

PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E SEGURANÇA JURÍDICA: O IRDR NA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA



<https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527039>

Data de aceite: 17/03/2025

Dandara Christine Alves de Amorim

<https://lattes.cnpq.br/5055360122511316>

Jair Lopes dos Santos Júnior

<http://lattes.cnpq.br/0237418826042029>

RESUMO: O presente artigo analisa o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase em seu impacto na uniformização da jurisprudência, segurança jurídica e eficiência processual. O objetivo é examinar como o IRDR consolida precedentes obrigatórios e estende a coisa julgada a terceiros, promovendo estabilidade nas relações jurídicas. A pesquisa adota abordagem qualitativa, de natureza básica, com procedimento técnico bibliográfico para revisar a literatura existente e fundamentar a discussão. Os resultados indicam que o IRDR cria decisões com eficácia de coisa julgada, aplicáveis a processos pendentes e futuros, prevenindo a rediscussão de questões jurídicas resolvidas. Ademais, a extensão da coisa julgada a terceiros é legitimada pela representação adequada, assegurando a preservação dos direitos dos litigantes. O estudo compara o instituto brasileiro ao *collateral estoppel* do direito estadunidense, destacando a relevância do *due process* e da participação efetiva

no processo judicial. Conclui-se que o IRDR é uma ferramenta essencial para a previsibilidade e consistência das decisões judiciais no Brasil. Ao integrar técnica processual eficaz, o IRDR fortalece a eficiência na resolução de demandas repetitivas e equilibra a segurança jurídica com a justiça social. Este estudo contribui para a compreensão do papel do IRDR no sistema jurídico brasileiro, oferecendo perspectivas relevantes para o aprimoramento da jurisprudência e da proteção dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa Julgada; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Precedentes Obrigatórios. Segurança Jurídica. Uniformização da Jurisprudência.

BINDING PRECEDENTS AND LEGAL CERTAINTY: THE IRDR IN THE UNIFORMIZATION OF BRAZILIAN JURISPRUDENCE

ABSTRACT: This article analyzes the Incident of Resolution of Repetitive Demands (IRDR) within the Brazilian legal system, emphasizing its impact on the uniformization of jurisprudence, legal certainty, and procedural efficiency. The objective is to examine how the IRDR consolidates binding precedents and extends res judicata to third

parties, promoting stability in legal relations. The research adopts a qualitative approach of a basic nature, with a bibliographic technical procedure to review existing literature and underpin the discussion. The results indicate that the IRDR creates decisions with the effectiveness of *res judicata*, applicable to pending and future cases, preventing the rediscussion of resolved legal issues. Moreover, the extension of *res judicata* to third parties is legitimized by adequate representation, ensuring the preservation of litigants' rights. The study compares the Brazilian institute to the concept of collateral estoppel in U.S. law, highlighting the relevance of due process and effective participation in judicial proceedings. It concludes that the IRDR is an essential tool for predictability and consistency in judicial decisions in Brazil. By integrating an effective procedural technique, the IRDR enhances efficiency in resolving repetitive demands and balances legal certainty with social justice. This study contributes to the understanding of the IRDR's role in the Brazilian legal system, offering relevant perspectives for the improvement of jurisprudence and the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: Res Judicata. Incident of Resolution of Repetitive Demands. Binding Precedents. Legal Certainty. Uniformization of Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é uma inovação processual introduzida pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei nº 13.105/2015), que visa a uniformização da interpretação de questões de direito repetitivas em múltiplas ações judiciais. Este mecanismo jurídico tem como propósito central prevenir decisões judiciais conflitantes, promover maior segurança jurídica e eficiência processual, e garantir previsibilidade e estabilidade nas decisões judiciais. Com a crescente complexidade do cenário jurídico brasileiro, caracterizado por um alto número de litígios semelhantes, o IRDR representa uma estratégia eficaz para o enfrentamento da litigiosidade repetitiva, fortalecendo a confiança no sistema judicial.

O IRDR atua de forma a consolidar precedentes obrigatórios que devem ser observados por tribunais e juízes em casos futuros que envolvam a mesma questão jurídica. Essa abordagem garante que decisões contraditórias sejam evitadas, contribuindo para uma aplicação mais uniforme e justa do direito. Além disso, o IRDR estende os efeitos da coisa julgada a terceiros que não participaram diretamente do processo original, desde que seus interesses estejam adequadamente representados. Essa característica é particularmente relevante para assegurar a universalidade e equidade do sistema jurídico.

Este artigo tem como foco principal a análise do IRDR no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, abordando sua aplicação prática, os desafios associados e os benefícios proporcionados ao sistema judiciário. O problema central investigado é como o IRDR pode ser utilizado para garantir decisões judiciais mais uniformes e previsíveis, reduzindo a litigiosidade e assegurando uma aplicação mais eficiente e equitativa do direito. Nesse sentido, a pesquisa busca não apenas descrever o funcionamento do IRDR, mas também avaliar criticamente suas implicações no sistema jurídico brasileiro.

O objetivo geral deste estudo é examinar o impacto do IRDR na uniformização da jurisprudência, com ênfase na consolidação de precedentes obrigatórios e na extensão da coisa julgada a terceiros. Especificamente, procura-se: descrever as principais características do IRDR; discutir os desafios enfrentados na sua aplicação prática; analisar seus benefícios para a segurança jurídica e a eficiência processual; e comparar o IRDR a institutos semelhantes em outros ordenamentos jurídicos, como o *collateral estoppel* do direito estadunidense.

A relevância desta pesquisa reside na importância do IRDR para a resolução de demandas repetitivas, um problema que há tempos desafia a eficiência do sistema judiciário brasileiro. Com a crescente judicialização de questões de massa e a necessidade de assegurar decisões consistentes e previsíveis, o IRDR se tornou uma ferramenta indispensável para juízes, advogados e juristas em geral. Além disso, o estudo oferece subsídios para a reflexão crítica sobre os avanços e as limitações do IRDR, contribuindo para a sua aplicação mais eficaz no contexto jurídico nacional.

A metodologia adotada para a realização deste estudo é baseada em pesquisa bibliográfica, utilizando fontes acadêmicas consagradas, artigos científicos e legislação pertinente. A abordagem qualitativa permite uma análise aprofundada das nuances e implicações práticas do IRDR, capturando as complexidades do tema além de dados meramente quantitativos. O método dedutivo orienta a pesquisa, partindo de conceitos gerais sobre precedentes obrigatórios e coisa julgada para uma análise detalhada e específica do IRDR. Complementarmente, o método comparativo é utilizado para enriquecer a análise, confrontando o modelo brasileiro com experiências estrangeiras e identificando similaridades e diferenças relevantes.

O artigo está organizado em três seções principais, além desta introdução e das considerações finais. Na primeira seção, é feita uma revisão teórica sobre os precedentes obrigatórios e a coisa julgada, com destaque para a sua aplicação prática no contexto do IRDR. Explora-se como esses elementos jurídicos contribuem para a uniformização da jurisprudência e a segurança jurídica, com ênfase nas implicações para terceiros. A segunda seção aborda os desafios práticos enfrentados na implementação do IRDR, discutindo aspectos como a representatividade adequada, a eficácia da coisa julgada e a resistência de operadores do direito à adoção de precedentes vinculativos. A terceira seção apresenta uma análise comparativa entre o IRDR e institutos semelhantes em outras jurisdições, como o *collateral estoppel* do sistema jurídico estadunidense, destacando as lições que podem ser aprendidas para aprimorar a aplicação do IRDR no Brasil.

Por fim, as considerações finais sintetizam os principais achados do estudo, destacando a relevância do IRDR como um instrumento de uniformização da jurisprudência e de promoção da eficiência processual. Além disso, são apresentadas reflexões sobre as limitações do instituto e propostas de aprimoramento para garantir sua plena eficácia no sistema jurídico brasileiro.

Ao adotar uma abordagem ampla e crítica, este estudo busca contribuir para a compreensão do papel do IRDR no fortalecimento da segurança jurídica e na promoção de uma justiça mais eficiente e equitativa. Acredita-se que a análise apresentada pode fornecer subsídios valiosos para juristas e acadêmicos interessados em aprofundar seus conhecimentos sobre esse importante instrumento processual, ao mesmo tempo em que promove o debate sobre sua aplicação prática e os desafios associados.

A RELEVÂNCIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO CONTEXTO DO IRDR: UNIFORMIZAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA E DESAFIOS PRÁTICOS

Os precedentes obrigatórios representam decisões judiciais que devem ser seguidas por tribunais e juízes em casos futuros que envolvam questões jurídicas similares ou idênticas. Essa prática desempenha um papel fundamental no fortalecimento da uniformidade na aplicação do direito, garantindo coerência, previsibilidade e segurança jurídica no sistema judicial brasileiro. No contexto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), os precedentes obrigatórios assumem uma posição estratégica, pois promovem a resolução uniforme de controvérsias recorrentes, evitam decisões contraditórias e otimizam a eficiência processual.

Introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, o IRDR foi concebido para enfrentar de maneira sistemática os desafios relacionados à judicialização excessiva e à multiplicação de litígios sobre questões similares. Seu principal objetivo é consolidar precedentes obrigatórios, de forma que uma única decisão vinculativa seja capaz de orientar a solução de diversos casos similares. Essa abordagem, prevista no artigo 927 do CPC, busca uniformizar a interpretação do direito, promovendo maior segurança jurídica e eficiência para todas as partes envolvidas. A abrangência do IRDR transcende o julgamento individual de casos, representando uma inovação processual que fortalece a estabilidade do sistema jurídico.

O IRDR atua em três dimensões temporais distintas: no passado, organiza litígios repetitivos já existentes e em andamento; no presente, estabelece um modelo eficiente para o julgamento de causas pendentes; e, no futuro, cria precedentes obrigatórios que vinculam a interpretação do direito em casos similares. Essa tripla abordagem demonstra o papel abrangente do IRDR no enfrentamento de questões repetitivas e na redução da litigiosidade. Além disso, a consolidação de precedentes obrigatórios por meio do IRDR assegura que a aplicação do direito se torne cada vez mais uniforme e previsível, evitando decisões divergentes que poderiam comprometer a confiança no sistema judicial.

Uma característica central dos precedentes obrigatórios no contexto do IRDR é sua eficácia vinculativa, que equivale à coisa julgada. Isso significa que as decisões proferidas no âmbito do IRDR, além de resolverem a questão jurídica em análise, passam a ser observadas de forma obrigatória por todos os tribunais e juízes ao julgarem casos que versem sobre a mesma matéria. Tal eficácia vinculativa é regulamentada pelo artigo 985 do CPC, que determina que as decisões do IRDR sejam aplicadas não apenas aos processos pendentes, mas também aos futuros. Assim, o IRDR é uma ferramenta essencial para a construção de um sistema jurídico mais previsível e confiável.

Os precedentes obrigatórios desempenham também um papel central na promoção da segurança jurídica e da igualdade no tratamento jurisdicional. Ao garantir que casos semelhantes sejam decididos de forma consistente, os precedentes eliminam discrepâncias e reforçam a isonomia no julgamento de demandas judiciais. Essa uniformidade decisória promove estabilidade nas relações sociais e jurídicas, permitindo que as partes envolvidas em litígios tenham maior previsibilidade sobre o resultado de suas demandas. Além disso, essa prática evita que as decisões judiciais sejam influenciadas por subjetividades, contribuindo para uma aplicação mais objetiva e técnica do direito.

Outro aspecto importante é a distinção entre coisa julgada e precedentes obrigatórios, uma vez que ambos desempenham funções complementares, mas possuem características distintas. Enquanto a coisa julgada confere definitividade às decisões judiciais, impedindo sua rediscussão em processos futuros, os precedentes obrigatórios têm uma aplicação mais ampla, pois vinculam juízes e tribunais em sua interpretação do direito em casos semelhantes. Essa distinção é essencial para o funcionamento integrado dessas ferramentas no contexto do IRDR, que utiliza os precedentes como instrumento para uniformizar a jurisprudência e assegurar maior estabilidade jurídica.

A adoção de precedentes obrigatórios também apresenta um impacto significativo no processo de evolução do direito. Ao estabelecer diretrizes interpretativas claras e vinculativas, os precedentes contribuem para a adaptação do ordenamento jurídico às demandas contemporâneas da sociedade. Esse processo permite que o direito evolua de maneira coerente e fundamentada, integrando avanços sociais e jurídicos ao mesmo tempo em que mantém a uniformidade e a previsibilidade na aplicação das normas. Dessa forma, o IRDR não apenas resolve questões jurídicas específicas, mas também desempenha um papel pedagógico na formação da jurisprudência e no desenvolvimento do sistema de justiça.

Apesar dos benefícios evidentes, a implementação prática dos precedentes obrigatórios por meio do IRDR enfrenta desafios significativos. Um dos principais entraves é a resistência de operadores do direito à adoção de uma cultura baseada em precedentes, que ainda é relativamente recente no Brasil. Essa resistência está associada à tradição jurídica nacional, que sempre privilegiou a análise individualizada dos casos. Além disso, a eficácia dos precedentes obrigatórios depende da qualidade das decisões judiciais, que precisam ser fundamentadas de forma clara, objetiva e técnica, para garantir sua aplicação adequada em casos futuros.

Outro desafio importante é assegurar que os interesses de todos os litigantes sejam devidamente representados no processo que origina o precedente obrigatório. A representatividade adequada é essencial para a legitimidade das decisões proferidas no âmbito do IRDR, garantindo que os direitos de todos os envolvidos sejam respeitados. Para isso, é imprescindível que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam rigorosamente observados, permitindo que todas as partes tenham a oportunidade de apresentar suas argumentações e influenciar o resultado do processo.

Os precedentes obrigatórios também exigem uma atenção especial ao seu impacto social e econômico. Ao uniformizar a interpretação do direito, eles podem influenciar diretamente diversos setores da sociedade, desde questões de consumo até políticas públicas. Portanto, é fundamental que as decisões proferidas no âmbito do IRDR sejam equilibradas e sensíveis às implicações práticas de sua aplicação. Essa abordagem holística assegura que os precedentes cumpram seu papel de promover justiça e eficiência sem comprometer os direitos fundamentais ou os interesses coletivos.

Em suma, os precedentes obrigatórios no contexto do IRDR representam uma ferramenta indispensável para a modernização e aprimoramento do sistema jurídico brasileiro. Eles promovem a uniformização da jurisprudência, fortalecem a segurança jurídica e contribuem para a evolução do direito de maneira coerente e fundamentada. Apesar dos desafios práticos, sua consolidação é um marco significativo para a construção de um sistema de justiça mais eficiente, previsível e equitativo. Com a adoção de boas práticas e o fortalecimento da cultura de precedentes, o IRDR tem o potencial de transformar positivamente a realidade jurídica brasileira, oferecendo um modelo de resolução de litígios que equilibra eficiência, justiça e estabilidade.

A COISA JULGADA NO IRDR: IMPLICAÇÕES, EXTENSÃO PARA TERCEIROS E DESAFIOS NA PROMOÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A coisa julgada é um instituto jurídico essencial que confere definitividade às decisões judiciais, impedindo sua modificação ou rediscussão em demandas futuras. Sua principal finalidade é assegurar a estabilidade das relações jurídicas, fortalecer a segurança jurídica e preservar a autoridade das decisões judiciais. No âmbito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), a coisa julgada adquire um papel ainda mais relevante, especialmente em relação à sua aplicação ampliada, que se estende para terceiros que não participaram diretamente do processo originário.

A aplicação ampliada da coisa julgada no contexto do IRDR é regulada pelo Código de Processo Civil (CPC) e foi destacada por Marioni (2023, p. 24), que ressalta sua eficácia vinculativa para todos os processos individuais ou coletivos que tratem da mesma questão jurídica. Nesse cenário, a decisão tomada em um IRDR não apenas resolve a controvérsia no caso específico, mas também vincula outros litígios pendentes e futuros que envolvam a mesma matéria. Tal eficácia ampliada promove uniformidade e previsibilidade nas decisões judiciais, valores fundamentais para a estabilidade do sistema jurídico.

No entanto, a extensão da coisa julgada para terceiros exige uma análise cuidadosa quanto à garantia dos direitos fundamentais desses indivíduos, como o contraditório e a ampla defesa. Conforme observa Cavalcanti (2015, p. 6), o direito ao contraditório não se limita ao direito de informação e reação, mas inclui a possibilidade de participação ativa e efetiva no processo judicial. Essa abordagem assegura que os interesses dos terceiros sejam adequadamente representados, evitando que a imposição de uma decisão judicial se torne arbitrária ou injusta.

No âmbito prático, a aplicação do IRDR nos juizados especiais exemplifica a relevância da coisa julgada em promover estabilidade e eficiência processual. Entretanto, como observa Koehler (2017, p. 15), esse processo enfrenta desafios significativos, incluindo incoerências sistêmicas e resistências culturais. Apesar disso, a adoção do IRDR nos juizados é vista como indispensável para garantir a obediência ao sistema de precedentes e estabilizar a jurisprudência, especialmente em cenários de alta litigiosidade.

Uma comparação com o direito estadunidense, conforme destaca Marioni (2023, p. 31), oferece insights valiosos sobre a extensão da coisa julgada para terceiros. O conceito de *collateral estoppel*, utilizado no sistema jurídico dos Estados Unidos, proíbe a rediscussão de questões já decididas, desde que o terceiro tenha tido uma oportunidade adequada de participação no processo inicial. Esse princípio, que protege o *due process*, reforça a importância de assegurar que nenhuma parte seja prejudicada por uma decisão sem ter tido a chance de apresentar seus argumentos. No Brasil, a extensão da coisa julgada para terceiros no IRDR reflete essa lógica, garantindo a legitimidade e a equidade das decisões judiciais.

Embora coisa julgada e precedentes obrigatórios compartilhem o objetivo de garantir estabilidade e uniformidade nas decisões judiciais, possuem diferenças conceituais marcantes. A coisa julgada confere definitividade às decisões judiciais, impedindo sua rediscussão e vinculando exclusivamente as partes envolvidas no litígio original. Já os precedentes obrigatórios, ao estabelecerem diretrizes interpretativas gerais, vinculam todos os juízes e tribunais, independentemente de sua participação no caso originário. Conforme Marioni (2023, p. 64), os precedentes obrigatórios buscam assegurar unidade interpretativa e tratamento igualitário, enquanto a coisa julgada protege a autoridade do Poder Judiciário e a segurança jurídica em casos específicos.

Essa distinção é especialmente relevante no contexto do IRDR, onde a eficácia da coisa julgada se estende para além das partes originalmente envolvidas, impactando terceiros de maneira significativa. Para que essa extensão seja legítima, é imprescindível garantir uma representatividade adequada no processo que originou a decisão vinculativa. Apenas dessa forma é possível assegurar que os direitos de todos os litigantes sejam respeitados e que o princípio do contraditório seja plenamente observado.

