra em todos eles a mesma narrativa: a crise sacrificial e sua resolução. Apesar de, com o tempo, haver uma tendência para o ocultamento do confronto violento em benefício do destaque ao caráter sagrado da vítima imolada (GIRARD, 2004, p. 103/105), a qual se transformara em objeto de veneração, o enredo é sempre idêntico: o conflito comunitário generalizado que culmina na morte do bode expiatório e, como consequência, no restabelecimento da ordem. Por isso, contra a tradição acadêmica, ele vai postular a unidade de todos os mitos (GIRARD, 1990, p. 122).

O mito de Édipo foi um dos mais explorados por Girard, e seu conteúdo pode ser tido como representativo do que todos os mitos geralmente tratam. Nas tragédias de Sófocles sobre essa personagem, uma peste¹³ assola Tebas, governada por Édipo, e um oráculo revela que, para resolver a crise, o assassino do antigo rei Laio deve ser expulso da cidade. Édipo descobre que ele mesmo havia matado o rei, que na verdade era seu pai, e casado

12 Martínez (2017, p. 154/181) analisa algumas dessas formas culturais e instituições que procedem da vítima expiatória.

13 Na mitologia, as crises sociais são geralmente associadas à peste, exatamente pelo seu potencial de contágio e destruição (GIRARD, 2007, p. 173/198).

com a própria mãe, Jocasta, que era a esposa de Laio. Dois crimes indiferenciadores praticara Édipo¹⁴ quase ao mesmo tempo: parricídio e incesto (GIRARD, 1990, p. 99). Édipo deixa Tebas e vai residir em Colona, onde a população não vê com bons olhos a chegada desse pecador. Ainda assim, com a morte de Édipo, seu corpo é disputado por Tebas e Colona, a indicar o caráter sacro que assumira (GIRARD, 1990, p. 111).

Um tema mítico recorrente é o dos irmãos inimigos. Parece que “não há conflito mais frequente nos mitos que o conflito fraterno” (GIRARD, 1990, p. 82). Caím e Abel, Rômulo e Remo, Etéocles e Polínice são apenas alguns exemplos dessa rivalidade de sangue. As disputas emergem porque as semelhanças entre os irmãos são profundas, o que se agrava ainda mais entre os gêmeos. Essa proximidade faz com que os desejos de ambos eventualmente se cruzem, um servindo de obstáculo ao outro. “Não é somente nos mitos que os irmãos aproximam-se e simultaneamente afastam-se em razão de uma mesma fascinação, a do objeto que ambos desejam ardentemente e que não podem ou não querem partilhar¹⁵: um trono, uma mulher, ou de maneira mais geral, a herança paterna” (GIRARD, 1990, p. 85). Por isso, de certa forma, os irmãos inimigos representariam em menor escala a totalidade da crise sacrificial.

Ritos, mitos e interditos são a base de todas as instituições humanas. Para Girard, portanto, é a religião que funda a cultura. E o sagrado exsurge exatamente da unanimidade violenta que resolve as crises mímicas generalizadas em prejuízo de um bode expiatório aleatoriamente escolhido¹⁶. Nossa origem, assim, é caracteristicamente sangrenta¹⁷.

Como todas as sociedades arcaicas viviam momentos de crise aguda de tempos em tempos, o recurso ao linchamento passou a ser uma constante por meio de rituais de sacrifício. A ordem social originava-se de uma violência fundadora e era mantida da mesma forma. Mesmo a

14 É interessante observar que Édipo se tornara rei de Tebas exatamente por ter matado a esfinge que ameaçava a cidade; ou seja, antes de ele mesmo ser considerado um monstro, ele havia resolvido uma crise social destruindo outro (GIRARD, 1990, p. 316).

15 Mais comumente, isso se revela na disputa pela afeição ou predileção dos pais.

16 É importante destacar, porém, que “a religião violenta não esgota a religiosidade humana, ela apenas a inicia” (RIGHI, 2017, p. 214). Com efeito, entre 900 e 200 a.C., na denominada Era Axial, em diversas regiões do planeta surgiram novas concepções de espiritualidade que questionavam a violência social e propunham novas formas de convivência humana e de compreensão do mundo (ARMSTRONG, 2007, *passim*).

17 Neste sentido, o cadáver pode ser considerado o “arquissigno” da cultura (VINOLO, 2012, p. 172).

criação de instituições estatais permanentes para prevenir os conflitos e reparar as ofensas era incapaz de evitar que vítimas expiatórias fossem imoladas em certas ocasiões¹⁸. Desenvolveu-se, assim, uma espécie de “inconsciente persecutório” (GIRARD, 2004, p. 57) entre os seres humanos, que até hoje faz sentir o seu poder.

O terceiro pilar da obra girardiana – o mais problemático cientificamente – sustenta que a mensagem cristã teria revelado o mecanismo sacrificial, tema que ele desenvolveu principalmente em “Coisas Ocultas desde a Fundação do Mundo” e “Eu Via Satanás Cair como um Relâmpago”.

No curso de sua vida, Girard converteu-se ao Cristianismo (WILLIAMS, 2000, p. 282/286) e dedicou-se ao estudo dos textos sagrados desta tradição religiosa. Especialmente no Novo Testamento, ele encontrou uma denúncia radical da inocência das vítimas sacrificais das religiões arcaicas, as quais, com suas vidas, permitiam a fundação e a manutenção da ordem pública. Esse aspecto, como se viu, sempre havia sido velado pelos cultos antigos exatamente porque, disso, dependia sua eficácia social.

A própria Paixão de Cristo não deixa de apresentar a estrutura dos mitos primitivos: uma crise social é resolvida com o linchamento de uma vítima aleatoriamente escolhida. Entretanto, diferentemente das personagens míticas tradicionais, como Édipo, que acabavam assumindo a própria culpa diante da pressão irresistível da multidão¹⁹, Jesus Cristo, até o final, sustentou sua inocência (GIRARD, 2008, p. 210/214): “Pai, perdoa-lhes, não sabem o que fazem”²⁰. Como anota Girard, nos Evangelhos, “Jesus é inocente e os culpados são aqueles que irão crucificá-lo” (GIRARD, 1999, p. 179). Com ele, o mecanismo sacrificial é desvelado e, progressivamente, tornado inoperante; com o tempo, o assassinato coletivo não mais conseguiria operar sua força unificadora da comunidade.

Esse resgate da vítima viria a ter um impacto incontrastável na História da Humanidade. Mesmo que perseguições e assassinatos tenham continuado a ocorrer, os bodes expiatórios e os ritos sacrificiais aos poucos foram perdendo sua capacidade reconciliatória, culminando no discurso dos direitos humanos que hoje domina os tratados internacionais e

18 Nesse ponto, começa a operar o chamado “paradigma assírio”, com o Estado assumindo o controle da violência social, mas ainda se valendo dos mesmos mecanismos da religião arcaica (RIGHI, 2017, p. 260/266)

19 Como afirma Girard, a turba é a multidão no que ela tem de “turbado, perturbado e perturbador” (GIRARD, 2004, p. 121).

20 Lucas: 23, 34 (BIBLIA DE JERUSALÉM, 2019, p. 1.831).

as constituições estatais. A defesa da inocência das vítimas e o escancaramento do caráter violento das bases sociais teriam ajudado a configurar uma estrutura institucional completamente diversa da que vigorava na antiguidade (GIRARD, 1999, p. 229/240).

Isso não significa que o mundo tenha se tornado mais pacífico. Aliás, o próprio Cristo afirmara que havia trazido a “espada”²¹, pois a desarticulação do mecanismo vitimário deixou a Humanidade sem uma via eficaz para restabelecer e sustentar a ordem política diante das crises que se sucedem sem parar. Daí o caráter apocalíptico da mensagem evangélica: a revelação da realidade última da estrutura social também poderia vir a ser disruptiva, caso não acompanhada do atendimento ao apelo ao amor fraterno.

Cada vez mais, Girard fez uso em sua obra da linguagem evangélica, como se pode observar dos títulos de seus livros, sugerindo, com isso, ser ela a mais adequada para a aproximação a um tema que tinha permanecido oculto, apesar de todas as tentativas históricas de sua revelação, nada mais nada menos, segundo ele, que a verdade última da natureza humana. A dificuldade de acesso a esse dado, bem como o seu caráter até subversivo, justificavam a escolha pelos líderes religiosos de uma linguagem figurada ou cifrada²², de difícil compreensão²³, muitas vezes pressupondo certa iniciação em seu estudo.