A eficácia ampliada da coisa julgada no IRDR traz inúmeros benefícios para o sistema jurídico brasileiro. Ao eliminar a possibilidade de rediscussão de questões já decididas, ela promove uniformidade e previsibilidade nas decisões judiciais, contribuindo para a redução da litigiosidade e para a eficiência processual. Além disso, a extensão da coisa julgada evita decisões conflitantes em casos similares, fortalecendo a confiança dos jurisdicionados na estabilidade e integridade do sistema judicial.

Por outro lado, é importante reconhecer os desafios práticos associados à extensão da coisa julgada no contexto do IRDR. Garantir que todos os interesses envolvidos sejam devidamente representados exige um compromisso rigoroso com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Além disso, é necessário assegurar que as decisões proferidas no âmbito do IRDR sejam fundamentadas de maneira clara e objetiva, para que sua aplicação em casos futuros seja precisa e efetiva.

A análise comparativa com o sistema jurídico estadunidense reforça a importância de adotar práticas que respeitem os direitos fundamentais dos litigantes, ao mesmo tempo em que promovem eficiência e uniformidade no julgamento de demandas repetitivas. O exemplo do *collateral estoppel* destaca como o respeito ao *due process* é essencial para a legitimidade das decisões judiciais, oferecendo uma referência valiosa para o aprimoramento da extensão da coisa julgada no Brasil.

Desse modo, a extensão da coisa julgada para terceiros no contexto do IRDR é uma inovação jurídica que contribui significativamente para a uniformidade e a segurança jurídica no Brasil. Apesar dos desafios práticos, sua implementação tem potencial para transformar o sistema judicial, promovendo maior estabilidade, eficiência e justiça nas decisões judiciais. Para que esse potencial seja plenamente realizado, é essencial continuar investindo em mecanismos que assegurem a representatividade adequada e o respeito aos direitos fundamentais, consolidando a legitimidade das decisões proferidas no âmbito do IRDR.

ESTABILIDADE E A UNIFORMIDADE DAS DECISÕES NO CONTEXTO DO IRDR

No âmbito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), a busca por estabilidade e uniformidade nas decisões judiciais é um dos pilares fundamentais. O IRDR foi projetado para assegurar que questões jurídicas idênticas, frequentemente levantadas em diversas ações judiciais, sejam tratadas de maneira uniforme, eliminando a possibilidade de decisões conflitantes. Essa uniformidade não apenas fortalece a segurança jurídica, mas também promove a eficiência do sistema judiciário ao reduzir a necessidade de revisitação das mesmas questões.

A aplicação uniforme das teses jurídicas estabelecidas pelo IRDR é garantida pelo Código de Processo Civil (CPC), que exige que todas as decisões derivadas de um incidente de resolução de demandas repetitivas sejam aplicadas tanto a processos pendentes quanto a casos futuros que tratem de idênticas questões de direito. Essa exigência legal busca consolidar um sistema de precedentes vinculativos que otimizem a administração da justiça, promovendo previsibilidade e confiança no sistema jurídico.

Embora exista a possibilidade teórica de revisão das teses jurídicas estabelecidas pelo IRDR, conforme disposto no artigo 986 do CPC, essa revisão é extremamente limitada. Essa rigidez visa garantir a estabilidade e a durabilidade das teses jurídicas, uma vez que revisões frequentes poderiam comprometer a uniformidade das decisões e enfraquecer a segurança jurídica. A estabilidade dessas decisões é essencial para assegurar que questões já decididas não sejam rediscutidas, preservando o esforço do sistema judicial em regularizar demandas repetitivas de maneira eficiente.

A proteção da segurança jurídica não se limita à uniformidade das decisões, mas também exige que os interesses de todos os envolvidos sejam devidamente representados durante o processo de definição das teses jurídicas. Para isso, é imprescindível observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, garantindo que os litigantes tenham a oportunidade de influenciar ativamente a formulação das decisões que serão aplicadas amplamente. Sem essa representatividade adequada, o uso do IRDR poderia levar a decisões injustas, comprometendo a legitimidade das teses jurídicas estabelecidas.

No plano prático, o IRDR também desempenha um papel central na resolução de litígios nos juizados especiais. Apesar dos desafios associados, como a adaptação ao sistema de precedentes e a resistência cultural entre operadores do direito, sua implementação tem se mostrado essencial para a estabilização da jurisprudência nesses contextos. Essa estabilização não apenas facilita o julgamento de processos repetitivos, mas também fortalece a confiança do público na consistência e imparcialidade do sistema jurídico.

Um exemplo valioso da eficácia do IRDR pode ser observado ao comparar seu funcionamento com o conceito de *collateral estoppel* no sistema jurídico dos Estados Unidos. Assim como no Brasil, o sistema estadunidense utiliza mecanismos para evitar a rediscussão de questões já decididas, garantindo que ninguém seja prejudicado sem ter tido a oportunidade de participar do processo inicial. Esse princípio ressalta a importância de proteger os direitos fundamentais e a legitimidade das decisões judiciais, aspectos que também estão presentes na aplicação do IRDR.

A consolidação da tese jurídica no IRDR não só estabelece diretrizes claras para o julgamento de litígios similares, mas também reforça a igualdade no tratamento jurisdicional. A uniformidade decisória evita interpretações conflitantes, promovendo uma aplicação justa e equitativa do direito. Essa abordagem contribui para que as relações sociais sejam estabilizadas, permitindo que as partes envolvidas em litígios tenham maior previsibilidade sobre os resultados das ações judiciais.

Ao atribuir à decisão proferida no IRDR a eficácia de precedente vinculativo, o CPC reforça o compromisso do sistema jurídico brasileiro com a uniformização e a previsibilidade. Essa eficácia vinculativa é aplicada tanto aos casos em trâmite quanto àqueles que venham a ser ajuizados, garantindo que todos os tribunais e juízes sigam a mesma interpretação jurídica em situações similares. Além disso, o sistema impede que litígios pendentes sejam resolvidos antes da conclusão do IRDR, assegurando que as decisões sejam consistentes com as teses jurídicas estabelecidas.

É relevante destacar que a efetividade do IRDR depende da repetição efetiva de processos sobre a mesma questão jurídica, conforme prevê o artigo 976 do CPC. Essa exigência visa assegurar que o uso do IRDR seja reservado para questões que realmente demandem uniformização, evitando a sobrecarga do sistema judicial com a análise de situações que não possuem relevância coletiva. Essa limitação é essencial para que o IRDR seja utilizado de maneira estratégica, atendendo aos objetivos de eficiência e segurança jurídica.

A suspensão de processos pendentes enquanto o IRDR está em análise também desempenha um papel importante na proteção da tese jurídica. Essa suspensão garante que a discussão seja concentrada em um único foro, permitindo que a questão seja examinada de forma aprofundada e uniforme. Essa prática reforça a integridade do IRDR, ao mesmo tempo em que assegura que a tese jurídica resultante seja amplamente aceita e aplicada.

Em síntese, o IRDR é uma ferramenta indispensável para a modernização e eficiência do sistema jurídico brasileiro. Ao consolidar a uniformidade das decisões e promover a segurança jurídica, o IRDR não apenas resolve demandas repetitivas, mas também contribui para a evolução e estabilização do direito. Contudo, para que alcance todo o seu potencial, é essencial que os princípios de representatividade, contraditório e ampla defesa sejam rigorosamente observados. Somente assim será possível garantir que as teses jurídicas estabelecidas pelo IRDR sejam legítimas, eficazes e alinhadas aos valores fundamentais do Estado de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma análise detalhada dos precedentes obrigatórios e da coisa julgada em benefício de terceiros no contexto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), torna-se evidente a importância dessa técnica processual no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo revelou que o IRDR é uma ferramenta indispensável para a promoção da uniformidade e da eficiência nas decisões judiciais, contribuindo diretamente para a segurança jurídica e a previsibilidade no sistema judicial.

Os precedentes obrigatórios estabelecidos no âmbito do IRDR desempenham um papel essencial para assegurar que questões jurídicas idênticas sejam resolvidas de maneira uniforme, evitando decisões contraditórias e fortalecendo a estabilidade das relações jurídicas. Essa uniformidade é crucial para garantir que os cidadãos e as instituições confiem no sistema judicial, sabendo que as decisões são tomadas com base em interpretações consistentes e fundamentadas do direito. Além disso, a adoção de precedentes obrigatórios melhora a eficiência processual, ao reduzir o tempo e os recursos necessários para resolver litígios repetitivos.

A coisa julgada, no contexto do IRDR, amplia sua eficácia para alcançar terceiros, oferecendo uma solução prática e eficiente para evitar a multiplicidade de litígios sobre a mesma questão jurídica. Essa extensão é justificada pela necessidade de preservar a estabilidade e a previsibilidade no sistema jurídico, assegurando que as decisões proferidas não sejam constantemente revisadas ou rediscutidas. A legitimidade dessa extensão, no entanto, depende da garantia de que os interesses de todos os litigantes, incluindo os terceiros, sejam devidamente representados e protegidos. Isso exige que o processo que origina a coisa julgada respeite rigorosamente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A comparação com o direito estadunidense reforça a legitimidade e a eficácia do IRDR no Brasil. O conceito de *collateral estoppel*, utilizado nos Estados Unidos, destaca a importância de impedir a rediscussão de questões já decididas, desde que as partes tenham tido a oportunidade de participar do processo inicial. Essa abordagem, que prioriza o *due process*, oferece uma perspectiva valiosa para aprimorar a aplicação do IRDR, ao assegurar que nenhum litigante seja prejudicado sem ter tido a chance de apresentar seus argumentos. Essa prática, incorporada no IRDR, não apenas promove a eficiência judicial, mas também fortalece a confiança dos cidadãos na imparcialidade e na equidade do sistema jurídico.

A estabilidade da tese jurídica estabelecida pelo IRDR é outro ponto fundamental. Uma vez que a tese jurídica é consolidada, sua revisão somente deve ocorrer em circunstâncias excepcionais, como mudanças significativas nos valores sociais ou em fatos jurídicos. Essa estabilidade é indispensável para garantir a segurança jurídica, proporcionando uma base confiável para que os cidadãos e as instituições orientem suas condutas de acordo com as interpretações estabelecidas. A rigidez do IRDR nesse aspecto reforça sua eficácia como instrumento de uniformização jurisprudencial.

Além disso, as descobertas desta pesquisa destacam a necessidade de capacitar os operadores do direito envolvidos no IRDR, especialmente no que se refere à representatividade adequada e ao respeito aos direitos fundamentais. A formação contínua de juízes, advogados e representantes processuais é crucial para garantir que as decisões tomadas no âmbito do IRDR sejam legítimas, técnicas e alinhadas aos valores fundamentais do Estado de Direito.

Portanto, conclui-se que o IRDR desempenha um papel estratégico no fortalecimento do sistema judicial brasileiro, promovendo a uniformidade da jurisprudência, a segurança jurídica e a eficiência processual. Apesar dos desafios práticos, como a resistência cultural à adoção de precedentes obrigatórios e a necessidade de garantir a representatividade adequada, o IRDR tem se mostrado uma ferramenta indispensável para modernizar e aprimorar o ordenamento jurídico nacional.

As contribuições deste estudo são significativas para o entendimento e a aplicação eficaz do IRDR, oferecendo insights valiosos para juristas, acadêmicos e advogados. Em termos de avanços futuros, é essencial que as instituições judiciais continuem investindo na consolidação do IRDR como instrumento de resolução de demandas repetitivas, garantindo que sua aplicação seja acompanhada de rigor técnico e respeito aos princípios constitucionais. Dessa forma, será possível consolidar o IRDR como uma prática que equilibra eficiência processual, justiça social e segurança jurídica no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. In: Revista de processo. 2015. p. 221-242. Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/85237>>. Acesso em: 15/06/2024.

ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. **Musterverfahren X Pilotverfahren**: Os Regimes De Irdre Adotados Pelos Tribunais Regionais Federais. Publicações da Escola da AGU, v. 9, n. 4, 2017. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.09_n.04.pdf#page=143>. Acesso em: 15/06/2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/06/2024.

BRASIL. **LEI 13.105**, de 16 de março de 2015. Código De Processo Civil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14/06/2024.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, Brasil, v. 7, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/264>>. Acesso em: 15 jun. 2024.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Questões polêmicas da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no microsistema dos juizados especiais**. Revista da AJUFE, São Paulo, Letras Jurídicas, v. 30, n. 96, p. 247-264, 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/226967617.pdf>>. Acesso em: 15/06/2024.

MARIONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente/ Luiz Guilherme Marinoni. – 3. Ed. Rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SIMÃO, Lucas Pinto. **O incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”)**. 2017. Disponível em: <<https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: 15/06/2024.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR., Jaldemiro R. de (coords). Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015.

VON JHERING, Rudolph, 1818-1892. **A luta pelo direito** - Der Kampf ums recht / Rodolph Von Jhering; tradução de Dominique Makins. – São Paulo: Hunter Books, 2012. ISBN: 978-85-65042-06-2.

ZANETI, Hermes Jr. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FACTORES DE CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS DE LAS PERSONERÍAS MUNICIPALES, PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL



<https://doi.org/10.22533/at.ed.6681125270310>

Data de aceite: 18/03/2025

Juan David Morales Gómez

Abogado de la Universidad de Medellín,
Especialista en Seguridad Social de la
Universidad Autónoma Latinoamericana,
Especialista en Contratación Estatal
Universidad de Medellín, Candidato a
Magíster En Contratación Estatal de la
Universidad de Medellín

Adriana Patricia Arboleda López

Abogada Conciliadora y Docente
Universitaria. Doctora en Derecho
Procesal Contempóraneo y Magister
en Derecho Procesal, Especialista en
Derecho Administrativo
<https://orcid.org/0000-0001-6864-5911>

Artículo Científico producto de la tesis de grado de la investigación titulada Factores De Cumplimiento De Las Decisiones Disciplinarias De Las Personerías Municipales, Para garantizar la transparencia en La Contratación Estatal. En la Maestría en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.

RESUMEN: La investigación analiza el papel fundamental que desempeñan las personerías municipales en la vigilancia y control de los procesos contractuales a nivel municipal. El estudio se enfoca en

determinar los factores que influyen en la efectividad de las decisiones disciplinarias de las personerías, identificando aspectos normativos, faltas contractuales recurrentes y el impacto de las sanciones en la promoción de la transparencia. La investigación emplea un enfoque cualitativo y una metodología jurídica dogmática hermenéutica y documental, basada en el análisis de normativas, jurisprudencia, doctrina, tesis bases de datos de revistas indexadas. Se concluye que el fortalecimiento de las personerías municipales, la aplicación efectiva del régimen disciplinario, y la promoción de la independencia y la objetividad en sus actuaciones, son claves para garantizar la transparencia en la contratación estatal.

PALABRAS CLAVE: Control disciplinario, contratación pública, Personería Municipales.

FACTORS FOR COMPLIANCE WITH DISCIPLINARY DECISIONS OF MUNICIPAL PERSONNEL, TO GUARANTEE TRANSPARENCY IN STATE CONTRACTING

ABSTRACT: The research analyzes the fundamental role played by these entities in

the monitoring and control of contractual processes at the municipal level. The study focuses on determining the factors that influence the effectiveness of the disciplinary decisions of the officials, identifying normative aspects, recurrent contractual faults and the impact of sanctions on the promotion of transparency. The research uses a qualitative approach and a legal methodology, based on the analysis of regulations, jurisprudence and doctrine. It is concluded that strengthening municipal entities, effectively applying the disciplinary regime, and promoting independence and objectivity in their actions are key to ensuring transparency in government contracting.

KEYWORDS: Disciplinary control, Public Procurement, Municipal Ombudsman's Office.

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal en Colombia, a pesar de ser un pilar fundamental para el desarrollo del país, se ha visto empañada por la corrupción, que socava la confianza ciudadana y afecta la eficiencia de la gestión pública. Según la Contraloría General de la República, las pérdidas por corrupción en la contratación estatal ascienden a miles de millones de pesos cada año, lo que evidencia la necesidad de fortalecer los mecanismos de control y vigilancia. En este contexto, las personerías municipales desempeñan un rol crucial en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los servidores públicos que intervienen en los procesos contractuales. Sin embargo, diversos estudios han señalado que la efectividad de las decisiones disciplinarias de las personerías municipales se ve limitada por factores como la falta de recursos, la injerencia política y la complejidad de los casos de corrupción. Ante esta situación, surge la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los factores que inciden en el cumplimiento de las decisiones disciplinarias de las personerías municipales en Colombia y cómo se puede fortalecer su rol en la promoción de la transparencia en la contratación estatal?

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo general analizar los factores que influyen en el cumplimiento de las decisiones disciplinarias de las personerías municipales en Colombia y su impacto en la transparencia de la contratación estatal. Para ello, se plantean los siguientes objetivos específicos: (1) Identificar los aspectos normativos que regulan la función disciplinaria de las personerías municipales; (2) Describir las principales faltas disciplinarias que se cometen en la contratación estatal; (3) Analizar los factores que inciden en el cumplimiento de las decisiones disciplinarias de las personerías municipales; y (4) Formular recomendaciones para fortalecer el rol de las personerías municipales en la promoción de la transparencia en la contratación estatal.

La tesis se estructura en cuatro capítulos. En el primer capítulo, se presenta el marco teórico, que incluye los conceptos de función disciplinaria, contratación estatal, transparencia y el rol de las personerías municipales. El segundo capítulo se centra en el análisis de la normativa que regula la función disciplinaria de las personerías municipales. En el tercer capítulo, se describen las principales faltas disciplinarias que se cometen en

la contratación estatal y se analizan los factores que inciden en el cumplimiento de las decisiones disciplinarias de las personerías municipales. Finalmente, en el cuarto capítulo, se formulan recomendaciones para fortalecer el rol de las personerías municipales en la promoción de la transparencia en la contratación estatal.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO

Función disciplinaria

La función disciplinaria es una potestad del Estado para sancionar a sus autoridades o agentes en el marco de la función pública. Su propósito es asegurar que las actuaciones de los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas se ajusten a la legalidad, rectitud, transparencia, eficacia, eficiencia y moralidad estatal. El derecho disciplinario en Colombia se fundamenta en las teorías sobre el *ius puniendi* del Estado, la ilicitud sustancial y las relaciones especiales de sujeción. El *ius puniendi* se refiere al derecho del Estado de castigar las conductas que atenten contra el ordenamiento jurídico. La ilicitud sustancial se refiere a las conductas que afectan gravemente el cumplimiento de los fines estatales. Las relaciones especiales de sujeción se refieren a la relación entre el Estado y los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas.

Principios de la contratación estatal

Los principios de la contratación estatal son directrices que guían la interpretación y aplicación de las normas contractuales. Buscan la eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Los principios que rigen la contratación estatal son: la transparencia, la economía, la responsabilidad, la selección objetiva y la buena fe.

Faltas disciplinarias

La falta disciplinaria se define como la incursión en conductas que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses. Las faltas disciplinarias se clasifican en gravísimas, graves y leves.

Transparencia en la gestión pública

La transparencia en la gestión pública implica la obligación de las entidades estatales de garantizar el acceso a la información pública, rendir cuentas a la ciudadanía y permitir su participación en la toma de decisiones. Busca prevenir la corrupción, fortalecer

la democracia y fomentar la confianza ciudadana en las instituciones. En Colombia, la Ley 1712 de 2014 regula el derecho de acceso a la información pública.

Personerías municipales y su rol en el control disciplinario

Las personerías municipales son entidades del Ministerio Público que ejercen funciones de vigilancia de la conducta oficial, promoción y protección de los derechos humanos, defensa del interés público y control disciplinario, especialmente a nivel municipal. Tienen la facultad de investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos del orden municipal, excepto a los alcaldes y concejales, cuya competencia recae en la Procuraduría General de la Nación.

CAPÍTULO 2. FACTORES QUE INFLUYEN EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DE LAS PERSONERÍAS MUNICIPALES

2.1 Las personerías municipales y las oficinas de control interno disciplinario

Las personerías municipales, como parte del Ministerio Público, son entidades autónomas e independientes presentes en los municipios del país. Cuentan con una planta mínima de personal, compuesta por el personero y el secretario, especialmente en municipios de quinta y sexta categoría. Esta estructura organizacional simple y el limitado talento humano dificultan el cumplimiento de sus funciones, incluyendo las relacionadas con el control disciplinario. A pesar de su autonomía, las personerías municipales están sujetas al control del Ministerio Público, lo que plantea la necesidad de una articulación funcional y técnica entre estas entidades.

Las personerías municipales comparten la competencia en materia disciplinaria con las oficinas de control interno disciplinario de las entidades municipales. Sin embargo, las limitaciones en recursos humanos y financieros, especialmente en municipios de categoría quinta y sexta, dificultan el cumplimiento efectivo de sus funciones disciplinarias.

2.2 Medidas sancionatorias de las personerías municipales en procesos con incidencia contractual

Las personerías municipales tienen la potestad de imponer sanciones a los servidores públicos municipales que incurran en faltas disciplinarias, incluyendo aquellas relacionadas con la contratación pública. Estas sanciones buscan prevenir y corregir conductas que afecten la transparencia y los principios de la contratación estatal. Sin embargo, las limitaciones en la estructura y recursos de las personerías municipales pueden afectar la efectividad de estas sanciones.

2.3 Análisis de la efectividad de las decisiones de las personerías municipales

La efectividad de las decisiones de las personerías municipales en materia disciplinaria se ve afectada por diversos factores, incluyendo su capacidad operativa y técnica, la posible injerencia política y la falta de mecanismos de seguimiento y ejecución de las sanciones.

2.4 Propuestas para mejorar el cumplimiento de los objetivos de las personerías municipales

Para mejorar el cumplimiento de los objetivos de las personerías municipales, se proponen diversas medidas, como fortalecer su estructura organizacional y talento humano, promover la articulación con otras entidades, garantizar su independencia y autonomía, fortalecer los mecanismos de seguimiento y ejecución de las sanciones, y promover la transparencia y rendición de cuentas.

CAPÍTULO 3, ASPECTOS NORMATIVOS QUE CONLLEVAN A QUE LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS DE LAS PERSONERÍAS MUNICIPALES NO SEAN EFECTIVAS

3.1 Análisis de la Ley 734 de 2002 en relación con las decisiones disciplinarias de las personerías municipales

La Ley 734 de 2002, por la cual se expidió el Código Disciplinario Único, fue el marco normativo que reguló el régimen disciplinario de los servidores públicos en Colombia desde su promulgación hasta la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019. Durante sus más de 17 años de vigencia, este estatuto estableció las normas sustantivas y procesales para investigar y sancionar las faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos y los particulares que ejercieran funciones públicas (Congreso de la República de Colombia, 2002).

Uno de los aspectos fundamentales de la Ley 734 de 2002 era la titularidad de la potestad disciplinaria. De acuerdo con el artículo 2 de este estatuto, el Estado era el titular de la potestad disciplinaria, la cual se ejercía por la Procuraduría General de la Nación; las Personerías Distritales y Municipales; las oficinas de control disciplinario interno de las entidades públicas; y los funcionarios con potestad disciplinaria (Congreso de la República de Colombia, 2002).

Esta distribución de competencias buscaba asegurar una cobertura amplia y efectiva en el ejercicio de la acción disciplinaria, permitiendo que diferentes autoridades, según su ámbito de competencia, pudieran investigar y sancionar las conductas que atentaran contra los deberes funcionales de los servidores públicos y los particulares que ejercieran funciones públicas.

En este sentido, es importante destacar el papel que desempeñaban las Personerías Distritales y Municipales en el ejercicio de la potestad disciplinaria. Según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 734 de 2002, estas entidades tenían competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de sus respectivas entidades territoriales, lo que las convertía en actores fundamentales para vigilar la conducta oficial de los funcionarios y empleados de la administración local (Congreso de la República de Colombia, 2002).

Ahora bien, en lo que respecta a las decisiones disciplinarias proferidas por las Personerías Distritales y Municipales, la Ley 734 de 2002 establecía que estas eran susceptibles de los recursos de apelación y queja ante la Procuraduría General de la Nación, y del recurso extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 111 y 125).

Estos mecanismos de impugnación buscaban garantizar el derecho al debido proceso y la posibilidad de controvertir las decisiones disciplinarias adoptadas por las autoridades locales. Sin embargo, a diferencia del nuevo Código General Disciplinario, la Ley 734 de 2002 no contemplaba expresamente la posibilidad de revisar las decisiones de las Personerías ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Otro aspecto relevante de la Ley 734 de 2002 era la consagración de los principios rectores que orientaban la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria. El artículo 4 de este estatuto enlistaba una serie de principios como la legalidad, la ilicitud sustancial, el debido proceso, la presunción de inocencia, la culpabilidad, la favorabilidad, la igualdad ante la ley, la función preventiva y correctiva de la sanción disciplinaria, la proporcionalidad y la motivación (Congreso de la República de Colombia, 2002).

Estos principios constituían un marco axiológico y hermenéutico que buscaba asegurar que las actuaciones disciplinarias se adelantaran con pleno respeto de los derechos y garantías de los sujetos procesales, al tiempo que se salvaguardaba la eficacia de la función pública y se preservaba la moralidad administrativa.

En cuanto al ámbito de aplicación, la Ley 734 de 2002 establecía que sus disposiciones se aplicaban a los servidores públicos, aunque se encontraran retirados del servicio, y a los particulares que cumplieran labores de interventoría en los contratos estatales; también a quienes desempeñaran funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tuviera que ver con estas; y a quienes administraran recursos públicos u oficiales (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 25).

Esta delimitación del ámbito subjetivo de aplicación buscaba asegurar que todas aquellas personas que ejercieran funciones públicas o manejaran recursos del Estado estuvieran sometidas al régimen disciplinario, independientemente de su vinculación formal con la administración pública.

En materia de faltas disciplinarias, la Ley 734 de 2002 establecía un catálogo de conductas que podían ser objeto de sanción, clasificándolas en gravísimas, graves y leves.

Entre las faltas gravísimas se encontraban el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, la violación del régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses, entre otras (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 48).

Por su parte, las faltas graves se relacionaban con el incumplimiento de los deberes, la violación del régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses, siempre que no constituyan falta gravísima; y el abuso de los derechos o la extralimitación de las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos y los reglamentos (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 50).

Finalmente, las faltas leves se referían a las conductas que implican el incumplimiento de los deberes, la violación del régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades o conflicto de intereses, siempre que no constituyan falta grave o gravísima, y el abuso de los derechos o la extralimitación de las funciones contenidas en normas internas de la entidad (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 51).

Esta clasificación de las faltas disciplinarias buscaba graduar la responsabilidad de los servidores públicos y los particulares que ejercían funciones públicas, atendiendo a la gravedad de la conducta y su impacto en la función pública. En cuanto a las sanciones disciplinarias, la Ley 734 de 2002 establecía cinco modalidades: destitución e inhabilidad general, suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, suspensión, multa y amonestación escrita (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 44).

La destitución e inhabilidad general se imponía por la comisión de faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, y conllevaba la terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que pudiera ser reintegrado al servicio, y la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, que no podía ser inferior a diez ni superior a veinte años (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 45).

Por su parte, la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial se imponía por la comisión de faltas graves dolosas o gravísimas culposas, y conllevaba la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial para las funciones públicas que determine el fallo, por un término que no podía ser inferior a treinta días ni superior a doce meses (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 46).

La suspensión, a su vez, se imponía por la comisión de faltas graves culposas o leves dolosas, y conllevaba la separación temporal del servidor público del ejercicio de las funciones inherentes al cargo, por un término que no podía ser inferior a un mes ni superior a doce meses (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 47).

La multa, por su parte, se imponía por la comisión de faltas leves culposas, y consistía en el pago de una suma de dinero que no podía ser inferior al valor de diez ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 48).

Finalmente, la amonestación escrita se imponía por la comisión de faltas leves culposas, y consistía en un llamado de atención formal, por escrito, que debía registrarse en la hoja de vida (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 49).

En materia de procedimiento disciplinario, la Ley 734 de 2002 establecía dos modalidades: el procedimiento ordinario y el procedimiento verbal. El procedimiento ordinario se adelantaba por las oficinas de control interno disciplinario, las Personerías Distritales y Municipales, la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 74).

Este procedimiento constaba de tres etapas: indagación preliminar, investigación disciplinaria y juzgamiento. La indagación preliminar tenía por objeto verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si era constitutiva de falta disciplinaria o si se había actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 150).

Por su parte, la investigación disciplinaria tenía por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si era constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 153).

Finalmente, el juzgamiento consistía en la formulación de cargos, la presentación de descargos, la práctica de pruebas, la presentación de alegatos de conclusión y la decisión de primera instancia (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 162-169).

El procedimiento verbal, a su vez, se adelantaba por las oficinas de control interno disciplinario, las Personerías Distritales y Municipales, y la Procuraduría General de la Nación, cuando se tratara de faltas leves o cuando el sujeto disciplinable hubiera sido sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 175).

Este procedimiento constaba de una audiencia en la que se formulaban los cargos, se escuchaba en versión libre al disciplinado, se practicaban las pruebas y se adoptaba la decisión de primera instancia (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 177).

Un aspecto relevante del procedimiento disciplinario bajo la Ley 734 de 2002 era la obligación de las oficinas de control interno disciplinario de informar a la Procuraduría General de la Nación sobre la apertura de investigaciones disciplinarias. De acuerdo con el artículo 155 de este estatuto, si la investigación disciplinaria la iniciaba una oficina de control interno, esta debía dar aviso inmediato a la Oficina de Registro y Control de la

Procuraduría General de la Nación y al funcionario competente de esa entidad o de la personería correspondiente, para que decidiera sobre el ejercicio del poder disciplinario preferente (Congreso de la República de Colombia, 2002).

Esta disposición buscaba asegurar un control efectivo por parte del órgano de cierre en materia disciplinaria, permitiendo que la Procuraduría pudiera asumir directamente el conocimiento de las investigaciones que considerara pertinentes, en virtud del poder disciplinario preferente.

Otro aspecto importante de la Ley 734 de 2002 era la regulación de la figura de la revocatoria directa. Según lo dispuesto en el artículo 124 de este estatuto, los fallos sancionatorios podrían ser revocados de oficio o a petición del sancionado, por el Procurador General de la Nación o por quien los proferiera (Congreso de la República de Colombia, 2002).

Esta facultad permitía corregir errores o irregularidades en las decisiones disciplinarias, bien fuera por causales de ilegalidad en la actuación procesal, por violación del derecho de defensa del disciplinado, o por la existencia de pruebas sobrevinientes que demostraran la inocencia del sancionado.

La revocatoria directa podía solicitarse dentro de los cinco años siguientes a la ejecutoria del fallo, siempre que no se hubiera interpuesto los recursos ordinarios dentro del proceso disciplinario. Además, cuando se tratara de faltas disciplinarias que constituirían violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la revocatoria podía solicitarse en cualquier tiempo y no procedía el fenómeno de la caducidad (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 126).

En materia de notificaciones, la Ley 734 de 2002 establecía que las decisiones disciplinarias que requirieran notificación personal se comunicarían en estrados una vez se surtiera la notificación por edicto, y que si el disciplinado no comparecía dentro de los cinco días siguientes, se procedería a la designación de un defensor de oficio con quien se surtía la notificación personal (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 100).

Esta regulación buscaba garantizar el derecho de defensa y contradicción de los sujetos disciplinables, asegurando que tuvieran conocimiento de las decisiones adoptadas dentro del proceso y que pudieran ejercer los recursos y actuaciones correspondientes.

En cuanto a los términos procesales, la Ley 734 de 2002 establecía que la acción disciplinaria caducaba en cinco años, contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria, si en ese lapso no se había proferido decisión de primera instancia; o en dos años, contados a partir de la notificación del fallo de primera instancia, si en ese lapso no se había proferido decisión de segunda instancia (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 30).

Estos términos buscaban evitar la dilación injustificada de los procesos disciplinarios y asegurar que las investigaciones y sanciones se adelantaran de manera oportuna y eficaz.

Finalmente, es importante destacar que la Ley 734 de 2002 establecía un régimen especial para los particulares que ejercían funciones públicas. De acuerdo con el artículo 53 de este estatuto, los particulares que cumplieran labores de interventoría en los contratos estatales; que ejercieran funciones públicas, en lo que tuviera que ver con estas; o que administraran recursos públicos u oficiales, serían disciplinables conforme a las normas de este código (Congreso de la República de Colombia, 2002).

Además, se consagraban faltas disciplinarias específicas para los particulares que ejercían funciones públicas, como incumplir los deberes o abusar de los derechos contenidos en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 55).

Esta regulación buscaba asegurar que los particulares que ejercían funciones públicas estuvieran sometidos a los mismos deberes, prohibiciones y régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses que los servidores públicos, en aras de garantizar la moralidad, la transparencia y la probidad en la función pública.

En conclusión, la Ley 734 de 2002, que estableció el Código Disciplinario Único, fue un hito importante en la consolidación del régimen disciplinario de los servidores públicos en Colombia. Durante sus más de 17 años de vigencia, este estatuto reguló de manera integral las faltas disciplinarias, las sanciones, el procedimiento disciplinario y los principios rectores que orientaban la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria.

Entre los aspectos más destacados de este código se encuentran la distribución de la titularidad de la potestad disciplinaria entre diferentes autoridades, incluyendo las Personerías Distritales y Municipales; la consagración de los principios de legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, presunción de inocencia, culpabilidad, favorabilidad, entre otros; la clasificación de las faltas disciplinarias en gravísimas, graves y leves; y la regulación de las sanciones de destitución e inhabilidad general, suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, suspensión, multa y amonestación escrita.

En materia de procedimiento, la Ley 734 de 2002 establecía dos modalidades: el procedimiento ordinario y el procedimiento verbal, los cuales buscaban asegurar el respeto de los derechos y garantías de los sujetos disciplinables, al tiempo que se preservaba la eficacia y celeridad de las actuaciones disciplinarias.

Además, este código regulaba figuras importantes como la revocatoria directa de los fallos sancionatorios, la obligación de las oficinas de control interno disciplinario de informar a la Procuraduría General de la Nación sobre la apertura de investigaciones, y el régimen especial para los particulares que ejercían funciones públicas.

Si bien la Ley 734 de 2002 representó un avance significativo en la consolidación del derecho disciplinario en Colombia, la evolución de la función pública y los desafíos en

materia de lucha contra la corrupción y promoción de la moralidad administrativa, llevaron a la expedición de un nuevo estatuto disciplinario, la Ley 1952 de 2019, que introdujo cambios y actualizaciones importantes en esta materia.

No obstante, la Ley 734 de 2002 sentó las bases para el desarrollo de un régimen disciplinario sólido y coherente, que ha contribuido a fortalecer la función pública y a promover la transparencia y la probidad en el ejercicio de las funciones públicas en Colombia.

3.2 Análisis de la Ley 1952 de 2019 en relación con las decisiones disciplinarias de las personerías municipales

El Código General Disciplinario, expedido mediante la Ley 1952 de 2019, marca un hito en la evolución del derecho disciplinario en Colombia. Esta normativa, que entró en vigencia el 1 de julio de 2021, busca actualizar y fortalecer el régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, con el fin de garantizar la observancia de los principios que rigen la función pública y preservar la moralidad administrativa (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Uno de los aspectos fundamentales de la Ley 1952 de 2019 es la reafirmación de la titularidad de la potestad disciplinaria en cabeza del Estado. Según lo dispuesto en el artículo 2 de este estatuto, el Estado es el titular de la potestad disciplinaria, la cual se ejerce a través de la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Distritales y Municipales, las Oficinas de Control Disciplinario Interno de las diferentes entidades públicas y los funcionarios con potestad disciplinaria (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Esta distribución de competencias busca asegurar una cobertura amplia y efectiva en el ejercicio de la acción disciplinaria, permitiendo que diferentes autoridades, según su ámbito de competencia, puedan investigar y sancionar las conductas que atenten contra los deberes funcionales de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas.

En este sentido, es importante destacar el papel que desempeñan las Personerías Distritales y Municipales en el ejercicio de la potestad disciplinaria. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1952 de 2019, estas entidades tienen competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de sus respectivas entidades territoriales, lo que las convierte en actores fundamentales para vigilar la conducta oficial de los funcionarios y empleados de la administración local (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Ahora bien, en lo que respecta a las decisiones disciplinarias proferidas por las Personerías Distritales y Municipales, el nuevo Código General Disciplinario introduce una garantía adicional para los sujetos disciplinables. Según lo establecido en el artículo 2, las decisiones sancionatorias que pongan fin a la actuación disciplinaria en primera instancia,

proferidas por estas entidades, serán susceptibles de ser revisadas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Esta disposición constituye un avance significativo en materia de garantías procesales y control judicial de las decisiones disciplinarias. A diferencia del régimen anterior, en el cual las decisiones de las Personerías solo eran susceptibles de recursos administrativos ante la misma entidad o ante la Procuraduría General de la Nación, ahora se abre la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para cuestionar la legalidad y el mérito de las sanciones impuestas.

De esta manera, se fortalece el derecho al debido proceso y se brinda a los sujetos disciplinables la oportunidad de que una autoridad judicial independiente e imparcial revise las decisiones que afecten sus derechos e intereses. Esto contribuye a la transparencia, la seguridad jurídica y la confianza ciudadana en las actuaciones de las Personerías Distritales y Municipales en materia disciplinaria.

Otro aspecto relevante del nuevo Código General Disciplinario es la consagración expresa de los principios rectores que orientan la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria. El artículo 6 de la Ley 1952 de 2019 enlista una serie de principios que deben guiar el ejercicio de la acción disciplinaria, entre los cuales se destacan el debido proceso, la legalidad, la presunción de inocencia, la culpabilidad, la favorabilidad, la ilicitud sustancial, la proporcionalidad y la motivación (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Estos principios constituyen un marco axiológico y hermenéutico que busca asegurar que las actuaciones disciplinarias se adelanten con pleno respeto de los derechos y garantías de los sujetos procesales, al tiempo que se salvaguarda la eficacia de la función pública y se preserva la moralidad administrativa.