No Novo Testamento, as disputas miméticas, segundo Girard, seriam expressas pelo termo “escândalo”. Escandalizar-se, assim, equivaleria a estar obstaculizado por outro na busca de realização do próprio desejo (GIRARD, 1999, p. 37/40). Disso se originariam os conflitos humanos. Como é na mediação interna que os confrontos se tornam mais violentos e destrutivos, já desde os Dez Mandamentos bíblicos havia uma preocupação com as disputas com o “próximo” (GIRARD, 1999, p. 28/29). Cristo, seguindo essa linha, vai sugerir a *Imitativo Dei*, a transcendência vertical como forma de evitar a idolatria, a ânsia de apropriação do ser do outro decorrente da imitação descontrolada. Simplesmente, ele pregará a substituição da discórdia pela concórdia a partir da escolha de um modelo não competitivo. Deus, assim, seria uma entidade benevolente que se ofereceria à imitação humana para fundar um novo tipo de convivência social.

21 Mateus: 10, 34 (BIBLIA DE JERUSALÉM, 2019, p. 1.722).

22 Como o discurso parábólico de Jesus Cristo (GIRARD, 2008, p. 231/236).

23 Como sugere Hamerton-Kelly (2019, p. 24/25), “não podemos aguentar muita realidade de uma vez”.

O fomento do desentendimento humano derivado da mimesis conflitiva e a indicação da vítima expiatória durante a crise sacrificial seriam referidos pelo termo “satanás”²⁴, aquele que semeia a discórdia e acusa algum inocente durante o clímax do enfrentamento, como forma de perpetuar o mecanismo violento de fundação e manutenção da ordem social. “Atirar a primeira pedra” equivaleria a insuflar a multidão contra a vítima indefesa, criando a unanimidade restauradora da unidade (GIRARD, 1999, p. 87/91).

Na linguagem cristã, as “potestades” e os “principados” (GIRARD, 1999, p. 145/152) deste mundo seriam mantidos pela sucessão de ciclos miméticos: “a proliferação inicial de escândalos conduz, cedo ou tarde, a uma crise aguda, em cujo paroxismo a violência unânime é liberada contra a vítima única, a vítima finalmente selecionada por toda a comunidade. Esse acontecimento restabelece a ordem antiga ou estabelece uma nova, destinada, algum dia, a também entrar em crise, e assim por diante” (GIRARD, 1999, p. 56).

Devido a essa revelação da realidade oculta da Humanidade, os Evangelhos, segundo Girard, representariam uma tradição religiosa mais profunda que as demais²⁵. Contudo, há quem o critique por selecionar as passagens dos textos judaico-cristãos que ilustram sua tese, deixando de lado algumas outras que poderiam contradizer as conclusões tiradas, além de não analisar com a mesma dedicação os livros sagrados das demais tradições religiosas (ANDRADE, 2011, p. 300/303). Muitos deles, especialmente o Corão²⁶, também conteriam mensagens de fraternidade e solidariedade, bem como teriam detectado os perigos do desejo mimético.

Girard acabou adotando um tom assumidamente apocalíptico²⁷ em suas últimas obras (GIRARD, 2011e, p. 135). Em “Rematar Clause-

24 Exatamente por isso, o próprio satanás seria o *princeps hujus mundi* (GIRARD, 2008, p. 205).

25 Também Gauchet (2005, p. 9/27) sustenta haver uma “originalidade decisiva” do Cristianismo perante os outros credos, por ter, segundo ele, sido “a religião da saída da religião”, vale dizer, por ter sido a religião que progressivamente promoveu a prevalência do “querido” (autonomia) sobre o “sofrido” (heteronomia) decorrente do primado do político sobre o religioso, contrariamente ao que ocorria nas sociedades arcaicas.

26 Uma Antropologia semelhante à articulada nos Evangelhos também pode ser derivada do Corão (SEJDINI, 2019, p. 31/38).

27 “Apocalipse” significa desvendamento ou revelação, uma constatação da ameaça que se impõe sobre nós, mas também, ao mesmo tempo, a provocação de uma crescente onda de instabilidade, já que implica um questionamento profundo sobre o

witz”, a partir da análise da rivalidade franco-alemã, ele apontou como “o mundo caminha cada vez mais rápido para os extremos” (GIRARD, 2011e, p. 26), tudo indicando a possibilidade de uma crise de magnitude catastrófica em todas as partes do planeta²⁸.

A disseminação da rivalidade mimética em todos os níveis da convivência social, entre pessoas ou nações²⁹, progressivamente se intensifica à medida que os contatos se tornam mais frequentes devido aos modernos meios de comunicação e às redes sociais digitais. Estamos todos próximos uns dos outros, de modo que a cadeia perversa da imitação opera hoje em escala mundial.

O apagamento das diferenças promovido pela modernidade, por outro lado, eliminou um dos mecanismos³⁰ que ajudava a confinar a *mímeses* de apropriação em espaços delimitados, fazendo com que o contágio se tornasse generalizado e extremamente agressivo. Segundo Girard, atualmente, “o indivíduo está preso numa escalada para os extremos de que ele mesmo participa, como se sempre fosse necessário vingar-se de alguém ou de alguma coisa” (GIRARD, 2011e, p. 144).

Contra todas as formas de providencialismo, assim, Girard alerta para a necessidade da “consciência da iminência” – a constatação de que “o pior começou a acontecer” (GIRARD, 2011e, p. 135). As instituições criadas a partir do mecanismo sacrificial, entre as quais as jurídicas e políticas, esgotam-se aceleradamente, de modo que o ódio e as disputas resultantes não encontram mais freios.

Estamos todos tragados por turbilhões miméticos que geram desde distúrbios psiquiátricos³¹ e agressões interpessoais até confrontos bélicos generalizados. Por incrível que possa parecer, quanto mais semelhan-

modo como as instituições humanas funcionam (HAMERTON-KELLY, 2019, p. 11). Geralmente, o apocalipse é associado a alguma catástrofe porque é exatamente em situações extremas que a verdade mais se evidencia.

- 28 Como observa Righi (2017, p. 322), “nenhuma era sobrevive indefinidamente ao acúmulo de seus crimes”.
- 29 Tem-se sustentado que a rivalidade mimética permeia os conflitos internacionais (FARNETI, 2015, *passim*).
- 30 Shakespeare denominava *degree* esse mecanismo social de estabelecimento de diferenças (GIRARD, 2010, p. 46).
- 31 Em um de seus livros, Girard analisou o impacto do desejo mimético em pessoas que sofrem de anorexia (GIRARD, 2011, *passim*).

tes se tornam as partes envolvidas³², maior a rivalidade mimética³³, a qual muitas vezes somente é aplacada ou suspensa pela eleição de um inimigo comum³⁴. Nem sempre, porém, esses artifícios de deslocamento do conflito funcionam adequadamente, e no seio de uma mesma tradição cultural podem eclodir rivalidades que tendem a perpetuar-se. No mundo islâmico, por exemplo, o confronto entre sunitas e xiitas ilustra esse fenômeno³⁵.

3. ÓDIO RELIGIOSO: O CONFLITO ENTRE SUNITAS E XIITAS NO MUNDO MUÇULMANO

O Islamismo surgiu na primeira metade do Século VII, tendo como berço, surpreendentemente, a Península Arábica, mais precisamente a região do Hijaz. Surpreendentemente porque essa área ficava espremida entre dois impérios, o Bizantino e o Persa, e era extremamente atrasada comparativamente, povoada por tribos nômades ainda estreitamente vinculadas por laços de sangue e praticantes de formas de culto primitivas. Era improvável que uma religião monoteísta e de caráter universal florescesse em tal ambiente.

Tudo começou por volta do ano 610, quando um mercador árabe da cidade de Meca, Muhammad ibn Abdallah, conhecido no Ocidente como Maomé, fazia um retiro espiritual numa caverna do Monte Hira, onde, conforme a tradição, se recolheria por um mês orando e distribuindo esmolas aos pobres. Neste local, ele seria acordado do sono pelo anjo Gabriel que, envolvendo-o em um abraço, lhe ordenaria que passasse a recitar a palavra de Deus, a qual, com o tempo, viria a ser registrada em um livro sagrado, o *Qu'ran* (a Recitação). (ARMSTRONG, 2002, p. 45/46)

Maomé pertencia à tribo dos coraixitas, responsável pelo sucesso comercial que Meca havia alcançado nos últimos tempos. A cidade, além de se localizar na encruzilhada de duas das maiores rotas comerciais da Arábia, era a sede do mais importante santuário da região, a Caaba, lo-

32 O que se tem acelerado com o fenômeno da globalização.

33 Nesse ponto, a tese de Girard destoa da de Huntington (2010): enquanto este sustenta que os conflitos humanos têm mais probabilidade de ocorrer à medida que se acentuam as diferenças, aquele defende que pessoas próximas e semelhantes com mais frequência se tornam inimigas (PALAVER, 2019, p. 107).

34 Não é por outra razão que Carl Schmitt sugeriu que as guerras civis somente seriam evitadas com a canalização das disputas para o exterior (PALAVER, 2019, p. 114).

35 Em 2007, Girard (2011e, p. 88), inclusive, já previa uma exasperação dos conflitos entre sunitas e xiitas no Oriente Médio no curso do Século XXI.

calizado no centro da cidade e considerado o templo de *al-Llah*, o Deus supremo dos árabes (ARMSTRONG, 2002, p. 64/67).

Maomé tornara-se órfão muito cedo, tendo sido criado por seu tio Abu Talib, de quem recebia proteção. Até os 25 anos de idade, porém, nada indicava que ele tivesse um futuro de grandeza pela frente. Maomé pertencia ao clã dos Hashim, o qual não se encontrava entre os mais poderosos de Meca. Apesar de conhecido como *al-Amin* (o Confiável) e treinado nas artes militares, sua condição de órfão o impedia de progredir socialmente. Sua sorte, contudo, mudaria por volta de 595 quando uma parenta distante, Khadija bint Khuwaylid, viúva e comerciante relativamente bem sucedida, aceitou casar-se com ele. “Determinada, nobre e inteligente”, Khadija se tornaria um apoio fundamental para Maomé no início de sua vida religiosa, a quem ele recorria em todas as situações de dificuldade (ARMSTRONG, 2002, p. 75/78).

Na época em que Maomé começou a pregar, a Arábia encontrava-se em estado de conflito crônico, com as diversas tribos beduínas se sujeitando às próprias leis e guerreando umas com as outras. Os árabes, oriundos do Crescente Fértil, haviam conseguido, graças aos camelos, viver e explorar comercialmente aquela inóspita região. Junto com eles, que aos poucos haviam chegado à península, alguns agricultores sedentários os acompanharam, muitos deles judeus, que se estabeleceram nos oásis, fornecendo aos árabes produtos agrícolas e deles recebendo mercadorias vindas de outras localidades. A lealdade tribal era indispensável; sem ela, a sobrevivência tornava-se impossível. O espírito comunitário se revelava na *muruwah*, a ideologia tribal que exigia coragem na batalha, resistência ao sofrimento, vingança às agressões feitas à tribo e proteção aos mais fracos. Esse *ethos* estimulava a indiferença aos bens materiais e fomentava um profundo fatalismo decorrente da dificuldade de viver em um ambiente tão desfavorável. O espírito igualitário era reforçado pelos *ghazu*, ataques promovidos em algum território vizinho na esperança de roubar rebanhos e outros bens em épocas de dificuldades. (ARMSTRONG, 2002, p. 56/59)

No início, Maomé não sabia bem qual seria sua missão divina. Ficava aterrorizado com as revelações e receava não estar à altura da obra que lhe era imposta (ARMSTRONG, 2002, p. 80/82). Aos poucos, porém, passou a se anunciar como um profeta³⁶, na mesma linha de Moisés e

36 Isso se tornou mais claro a partir do episódio da Viagem Noturna de Maomé, quando, em torno de 617, ele, montado em uma égua alada, em jornada extática, teria visitado a Jerusalém terrestre e, de lá, o Céu, recebendo diretamente de Alá a mensagem de que era o escolhido para revelar o Corão aos fiéis (ELIADE, 2011, p. 76).

Jesus Cristo (ARMSTRONG, 2002, p. 87). Comerciantes vindos do Ocidente e do Oriente transitavam pela Península Arábica, de modo que a mensagem religiosa do Judaísmo e do Cristianismo não era desconhecida na região. Mesmo assim, Maomé tinha uma compreensão muito superficial dessas religiões monoteístas (ARMSTRONG, 2002, p. 95).

Naqueles tempos, o sucesso comercial da cidade de Meca havia feito com que muitos indivíduos e famílias acumulassem grandes riquezas, enquanto outros ficavam para trás. Devido a isso, a antiga solidariedade tribal parecia abandonada, incapaz de promover a união da população local. A mensagem de Maomé viria exatamente suprir essa necessidade, criando uma nova forma de comunidade fundada na religião, não mais em laços de sangue.

Circulavam histórias, inclusive nas comunidades judaica e cristã, de que um novo profeta surgiria na Península Arábica, o que fez com que aos poucos Maomé fosse sendo reconhecido como sendo o mais novo enviado de Deus para revelar a sua palavra. Maomé, mesmo assim, tinha uma concepção modesta de seu papel. Considerava-se um mero *nadhir*, um guia enviado por Alá para orientar a comunidade. (ARMSTRONG, 2002, p. 88/89)

A religião criada por Maomé ficou conhecida como *Islâm*, “o ato de sujeição existencial que se espera que cada convertido faça a Deus”; um *muslim* é “aquele que se sujeita” a Deus (ARMSTRONG, 2002, p. 94). A religião islâmica acabaria erigida sobre cinco pilares: a profissão de fé (*shahadah*), que consiste em reconhecer que existe um único Deus e que Maomé é seu profeta; a oração (*salat*), que deve realizar-se, individual ou coletivamente, em direção a Meca, cinco vezes ao dia; a observância do jejum no mês do Ramadã (*sawm*); a prática de dar esmolas aos necessitados (*zakat*); a peregrinação aos lugares sagrados do Islã em Meca (*hajj*), que deve ser feita ao menos uma vez na vida (ASLAN, 2005, p. 144/151).

O fundamento moral do Islã é a justiça social. Trata-se de uma religião voltada a oferecer soluções para a vida real (ARMSTRONG, 2002, p. 116), razão pela qual sua interferência na arena política é praticamente inevitável. A preocupação principal do Islã não é com o mundo após a morte, mas com as condições de existência aqui e agora. Basicamente, Maomé pregava que era errado acumular riquezas e correto ajudar os pobres. A presunção e a autossuficiência individual que se verificavam em Meca constituíam estados de coisas a serem superados. Era preciso recuperar a antiga unidade e solidariedade de todos os árabes. Daí a ên-

fase islâmica na *umma*, a comunidade indivisa de todos os muçulmanos (ARMSTRONG, 2002, p. 150).

Maomé, com sua mensagem, conseguiu, aos poucos, eliminar a violência crônica que assolava as tribos árabes e destruir as bases do paganismo que dominava o espírito religioso da população. Cada vez mais, os muçulmanos convenciam-se de que, antes da chegada do Islã, viviam em *jahiliyah* (estado de ignorância). Fora o Profeta quem lhes havia trazido a verdade.

Os primeiros seguidores de Maomé haviam sido, além de algumas pessoas mais próximas a ele, os mais jovens e os mais pobres, exatamente porque sua mensagem enfatizava a unidade comunitária e a fraternidade. Contudo, à medida que o Profeta ia reunindo mais adeptos, promovia divisões nas famílias, o que lhe gerou o repúdio dos clãs mais abastados, principalmente comerciantes e financistas. A situação de Maomé agravou-se ainda mais quando ele insistiu em que se deveria venerar apenas um Deus, condenando o tradicional culto árabe às *banat al-Llah* (filhas de Alá), cujos santuários se localizavam em Taif, Nakhlah e Qudayd, cidades próximas a Meca. (ARMSTRONG, 2002, p. 116/117)

A permanência de Maomé em Meca parecia insustentável. Ele passou a ser ofendido e humilhado em público, e as famílias dominantes da cidade promoveram um boicote aos muçulmanos, que tiveram que formar um pequeno gueto na rua de Abu Talib, o qual ainda lhes oferecia proteção. Em 619, porém, morreram seu tio e Khadija, sua esposa, tornando a posição de Maomé ainda mais delicada. Ele cogitou mudar-se para a Abissínia, para onde um grupo de muçulmanos já havia sido enviado, mas acabou recebendo a proposta de moradores de Yathrib, cidade localizada ao norte de Meca, para que se mudasse para lá e ajudasse a pacificar os habitantes da região, que viviam em interminável conflito (ARMSTRONG, 2002, p. 126/139).