En este sentido, el principio del debido proceso adquiere especial relevancia en el ámbito disciplinario. Según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1952 de 2019, el disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Esta garantía busca asegurar que las actuaciones disciplinarias se adelanten con plena sujeción a las formas propias de cada juicio, respetando los derechos de defensa y contradicción, y asegurando que las decisiones sean adoptadas por autoridades imparciales e independientes. Asimismo, el principio del debido proceso implica que el disciplinable tiene derecho a que el fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad diferente, a través del trámite previsto para el recurso de apelación o la revocatoria directa (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 12).

Por su parte, el principio de legalidad, consagrado en el artículo 4 del nuevo estatuto disciplinario, establece que los destinatarios de la ley disciplinaria solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Esta garantía materializa el principio de tipicidad y busca asegurar que las conductas reprochables disciplinariamente estén previamente definidas en la ley, de manera clara e inequívoca, brindando seguridad jurídica a los sujetos disciplinables.

Otro principio fundamental en el régimen disciplinario es la presunción de inocencia. De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1952 de 2019, el sujeto disciplinable se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado (Congreso de la República de Colombia, 2019a). Esta garantía implica que la carga de la prueba recae sobre la autoridad disciplinaria y que toda duda razonable debe resolverse a favor del disciplinado.

Por otra parte, el principio de culpabilidad, previsto en el artículo 10 del nuevo Código General Disciplinario, señala que en materia disciplinaria solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva (Congreso de la República de Colombia, 2019a). Esto significa que para que una conducta sea disciplinariamente reprochable, se requiere que el sujeto disciplinable haya actuado con dolo o culpa, es decir, con conocimiento y voluntad de realizar el comportamiento contrario a derecho, o con imprudencia, negligencia o impericia en el cumplimiento de sus deberes funcionales.

El principio de favorabilidad, a su vez, establece que en materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, aun cuando sea posterior (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 8). Esta garantía busca asegurar que los sujetos disciplinables se beneficien de las normas más favorables a sus intereses, bien sea porque establecen conductas no reprochables, sanciones más benignas o procedimientos más garantistas.

Por su parte, el principio de ilicitud sustancial, consagrado en el artículo 9 de la Ley 1952 de 2019, señala que la conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna (Congreso de la República de Colombia, 2019a). Este principio busca asegurar que las faltas disciplinarias tengan una verdadera trascendencia y afecten de manera significativa el correcto funcionamiento de la administración pública, evitando sancionar conductas que, aunque formalmente contrarias a derecho, no tienen una incidencia real en la función pública.

El principio de proporcionalidad, a su vez, establece que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y que en la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija la ley (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 6). Esta garantía busca asegurar que las sanciones disciplinarias sean justas, razonables y acordes con la entidad de la falta cometida, evitando excesos o arbitrariedades en el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado.

Finalmente, el principio de motivación, previsto en el artículo 19 del nuevo estatuto disciplinario, señala que toda decisión de fondo deberá motivarse (Congreso de la República

de Colombia, 2019a). Esta garantía implica que las autoridades disciplinarias tienen el deber de expresar de manera clara, precisa y suficiente las razones fácticas y jurídicas que sustentan sus decisiones, permitiendo a los sujetos procesales conocer los fundamentos de las mismas y ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción.

Además de los principios rectores, el Código General Disciplinario introduce otras disposiciones importantes que buscan fortalecer la función disciplinaria y garantizar los derechos de los sujetos procesales. Una de ellas es la ampliación del catálogo de faltas disciplinarias gravísimas, que pasan de 65 a 78, incluyendo conductas como el acoso laboral, el encubrimiento de faltas gravísimas, el no iniciar el proceso disciplinario estando obligado a hacerlo, entre otras (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 59).

Asimismo, se consagran nuevas faltas disciplinarias relacionadas con la protección de los derechos humanos, como incurrir en graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 61). Esto refleja la importancia que el legislador ha querido dar a la observancia de los estándares internacionales en materia de derechos humanos por parte de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas.

Otra novedad importante es la inclusión de la figura del acuerdo de terminación anticipada del proceso, prevista en el artículo 163 de la Ley 1952 de 2019 (Congreso de la República de Colombia, 2019a). Esta figura permite que, en los casos de faltas leves o graves, el disciplinable pueda solicitar la terminación anticipada del proceso, mediante la suscripción de un acuerdo con la autoridad disciplinaria, en el cual se acepte la responsabilidad y se fije la sanción a imponer.

Esta alternativa procesal busca descongestionar los despachos disciplinarios, al tiempo que incentiva la aceptación de responsabilidad por parte de los disciplinables y permite una solución más rápida y eficiente de los procesos. Sin embargo, es importante señalar que el acuerdo de terminación anticipada solo procede cuando no exista ningún otro disciplinado involucrado en la actuación, se haya reparado o garantizado la reparación del daño causado, y el disciplinado acepte los cargos y la sanción propuesta por la autoridad disciplinaria (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 163).

En materia de sanciones, el nuevo Código General Disciplinario mantiene las modalidades previstas en la Ley 734 de 2002, a saber: destitución e inhabilidad general, suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, multa y amonestación escrita (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 48). Sin embargo, se introducen algunas modificaciones en cuanto a los límites y criterios para su imposición.

Por ejemplo, se establece que la sanción de destitución e inhabilidad general será para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, mientras que la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial se aplicará para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 48). Asimismo, se fijan nuevos toques para la sanción de multa, que podrá ser hasta el valor

de 90 días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 48).

Otro aspecto relevante en materia de sanciones es la posibilidad de que, en caso de concurso de faltas, se impongan sanciones principales y accesorias. Según lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 1952 de 2019, cuando se cometan varias faltas disciplinarias de la misma o de distinta naturaleza en una misma actuación o en actuaciones diferentes, se impondrán la sanción de mayor entidad y hasta un máximo de dos sanciones más, sin exceder los límites fijados en la ley (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

En cuanto al procedimiento disciplinario, el nuevo estatuto introduce algunas modificaciones importantes en aras de garantizar la celeridad, la eficacia y el debido proceso en las actuaciones disciplinarias. Una de las principales novedades es la consagración del procedimiento verbal, previsto en los artículos 211 y siguientes de la Ley 1952 de 2019 (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Este procedimiento, que se adelanta de manera oral y concentrada, busca dar una respuesta pronta y efectiva a las faltas disciplinarias de menor entidad, como las leves y las graves. Se caracteriza por la realización de una audiencia pública en la cual se formulan los cargos, se escucha al disciplinado, se practican las pruebas y se adopta la decisión de primera instancia (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 213-214).

La implementación del procedimiento verbal representa un avance significativo en materia de oralidad y celeridad en el proceso disciplinario, pues permite una solución más ágil y eficiente de las faltas de menor gravedad, sin sacrificar las garantías procesales de los sujetos disciplinables. Además, contribuye a la descongestión de los despachos disciplinarios y a la optimización de los recursos públicos.

Otra modificación importante en el procedimiento disciplinario es la regulación más detallada de la revocatoria directa de los fallos sancionatorios. De acuerdo con el artículo 141 de la Ley 1952 de 2019, los fallos sancionatorios que dicten las Personerías y las Oficinas de Control Interno Disciplinario podrán ser revocados de oficio o a petición del interesado, por la Procuraduría General de la Nación, cuando se trate de faltas que constituyan infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Esta disposición busca asegurar un control efectivo por parte del órgano de cierre en materia disciplinaria, cuando se trate de violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. De esta manera, se fortalece la lucha contra la impunidad y se garantiza que las conductas más reprochables sean sancionadas de manera adecuada y proporcional.

Asimismo, el nuevo estatuto disciplinario establece un término de cuatro meses para que el quejoso, las víctimas o los perjudicados puedan solicitar la revocatoria directa de los fallos absolutorios o de los autos de archivo (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 141). Esta medida busca garantizar los derechos de las víctimas y los perjudicados por

las faltas disciplinarias, permitiéndoles cuestionar las decisiones que consideren contrarias a derecho o que no satisfagan sus intereses.

En materia de notificaciones y comunicaciones, el Código General Disciplinario introduce la posibilidad de utilizar medios electrónicos para su realización. Según lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley 1952 de 2019, las notificaciones y comunicaciones podrán realizarse por medios de comunicación electrónicos, para lo cual las entidades públicas deberán habilitar una dirección electrónica con capacidad suficiente para recibir mensajes, documentos y notificaciones (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Esta medida busca modernizar y agilizar el trámite de las notificaciones y comunicaciones en los procesos disciplinarios, aprovechando las ventajas que ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones. Además, contribuye a la reducción de costos y tiempos en las actuaciones disciplinarias, al tiempo que facilita el acceso y la participación de los sujetos procesales.

Otro aspecto novedoso del nuevo estatuto disciplinario es la regulación de la figura del traslado por razones de seguridad. De acuerdo con el artículo 128 de la Ley 1952 de 2019, cuando la seguridad del disciplinado o su familia se encuentre en riesgo, el funcionario competente ordenará el traslado del disciplinado a otra dependencia de la misma entidad o a otra entidad del Estado, sin perjuicio de la actuación disciplinaria (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Esta medida busca proteger la integridad y la seguridad de los sujetos disciplinables que se encuentren en situación de riesgo, garantizando que puedan seguir ejerciendo sus funciones en un entorno seguro y libre de amenazas. Asimismo, refleja la preocupación del legislador por la protección de los derechos fundamentales de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas.

En materia de inhabilidades, el nuevo Código General Disciplinario introduce algunas modificaciones importantes. Por ejemplo, se establece que no podrá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ni elegido, quien haya sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco años por faltas graves o leves dolosas o por ambas (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 42).

Esta inhabilidad busca preservar la moralidad pública y la confianza ciudadana en la función pública, evitando que personas que hayan sido sancionadas de manera reiterada por faltas disciplinarias puedan acceder a cargos de elección popular. De esta manera, se envía un mensaje claro sobre la importancia de la probidad y la integridad en el ejercicio de la función pública.

Asimismo, se establece que el servidor público que haya sido destituido y/o inhabilitado por faltas disciplinarias gravísimas o graves dolosas, no podrá ser nombrado ni contratado para ejercer funciones públicas, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular durante el término de la sanción (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 43). Esta inhabilidad busca asegurar que quienes hayan incurrido en faltas

disciplinarias de mayor entidad no puedan volver a ejercer funciones públicas, preservando así la moralidad administrativa.

Finalmente, es importante destacar que el nuevo Código General Disciplinario incorpora un título dedicado al régimen de los particulares que ejercen funciones públicas. De acuerdo con el artículo 72 de la Ley 1952 de 2019, los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas; y quienes administren recursos públicos u oficiales, serán disciplinables conforme a este código (Congreso de la República de Colombia, 2019a).

Esta disposición busca asegurar que los particulares que ejercen funciones públicas estén sometidos a los mismos deberes, prohibiciones y régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses que los servidores públicos, en aras de garantizar la moralidad, la transparencia y la probidad en la función pública.

Asimismo, se establecen faltas disciplinarias específicas para los particulares que ejercen funciones públicas, como incumplir los deberes o abusar de los derechos contenidos en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo (Congreso de la República de Colombia, 2019a, art. 73).

Esta tipificación especial busca asegurar que los particulares que ejercen funciones públicas cumplan con los principios y deberes que rigen la función administrativa, y que su conducta se ajuste a los estándares éticos y legales que se exigen a los servidores públicos. De esta manera, se fortalece la lucha contra la corrupción y se promueve la transparencia en la contratación estatal y en el manejo de los recursos públicos.

En conclusión, el nuevo Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, introduce cambios significativos en el régimen disciplinario colombiano, con el fin de fortalecer la función disciplinaria, garantizar los derechos de los sujetos procesales y promover la moralidad, la transparencia y la probidad en la función pública.

Entre los aspectos más destacados del nuevo estatuto se encuentran la reafirmación de la titularidad de la potestad disciplinaria en cabeza del Estado; la ampliación de las garantías procesales, como la posibilidad de revisar las decisiones sancionatorias de las Personerías Distritales y Municipales ante la jurisdicción contencioso-administrativa; la consagración expresa de los principios rectores que orientan la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria; y la ampliación del catálogo de faltas disciplinarias y sanciones.

Asimismo, se introducen novedades importantes en materia de procedimiento, como la implementación del procedimiento verbal para las faltas leves y graves; la regulación más detallada de la revocatoria directa de los fallos sancionatorios; la posibilidad de utilizar

medios electrónicos para las notificaciones y comunicaciones; y la regulación de la figura del traslado por razones de seguridad.

En materia de inhabilidades, se establecen nuevas causales para preservar la moralidad pública y la confianza ciudadana en la función pública, evitando que personas que hayan sido sancionadas disciplinariamente de manera reiterada puedan acceder a cargos de elección popular o ejercer funciones públicas.

Finalmente, se incorpora un régimen especial para los particulares que ejercen funciones públicas, asegurando que estén sometidos a los mismos deberes, prohibiciones y régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses que los servidores públicos, y estableciendo faltas disciplinarias específicas para garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la función administrativa.

En suma, el nuevo Código General Disciplinario representa un avance significativo en la consolidación de un régimen disciplinario más garantista, eficaz y transparente, que responda a las necesidades y desafíos actuales de la función pública en Colombia. Su adecuada implementación y aplicación por parte de las autoridades disciplinarias, incluyendo las Personerías Distritales y Municipales, será fundamental para fortalecer la lucha contra la corrupción, promover la moralidad administrativa y aumentar la confianza ciudadana en las instituciones públicas.

CAPÍTULO 4

4.1 Análisis del impacto de las sanciones disciplinarias en la transparencia de la contratación estatal

Las sanciones disciplinarias impuestas por las personerías municipales desempeñan un papel fundamental en la promoción de la transparencia en la contratación estatal. Estas sanciones buscan prevenir y corregir conductas que atenten contra los principios de la función pública, especialmente aquellos relacionados con la integridad, imparcialidad y eficiencia en los procesos de contratación. Las sanciones disciplinarias actúan como un mecanismo disuasorio para evitar prácticas indebidas por parte de los servidores públicos involucrados en la gestión contractual.

Las sanciones disciplinarias también contribuyen a fortalecer la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas. Cuando las personerías municipales ejercen su potestad sancionatoria frente a conductas irregulares en la contratación estatal, envían un mensaje claro a la sociedad sobre su compromiso con la transparencia y la lucha contra la corrupción. Esto genera una percepción positiva en la ciudadanía, que ve en las personerías un organismo de control capaz de garantizar el adecuado uso de los recursos públicos.

Adicionalmente, las sanciones disciplinarias fomentan la cultura de la legalidad y la ética en el ejercicio de la función pública. Al castigar las conductas que se apartan de los deberes y obligaciones del cargo, las personerías municipales envían un mensaje

contundente sobre la importancia de actuar con rectitud y apego a las normas en la gestión contractual. De esta manera, se promueve un cambio de mentalidad en los servidores públicos, quienes interiorizan la necesidad de actuar con probidad y transparencia en todas sus actuaciones

4.2 La promoción de la transparencia a través de las sanciones disciplinarias

Las sanciones disciplinarias son una herramienta clave para promover la transparencia en la contratación estatal, ya que envían un mensaje claro sobre la importancia de la integridad y el apego a los principios de la función pública. Estas sanciones tienen un efecto correctivo sobre el infractor y sirven como referente para los demás servidores públicos, motivándolos a actuar con mayor diligencia y transparencia. Además, contribuyen a prevenir prácticas indebidas en la contratación estatal, generando un ambiente de mayor transparencia. También promueven la rendición de cuentas y el control social sobre la gestión contractual, fortaleciendo la capacidad de la sociedad civil para ejercer un control efectivo y exigir mayor transparencia.

4.3 Desafíos y limitaciones de las personerías municipales en la promoción de la transparencia

A pesar de la importancia de las sanciones disciplinarias, las personerías municipales enfrentan desafíos como la falta de recursos humanos y financieros para llevar a cabo investigaciones exhaustivas y oportunas. La complejidad de los casos de corrupción también puede ser una limitante, ya que las prácticas indebidas pueden involucrar a múltiples actores y esquemas sofisticados que dificultan su detección y sanción. Además, la falta de independencia y autonomía de algunas personerías municipales puede afectar su efectividad en la promoción de la transparencia, ya que las presiones políticas o los intereses particulares pueden influir en las decisiones de los personeros.

4.4 Relación entre la efectividad de las sanciones disciplinarias y la transparencia en la contratación estatal

Existe una estrecha relación entre la efectividad de las sanciones disciplinarias y la transparencia en la contratación estatal. Cuando las sanciones son aplicadas de manera oportuna, proporcional y ejemplarizante, se genera un impacto positivo en la prevención de prácticas indebidas y en la promoción de la integridad. Por el contrario, cuando las sanciones son laxas, tardías o inconsistentes, se envía un mensaje equivocado que puede incentivar la repetición de conductas irregulares y socavar la confianza ciudadana. Para que las sanciones sean efectivas, las personerías municipales deben contar con los recursos y las capacidades necesarias para adelantar investigaciones rigurosas y aplicar sanciones proporcionales a la gravedad de las faltas.

4.5 Propuestas para fortalecer el papel de las personerías municipales en la promoción de la transparencia

Para fortalecer el papel de las personerías municipales en la promoción de la transparencia, se deben implementar medidas como dotarlas de los recursos humanos, financieros y tecnológicos necesarios para llevar a cabo investigaciones disciplinarias de manera eficiente y oportuna. También se debe promover la independencia y autonomía de las personerías municipales frente a presiones políticas o intereses particulares, estableciendo mecanismos de selección y nombramiento de los personeros basados en el mérito y la idoneidad. Además, se debe fortalecer la coordinación y cooperación entre las personerías municipales y otras entidades de control, como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República. Por último, se debe promover la participación ciudadana y el control social sobre la gestión contractual, estableciendo canales de denuncia y mecanismos de protección para los ciudadanos que reporten posibles irregularidades.

CONCLUSIONES

La capacidad operativa y técnica de las personerías municipales, especialmente en municipios de categoría quinta y sexta, se ve limitada por la escasez de recursos y una estructura organizacional deficiente, lo que dificulta el ejercicio efectivo de sus funciones disciplinarias, especialmente en el ámbito contractual, como lo señala Cifuentes (2018).

El marco legal vigente, establecido en la Ley 734 de 2002 y la Ley 1952 de 2019, brinda las bases para la investigación y sanción de faltas en la contratación pública. No obstante, un análisis comparativo de ambas normativas revela la necesidad de profundizar en aspectos como la tipificación de las faltas, los términos procesales y las garantías de los investigados, con el fin de fortalecer la efectividad de las decisiones disciplinarias.