Maomé sabia que os muçulmanos não estavam mais seguros em Meca. Por isso, em 622, setenta fiéis partiram com suas famílias para Yathrib. Maomé os seguiria um pouco mais tarde. Essa transferência da *umma* para Yathrib, referida no Corão como Medina, nome atribuído pelos judeus que viviam no local, passou a ser conhecida como a *Hijra* (Hégira). (ARMSTRONG, 2002, p. 145/148)

Nos últimos anos de sua pregação, Maomé vinha incluindo no Islã inúmeros aspectos da religião judaica, da qual havia recebido mais informações: indicação de um dia sagrado (a sexta-feira), a prática do jejum e a realização de orações voltadas para Jerusalém. Aos poucos, Abraão

passou a ser o profeta preferido, buscando o Islã sua origem nesta personagem bíblica, que é considerada pré-judaica, por ter vivido antes de essa religião ter se consolidado com o recebimento do Decálogo por Moisés. A origem genealógica dos árabes, inclusive, foi remontada a Ismael, filho de Agar, a escrava de Abraão, que depois os abandonou a pedido de sua mulher, Sara, que dera à luz Isaac (ARMSTRONG, 2002, p. 156/157). Apesar disso, a chegada de Maomé a Medina não foi bem aceita pela comunidade judaica, que considerava que sua posição política ficava fragilizada com a liderança do Profeta.

Em Medina, Maomé introduziu a prática do irmanamento (ARMSTRONG, 2002, p. 221), segundo a qual cada emigrante (de Meca) ficaria ligado a um ajudante (de Medina), como forma de promover o amor fraternal. Foi construída uma mesquita na cidade, onde a comunidade se reunia para ouvir o Profeta. Para o chamamento às orações (*adhan*), Maomé aceitou a sugestão de que fosse feita oralmente por um fiel recitando *Al-Llahu Akbar* (Deus é grande), por três vezes, tendo sido Bilal, um escravo convertido ao Islã, escolhido para ser o primeiro muezim (ARMSTRONG, 2002, p. 152). Decidiu também que as orações não mais seriam feitas em direção a Jerusalém, mas a Meca, destacando, com esse ato, a especificidade da religião islâmica (ARMSTRONG, 2002, p. 157).

Na nova sede, as pregações de Maomé passaram a ter cada vez mais um caráter político e social, revelando que o Profeta deixara de ser um mero líder religioso para se transformar em um estadista (ARMSTRONG, 2002, p. 162). Para que sobrevivessem, era preciso consolidar a comunidade muçulmana, devido à ameaça que Meca ainda representava. Apesar de abominar a violência, Maomé, para promover a unidade social, começou a incitar os fieis à luta (*jihad*). Como os muçulmanos que haviam feito a Hégira não eram agricultores e não gozavam de condições favoráveis para o comércio em Medina, passaram a recorrer a ataques a caravanas como forma de conseguir os bens de que necessitavam, o que desgostou os mercadores de Meca. Os confrontos bélicos se sucederam, até que um exército de Meca sitiou Medina, mas não logrou dominá-la, apesar da posição desfavorável em que os muçulmanos se encontravam (ARMSTRONG, 2002, p. 196/199). Esse feito, mais uma vez, demonstrou para a população que Maomé era verdadeiramente o mensageiro enviado por Alá.

Com o tempo, Maomé conseguiu unir os moradores de Medina e expulsar as tribos judaicas rebeldes, reunindo cada vez mais adeptos a sua causa. Por fim, a população de Meca, constatando que não tinha como vencer os muçulmanos e que sua submissão à nova ordem era apenas

uma questão de tempo, acabou se rendendo e aderindo ao Islã. Maomé mostrou-se clemente e concedeu anistia geral, com isso agregando mais seguidores a seu projeto. As tribos isoladas já não mais eram um adversário à altura da *umma*. (ARMSTRONG, 2002, p. 232/235)

Após pouco mais de vinte anos de pregação, o Profeta conseguira levar a *Pax Islamica* à Península Arábica (ARMSTRONG, 2002, p. 236). Entretanto, logo em seguida, em 632, ele faleceu³⁷, fazendo com que a comunidade islâmica temesse por sua dissolução e pelo retorno às guerras fratricidas (ARMSTRONG, 2002, p. 246/247).

Maomé nunca fora venerado como figura divina pelos muçulmanos, mas como o Homem Perfeito (ARMSTRONG, 2001, p. 69). Em vida, o objetivo do Profeta havia sido a construção de uma “sociedade boa” (ARMSTRONG, 2001, p. 242), mas, com sua morte, tudo estava em risco. Muitas das lealdades ao Islã eram superficiais, decorrentes de interesses econômicos ou de fragilidades militares, de modo que não se sabia o rumo que a *umma* iria tomar.

Prontamente, os mais diversos grupos políticos começaram a se articular para escolher o sucessor do Profeta. Quatro pessoas próximas a Maomé eram os mais indicados para assumir a liderança da *umma*: Abu Bakr, seu amigo e um dos primeiros convertidos ao Islã, pai de Aisha, sua esposa predileta, Ali ibn Abu Talib, seu primo, casado com Fátima, sua filha, Omar ibn al-Khattab, inicialmente um dos seus mais fervorosos inimigos, e Othman ibn Affan, um aristocrata da família dos Abd Shams (Umayyad) convertido por Abu Bakr.

A maioria dos emigrantes (de Meca) apoiou Abu Bakr, mas os ajudantes (de Medina) ficaram do lado de Sa’d ibn Ubadah, um morador local; já os parentes mais próximos de Maomé acreditavam que ele teria desejado que Ali o sucedesse. Abu Bakr acabou prevalecendo e assumiu a liderança da *umma* como *khalifa* (sucessor), mas governou por apenas dois anos, tendo sido sucedido por Omar e, após, por Othman. Em 656, Ali finalmente se tornou o quarto califa³⁸. Esses primeiros líderes ficariam

37 Nenhuma das viúvas de Maomé havia engravidado, de modo que seus únicos filhos eram as mulheres que Khadija havia concebido (ela também tivera filhos homens, mas nenhum sobreviveu à infância); em vida, o Profeta deixara determinado que suas esposas não deveriam convolar novas núpcias após a sua morte, como era hábito entre os árabes, mas permanecer celibatárias como Mães dos Fiéis (HAZLETON, 2009, cap. 2).

38 Ali assumiu o título de imã (guia), por entender que o título de califa havia sido corrompido pelos omíadas (HAZLETON, 2009, cap. 7).

conhecidos como os *rashidun* (corretamente guiados), por terem governado segundo os princípios ensinados por Maomé. (ARMSTRONG, 2002, p. 247/248)

O governo de Abu Bakr, apesar de breve, foi turbulento. Ele teve de lutar contra a apostasia (*ridda*), quando várias tribos tentaram se separar da *umma* e voltar ao antigo modo de vida independente. O que as movia eram interesses econômicos e políticos, já que o aspecto religioso das alianças com Maomé muitas vezes lhes eram desimportantes, tanto que muitas tribos somente retornaram à unidade da *umma* devido à perspectiva de novamente participar dos butins dos *ghazu* (saques) contra povos vizinhos. De fato, tais ataques se intensificaram sob o califado de Omar, o qual, diante do imperativo de manter a ordem interna da *umma*, decidiu canalizar as ações para o mundo exterior, o que reforçaria sua autoridade. Sob seu comando, os muçulmanos irromperam no Iraque, na Síria e no Egito, bem como tomaram a capital do Império Persa, Ctesifonte. Já sob a liderança de Othman, o terceiro califa, a expansão prosseguiu no norte da África, chegando até Trípoli, bem como no leste, alcançando o Cáucaso (ARMSTRONG, 2001, p. 71/74).

Entretanto, o que inicialmente movia os árabes em seu avanço não era a conquista de novos povos nem a propagação de sua fé religiosa. O que os impulsionava eram objetivos mais pragmáticos: botins como forma de assegurar a unidade da *umma*. Somente mais tarde, quando o império já estava consolidado é que se cunhou a diferença entre *Dar al-Islam* (a Casa do Islã) e *Dar al-Harb* (a Casa da Guerra). Ainda assim, o tratamento dado aos crentes de outras religiões, como cristãos, judeus e masdeístas, era extremamente tolerante. Como *dhimmi* (súditos protegidos), eles pagavam um tributo correspondente a sua condição, mas eram autorizados a realizar seus negócios e seguir suas crenças (ARMSTRONG, 2001, p. 76/78).

Apesar desse sucesso expansionista, sob o governo de Othman se intensificou a insatisfação dos soldados, os quais passavam anos viajando em campanhas militares longe de suas casas. Além disso, a população de Medina se rebelou, acusando Othman de privilegiar sua própria família, os Umayyad, rivais do clã Hashim de onde o Profeta provinha, tendo inclusive nomeado Muawiya, filho de Abu Sufyan, antigo inimigo de Maomé, como governador da Síria (ARMSTRONG, 2001, p. 79/80).