Las personerías municipales desempeñan un rol crucial en la promoción de la transparencia y la lucha contra la corrupción en la contratación pública. Para que puedan cumplir a cabalidad con su misión constitucional, es esencial fortalecer sus capacidades institucionales, garantizar la correcta aplicación del régimen disciplinario, promover su independencia y objetividad, y fomentar la articulación con otras entidades de control y la ciudadanía.

La entrada en vigencia del nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019) representa un avance significativo en el régimen disciplinario colombiano. Sin embargo, es preciso evaluar el impacto de las nuevas garantías procesales, como la posibilidad de revisión de las decisiones de las Personerías ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta investigación busca aportar elementos para la reflexión y la toma de decisiones que fortalezcan el rol de las personerías municipales en la lucha contra la corrupción. En este sentido, se destaca la importancia del control de intervención que ejercen las

personerías en materia de contratación pública. Para que puedan ser verdaderos baluartes en esta lucha, se requiere fortalecer sus capacidades, garantizar la aplicación efectiva del régimen disciplinario, y promover su independencia, objetividad y articulación con otras instancias de control.

REFERENCIAS

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo [CLAD]. (2013). *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*. Caracas: CLAD.

Cifuentes, J. (2018). Estructura de las Personerías Municipales en Colombia. *Revista Universidad Libre de Colombia*. <https://repository.unilibre.edu.co>

Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 136 de 1994. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. *Diario Oficial No. 41.377*.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. *Diario Oficial No. 44.708*.

Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1712 de 2014. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 49.084*.

Congreso de la República de Colombia. (2019). Ley 1952 de 2019. Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. *Diario Oficial No. 50.850*.

Consejo de Estado. Sección Segunda. (2018). Sentencia del 10 de mayo. Rad. 11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13). C.P. William Hernández Gómez.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-341 del 5 de agosto. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-948 del 6 de noviembre. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-818 del 9 de agosto. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-826 del 13 de noviembre. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional [CC], 19 de agosto, 1998, MP: V. Naranjo, Sentencia C-431/98 (Col.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>

Gómez Pavajeau, C. A. (2011). El derecho disciplinario en Colombia. "Estado del Arte". *Revista Derecho Penal y Criminología*, *32*(92), 115-154.

González, E. (2010). Situación del régimen de carrera administrativa en Colombia. *Revista Dialnet*, *13*(25). <https://dialnet.unirioja.es>

Instituto de Estudios del Ministerio Público. (2007). *Lecciones de Derecho Disciplinario* (Vol. II). Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Martínez, E. (2008). Jurisprudencia constitucional sobre función pública y carrera administrativa en Colombia. *Revista de Derecho*, *7*(13). <http://www.scielo.org.co/scielo>

Palacio Hincapié, J. A. (2020). *La contratación de las entidades estatales* (8ª ed.). Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Rincón, J. (2009). *Derecho administrativo laboral: empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. Revista Universidad Externado, (cuarta reimpressão).

Villabona, N. (2013). Aciertos y desaciertos estructurales de las personerías municipales y distritales. *Revista global lure*. <https://revista.jdc.edu.co>

Younes Moreno, D. (2013). *Derecho administrativo laboral, régimen de los servidores públicos en Colombia*. Bogotá: Temis.

O FUTURO DA JUSTIÇA NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: PROMESSAS E DESAFIOS



<https://doi.org/10.22533/at.ed.6681125270311>

Data de aceite: 19/03/2025

Fabiana de Carvalho Malheiros Leite

1 | INTRODUÇÃO

O sistema judiciário brasileiro enfrenta um desafio persistente: a morosidade processual. Com aproximadamente 84 milhões de ações em tramitação em 2024^[1], o direito fundamental à razoável duração do processo encontra-se comprometido. Nesse contexto, a “Justiça 4.0” desponta como um horizonte promissor, impulsionado pela Inteligência Artificial (IA). Esta nova era digital, caracterizada pela incorporação de tecnologias avançadas, almeja otimizar processos, ampliar o acesso à justiça e elevar a eficiência do sistema como um todo.

A IA, com sua crescente onipresença em diversos setores, também se revela um instrumento potente para os operadores do direito. Ferramentas como ChatGPT, Gemini e Claude, ao democratizarem o acesso à IA por meio de comandos simples,

pavimentam o caminho para assistentes personalizados e soluções inovadoras dentro do judiciário.

Este artigo convida você a uma jornada pelos caminhos da IA no Judiciário, desde a automação de tarefas rotineiras até a criação de peças jurídicas completas. Mas, em meio a essa revolução, uma voz ecoa com força: a IA não substitui o intelecto humano, mas o potencializa, atuando como ferramenta complementar.

Ademais, este estudo aborda os intrincados desafios éticos e a premente necessidade de regulamentação, temas que ganham ainda mais relevância no cenário pós-pandemia, onde a demanda por soluções digitais se intensificou.

2 | MOROSIDADE E ENTRAVES

A lentidão do sistema judicial brasileiro é um problema estrutural e multifacetado, decorrente de inúmeros fatores interligados. O volume crescente de processos sobrecarrega os tribunais, evidenciando a insuficiência de recursos humanos e a necessidade de otimização

dos fluxos de trabalho. A cultura da litigiosidade, amplificada pela complexidade do próprio sistema, agrava essa realidade.

Embora iniciativas como o Processo Judicial Eletrônico (PJe) tenham modernizado o trâmite processual, a digitalização ainda não foi suficiente para reduzir significativamente o congestionamento da Justiça. O número de novas ações segue uma tendência de alta^[2], sem perspectiva concreta de ampliação proporcional do quadro de servidores e magistrados.

Reformas legislativas, como o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Reforma Trabalhista de 2017, também trouxeram avanços pontuais, No entanto, não eliminaram a morosidade. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelam que, em 2024, a Justiça do Trabalho recebeu 4.796.253^[3] novos processos. Esse número é expressivamente superior aos 3 milhões registrados em 2016, antes da Reforma. A persistência da alta litigiosidade indica que mudanças normativas, por si sós, não solucionam o problema.

Além disso, a burocracia excessiva, a falta de uniformidade entre os tribunais, a complexidade das leis e a dificuldade de acesso a informações importantes contribuem para a morosidade. Informações como precedentes dispersos em múltiplas plataformas e os padrões de execução de tarefas pelos operadores do direito são exemplos. Práticas como a cópia e cola de trechos em decisões judiciais, por vezes sem a devida análise, geram inconsistências e prolongam os processos.

Ademais, a rotina de tarefas administrativas repetitivas toma tempo valioso de magistrados e servidores. Isso os impede de se dedicarem a análises mais complexas e relevantes.

Diante desse cenário, a Inteligência Artificial desponta como uma via promissora para transformar essa realidade, auxiliando na análise de jurisprudência, na identificação de precedentes e na formulação de argumentos jurídicos, além de automatizar tarefas repetitivas e otimizar a gestão processual. Dessa forma, a tecnologia se apresenta como uma ferramenta estratégica para enfrentar os desafios da morosidade e atender à crescente demanda por serviços judiciais no Brasil.

3 | A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO

A Inteligência Artificial (IA) tem se revelado uma força transformadora no campo do Direito, impulsionando uma nova era de eficiência e inovação. Esse impacto é notável graças a um conjunto de tecnologias fundamentais, como o *machine learning*, o Processamento de Linguagem Natural (PLN) e o *deep learning*^[4], que, em conjunto, abrem um leque de possibilidades para a otimização da atividade jurídica.

O *machine learning* dota os sistemas da capacidade de aprender com dados, discernindo padrões complexos e predizendo cenários com acurácia crescente. No Direito, essa capacidade se revela valiosa na análise de acervos jurisprudenciais, facilitando a

identificação de precedentes relevantes. O PLN, por sua vez, permite que as máquinas compreendam a linguagem humana, com aplicações na análise documental, geração de minutas e comunicação entre IA e profissionais.

O deep learning, um aprimoramento do machine learning, utiliza redes neurais para processar grandes volumes de dados, automatizando tarefas complexas como a análise preditiva de resultados processuais, auxiliando a tomada de decisões estratégicas. A simbiose dessas tecnologias possibilita a análise de dados, a identificação de padrões e a automação de tarefas, liberando os operadores do Direito para atividades estratégicas. A IA, por meio de modelos específicos, interpreta dados de forma similar à humana, decidindo com base em padrões predefinidos.

A tecnologia já se aplica em diversas áreas do Direito, auxiliando na pesquisa e análise de jurisprudências, triagens, organização e padronização de documentos, pesquisa de provas, fundamentação jurídica, geração de minutas, produção de ementas. Exemplos incluem:

- **LOGOS (STJ)** ^[5]: Essa iniciativa utiliza o poder do GPT-4o para auxiliar os assessores na análise de recursos especiais, habeas corpus e outros processos. A ferramenta oferece uma interface intuitiva que realiza a organização automática dos autos em seus principais documentos. Através de instruções textuais simplificadas, o sistema é capaz de gerar relatórios detalhados sobre os recursos, produzir resumos concisos das peças processuais e identificar trechos relevantes para o juízo de admissibilidade, destacando-os diretamente nos documentos relevantes.
- **PANGAEA (TRT da 4ª Região)** ^[6]: Ferramenta que otimiza a busca por precedentes qualificados, reduzindo o tempo de análise documental.
- **ChatJT (CSJT)** ^[7]: Utilizado na Justiça do Trabalho, é uma plataforma de inteligência artificial construída sobre a base do GEMINI. Essa ferramenta tem como objetivo otimizar a pesquisa, automatizar processos e auxiliar na tomada de decisões estratégicas. Dentre suas funcionalidades, destacam-se a análise processual, a pesquisa de jurisprudências, a geração automatizada de minutas e o acesso simplificado a leis e jurisprudência através do Sistema Falcão.
- **Neural Meeting Notes (TJSP)** ^[8]: Automatiza a criação de atas de audiências e reuniões por meio de IA.
- **e-Proc**: Classifica documentos e realiza triagens processuais automaticamente.
- **Sofia (TJBA)** ^[9]: Assistente virtual que realiza triagem automática de processos nos juizados especiais.

A IA, portanto, representa uma solução promissora para modernizar o sistema judiciário, trazendo eficiência, segurança e precisão na análise de informações jurídicas.

4 | BENEFÍCIOS DA IA NO MEIO JURÍDICO

A Inteligência Artificial oferece um conjunto de benefícios que podem reconfigurar a prática jurídica e a dinâmica do Judiciário, prometendo impulsionar a celeridade processual, aprimorar a eficiência sistêmica, reduzir custos e personalizar o atendimento. Dentre os principais avanços que a IA pode proporcionar, destacam-se:

- **Despachos de Rotina Automatizados:** A automação de tarefas repetitivas, como intimações, movimentações processuais padronizadas e concessões de prazos, desafoga os profissionais do direito. Isso possibilita que concentrem seus esforços em questões mais intrincadas e que exigem maior discernimento jurídico. Essa automatização otimiza o fluxo de trabalho e minimiza os gargalos processuais.
- **Potencialização da Pesquisa Probatória:** A IA facilita a identificação célere de documentos e informações relevantes para os processos, otimizando a análise de evidências e fundamentando uma tomada de decisão mais segura. Essa capacidade de processar e interpretar grandes volumes de dados permite aos profissionais do direito acessar informações necessárias de forma mais ágil, fortalecendo a instrução processual e a busca pela verdade real.
- **Agilidade na pesquisa jurisprudencial:** A IA gera resumos de jurisprudência e identifica padrões jurídicos com rapidez e eficácia, tornando a fundamentação de decisões e a construção de argumentos jurídicos mais ágeis e consistentes. Sistemas inovadores, como o PANGAEA (TRT da 4ª Região), ilustram o grande potencial da IA nesse contexto, demonstrando como a tecnologia pode simplificar o acesso ao conhecimento jurídico e potencializar a tomada de decisões.
- **Classificação e Organização Documental Eficientes:** A IA estrutura grandes conjuntos de dados de forma eficiente, simplificando o acesso à informação e impulsionando o progresso dos processos. Essa capacidade de organizar e categorizar informações complexas, desde documentos administrativos até complexas peças jurídicas, proporciona um ambiente de trabalho mais organizado para os profissionais do direito.
- **Fortalecimento da Fundamentação Jurídica:** A IA pode sugerir argumentos e precedentes pertinentes, auxiliando na elaboração de peças processuais e no embasamento sólido de decisões. Essa tecnologia, ao fornecer insumos jurídicos relevantes, enriquece o debate jurídico e contribui para a construção de decisões mais robustas e fundamentadas, solidificando a segurança jurídica.
- **Redução do Tempo de Tramitação Processual:** Ao automatizar tarefas e auxiliar na análise de informações, a IA colabora para a redução do tempo de tramitação dos processos, permitindo que magistrados e servidores direcionem seus esforços a questões mais complexas e que exigem expertise jurídica.
- **Padronização Documental Aprimorada:** A IA garante a uniformidade e aprimora a qualidade das peças processuais, prevenindo erros, inconsistências e

obscuridades. Essa padronização, que se estende desde a formatação dos documentos até a consistência na linguagem utilizada, proporciona um ambiente jurídico mais seguro e transparente.

- **Atendimento Automatizado e Eficaz:** Chatbots e assistentes virtuais baseados em IA podem revolucionar o atendimento no Judiciário, oferecendo informações e orientações personalizadas sobre procedimentos, serviços e o andamento de processos. Essa tecnologia não apenas aumenta a eficiência e a acessibilidade, mas também reduz significativamente os custos operacionais, liberando servidores para tarefas mais complexas. Além disso, a capacidade de personalização permite que o sistema se adapte às necessidades individuais de cada cidadão, garantindo um atendimento mais humanizado e eficaz.
- **Identificação de padrões e tendências:** A capacidade de análise preditiva permite identificar padrões e tendências, o que possibilita a tomada de decisões estratégicas e aprimora a gestão do Judiciário. Como resultado, observa-se uma redução de custos e a melhoria da qualidade do serviço prestado.

Com esses avanços, a IA não apenas reduz a sobrecarga do Judiciário, mas também aprimora a qualidade das decisões, contribuindo para uma Justiça mais ágil, eficaz e acessível a todos.

5 | O CNJ E A IA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desempenha um papel fundamental na regulamentação e implementação da Inteligência Artificial (IA) no Poder Judiciário. Suas resoluções e projetos visam garantir o uso ético e responsável da tecnologia, promovendo a padronização de procedimentos e incentivando o desenvolvimento de ferramentas de IA para otimizar a gestão de processos e a tomada de decisões.

O CNJ é um dos principais impulsionadores da adoção da IA no Judiciário, destacando-se pelo Programa Justiça 4.0^[10]. Esse programa tem como objetivo acelerar a transformação digital do setor, promovendo a integração de sistemas judiciais e o compartilhamento de tecnologias, incluindo modelos de IA.

A vigilância contínua do CNJ sobre os projetos de IA nos tribunais revela um compromisso com o acompanhamento da evolução tecnológica e seus impactos no sistema de justiça.

Um marco nesse percurso é a nova Resolução do CNJ, de 18 de fevereiro de 2025^[11]. Essa norma delinea diretrizes para o uso da IA, com um olhar atento à ética, à segurança e à preservação de direitos fundamentais.

Os pontos centrais da Resolução são:

a) Princípios e Diretrizes Gerais:

- A IA deve servir aos direitos fundamentais e à segurança jurídica.

- O bem-estar dos cidadãos e o desenvolvimento tecnológico responsável devem caminhar juntos.

b) Governança e Monitoramento:

- Auditorias e supervisões contínuas são indispensáveis.
- A IA deve ser transparente e livre de vieses discriminatórios.

c) Categorização e Restrições de Risco:

- A IA não pode prever condutas criminais com base em perfis.
- A decisão judicial humana não pode ser substituída por sistemas.
- O reconhecimento de emoções e a classificação de personalidade sofrem restrições.

d) Supervisão e Fiscalização:

- O Comitê Nacional de Inteligência Artificial do Judiciário assume o papel de supervisor.
- Os tribunais devem divulgar relatórios periódicos, garantindo transparência.

e) Uso de LLMs e IAGen:

- Essas tecnologias são permitidas como ferramentas de apoio.
- A capacitação é obrigatória.
- A discriminação e a quebra da imparcialidade são proibidas.

De acordo com o CNJ^[12]: “O objetivo da regulamentação é assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos e das cidadãs que acessam o Judiciário, promovendo a inovação tecnológica e a eficiência dos serviços judiciais de modo seguro, transparente, isonômico e ético e preservando a autonomia dos tribunais”.

O CNJ se consolida como um guardião da ética e da transparência, guiando o uso responsável da IA. A continuidade do desenvolvimento de diretrizes claras é essencial para garantir que a tecnologia seja uma aliada da justiça em todo o Brasil.

6 | A MUDANÇA CULTURAL DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO E A IA

A chegada da Inteligência Artificial (IA) ao universo jurídico brasileiro não é apenas uma questão de tecnologia, mas também um chamado à transformação cultural. Um recente estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)^[13] revelou que a inteligência artificial já está sendo utilizada por quase metade dos servidores e magistrados do Poder Judiciário. Apesar da adoção significativa, a maioria dos usuários ainda emprega a ferramenta com pouca frequência, indicando que a tecnologia ainda está em fase inicial de integração nos tribunais.

O levantamento também demonstrou que a maioria dos profissionais do Judiciário considera a IA generativa mais adequada para auxiliar na busca de jurisprudência, mas ainda há preocupações quanto à confiabilidade das informações fornecidas pelas ferramentas. Além disso, a falta de transparência no funcionamento da IA e a necessidade de capacitação foram apontadas como desafios relevantes para a sua implementação eficaz.

A IA convida os profissionais do Direito a uma mudança de paradigma. Advogados, servidores e magistrados precisam não só dominar as novas ferramentas, mas também compreender suas capacidades e limitações. A IA não é um substituto para o intelecto humano, mas sim um parceiro que amplifica nossas habilidades. A colaboração entre humanos e máquinas é o alicerce para uma IA bem-sucedida no Judiciário, automatizando tarefas repetitivas e liberando os profissionais para se dedicarem a atividades que exigem criatividade, empatia e julgamento crítico.

Para que essa colaboração seja frutífera, é essencial que os profissionais do Direito adotem uma postura crítica e reflexiva em relação à IA. Isso significa questionar os resultados gerados pela tecnologia, avaliar criticamente as informações fornecidas e utilizar a IA de forma consciente e responsável, sempre tendo em mente os princípios éticos e os valores fundamentais do Direito.

Para otimizar a adoção da IA no Judiciário e fomentar essa mudança cultural, é essencial integrar essas ferramentas aos fluxos de trabalho e promover uma gestão eficiente dos processos. Algumas práticas recomendadas incluem:

- **Engajamento e capacitação:** Incentivar a adoção da IA, esclarecendo seus benefícios e oferecendo treinamentos para otimizar seu uso, com foco na importância da supervisão humana e do pensamento crítico.
- **Gestão do tempo e produtividade:** Ajustar a alocação de tarefas considerando habilidades individuais, monitorar o desempenho e garantir recursos adequados, incentivando a utilização da IA para automatizar tarefas repetitivas e liberar tempo para atividades mais complexas.
- **Planejamento e monitoramento:** Estabelecer metas, acompanhar a implementação da IA e revisar estratégias periodicamente, avaliando o impacto da IA na qualidade do trabalho e na tomada de decisões.
- **Cooperação e adaptação:** Promover a colaboração entre equipes e ajustar processos para otimizar os resultados, criando um ambiente favorável à inovação e à integração da IA.