Cada vez mais, os descontentes viam em Ali, primo do profeta, uma alternativa mais adequada. Com o assassinato de Othman, Ali efeti-

vamente assumiu o califado, imediatamente tentando retomar os rumos indicados pelo Profeta e corrigir os desvios de seus antecessores. Com esse objetivo, ele condenou “os excessos de luxo, o uso do álcool, a desatenção ao povo” (KAMEL, 2007, p. 99). Contudo, Ali passou a sofrer a oposição de diversos grupos políticos, principalmente de Meca. Sua recusa em vingar a morte de Othman por muçulmanos inconformados³⁹ tornou-se fator de desestabilização do seu governo. Iniciou-se, assim, um período de guerra civil que durou cerca de cinco anos, conhecido como *fitna* (tempo de discórdia), que parecia colocar em risco a unidade muçulmana (ARMSTRONG, 2001, p. 81).

Aisha, a esposa predileta de Maomé e filha de Abu Bakr, o primeiro califa, chegou a liderar, junto com alguns parentes seus, um ataque a Ali, mas acabou derrotada na Batalha do Camelo⁴⁰. A partir de então, a oposição ao califa foi encabeçada por Muawiya ibn Abu Sufyan, desde a Síria, cujo exército chegou a se confrontar com o de Ali, mas ambas as partes concordaram em submeter o caso à arbitragem de delegados⁴¹. Um grupo de apoiadores de Ali rebelou-se contra a submissão dele a essa tentativa de acordo e retirou-se da *umma*, passando a ser conhecido como *khariji*⁴² (ARMSTRONG, 2001, p. 82/83).

39 Othman foi assassinado por muçulmanos de Medina, liderados pelo filho de Abu Bakr, que se rebelaram quando ele se recusou a punir Walid, governador de Kufa, que desdenhava dos moradores locais e, um dia, embriagado, vomitara ao lado do púlpito de uma mesquita (HAZLETON, 2009, cap. 7).

40 Apesar de Aisha também ter feito oposição ao califado de Othman, a rivalidade dela com Ali era ainda mais intensa, de modo que, uma vez que o genro de Maomé fora aclamado como o novo califa, ela liderou um exército de Meca, cidade da família de Othman, até Basra, onde ocorreu a famosa Batalha do Camelo (assim denominada porque Aisha, do alto de seu camelo, comandou seus soldados no meio do campo de batalha); apesar de vencida no confronto, Ali não impôs represálias ou punições a Aisha, respeitando-a como Mãe dos Fiéis (HAZLETON, 2009, cap. 8/9).

41 Ali esteve muito perto da vitória na Batalha de Siffin, perto de Kufa, onde seu exército enfrentou o de Muawiya; este, porém, pressentindo a derrota, astuciosamente determinou a seus soldados que lutassem com folhas do Corão colocadas na ponta de suas armas, o que fez com que os adversários cessassem as hostilidades com receio de derramar sangue com o livro sagrado; Muawiya, então, aproveitou a trégua para sugerir a arbitragem e ganhar tempo; apesar de atribuir-se a um fanático carijita a autoria do assassinato de Ali, suspeita-se da participação de Muawiya (HAZLETON, 2009, cap. 10/11).

42 *Khariji* significa, literalmente “aqueles que se separam”; tratou-se de um grupo extremista, o qual, apesar de apregoar a retidão moral, foi responsável, sob a lideran-

Ali terminaria assassinato por um desses rebeldes. Em Kufa, os antigos apoiadores dele escolheram Hasan, seu filho, como o sucessor para o califado, mas ele logo chegou a um acordo com Muawiya e se retirou da política⁴³. Tinha início, assim, a dinastia omíada (do clã Umayyad). Retrospectivamente, Ali passou a ser visto como uma pessoa injustiçada pelas reviravoltas da política real e admirada por sua devoção ao Islã. Esses simpatizantes de Ali vieram a ser conhecidos como *Shia i-Ali* (xiitas), os partidários de Ali (ARMSTRONG, 2001, p. 84/85).

Muawiya conseguiu reunificar a *umma* com um governo forte, tendo escolhido como capital Damasco, em vez de Medina, a indicar um afastamento do mundo conhecido pelo Profeta. O novo califa percebeu que somente um governo cada vez mais centralizado poderia dar conta do império que se formava e deixou indicado que seu filho Yazid deveria vir a ser o seu sucessor no futuro. Apesar disso, a morte de Muawiya não teve uma transição pacífica. A ameaça de dissolução da *umma* por guerras ressurgiu. Em Kufa, os xiitas apontavam que Hussein, o segundo filho de Ali, deveria tornar-se o califa. O neto de Maomé, porém, acabou assassinado por Yazid em Karbala, junto com um grupo de seguidores que o acompanhava na viagem até o Iraque⁴⁴. Esse trágico evento serviu para reforçar o movimento xiita e passou a constituir uma das datas mais importantes do seu calendário religioso, o feriado de *Ashura* (ARMSTRONG, 2001, p. 87/90).

ça de Abdullah ibn Wahb, por diversas atrocidades praticadas contra muçulmanos considerados não suficientemente puros (HAZLETON, 2009, cap. 11).

43 Muito provavelmente Hasan foi envenenado por Muawiya, arrependido do acordo que fizera com ele, no qual se comprometera a indicar o filho mais velho de Ali como seu sucessor ao califado (HAZLETON, 2009, cap. 12).

44 Os seguidores de Hussein reduziram-se aos setenta e dois guerreiros que o acompanhavam desde Meca, além da própria família, já que a promessa de apoio foi perdendo força à medida que se constatava a superioridade militar dos omíadas; em Karbala, sitiados e sem acesso a água, cada um dos apoiadores de Hussein, um após o outro, foi morto enquanto enfrentava sozinho o exército do califa, composto de cerca de quatro mil homens; por último, o próprio Hussein desafiou-os, mas acabou dilacerado por golpes de espadas e lanças, além de ter o corpo pisoteado por cavalos; em seguida, exceto as crianças e mulheres, as quais foram feitas prisioneiras, todos foram decapitados; a cabeça de Hussein, colocada na ponta de uma lança, foi levada para o governador Ubaydallah, em Kufa, e, após, para Yazid, em Damasco; um filho pequeno de Hussein chegou a ser assassinado em seu colo, atingido por uma flecha lançada pelos omíadas (HAZLETON, 2009, cap. 13).

Algumas revoltas localizadas ainda ocorriam, mas a morte prematura de Yazid e seu filho, logo após, novamente trouxeram incerteza quanto à sucessão política. Os muçulmanos sírios, porém, conseguiram prevalecer e Abd al-Malik consolidou o domínio omíada, que perduraria até o ano de 750 (ARMSTRONG, 2001, p. 91).

Apesar disso, devido às disputas pelo califado, a *umma* resultaria dividida para sempre.

Após a dissidência carijita, de menor impacto religioso, a primeira grande divisão no mundo islâmico surgiu, portanto, quando os partidários de Ali (xiitas) se recusaram a aceitar o governo dos califas omíadas (sunitas). As diferenças teológicas entre ambas as vertentes do Islã, contudo, não são radicais. Os sunitas representam o Islã majoritário⁴⁵. Para eles, é principalmente a tradição dos *haddiths* (ditos) de Maomé⁴⁶ que esclarecem as palavras do Corão, reforçada pela jurisprudência⁴⁷ (*shari'at*) (ELIADE, 2011, p. 114). Já para os xiitas, a tarefa de interpretação do Livro Sagrado compete aos imãs (guias), os quais devem orientar os crentes acerca do verdadeiro sentido da mensagem corânica. O tronco xiita dominante, o dos duodecimanos, acredita ter havido doze imãs descendentes da família do Profeta, o último deles tendo desaparecido no fim do Século IX⁴⁸. Desde então, ele seria considerado o Imã Oculto, que retornaria no final dos tempos como o *Mahdi* (Messias), para restabelecer a justiça e revelar aos fiéis o significado profundo do Corão (ARMSTRONG, 2000, p. 76/82). Devido às perseguições que sofreram, os xiitas desenvolveram

45 Quando conquistaram o Irã no Século XV, os safávidas fizeram do xiismo a religião oficial do Estado, situação que persiste até hoje (ARMSTRONG, 2000, p. 74).

46 Denomina-se *sunna* a prática ou o comportamento habitual que o Profeta observava (HOURANI, 2006, p. 100); muitos dos *haddiths* foram ditados por Aisha, que havia tido um acesso privilegiado ao Profeta durante sua vida (HAZLETON, 2009, cap. 6).

47 No período omíada, a principal escola de jurisprudência foi fundada por Abu Hanifa, denominada *haniffi*, que muitos muçulmanos seguem até hoje (ARMSTRONG, 2001, p. 97).

48 A dinastia abássida, instituída em meados do Século VIII com o apoio dos xiitas, uma vez no poder passou a temer a evidência política dos descendentes de Ali; por isso, determinou a mudança da família para o Iraque, onde podiam ser controlados mediante recolhimento domiciliar; Samarra, cidade em que morreram o décimo e o décimo primeiro imãs, provavelmente envenenados, constituía uma fortaleza em que eles eram mantidos sob vigilância; foi ali onde, segundo a tradição xiita majoritária, nasceu o décimo segundo imã, conhecido como Muhammad al-Mahdi, o qual, em 872, com a morte de seu pai, foi colocado em estado de ocultação (HAZLETON, 2009, cap. 14).

uma tendência mística e de veneração a santos e mártires (KAMEL, 2007, p. 107), bem como foram autorizados a negar oportunisticamente (*taqiya*) as suas verdadeiras crenças (DEMANT, 2004, p. 51).

O cisma, porém, ocorreu mais por razões políticas do que por divergências religiosas. Morto Maomé, a continuidade de sua obra foi deixada nas mãos de seus seguidores, nenhum deles religiosamente inspirado o suficiente para evitar as disputas sangrentas pelo califado. Rivalidades individuais, familiares e regionais naturalmente passaram a orientar a ação das partes em confronto. O ideal de vida ensinado e vivido pelo Profeta logo foi sendo obliterado pela luta pelo poder. As disputas e as discórdias intensificaram-se sem a liderança incontestada do Profeta, tanto que os quatro primeiros califas, exatamente os *rashidun*, foram todos assassinados⁴⁹.

Tudo indica que Maomé, realmente, pretendia que Ali fosse seu sucessor⁵⁰. Diversos episódios apontam para essa conclusão. Contudo, o Profeta não deixou uma mensagem clara e indubitosa de seu desejo. Já gravemente doente, ele chegou a pedir “caneta e papel” para provavelmente registrar alguma orientação sobre como a *umma* deveria ser conduzida após a sua morte⁵¹. Entretanto, suas esposas, lideradas pelas filhas de três dos mais importantes candidatos ao posto de califa (Abu Bakr, Omar e Othman), eram quem dele cuidavam durante a enfermidade. E, temerosas de que o Profeta pudesse preterir suas famílias, jamais atenderam a seu pedido. Logo em seguida, o estado de saúde de Maomé agravou-se e ele veio a falecer. Abu Bakr, Omar e Othman, então, aproveitaram que Ali se encontrava ocupado velando o corpo do Profeta e impuseram à comunidade a liderança do primeiro, usando inclusive de violência contra os ajudantes, que haviam se reunido para escolher um cidadão de Medina para ser o novo líder. (HAZLETON, 2009, cap. 4/5)

Não é à-toa também que Aisha, chamada pelos xiitas de *Al-Fahisha* (a Prostituta), tenha se rebelado contra Ali quando ele enfim assumiu o califado após a morte de Othman. Ela simplesmente rivalizava com o primo do Profeta, e a antipatia era recíproca. Ali era filho de Abu Talib, o tio protetor de Maomé, e fora criado pelo próprio Profeta e sua primeira

49 Apesar de algumas fontes indicarem que Abu Bakr teria falecido de causas naturais, outras sustentam que ele teria sido envenenado (KAMEL, 2007, p. 98).

50 Maomé referia-se a sua família como *Ahl al-Bayt* (as Pessoas da Casa), da qual o Corão, segundo ele, jamais deveria separar-se (HAZLETON, 2009, cap. 3/4).

51 O episódio lança dúvidas sobre o suposto analfabetismo de Maomé; provavelmente ele, como comerciante, tinha ao menos noções básicas de escrita e leitura.

esposa, Khadija, de quem Ali frequentemente fazia questão de lembrar as qualidades. Ali casara-se com Fátima, a filha mais velha de Maomé, e teve dois filhos homens que eram adorados pelo avô. Aisha, mesmo sendo a consorte preferida do Profeta, ressentia-se da importância que era atribuída à falecida mulher de Maomé e do amor que ele devotava aos netos. Além disso, um incidente banal na vida de Aisha determinaria para sempre sua relação com Ali⁵². Após a Hégira, em uma expedição militar, Aisha afastou-se da caravana para urinar. Ao retornar, percebeu que havia perdido seu colar e voltou para procurá-lo. Nesse meio tempo, o grupo partira, deixando-a para trás. Um jovem muçulmano chamado Safwan encontrou-a e conduziu-a até Medina. Prontamente, porém, começaram os comentários maledicentes acerca da fidelidade da esposa de Maomé. O Profeta provavelmente tinha certeza da inocência dela, mas as repercussões políticas do ocorrido eram sérias. Inclusive passaram a circular sátiras sobre o incidente, o que minava a autoridade de Maomé. Por isso, ele resolveu consultar Ali sobre como proceder, tendo o seu genro respondido, desdenhosamente, que “havia muitas mulheres como ela” as quais poderiam substituí-la. Aisha jamais esqueceria aquilo. (HAZLETON, 2009, cap. 2/3)

Por outro lado, a dinastia omíada, instituída por Muawiya, o quinto califa, era descendente direta de Abu Sufyan, membro de um poderoso clã rival de Meca e um dos mais ferrenhos inimigos do Profeta (HAWTING, 2002, p. 21/24), de modo que, com ela, o estilo de vida individualista e ostentatório que Maomé tanto combatera terminou por prevalecer no interior do grupo político dominante⁵³. Por uma ironia do destino, Maomé, devido a seu espírito conciliador e pacificador, acabou legando sua obra para os próprios adversários árabes, os quais somente haviam se convertido ao Islã quando perceberam que não mais podiam oferecer resistência. O ideal de igualdade, simplicidade e solidariedade da mensagem original do Profeta foi-se perdendo aos poucos, à medida que a *umma* se expandia e acumulava mais poder e riqueza. Os próprios muçulmanos reconhecem esse distanciamento dos ensinamentos de Maomé pela dinastia omíada, tanto que se referem aos quatro primeiros califas

52 Segundo Hazleton (2009, cap. 2), existem muitas versões do “caso do colar”, uma vez que a história dos tempos iniciais do Islã foi preservada apenas pela tradição oral (*isnad*).

53 Na verdade, desde o califado de Othman, que também era omíada, o estilo aristocrático e o nepotismo já haviam sido uma característica do governo (HAZLETON, 2009, cap. 7).

como *rashidun*, os corretamente orientados, exatamente para acentuar suas diferenças relativamente aos demais sucessores.

De certa forma, porém, isso era inevitável (HOURANI, 2006, p. 49). Os valores religiosos acabam afetados pela dinâmica do poder, principalmente quando se afirmam como culto formalmente institucionalizado. Fenômeno semelhante aconteceu com o Cristianismo ao tornar-se a religião oficial do Império Romano (ALI, 2002, p. 39). Isso não significa, porém, que a mensagem do Profeta tenha se corrompido. O Corão continuou a ser prodigiosa fonte de inspiração para os fiéis muçulmanos, independentemente de sua afiliação específica. Desvirtuamentos pontuais por razões políticas não comprometeram o legado de união e fraternidade tão zelosamente construído por Maomé.

O “dilema muçulmano” – como implantar a justiça islâmica de maneira realista em um Estado beligerante? – constituiu apenas mais uma atualização histórica do “dilema de Ashoka”, um líder budista da Índia antiga que lutava para conciliar o espírito religioso com as necessidades de preservação de seu reino (ARMSTRONG, 2014, p. 82 e 209). O império erigido pelos árabes, devido às contingências políticas, certamente acabou negligenciando muito da mensagem do Profeta. Em compensação, a civilização islâmica que se formou deixou uma herança cultural singular⁵⁴, representativa, por séculos, do que de mais elevado a Humanidade havia conseguido criar.

É importante sublinhar que, diferentemente de Jesus Cristo, por exemplo, cuja principal preocupação era o “reino de Deus”⁵⁵, Maomé teve de exercer também o difícil e delicado papel de líder político, buscando compatibilizar sua mensagem religiosa com as demandas mundanas de organização e administração públicas. Nem sempre os caminhos de Deus e do poder se alinham, e as escolhas tornam-se trágicas. Jesus Cristo agiu em um mundo relativamente unificado e pacificado⁵⁶. Sua mensagem dirigia-se a revelar o mal (“satanás”) que impregna toda ordem

54 O Império Otomano, por exemplo, foi um dos mais tolerantes da História da Humanidade (WALZER, 1998, p. 32/33).

55 Segundo Johnson (2010b, p. 105), “o objetivo de Jesus não era mudar o mundo”, mas promover uma revolução interior nas pessoas baseada no amor. Da mesma forma, Sanders (1993, p. 196/204) indica que Jesus Cristo propugnava por um perfeccionismo ético, sintetizado no Sermão da Montanha.