A substituição total do trabalho humano é inviável e indesejada. No entanto, a IA, aliada a boas práticas, planejamento e reflexão crítica, pode aumentar a produtividade, reduzir erros e otimizar a gestão do tempo, tornando o Judiciário mais ágil e eficiente. A colaboração entre humanos e máquinas, guiada pela ética e pela busca por justiça, é o caminho para um futuro promissor do Direito na era da IA.

7 | DESAFIOS E LIMITES DA IMPLEMENTAÇÃO DA IA NO JUDICIÁRIO

A incorporação da inteligência artificial no Judiciário representa um avanço significativo, mas também impõe desafios complexos e limites que precisam ser cuidadosamente analisados. A promessa de eficiência, redução de custos e personalização do atendimento esconde a necessidade de um meticuloso equilíbrio entre inovação, regulação e ética, visando garantir um uso seguro, justo e confiável da tecnologia.

7.1 Regulação e a Insuficiência das Normas Atuais

A rapidez com que a IA evolui exige um marco regulatório específico e atualizado, capaz de acompanhar suas complexidades. Normas existentes, como a LGPD, oferecem um ponto de partida, mas carecem de especificidade para abarcar todos os desafios éticos e jurídicos da IA no Judiciário. A criação de diretrizes claras sobre o desenvolvimento, implementação e uso da IA nos sistemas judiciais é de grande importância, abordando questões como:

- Definição de responsabilidades: Quem é responsável por danos causados por decisões tomadas com base em IA?
- Transparência e explicabilidade: Como garantir que os algoritmos sejam transparentes e suas decisões possam ser explicadas?
- Auditoria e controle: Como auditar os sistemas de IA para garantir que estejam funcionando de forma justa e imparcial?

A construção dessa regulação deve ser fruto de um diálogo colaborativo entre especialistas em IA, profissionais do direito e a sociedade civil, visando garantir sua eficácia e a proteção dos direitos de todos.

7.2 Segurança de Dados

A proteção de dados pessoais emerge como um dos pilares da aplicação da IA no Direito. O tratamento de informações sensíveis exige estrita conformidade com a LGPD, especialmente em decisões judiciais que impactam diretamente a vida dos cidadãos.

A regulação da IA no Judiciário deve impedir que algoritmos operem como “caixas-pretas”^[14] inescrutáveis, exigindo transparência sobre os critérios utilizados nos julgamentos automatizados. A responsabilidade por eventuais falhas ou injustiças deve ser claramente definida, prevenindo que erros algorítmicos prejudiquem os jurisdicionados.

7.3 O Problema das Alucinações e a Necessidade de Vigilância Humana

O fenômeno das “alucinações”, onde a IA gera informações falsas com aparência de verdade, representa um desafio significativo, especialmente em modelos de linguagem utilizados no Judiciário.

No contexto jurídico, isso pode levar a decisões judiciais baseadas em precedentes inexistentes, leis interpretadas de forma errônea ou dados fictícios. A ausência de verificação humana adequada pode culminar em graves erros judiciais, comprometendo a segurança jurídica e a confiança no sistema.

A mitigação desse risco exige mecanismos rigorosos de verificação e validação das informações geradas pela IA, como a revisão por profissionais do direito, a comparação com fontes confiáveis e a rastreabilidade dos dados utilizados. A transparência sobre as limitações da IA e a necessidade de supervisão humana deve ser amplamente comunicada.

7.4 Transparência

A IA aplicada ao Direito deve ser compreensível tanto para os operadores jurídicos quanto para a sociedade. Modelos de decisão automatizados precisam fornecer justificativas claras e acessíveis, evitando que partes e advogados sejam prejudicados pela opacidade dos sistemas. “A opacidade algorítmica pode ser entendida como a impossibilidade de se obter uma explicação completa sobre funcionamento interno, recomendações, decisões e previsões de sistemas de IA “caixa preta” (black box), não sendo possível identificar como e por que os algoritmos alcançam seus resultados”^[15].

Para isso, recomenda-se o uso de IA explicável (XAI - Explainable AI), uma abordagem que permite visualizar os processos internos do algoritmo e entender por que uma determinada decisão foi sugerida. Somente com transparência será possível consolidar a confiança na IA dentro do Judiciário.

7.5 Infraestrutura e Capacitação

A transformação digital do Judiciário exige uma infraestrutura tecnológica robusta e a capacitação dos profissionais do direito. Investimentos em servidores, segurança cibernética e sistemas interoperáveis são fundamentais.

A capacitação dos usuários de IA é primordial, abrangendo: compreensão do funcionamento, utilização crítica das ferramentas e garantia da ética e responsabilidade no uso da IA.

A capacitação deve ser contínua e adaptável às evoluções da IA.

7.6 O Impacto na Capacidade Crítica

Um questionamento crescente na era da IA é: o uso recorrente de ferramentas de inteligência artificial pelos profissionais do Direito compromete sua capacidade crítica? A facilidade e a eficiência proporcionadas pela IA podem levar a uma dependência excessiva, onde a análise e o julgamento humano são gradualmente substituídos por respostas automatizadas.

A preocupação reside no fato de que a IA, apesar de sua capacidade de processar grandes volumes de dados e gerar informações relevantes, não possui a capacidade de discernimento ético e contextual que os profissionais do Direito desenvolvem ao longo de sua carreira. A análise crítica, a capacidade de questionar e interpretar informações complexas, e a habilidade de considerar as nuances de cada caso são habilidades intrinsecamente humanas e fundamentais para a justiça.

Para mitigar esse risco, é essencial que os profissionais do Direito utilizem a IA como uma ferramenta de apoio, e não como um substituto para o pensamento crítico. “Uma das principais recomendações da Microsoft para minimizar a “atrofia” cognitiva é garantir que as ferramentas de IA incentivem o aprendizado do usuário. Isso pode incluir metodologias que ajudam os usuários a desenvolverem suas habilidades analíticas, como verificar fatos e analisar argumentos complexos”^[16].

A educação contínua, a promoção do debate ético e a implementação de mecanismos de supervisão podem auxiliar na garantia de que a IA seja utilizada de forma responsável e complementar, preservando a capacidade crítica dos profissionais e assegurando que as decisões judiciais sejam tomadas com a devida ponderação e discernimento.

7.7 Viés Algorítmico e Justiça: Como Evitar Decisões Discriminatórias

O viés algorítmico, a reprodução e amplificação de desigualdades nos dados de treinamento, é um dos maiores desafios éticos da IA no Judiciário.

A mitigação desse problema exige auditorias frequentes, diversificação dos bancos de dados e mecanismos de correção de vieses. A supervisão humana contínua deve garantir que as decisões automatizadas não comprometam a igualdade e a imparcialidade.

8 | O FUTURO DA IA NO JUDICIÁRIO: TENDÊNCIAS E CAMINHOS POSSÍVEIS

O futuro da Inteligência Artificial (IA) no Judiciário se desenha como um horizonte de possibilidades cada vez mais amplas, onde a tecnologia se integra de forma profunda ao sistema de justiça. A evolução da IA no Direito aponta para sistemas progressivamente sofisticados, capazes de transformar a dinâmica processual e a atuação dos operadores jurídicos.

Imagine um cenário onde a IA analisa jurisprudência em tempo real, fornecendo *insights* instantâneos sobre casos análogos e tendências decisórias. Sistemas capazes de sugerir minutas automatizadas com alto grau de precisão, otimizando o trabalho de advogados e servidores. E, ainda, a capacidade de prever desfechos processuais com base em dados históricos, auxiliando na tomada de decisões estratégicas e na gestão do risco jurídico.

No entanto, a concretização desse futuro promissor depende de um fator crucial: a capacidade de equilibrar a inovação tecnológica com os princípios éticos que norteiam o Direito. É fundamental garantir que a tecnologia esteja a serviço da Justiça, e não o contrário, preservando os valores fundamentais que sustentam o sistema jurídico.

Dentre as tendências que moldam e moldarão o futuro da IA no Judiciário, destacam-se:

- **Integração com blockchain^[17]:** O Blockchain, um ‘livro-razão’ digital imutável e compartilhado, apresenta-se como uma alternativa segura e transparente aos métodos tradicionais de registro de documentos, como a ata notarial. Ao organizar as informações em blocos interligados e protegidos por criptografia, essa tecnologia garante rastreabilidade, imutabilidade e transparência, atributos que, integrados aos processos judiciais, proporcionam maior confiabilidade, rapidez e custo-benefício na verificação de documentos, fortalecendo a segurança jurídica, a autenticidade de provas digitais, a auditabilidade de decisões e a confiança no sistema de justiça.
- **IA híbrida:** A IA híbrida une o aprendizado de máquina (que usa estatísticas para analisar dados) com a IA simbólica (que usa semântica para entender o significado). Ao mesclar análise estatística de dados com raciocínio semântico, essa abordagem não apenas simula o cérebro humano^[18], mas também permite a criação de sistemas mais precisos e confiáveis. A combinação de modelos baseados em regras e aprendizado de máquina otimiza a tomada de decisões, integrando o melhor da lógica jurídica e da capacidade de aprendizado automático.
- **Expansão da automação cognitiva:** A automação cognitiva, que vai além da simples automação de tarefas repetitivas, busca dotar os sistemas de IA da capacidade de compreender a linguagem jurídica de forma mais profunda, interpretando conceitos complexos, identificando nuances e realizando análises contextuais. Essa evolução pode permitir que a IA auxilie em tarefas que exigem maior capacidade de raciocínio jurídico.
- **Assistentes jurídicos virtuais:** A Inteligência Artificial possibilita o desenvolvimento de assistentes jurídicos virtuais, como chatbots e plataformas de resolução de disputas, acessíveis a advogados, juizes e cidadãos, que fornecem informações, orientações e suporte em questões jurídicas. Esses assistentes podem democratizar o acesso à justiça, especialmente para populações vulneráveis, tornando-a mais próxima e compreensível para todos.

A IA no Judiciário não deve ser vista como uma ameaça à análise humana, mas sim como uma aliada poderosa na busca por um sistema de justiça mais ágil, acessível e justo. O sucesso dessa transformação dependerá de uma implementação criteriosa, que respeite os princípios jurídicos, assegure a ética no uso da tecnologia e garanta que o progresso tecnológico esteja sempre alinhado à preservação dos direitos fundamentais.

9 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jornada da Inteligência Artificial no Judiciário brasileiro abre um novo capítulo promissor. A “Justiça 4.0”, impulsionada pela IA, emerge como um horizonte de transformação, capaz de remodelar a prática jurídica e a dinâmica do sistema judicial. No entanto, a implementação da IA no Judiciário exige um olhar atento e ponderado, que equilibre a busca por eficiência e celeridade com a preservação dos valores éticos e princípios fundamentais do Direito.

A morosidade processual, um desafio histórico do sistema judiciário brasileiro, encontra na IA um aliado poderoso. A automação de tarefas rotineiras, a análise de grandes volumes de dados e a otimização da gestão processual são apenas alguns exemplos do potencial da IA para impulsionar a celeridade e a eficiência da Justiça.

No entanto, a IA não é uma panaceia. A implementação bem-sucedida da tecnologia exige a superação de desafios complexos, como a necessidade de regulamentação específica, a garantia da segurança de dados, a mitigação do viés algorítmico e a preservação da capacidade crítica dos profissionais do Direito.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desempenha um papel fundamental nesse processo, guiando o uso ético e responsável da IA no Judiciário. A recente resolução do CNJ, que estabelece diretrizes para a implementação da IA, demonstra o compromisso do órgão em garantir que a tecnologia esteja a serviço da Justiça, e não o contrário.

A mudança cultural dos profissionais do Direito é outro fator essencial para o sucesso da IA no Judiciário. A IA não é um substituto para o intelecto humano, mas sim um parceiro que amplifica nossas habilidades. A colaboração entre humanos e máquinas, guiada pela ética e pela busca por justiça, é o caminho para um futuro promissor do Direito na era da IA.

O futuro da IA no Judiciário se desenha como um horizonte de possibilidades cada vez mais amplas. A integração da IA com outras tecnologias, como blockchain e IA híbrida, promete revolucionar a forma como o Direito é praticado. A expansão da automação cognitiva e o desenvolvimento de assistentes jurídicos virtuais podem democratizar o acesso à justiça e tornar o sistema judicial mais eficiente e acessível.

Em última análise, a IA no Judiciário não deve ser vista como uma ameaça, mas sim como uma oportunidade de construir um sistema de justiça mais ágil, acessível e justo para todos os cidadãos brasileiros. Acreditamos que este artigo, ao explorar os caminhos da IA no Judiciário, contribui para um debate construtivo sobre o futuro da Justiça no Brasil,

impulsionando a busca por soluções inovadoras que garantam a efetividade do Direito e a preservação dos valores democráticos.

REFERÊNCIAS

- [1] <https://www.cnj.jus.br/com-84-milhoes-de-processos-em-tramitacao-judiciario-trabalha-com-productividade-crescente/>
- [2] https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/?utm_source=chatgpt.com
- [3] <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>
- [4] <https://www.claranet.com/br/blog/inteligencia-artificial-machine-learning-e-deep-learning>
- [5] <https://www.conjur.com.br/2025-fev-11/stj-lanca-ia-generativa-para-atacar-acervo-de-recursos-inadmitidos/>
- [6] <https://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/trt-da-5%C2%AA-regi%C3%A3o-ba-pangea-amplia-base-de-dados-e-incorpora-precedentes-do-stj-em-mat%C3%A9ria-trabalhista>
- [7] <https://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/chat-jt-justi%C3%A7a-do-trabalho-lan%C3%A7a-intelig%C3%Aancia-artificial-para-auxiliar-profissionais-da-institui%C3%A7%C3%A3o>
- [8] <https://www.guiadopc.com.br/cases-de-sucesso/53116/tjsp-adota-tecnologia-de-ia-para-mais-agilidade-e-precisao-documental-de-processos-e-audiencias.html>
- [9] <https://www.tjba.jus.br/portal/tjba-divulga-as-inovacoes-da-assistente-virtual-sofia/>
- [10] <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>
- [11] <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/minuta-resolucao-ia-vrevisada-2024-12-13-15h35-1.pdf>
- [12] <https://www.cnj.jus.br/cnj-conclui-minuta-de-resolucao-sobre-utilizacao-de-ia-no-judiciario/>
- [13] <https://www.cnj.jus.br/ia-no-judiciario-uso-e-pouco-frequente-mas-interesse-pela-ferramenta-e-elevado/>
- [14] <https://www.galiciaeducacao.com.br/blog/governanca-da-inteligencia-artificial-e-desafios-juridicos-atuais/>
- [15] PECEGO, Daniel Nunes; TEIXEIRA, Raphael Lobato Collet Janny. Inteligência Artificial no Judiciário: da Opacidade à Explicabilidade das Decisões Judiciais. *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, [S.l.], v. 43, p. 1-22, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2024.87850>.
- [16] NEVES, Rodrigo. Impacto da Inteligência Artificial no Pensamento Crítico. Disponível em: <https://www.anamid.com.br/impacto-da-inteligencia-artificial-no-pensamento-critico/>.

[17] GIACCHETTA, André Zonaro; VILELA, Bárbara Amanda. A tecnologia blockchain e a garantia de autenticidade das provas nos processos judiciais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/384453/blockchain-e-a-autenticidade-das-provas-nos-processos-judiciais>

[18] <https://www.earley.com/insights/what-is-hybrid-ai-approach-to-data-discovery>

CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PERSONAS NATURALES: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES DESDE EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN



<https://doi.org/10.22533/at.ed.6681125270312>

Data de aceite: 19/03/2025

Marien Zoraida Rivera Guzmán

Mamá de Sebastián, abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Contratación Estatal, Especialista en Gobierno y Gerencia Pública y candidata a magister en la Maestría en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín

Adriana Patricia Arboleda López

Posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Posdoctora en Ciencias de la Educación. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo.

Magister en Derecho Procesal Contemporáneo. Especialista en Derecho Administrativo. Abogada Conciliadora.

Investigadora categoría Senior con competencias en resolución de conflictos para promover la convivencia pacífica.

Asesora de la tesis.

<https://orcid.org/0000-0001-6864-5911>

Artículo producto del proyecto de investigación titulado “Principio de Planeación Estatal en la Regulación de los Honorarios en los Contratos de Prestación de Servicios entre Entidades Estatales y Personas Naturales” de la Maestría Contratación Estatal de la Universidad de Medellín

RESUMEN: En el presente texto se analizó el contrato de prestación de servicios suscrito con personas naturales desde el principio de planeación, en los elementos precio, justificación de la necesidad y las obligaciones. Una mala definición de éstos puede ocasionar la desfiguración de la relación contractual, conllevando a sentencias condenatorias al Estado Colombiano e ineficiencia en la ejecución del contrato. Se partió del estudio de la normativa, sentencias de las Altas Cortes, la doctrina, artículos científicos, y de los resultados de aplicar una encuesta a los ministerios y al Departamento Nacional de Planeación, respecto a los contratos suscritos durante las vigencias 2021 a 2024, entidades referentes para el orden nacional y territorial. Igualmente, se estudió información de fuentes directas como son Colombia Compra Eficiente, la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y el Departamento Administrativo de la Función Pública. El principal hallazgo evidencia que los contratos de prestación de servicios suscritos con personas naturales resultan fundamentales para el cumplimiento de los fines del Estado, contrario a la premisa de que deberían eliminarse. Se observó un incremento anual en la vinculación de

personal bajo esta figura, cuya labor contractual contribuye de manera significativa a la gestión pública. No obstante, persisten deficiencias en la planeación, particularmente en la justificación de los honorarios, en la descripción de la necesidad y en la definición de las obligaciones, respecto de las que se identificaron oportunidades de mejora, ya que son elementos que posibilitan la ejecución del contrato de forma efectiva, respetando la autonomía del contratista y enfocándose en la obtención de resultados que fortalezcan la capacidad de las entidades para cumplir con sus objetivos institucionales.

PALABRAS CLAVE: contrato estatal de prestación de servicios, necesidad, obligaciones, planeación, precio.

STATE SERVICE CONTRACT WITH NATURAL PERSONS: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FROM THE PLANNING PRINCIPLE

ABSTRACT: In this text the service provision contract signed with individuals was analyzed from the beginning of the planning process, including the elements of price, justification of need, and obligations. A poor definition of these can distort the contractual relationship, leading to condemnatory rulings against the Colombian State and inefficient contract execution. The article began by studying regulations, high court rulings, legal doctrine, scientific articles, and the results of a survey conducted by ministries and the National Planning Department regarding contracts signed during the 2021 to 2024 periods, which are key entities at the national and territorial levels. Information was also studied from direct sources such as Colombia Compra Eficiente, the State Legal Defense Agency, and the Administrative Department of the Civil Service. The main finding is that service provision contracts signed with individuals are essential for the fulfillment of the State's objectives, contrary to the premise that they should be eliminated. An annual increase was observed in the hiring of personnel under this category, whose contractual work contributes significantly to public management. However, deficiencies persist in planning, particularly in the justification of fees, the description of needs, and the definition of obligations. Opportunities for improvement were identified, as these elements enable effective contract execution, respecting the contractor's autonomy and focusing on achieving results that strengthen the entities' capacity to meet their institutional objectives.

KEYWORDS: state contract for the provision of services, need, obligations, planning, price

INTRODUCCIÓN

En este capítulo estudiaremos, desde el principio de la planeación, el contrato de prestación de servicios con personas naturales y su impacto en la gestión pública. Nuestro objetivo es generar recomendaciones respecto a los elementos esenciales: el precio, la justificación de la necesidad y las obligaciones, que contribuyan a optimizar el uso de esta herramienta, que ha resultado imperiosa para la vinculación del talento humano, con el fin de lograr el cumplimiento de los fines del Estado.

Esta modalidad de contratación directa, se introdujo en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Congreso de Colombia, 1993), como un medio de gestión para que el Estado desarrolle sus funciones propias, tanto en las áreas

misionales como transversales; y el numeral 4, literal h del artículo 2 de la Ley 1150 (Congreso de Colombia, 2007), definió que la modalidad de selección es la contratación directa. Posteriormente, el Decreto 1082 (Departamento Nacional de Planeación, 2015), señaló que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se distinguen por su enfoque intelectual y se diferencian de los contratos de consultoría. Además, abarcan actividades operativas, logísticas o asistenciales dentro de la entidad.

Ahora bien, el eje de la contratación estatal es el principio de planeación, por cuanto su falencia o aplicación imperfecta puede ocasionar que la ejecución del contrato no tenga los resultados esperados. Frente al precitado principio, se exige a las entidades estatales que consignen en el estudio previo, el resultado de una investigación sesuda, para justificar la necesidad, la mejor forma de satisfacerla, conocer las condiciones del mercado para definir el precio, las características, los posibles interesados e identificar los riesgos, entre otros, para encontrar el mejor bien, servicio o persona, generando mayor beneficio por dinero en la contratación. Así lo expresó el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación que precisó unas reglas para evitar relaciones laborales encubiertas en los contratos de prestación de servicios (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, 2021).

En relación con el valor de los honorarios, el Decreto 1068 (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2015) distingue dos categorías de contratos de prestación de servicios: los calificados y los altamente calificados, indicando que uno u otro deberá atender el tope indicado en la norma. Dentro del marco jurídico expuesto, es posible concluir de manera inicial, que no existen límites y/o criterios para establecer el valor y/o la remuneración de los contratos. Al respecto, la única mención la hace el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de Colombia, 1993) indicando que es un derecho de los contratistas recibir oportunamente la remuneración pactada. En este sentido, en cuanto al precio de los honorarios, más allá de revisar que se encuentre dentro de los precios del mercado (remuneración a la que se contrata por esta misma modalidad en otras entidades del Estado), se debería revisar cuáles son los emolumentos que se tuvieron en cuenta para definir el precio.

Respecto a la necesidad, en principio no se observa que se enmarque dentro del desarrollo de un proyecto o programa; definida en el tiempo determinado que va a necesitar al contratista para el desarrollo de la actividad, con esto plasmar que no se generan contratos sucesivos con el mismo contratista por el cambio de vigencia y el resultado esperado con el futuro contrato.

En cuanto a las obligaciones, se proyectan teniendo en cuenta las necesidades actuales de la entidad en sus procesos misionales o transversales. Sin embargo, no se planea en el estudio previo cómo realizará el contratista la citada obligación en coordinación con la entidad sin que se genere subordinación, dependencia o ligado al cumplimiento de un horario.

En consonancia de lo expuesto, se tiene como objetivo responder a la siguiente pregunta:

¿Cómo puede la aplicación del principio de planeación, en el desarrollo de la parte precontractual, mediante los elementos de tasación de honorarios, definición de la necesidad y estructuración de las obligaciones consignadas en los estudios previos del contrato de prestación de servicios entre personas naturales y el Estado, mejorar la gestión pública y prevenir riesgos jurídicos para el Estado Colombiano?

Los objetivos a alcanzar son los siguientes: general: Analizar en el marco del principio de planeación la mejora de la tasación de honorarios, la justificación de la necesidad y la definición de las obligaciones en los contratos de prestación de servicios con personas naturales, con el fin de optimizar la gestión pública y prevenir riesgos jurídicos para el Estado Colombiano. Específicos: 1. Análisis la ejecución de los Contratos de Prestación de Servicios con Personas Naturales 2021 – 2024, 2. Identificar las oportunidades de mejora en los factores pecuniarios generales que se deberían tener en cuenta en la tasación del valor de los honorarios en el contrato de servicios con personas naturales, 3. Evaluar la justificación de la necesidad en los contratos de prestación de servicios con personas naturales, identificando su coherencia con el principio de planeación y su impacto en la eficiencia de la gestión pública. 4. Conectar obligaciones exigibles con el modo en contratos estatales de prestación de servicios de personas naturales.

Por otra parte, la investigación se desarrolló con un enfoque mixto, utilizando instrumentos de metodología cualitativa con el proceso de recolección y estudio de sentencias de las Altas Cortes, normativa, doctrina y artículos científicos; cuantitativa ya que se realizó una encuesta con la solicitud de soportes a los 19 Ministerios y el Departamento Nacional de Planeación. Estas entidades del orden nacional, se delimitaron para tener una muestra comparable de lo que se sucede en la práctica con la figura contractual. Su alcance temporal delimita un rango para la observación, entre los años 2021 y 2024, consultando los datos reportados por Colombia Compra Eficiente (CCE) sobre la contratación bajo la figura del contrato de prestación de servicios con personas naturales. Según esta información, el Estado ha suscrito un total de 3.191.571 (Agencia Jurídica del Estado, 2025) contratos de este tipo en dicho periodo. Con un alcance descriptivo, hermenéutico, jurídico dogmático y un diseño documental que tiene como propósito describir, comprender e interpretar la realidad de la contratación efectuada de los contratos de prestación de servicios con personas naturales de las entidades muestra. Su metodología se podría, eventualmente, replicar en el estudio a otras entidades nacionales o territoriales, durante el mismo u otros rangos de tiempo y, también, en otras modalidades de contratación.

En corolario de lo expuesto, en el presente texto se abordarán cuatro aspectos de la contratación de servicios de personas naturales en el ámbito estatal. En primer lugar, se analizará la Ejecución de los Contratos de Prestación de Servicios con Personas Naturales 2021 – 2024, en segundo lugar, la Optimización de Criterios Económicos en la Tasación de Honorarios en Contratos Estatales de Servicios con Personas Naturales; en tercera posición, Mejorar la justificación y necesidad en la contratación de servicios de personas

naturales y, por último, la definición de obligaciones exigibles en contratos estatales de prestación de servicios de personas naturales.

ANÁLISIS EN LA EJECUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE PERSONAS NATURALES VIGENCIA 2021 - 2024

Al revisar los datos de las 19 entidades, se encontró que en cada vigencia se ha aumentado el porcentaje de contratos de prestación de servicios. En sana de discusión, se podría atribuir a sus metas fundamentales que son apoyar e impulsar el crecimiento equilibrado de la comunidad colombiana mediante la creación e implementación de estrategias, proyectos, iniciativas, planificación territorial y desarrollo urbano.

Año	Cantidad	Participación %
2021	148.440	27%
2022	138.014	25%
2023	171.079	31%
2024	87.233	16%
Total	544.766	100%

Tabla 1 - Contratos de prestación de servicios suscritos por entidades del orden nacional 2021-2024

Fuente: elaboración propia con información suministrada por Colombia Compra Eficiente (2024).

Ahora bien, como se muestra en la tabla 2, al calcular el porcentaje de aumento de la cifra de contratos de prestación de servicios suscritos con personas naturales en el sector territorial con respecto al sector nación, tenemos que el porcentaje aumento en 381% con respecto al sector nación.

Año	Cantidad	Participación %
2021	737.449	36%
2022	632.534	30%
2023	526.041	25%
2024	179.235	9%
Total	2.075.259	100%

Tabla 2 - Contratos de prestación de servicios suscritos por entidades del orden territorial (2021-2024)

Fuente: elaboración propia con información suministrada por Colombia Compra Eficiente (2024).

Examinando el número de contratos de prestación de servicios suscritos con personas naturales por cada uno de los 19 ministerios en Colombia y el Departamento Nacional de Planeación durante las vigencias 2021 – 2024, es necesario indicar que teniendo en cuenta que el Ministerio de la Igualdad y Equidad se creó en enero 4 de 2023

(Congreso de la República de Colombia, 2023) y solo ha suscrito 31 contratos de prestación de servicios con personas naturales entre el año 2024 a 2025 no se consideró en el estudio porque introduce distorsiones en los resultados.

Ahora bien, se observa como tendencia, que en la mayoría de entidades aumenta la contratación bajo esta figura como se muestra en la tabla 3.

No.	Ministerio	2021	Part.	2022	Part.	2023	Part.	2024	Part.	Total	Part.
1	Interior	1.519	11%	2.502	18%	2.083	11%	2.196	10%	8.300	12%
2	Relaciones Exteriores	112	1%	156	1%	271	1%	1.342	6%	1.881	3%
3	Hacienda y Crédito Público	393	3%	287	2%	458	2%	762	3%	1.900	3%
4	Justicia y del Derecho	637	5%	753	5%	1.076	6%	816	4%	3.282	5%
5	Defensa Nacional	231	2%	287	2%	103	1%	184	1%	805	1%
6	Agricultura y Desarrollo Rural	509	4%	550	4%	586	3%	1.061	5%	2.706	4%
7	Salud y Protección Social	1.109	8%	914	7%	1.338	7%	1.654	7%	5.015	7%
8	Trabajo	587	4%	642	5%	491	3%	444	2%	2.164	3%
9	Minas y Energía	540	4%	579	4%	1.029	6%	2.493	11%	4.641	7%
10	Comercio, Industria y Turismo	306	2%	339	2%	304	2%	316	1%	1.265	2%
11	Educación Nacional	772	6%	768	6%	1.035	6%	1.704	8%	4.279	6%
12	Ambiente y Desarrollo Sostenible	743	6%	990	7%	1.203	6%	1.640	7%	4.576	7%
13	Vivienda, Ciudad y Territorio	859	6%	959	7%	1.527	8%	980	4%	4.325	6%
14	Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	828	6%	839	6%	1.179	6%	961	4%	3.807	6%
15	Transporte	647	5%	638	5%	975	5%	853	4%	3.113	5%
16	Culturas, las Artes y los Saberes	1.261	9%	588	4%	1.295	7%	1.008	5%	4.152	6%
17	Ciencia, Tecnología e Innovación	568	4%	308	2%	886	5%	1.326	6%	3.088	5%
18	Deporte	841	6%	885	6%	1.027	5%	642	3%	3.395	5%
19	Departamento Nacional de Planeación (DNP)	861	6%	907	7%	1.841	10%	1.729	8%	5.338	8%
Total		13.323	88%	13.891	81%	18.707	87%	22.111	84%	68.035	100%
Participación anual		22%	20%	20%		27%		32%			

Tabla 3 - Contratos de prestación de servicios suscritos por cada ministerio y el Departamento Nacional de Planeación (2021-2024)

Fuente: elaboración propia a partir de información de los Ministerios de Colombia y el Departamento Nacional de Planeación (2024).

A partir de los datos considerados, se destacan los ministerios con mayor y menor participación en esta figura contractual, así como las variaciones anuales en la cantidad de contratos. Los hallazgos permiten comprender la dinámica del gasto público y la priorización de recursos en diferentes sectores. Además, se presentan conclusiones sobre la viabilidad del modelo de contratación estatal, las prioridades ministeriales y el impacto de factores externos, acompañadas de recomendaciones para estudios futuros.

Analítica del uso del Contrato de Prestación de Servicios con Personas Naturales y Comparación por Vigencias

La contratación estatal en Colombia ha experimentado fluctuaciones significativas durante el período 2021-2024. Se observa un crecimiento progresivo en el número total de contratos suscritos, con un incremento del 66% desde 2021 hasta 2024, evidenciando una tendencia hacia una mayor dependencia de los contratos de prestación de servicios con personas naturales para actividades transversales y misionales en los distintos ministerios.

En las vigencias 2021 y 2022 se registraron niveles similares de contratación, con 13.323 y 13.891 contratos respectivamente, representando un 22% y 20% del total del período.

En el año 2023 muestra un aumento considerable, con 18.707 contratos (27% del total), lo que sugiere una mayor inversión en proyectos públicos o una reactivación económica tras la pandemia o el impacto por el cambio de gobierno presidencial.

Finalmente, en el 2024 se consolida como el año con mayor cantidad de contratos (22.111, equivalente al 32% del total), lo que indica un crecimiento sostenido en la demanda de esta figura contractual por parte del Estado.

Estos datos sugieren que, pese a que existe una política de discontinuar o disminuir este tipo de contratos, la realidad de país insta a que el Estado incremente la mano de obra a través de contratos de prestación de servicios suscritos con personas naturales, que podría estar impulsada por cambios en la administración gubernamental, ajustes presupuestarios o necesidades emergentes en diferentes sectores.

Finalmente se observó que, en el período de estudio, cinco ministerios destacaron por su alta participación en la contratación estatal, consolidándose como sectores prioritarios para el gobierno conforme a la siguiente participación descrita en la figura 1.

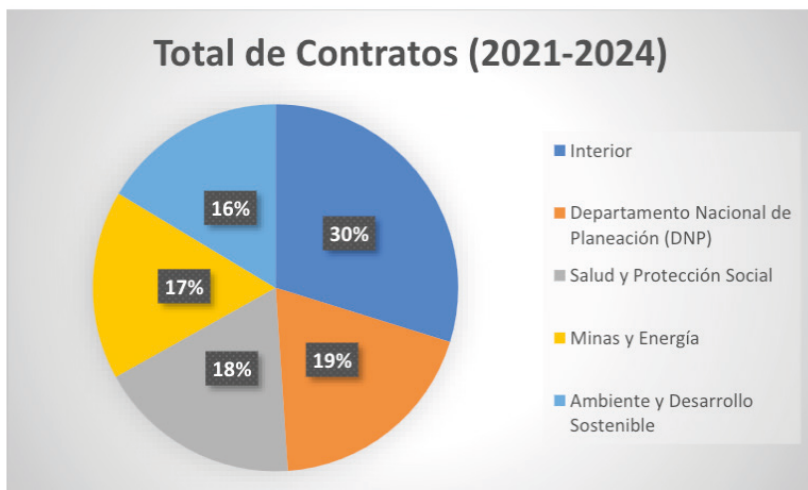


Figura 1 - Entidades del orden nacional con mayor numero de vinculación de personas por contrato de prestación de servicios en las vigencias 2021-2024

Fuente: elaboración propia a partir de información de los Ministerios de Colombia, Departamento Nacional de Planeación y Colombia Compra Eficiente (2024).

Ministerios con Menor Participación en la Contratación Estatal

Por otro lado, ciertos ministerios presentaron una baja incidencia en la contratación pública, posiblemente por la prioridad de proyectos a cargo (figura 2).



Figura 2 - Entidades del orden nacional con menor numero de vinculación de personas por contrato de prestación de servicios en las vigencias 2021-2024

Fuente: elaboración propia a partir de información de los Ministerios de Colombia, Departamento Nacional de Planeación y Colombia Compra Eficiente (2024).

Fluctuaciones y Tendencias Específicas

El Ministerio de Minas y Energía pasó de 4% en 2021 a 11% en 2024, evidenciando una tendencia creciente en inversión en proyectos energéticos.

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio presentó una reducción en 2024 (4%) tras haber alcanzado el 8% en 2023, lo que podría indicar un cambio en la priorización de inversiones en infraestructura.

El Ministerio de Deporte redujo su participación a la mitad en 2024 (3%), después de haber mantenido una participación constante del 6% en años anteriores, sugiriendo recortes presupuestarios en el sector deportivo.

OPTIMIZACIÓN DE CRITERIOS ECONÓMICOS EN LA TASACIÓN DE HONORARIOS EN CONTRATOS ESTATALES DE SERVICIOS CON PERSONAS NATURALES

En el estudio del contrato estatal, resulta fundamental comprender su relación con la economía y el régimen constitucional. Como lo señala Sánchez Luque:

El contrato estatal, como el servicio público, debe ser apreciado desde la economía. La contratación de la Administración muestra con nitidez no solo la enorme incidencia de las transformaciones constitucionales antes explicadas, sino en general del régimen económico, que alteraron la clave para apreciar las relaciones negociales estatales. El aspecto decisivo ya no está en las prerrogativas de poder público, sino en el regreso a la autonomía de la voluntad. (Sánchez Luque, 2022)

De esta manera, la importancia del precio en el contrato estatal radica en que el contratista, al celebrar una relación de intercambio de bienes y servicios con el Estado, debe encontrarse en condiciones de igualdad. Esto implica que la contraprestación pactada sea justa y equitativa, garantizando un equilibrio entre las partes y asegurando el cumplimiento adecuado de las obligaciones contractuales. Dentro de este contexto, analizaremos el precio en el contrato de prestación de servicios suscrito entre el Estado y personas naturales.

Frente a la falencia de requisitos financieros, Rojas, Valencia, & Jiménez (2021) indicaron que es fundamental que los organismos adjudicadores examinen aspectos más detallados que los parámetros requeridos para asegurar solvencia económica vinculada con la industria, la evolución del mercado y la amenaza efectiva del acuerdo, estableciendo condiciones habilitantes que sean pertinentes y factibles para los oferentes, promoviendo la concurrencia equitativa y la claridad en el procedimiento.

Ahora bien, es necesario traer a colación la definición del contrato de prestación de servicios con el Estado, como un vínculo contractual regulado por la Ley 80 de 1993, cuando se acuerda la ejecución de servicios vinculados a la gestión u operación de una entidad pública. En este contexto, el contratista actúa con independencia en el desarrollo

de la tarea asignada y percibe honorarios como compensación por el servicio prestado. Dichas labores deben ser ejecutadas por personal externo, ya sea porque no pueden ser asumidas por los funcionarios de planta, o porque requieren un nivel de especialización específico (Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, 2021).

Sobre el precio, el Consejo de Estado en la Sentencia 00034 (2018) indicó que una de las particularidades de los convenios estatales es su carácter oneroso, en la medida en que generan beneficio para ambas partes. Esta cualidad está vinculada con el costo o monto acordado en el contrato, es decir, la cantidad que la entidad pública le reconoce al contratista por la realización del objeto contractual. Según las disposiciones del derecho civil y comercial, en los contratos se diferencian los elementos que son esenciales, naturales o accidentales. Además de ello, la Ley 80 (Congreso de Colombia, 1993) establece características propias de los contratos estatales. El costo o precio en un contrato estatal es uno de esos elementos. Conforme al artículo 41 de dicha norma, el valor es un componente esencial, ya que es necesario para que el contrato se perfeccione y adquiera validez legal.