56 A intervenção romana na Palestina havia sido solicitada pelos próprios judeus, incapazes de manter a estabilidade na região por conta própria, devido às inúmeras facções que disputavam o poder político (Johnson, 2010a, p. 22/23).

estabelecida, fazendo um apelo ao amor. Criticava a violência e os abusos tanto do império como do sinédrio. Desse modo, a orientação pacifista de Jesus Cristo constituía a via mais adequada para o seu propósito⁵⁷. Maomé, diferentemente, teve de criar ordem do caos, unidade da divisão, paz da guerra. Sua mensagem, inevitavelmente, era de fraternidade e solidariedade, única maneira de instituir uma comunidade política organizada entre os árabes. Mas, no mundo prático, muitas vezes o recurso à força fez-se necessário. O Islã, como toda religião autêntica de caráter universal, não fomenta a violência gratuita; contudo, também não tolera a injustiça⁵⁸. Por isso, aceita a *jihad*, aquela que pode ser considerada, em linguagem ocidental, uma guerra justa⁵⁹.

De qualquer forma, o Islã não é mais nem menos violento que as outras religiões monoteístas (DEMANT, 2004, p. 340). O Pentateuco na Bíblia cristã (a Torá dos judeus), por exemplo, está repleto de passagens que legitimam e incentivam a agressão (KAMEL, 2007, p. 126/129), exatamente porque, como o Corão, constitui-se no livro sagrado de um povo que vinha buscando sua afirmação política.

Entre xiitas e sunitas, entretanto, desenvolveu-se, desde a morte do Profeta, uma intensa rivalidade, a qual vem atravessando os séculos e persiste até hoje, quase 1.400 anos depois, muitas vezes gerando episódios de ódio manifesto e violência assassina.

A teoria mimética de René Girard – apesar de ele não ter se dedicado no estudo do Islã – parece lançar alguma luz sobre esse fenômeno. Os mitos dos irmãos rivais acompanha a história da cultura, revelando um aspecto profundo da alma humana. São pessoas e grupos de pessoas próximos os que mais rivalizam. E, à medida que uma parte se torna obstáculo para a outra, a disputa fatalmente acaba degenerando em violência.

57 Apesar dessa imagem tradicional de Cristo, Aslan (2013, p. 97/103, 138/142 e 201/214) sustenta que o Jesus histórico teria sido um “zelota”, seguidor de um movimento político-religioso que se opunha à dominação romana e a seus colaboradores judeus inclusive por meios insurreccionais; segundo ele, a imagem pacifista de Jesus Cristo teria sido uma construção de Paulo de Tarso, que não o conheceu pessoalmente e tentou dar-lhe uma feição mais aceitável para os gentios.

58 Como esclarece Armstrong (2000, p. 330), o Corão “condena a guerra em geral e permite apenas a de autodefesa”.

59 Armstrong (2000, p. 63) sugere que o termo *jihad* deve ser traduzido, não por “guerra santa”, mas por “luta” ou “esforço” em todas as frentes: “espiritual, política, social, pessoal, militar e econômica”. Salahi (2010, p. 27), inclusive, indica que o adjetivo “santo”, na terminologia islâmica, somente se aplica a Alá.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como acontece com os Ivans do conto de Gógol, a rivalidade entre os dois Islãs, o xiita e o sunita, decorre de sua excessiva proximidade e da identidade mimética do objeto disputado: a herança da verdadeira mensagem do Profeta e a liderança política do povo muçulmano.

O Islã é utilizado apenas como recurso ideológico de legitimação das posições em conflito, já que a base teológica de ambos os credos é o Corão. O uso indevido da mensagem corânica para disseminar a violência⁶⁰, porém, nada tem a ver com os ensinamentos do Profeta⁶¹, o qual, durante toda a sua vida, lutou pela indivisibilidade da *umma* e pela fraternidade entre os fiéis.

Tal fenômeno, evidentemente, não é exclusivo do mundo muçulmano. Também no seio do Cristianismo, por exemplo, operaram-se divisões fratricidas, a maior de todas no Século XVI que culminou na Guerra dos Trinta Anos, a qual praticamente devastou a Europa (DAWSON, 2014, p. 205/220). Tanto ódio entre seguidores de um mesmo Mestre certamente não poderia ter sua origem na mensagem dele. Ao contrário, nas palavras de Girard, “apenas o ser que nos impede de satisfazer um desejo que ele próprio nos despertou é verdadeiramente objeto de ódio” (GIRARD, 2009, p. 34).

Portanto, não é a religião a causa da violência e das rivalidades que se estabelecem em seu nome⁶². As teofanias autênticas não arcaicas buscam promover a união da comunidade e estimular a concórdia entre as pessoas por meios pacíficos. Líderes religiosos como Moisés, Jesus Cristo, Maomé, Mani, Lao Tsé e o Buda, entre outros, são exemplos de vida e sacrifício pessoal, apesar de toda a aura de mistério que lhes envolve a identidade ou mesmo a existência. A mensagem por eles deixada apresenta surpreendente semelhança, a revelar a verdade profunda daquilo

60 Dadas as instruções contraditórias que se encontram no Corão, já que as revelações ao Profeta não ocorreram de uma vez só, era comum o uso de estratégias de interpretação mais favoráveis às autoridades políticas do momento (ARMSTRONG, 2014, p. 198/200).

61 Maalouf (2011, p. 222) sugere que a deriva que se verifica no mundo muçulmano teria origem na “falta de uma instituição ‘papal’ capaz de traçar a fronteira entre o político e o religioso”.

62 Relativamente ao Islã, Lohlker (2018, p. 414) sugere que a jurisprudência antiga justificadora da expansão do conceito de *jihad* é mais uma “questão humana” que religiosa.

que todos eles pregavam. As particularidades culturais e as contingências políticas conduziram às singularidades de cada uma das doutrinas, mas, no fundo, a orientação deixada é muito parecida.

A religião é uma força poderosa e pervasiva na sociedade (KIMBALL, 2018, p. 59). Portanto, não há dúvida de que ela pode ser utilizada como justificção para a violência⁶³, como, aliás, fartamente registra a História da Humanidade. Afinal, ela constitui um dos mais robustos vínculos comunitários e, como tal, pode ser um importante fator de mobilização social⁶⁴. No entanto, a degradação de uma tradição religiosa parece estar sempre associada a determinantes externas. A mensagem sagrada, em sua verdade mais profunda, não se contamina, tanto que se renova constantemente. O que ocorre, na realidade, é uma deturpação de seu significado, ao qual se agregam objetivos mundanos mais imediatos, geralmente emergentes de rivalidades específicas, desde pessoais e familiares até nacionais.

Mesmo assim, *corruptio optimae pessima*⁶⁵ (SWIDLER, 2004, p. IX). E, em sendo a dimensão religiosa inescapável, talvez a única alternativa existente seja entre “good and bad religion” (TAYLOR, 2004, p. 38), ou seja, entre os aspectos reconciliatórios e pacíficos (verdadeiros porque bons) e os conflitivos e violentos (falsos porque ruins) de cada tradição. Por isso, somente o diálogo e a busca do entendimento entre os diferentes credos podem superar as tentativas de dar-se cobertura religiosa a ódios e agressões.

As autênticas tradições religiosas não sacrificiais, entre as quais certamente se inclui o Islamismo⁶⁶, oferecem, mais do que sentido para a existência humana, modelos de comportamento a serem seguidos. Seus líderes, profetas ou sábios constituem fonte permanente de inspiração para os fiéis, independentemente das disputas que operam em seu meio.

63 Como aponta Armstrong (2014, p. 24), “toda grande tradição religiosa seguiu os rastros da entidade política em que surgiu”.

64 Cavanaugh (2009, *passim*) sustenta que o mito da violência religiosa foi construído com o objetivo de legitimar o Estado-nação secular que teve origem na modernidade e, dessa forma, ocultar a verdade de que a violência decorre da necessidade humana de criar inimigos (diferenciação binária entre “nós” e “eles”) para tornar o mundo inteligível.

65 A corrupção do melhor transforma-o no pior (tradução livre).

66 Segundo Palaver (2018, p. 259/278), a “revolução abraâmica”, a progressiva superação da religiosidade arcaica sacrificial por uma espiritualidade não violenta, é comum tanto ao Judaísmo e ao Cristianismo como ao Islamismo.

REFERÊNCIAS

- ALI, Tariq. 2002. *Confronto de fundamentalismos: Cruzadas, jihad e modernidade*. Rio de Janeiro: Record.
- ANDRADE, Gabriel. 2011. *René Girard: Um retrato intelectual*. São Paulo: É Realizações.
- ARMSTRONG, Karen. 2014. *Campos de sangue: Religião e a história da violência*. São Paulo: Companhia das Letras.
- ARMSTRONG, Karen. 2001. *El Islam*. Barcelona, España: Mondadori.
- ARMSTRONG, Karen. 2000. *Em nome de Deus: O fundamentalismo no Judaísmo, no Cristianismo e no Islamismo*. São Paulo: Companhia de Bolso.
- ARMSTRONG, Karen. 2007. *La gran transformación: El mundo en la época de Buda, Sócrates, Confucio y Jeremías: El origen de las tradiciones religiosas*. Barcelona, España: Paidós.
- ARMSTRONG, Karen. 2002. *Maomé: Uma biografia do Profeta*. São Paulo: Companhia das Letras.
- ASLAN, Reza. 2005. *No god but God: The origins, evolution, and future of Islam*. New York, USA: Random House.
- ASLAN, Reza. 2013. *Zelota: A vida e a época de Jesus de Nazaré*. Rio de Janeiro: Zahar.
- AZEVEDO, Cristiane A. de. 2010. "À procura do conceito de *religio*: Entre o *relegere* e o *religare*". *Religare*. Vol. 7, nº 1, p. 90-96. Março 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/religare/article/view/9773/5351>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- BÍBLIA DE JERUSALÉM. 2019. São Paulo: Paulus.
- BURKERT, Walter. 1983. *Homo necans: The Anthropology of Ancient Greek sacrificial ritual and myth*. Berkeley/Los Angeles, USA: University of California Press.

CAVANAUGH, William T. 2009. *The myth of religious violence: Secular ideology and the roots of modern conflict*. New York, USA: Oxford University Press.

DAWSON, Christopher. 2014. *A divisão da Cristandade: da Reforma Protestante à Era do Iluminismo*. São Paulo: É Realizações.

DEMANT, Peter. 2004. *O mundo muçulmano*. São Paulo: Contexto.

ELIADE, Mircea. 2011. *História das crenças e das ideias religiosas III: De Maomé à Idade das Reformas*. Rio de Janeiro: Zahar.

FARNETI, Robert. 2015. *Mimetic politics: Dyadic patterns in global politics*. East Lansing, USA: Michigan State University Press (*kindle edition*).

GAUCHET, Marcel. 2005. *El desencantamiento del mundo: Una historia política de la religión*. Madrid, España: Trotta.

GIRARD, René. 2011a. *Anorexia e desejo mimético*. São Paulo: É Realizações.

GIRARD, René. 1990. *A violência e o sagrado*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra.

GIRARD, René. 2007. *A voz desconhecida do real: Uma teoria dos mitos arcaicos e modernos*. Lisboa: Instituto Piaget.

GIRARD, René. 2008. *Coisas ocultas desde a fundação do mundo*. São Paulo: Paz e Terra.

GIRARD, René. 2011b. *Dostoiévski: Do duplo à unidade*. São Paulo: É Realizações.

GIRARD, René. 1999. *Eu via Satanás cair como um relâmpago*. São Paulo: Paz e Terra.

GIRARD, René. 2011c. *Evolução e conversão*. São Paulo: É Realizações.

GIRARD, René. 2009. *Mentira romântica e verdade romanesca*. São Paulo: É Realizações.

GIRARD, René. 2004. *O bode expiatório*. São Paulo: Paulus.

- GIRARD, René. 2011d. *O sacrifício*. São Paulo: É Realizações.
- GIRARD, René. 2011e. *Rematar Clausewitz: Além “Da Guerra”*. São Paulo: É Realizações.
- GIRARD, René. 2010. *Shakespeare: Teatro da inveja*. São Paulo: É Realizações.
- GÓGOL, Nikolai. 2014. *A briga dos dois Ivans*. São Paulo, Gruá Livros.
- HAMERTON-KELLY, Robert. 2019. “Um ensaio introdutório”. *Política e apocalipse*. Robert G. Hamerton-Kelly (Org.). São Paulo: É Realizações, p. 9-48.
- HAWTING, G. R. 2002. *The first dynasty of Islam: The Umayyad Caliphate AD 661-750*. London, UK: Taylor & Francis e-Library.
- HAZLETON, Lesley. 2009. *After the Prophet: The epic story of the Shia-Sunni split in Islam*. New York, USA: Doubleday.
- HOURANI, Albert. 2006. *Uma história dos povos árabes*. São Paulo: Companhia de Bolso.
- HUNTINGTON, Samuel. 2010. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva.
- JOHNSON, Paul. 2010a. *Historia del Cristianismo*. Barcelona, España: Zeta.
- JOHNSON, Paul. 2010b. *Jesus: Uma biografia de Jesus Cristo para o século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- KAMEL, Ali. 2007. *Sobre o Islã: A afinidade entre muçulmanos, judeus e cristãos e as origens do terrorismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- KEELEY, Lawrence H. 2011. *A guerra antes da civilização*. São Paulo: É Realizações.
- KIMBALL, Charles. 2018. *When religion becomes evil: Five warning signs*. Sydney, Australia: Harper Collins.

LOHLKER, Rüdiger. 2018. "Islam: Law and violence (and nonviolence)". *Mimetic Theory and world religions*. Wolfgang Palaver e Richard Schenk (Ed.). East Lansing, USA: Michigan State University Press, p. 413-426.

MAALOUF, Amin. 2011. *O mundo em desajuste: Quando nossas civilizações se esgotam*. Rio de Janeiro: DIFEL.

MARTÍNEZ, Desiderio Parrilla. 2017. *René Girard: La violencia desvelada*. Madrid, España: Dykinson.

OUGHOURLIAN, Jean-Michel. 2010. *The genesis of desire*. East Lansing, USA: Michigan State University Press.

PALAVÉ, Wolfgang. 2019. "Carl Schmitt e sua resistência 'apocalíptica' contra uma guerra civil planetária". *Política e apocalipse*. Robert G. Hamerton-Kelly (Org.). São Paulo: É Realizações, p. 103-138.

PALAVÉ, Wolfgang. 2018. "The Abrahamic Revolution". *Mimetic Theory and world religions*. Wolfgang Palaver e Richard Schenk (Ed.). East Lansing, USA: Michigan State University Press, p. 259-278.

RIGHI, Maurício G. 2017. *Pré-história e história: As instituições e as ideias em seus fundamentos religiosos*. São Paulo: É Realizações.

RIGHI, Maurício G. 2019. *Sou o primeiro e o último: Estudo em teoria mimética e apocalipse*. São Paulo: É Realizações.

ROCHA, João Cezar de Castro. 2011. "Teoria mimética e secularismo: Relações perigosas". *René Girard: Um retrato intelectual*. Gabriel Andrade. São Paulo: É Realizações, p. 11-19.

SALAH, Adil. 2010. *Muhammad: Man and Prophet: A complete study of the life of the Prophet of Islam*. Leicestershire, UK: The Islamic Foundation.

SANDERS, E. P. 1993. *The historical figure of Jesus*. London, UK: The Penguin Press.

SEJDINI, Zekirija. 2019. "Islamic Anthropology, based on key passages in the Qur'an". *Mimetic Theory and Islam: The wound where light enters*. Michael Kirwan e Ahmad Achta (Ed.). Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan, p. 31-38.

SWIDLER, Leonard. 2004. "Preface: Beyond violence through dialogue and cooperation". *Beyond violence: Religious sources of social transformation in Judaism, Christianity, and Islam*. James L. Heft (Ed.). New York, USA: Fordham University Press, p. IX-X.

TAYLOR, Charles. 2004. "Notes on the sources of violence: Perennial and modern". *Beyond violence: Religious sources of social transformation in Judaism, Christianity, and Islam*. James L. Heft (Ed.). New York, USA: Fordham University Press, p. 15-42.

VINOLO, Stéphane. 2012. *René Girard: Do mimetismo à hominização*. São Paulo: É Realizações.

WALZER, Michael. 1998. *Tratado sobre la tolerancia*. Barcelona, España: Paidós.

WILLIAMS, James G. (Ed.). 2000. *The Girard reader*. New York, USA: The Crossroad Publishing Company.



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)