Dentro de este contexto, en este capítulo sólo se analizará el elemento precio desde el punto de vista de la planeación estatal del contrato de prestación de servicios suscrito con personas naturales, cotejando la contratación de los 19 Ministerios y el Departamento Nacional de Planeación que son la muestra que se tomó para el presente análisis en el periodo 2021-2024, por ser entidades comparables en el sector nación.

EL PRECIO EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Es necesario realizar un examen detallado del valor justo del acuerdo que se pretende formalizar (Forero Hernández, 2020), con el propósito de establecer la proporcionalidad financiera del contrato, la cual representa la equidad que debe prevalecer en todos los contratos estatales, a diferencia de la justicia esencialmente conmutativa que caracteriza al contrato civil (Escobar Gil, 1998).

Para realizar este análisis, se le hizo una encuesta a cada uno de los 19 ministerios y al Departamento Nacional de Planeación, donde se efectuaron las siguientes preguntas:

1. ¿La entidad cuenta con una guía, un procedimiento u otro documento en el que se establezca la forma como se establece el monto de los honorarios a pactar en los contratos de prestación de servicios con personas naturales?
3. ¿Al establecer el monto de los honorarios a pactar en los contratos de prestación de servicios con personas naturales, se utilizó como parámetro lo devengado por un empleado de planta que realiza funciones similares y del que se exige una idoneidad equivalente?
4. ¿En el análisis que condujo a determinar el monto de honorarios a pactar, se tuvieron en cuenta factores como aportes para seguridad social, carga tributaria, prestaciones sociales, entre otros?
5. ¿La entidad cuenta con un estudio económico, financiero o técnico, qué de cuenta del análisis enunciado en el numeral anterior? (Si la respuesta es positiva, favor suministrar copia en

medio digital) 6. ¿Al establecer el monto de los honorarios a pactar en los contratos de prestación de servicios con personas naturales, ¿se utilizó como parámetro lo utilizado en otras entidades? y 7. Se tiene previsto, en el corto, mediano o largo plazo, ¿establecer alguna política para disminuir o acabar con la figura de los contratos de prestación servicios con personas naturales?

ENTIDAD	1	2	3	4	5	6	7
Hacienda y Crédito Público	Si	Si	No	No	Si	Si	Si
Justicia y del Derecho	Si	Si	No	No	No	No	Si
Defensa Nacional	Si	No	No	Si	Si	Si	Si
Agricultura y Desarrollo Rural	Si	Si	No	No	No	No	Si
Salud y Protección Social	Si	Si	No	No	No	No	No
Trabajo	Si	Si	No	No	No	Si	No
Minas y Energía	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si
Comercio Industria y Turismo	Si	Si	Si	No	No	No	No
Educación Nacional	Si	Si	No	Si	No	Si	Si
Ambiente y Desarrollo Sostenible	Si	Si	No	Si	No	Si	Si
Vivienda, Ciudad y Territorio	Si	Si	No	No	No	No	Si
Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones	Si	Si	No	Si	Si	Si	Si
Transporte	Si	Si	Si	Si	No	Si	No
Cultura	Si	No	No	No	No	No	SI
Ciencia, Tecnología e Innovación	Si	Si	No	Si	No	No	Si
Deporte	Si	Si	Si	Si	No	No	Si
Departamento Nacional de Planeación	Si	Si	No	No	Si	No	Si
Resultados							
Si	16	14	4	8	4	8	12
No	0	2	12	8	12	8	4
% Si	100,0%	87,5%	25,0%	50,0%	25,0%	50,0%	75,0%
% No	0,0%	12,5%	75,0%	50,0%	75,0%	50,0%	25,0%

Tabla 4 - Resultados encuesta realizada a los ministerios y el Departamento Nacional de Planeación (2021-2024)

Fuente: elaboración propia a partir de información de los Ministerios de Colombia y el Departamento Nacional de Planeación (2025).

Existencia de una guía o procedimiento formal para la determinación de honorarios

En esta encuesta se analizaron los procedimientos utilizados por las entidades estatales para la determinación de honorarios en contratos de prestación de servicios con personas naturales, con base en la información proporcionada por las entidades de la muestra. Se evaluó la existencia de guías o procedimientos formales, el uso de parámetros

comparativos, la incorporación de factores salariales y la posible implementación de políticas para reducir esta modalidad contractual, donde se encontró la heterogeneidad en la misma modalidad de contratación directa.

El 100% de las entidades analizadas (16 en total) indicaron que cuentan con una guía, procedimiento o documento que establece la forma en que se determinan los honorarios en los contratos de prestación de servicios con personas naturales. Esto sugiere que la mayoría de las entidades han institucionalizado algún mecanismo para regular este proceso, lo que representa un avance en términos de organización y formalización.

El 87,5% de las entidades (14 en total) remitieron documentos que respaldan la existencia de dichos procedimientos, mientras que el 12,5% no envió evidencia documental. La falta de documentación en ciertos casos puede ser indicativa de dificultades en la gestión de información o de posibles deficiencias en la implementación de estos procedimientos.

Uso de parámetros comparativos para la determinación de honorarios

Se identificó que solo el 25% de las entidades (4 de 16) utilizan como referencia el salario devengado por un empleado de planta con funciones similares y nivel de idoneidad equivalente. Este hallazgo es relevante, ya que la ausencia de un parámetro uniforme puede generar inequidades en la tasación de honorarios y diferencias significativas entre contratistas y funcionarios de planta.

Consideración de factores socioeconómicos en el cálculo de honorarios

El 50% de las entidades (8 de 16) manifestaron que en el análisis para establecer honorarios se tienen en cuenta factores como seguridad social, carga tributaria y prestaciones sociales, mientras que el otro 50% no incorpora estos elementos en su metodología de cálculo. Esto indica que, aunque algunas entidades consideran factores adicionales en la remuneración de los contratistas, aún existe un alto porcentaje de instituciones que no contemplan estos aspectos, lo que puede afectar la equidad en la compensación.

Disponibilidad de estudios económicos, financieros o técnicos de soporte

Solo 4 de 16 entidades (25%) reportaron contar con estudios económicos, financieros o técnicos que respalden el análisis para la determinación de honorarios. Esto sugiere que la mayoría de las instituciones no basan sus decisiones en estudios técnicos detallados, lo que puede comprometer la objetividad y sustentabilidad de la política salarial para contratistas.

Uso de parámetros de otras entidades

El 50% de las entidades (8 de 16) indicaron que utilizan referencias de otras instituciones para establecer montos de honorarios, mientras que el otro 50% no emplea comparaciones interinstitucionales. Este resultado refleja que no existe una estandarización en el ámbito gubernamental, lo que podría generar diferencias salariales entre contratistas que prestan servicios similares en diferentes entidades.

Políticas para la reducción o eliminación de la figura de contratos de prestación de servicios

El 75% de las entidades (12 de 16) han contemplado, en el corto, mediano o largo plazo, el desarrollo de políticas orientadas a disminuir o eliminar la contratación por prestación de servicios. Esto sugiere que existe una tendencia a reducir la dependencia de esta figura contractual, posiblemente en respuesta a críticas sobre la precarización laboral y la falta de estabilidad para los contratistas.

MEJORAR LA JUSTIFICACIÓN Y NECESIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE PERSONAS NATURALES

El Departamento Administrativo de la Función Pública (2025), indicó que, al 03 de marzo 2025, el Estado colombiano cuenta con 6.418 entidades, de las cuales 306 pertenecen al sector nacional y 6.112 al sector territorial. En cuanto al número de funcionarios, se registran 1.381.340, distribuidos según se presenta en la figura 3:

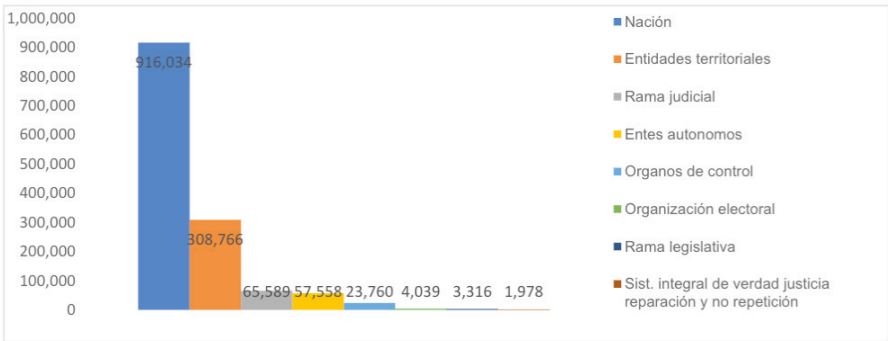


Figura 3 - Distribución de los servidores públicos en Colombia

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP (2025).

Dentro de este contexto, el Estado en el orden nacional para el año 2024 necesitó adicionar a los 916.034 empleados vinculados, otras 357.251 personas, lo que equivale que se necesitó para cumplir con las metas propuestas en los planes, programas y proyectos un 25.87% más de mano de obra, cifra considerable para analizar cómo es posible utilizar

el contrato de prestación de servicios, como una herramienta importante que, desde sus adecuada estructuración, contribuya al logro de lo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo vigente, evitando que en la practica la figura se maneje como un contrato laboral y que el Estado pueda cumplir sus fines utilizando la figura sin tener consecuencias negativas como la alta tasa de fallos en contra del Estado por el contrato realidad.

POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y LAS SENTENCIAS DE LAS ALTAS CORTES SOBRE LA PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Para Amaya Rodríguez (2016) todo procedimiento requiere de planificación con el objetivo de reconocer las diversas fases, recursos necesarios, encargados, potenciales amenazas, entre otros elementos que faciliten una mayor eficacia y eficiencia de cualquier mecanismo en el ámbito de la actividad contractual tanto privada como pública. En el terreno de la contratación estatal, el principio de planificación se manifiesta entonces como la guía en la delimitación de los aspectos procesales de esta manifestación de la función administrativa, los cuales deben ser analizados y considerados a lo largo de las diferentes fases del procedimiento de contratación pública.

El citado principio se desarrolla en conjunto con los principios de transparencia y eficiencia, ya que aseguran que los participantes en el procedimiento estén al tanto de todos los elementos clave sobre el ya mencionado proceso, evidenciando así una de las reglas fundamentales en el campo de la contratación estatal, la cual establece que nada debe ser dejado al azar, salvo aquellas circunstancias que se derivan de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito.

El Estado es cambiante. Con la llegada de cada gobierno en el orden nacional y territorial, se plantean nuevas metas para alcanzar en el Plan de Desarrollo, que institucionaliza el plan de gobierno propuesto por el político electo. Vásquez Saá & Vélez Moreira (2024) indican que el programa de gobierno es la herramienta técnico-estratégica que compila las iniciativas que postulantes presentan a la población y con las cuales se obligan a lograr el progreso de las regiones durante su mandato.

Como el Estado evoluciona, necesita tener una capacidad de reacción para poder contar con la mano de obra necesaria para impulsar sus planes, programas y proyectos que logren cumplirle a sus electores y no electores a lo que se comprometieron, como el período de gobierno es de 4 años, el objetivo es cumplir el mayor porcentaje de ese Plan de Desarrollo en ese período. Sin embargo, esa necesidad presente enlazada a un proyecto que pretende cumplir un postulado de su plan no se observa en la construcción de ese estudio previo.

Es decir, la necesidad, que no es otra cosa que como lo menciona Cordero Vega (2006) reorientarse hacia el estudio de actuaciones público-privadas complejas. El quiebre con las categorías tradicionales del Derecho Administrativo exige reconocer el rol del

contratista particular como creador de hechos, fabricante de políticas; no obstante, el uso del contratista como herramienta, a través de un acuerdo de voluntades, para que proporcione un servicio, es una colaboración aprovechable que se concretiza en la necesidad, con los resultados esperados, el tiempo real requerido para el desarrollo de ese proyecto, así este tiempo no coincida con el plan de compras y presupuesto, lo debo expresar y dejar consignado.

La Sentencia 2012-00406 del Consejo de Estado, precisó sobre el estudio previo:

Las características ni los elementos propios de los estudios previos, señalados con anterioridad en esta providencia, esto es: i) la definición de la necesidad; ii) la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad (proyecto, estudio, diseño o prediseño); iii) las condiciones del contrato; iv) el valor estimado del contrato (soporte técnico y económico); y v) el análisis de los riesgos de la contratación (nivel y extensión de los riesgos amparados por el contratista) (Consejo de Estado, 2020).

Valga como ilustración el planteamiento de la necesidad en el estudio previo, lo señalado por Palomino Flores (2022) en el sentido que la adquisición de bienes y servicio por parte de la entidades funciona como el proceso, mientras que la planificación estratégica opera como el instrumento; ambas prácticas se integran mutuamente dentro de la administración estatal, dado que el logro de los propósitos establecidos en la estrategia de planificación depende de la eficiencia en la ejecución de los contratos.

Así mismo, Aponte Díaz (2014) precisó que el problema del principio de planeación de la gestión en contratación estatal, se genera en que la planeación se piensa como una gestión lineal, cuando debe desarrollarse como una gestión dinámica al servicio de los fines del Estado.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-076 (2020) reiteró que la planeación es un principio en la dinámica contractual del Estado, donde el ordenador del gasto debe cerciorarse que la contratación sea factible administrativa, jurídica, técnicamente y financiera. Adicional, resalto que su no cumplimiento puede ocasionar contratos nulos. Así mismo, en la Sentencia C-057 (Corte Constitucional, 2020) estudio la relevancia de la planeación en la contratación directa e indicó que, no obstante, que ciertas modalidades de selección no necesitan un proceso de selección abierto, es obligatorio fundamentarse en estudios previos con soporte técnico, jurídico y financiero suficiente para evitar corrupción y sobre costos. También en la Sentencia SU-214 (Corte Constitucional, 2022) se refirió a que la falla, inexactitud o deserción de planeación en la contratación estatal genera una infracción a la obligación del gobernante un gobierno eficiente y eficaz y al quebrantamiento del principio de transparencia.

Por su parte, el Consejo de Estado mediante la Sentencia 48400 (2022) anuló un contrato estatal por carencia de planeación y ausencia del documento que soportara la parte precontractual, señalando que el efecto de la no planeación genera la ilegalidad en la ejecución del objeto contractual. Así mismo, en la Sentencia 68440 (Consejo de Estado,

Sección Tercera, 2024) realizó un énfasis en que no se puede convertir en un requisito formar la materialización del principio de planeación, debido a que es un imperativo que tiene resultados en el cumplimiento del objeto del contrato de manera idónea. Resaltando que los responsables de la planeación inadecuada, están expuestos a responsabilidades fiscales y disciplinarias.

CONCRECIÓN DE LA NECESIDAD CON BASE A LA POSICIÓN DOCTRINAL Y DE LAS ALTAS CORTES DE COLOMBIA

Las decisiones doctrinales y sentencias judiciales recientes han fortalecido la exigencia del principio de planeación en la contratación estatal, asegurando que los procesos sean transparentes, eficientes y alineados con el interés general.

En el caso específico que nos ocupa, es necesario señalar que la necesidad en un contrato de prestación de servicios debe estar ligada al proyecto o programa de gobierno, alineado con los objetivos misionales de la entidad, que le deben apuntar a un fin del estado: educación, salud, medio ambiente, mejoramiento social, entre otros.

Seguidamente, esa necesidad debe estar determinada en el tiempo. Por ejemplo, si el proyecto al que se está vinculando al futuro contratista trata del desarrollo de un proyecto para la educación rural que tienen un término de ejecución de tres años, se debe manifestar que ese contratista está presupuestado para un proyecto de tres años, pero se debe contratar por el año porque el plan de compras y el presupuesto de la entidad así lo determinan en cumplimiento del principio de anualidad. Sin embargo, debería revisarse por qué se contrata a una persona solo por unos cuantos meses de la vigencia, pues si la necesidad está determinada por tres vigencias se debería recurrir a la figura de autorización de vigencias futuras para ese proyecto, evitando contratos homogéneos y sucesivos.

Finalmente, la necesidad debe estar ligada a un resultado específico que debe poder ser visualizado cuantitativa y cualitativamente para todos los interesados y que genere un valor agregado para el bienestar de los administrados.

DESCRIPCIÓN OBJETIVA DE UNA NECESIDAD DEL ESTADO

Una descripción objetiva de una necesidad en la contratación pública debe incluir elementos claros, verificables y alineados con los principios de planeación, eficiencia, transparencia y responsabilidad en el gasto público. Incluyendo como mínimo el estudio real del entorno.

¿Qué genera la necesidad? (Contexto y Justificación)

Debe explicarse la causa que origina la necesidad. Puede basarse en: normativa vigente (leyes, decretos, planes de desarrollo o políticas públicas), situación actual

(deficiencia, problema o carencia detectada en la administración) y análisis de impacto (consecuencias de no atender la necesidad). Ejemplo: el aumento en la demanda de trámites en línea ha generado congestión en los sistemas actuales de la entidad, afectando la calidad del servicio al ciudadano. La Ley 1437 (Congreso de Colombia, 2011) exige que los procesos administrativos sean eficientes y accesibles.

¿Qué busco? (Objetivo de la Contratación)

Definir de manera precisa, clara y medible lo que se espera lograr. Ejemplo: Implementar una plataforma digital para optimizar la gestión de trámites ciudadanos, reduciendo los tiempos de atención en al menos un 30%.

Posibles soluciones (Alternativas de Satisfacción de la Necesidad)

Se deben explorar diferentes opciones para atender la necesidad, evaluando ventajas y desventajas que contenga como mínimo: solución A. Desarrollo interno con recursos propios; solución B. Adquisición de software existente en el mercado; y solución C. Contratación de un tercero para el desarrollo personalizado. Ejemplo: se evaluó la posibilidad de desarrollar la plataforma con recursos propios, pero se determinó que la entidad no cuenta con el equipo técnico especializado. También se analizó la compra de software estándar, pero no cumple con los requisitos específicos. Por ello, se considera más viable contratar un proveedor especializado para su desarrollo.

Tiempo (Plazo de Ejecución y Justificación)

Debe estimarse el tiempo requerido para atender la necesidad, considerando: plazo máximo de ejecución del contrato y fases del proyecto (planeación, desarrollo, implementación, seguimiento). Ejemplo: se estima que el desarrollo y puesta en marcha de la plataforma tomará seis meses, incluyendo pruebas y capacitación. Este plazo responde a la urgencia de mejorar la atención ciudadana antes de finalizar el año fiscal.

Necesidad escogida (Justificación de la Solución Final)

Aquí se argumenta por qué se optó por una alternativa específica. Ejemplo: luego de comparar costos, beneficios y riesgos de las diferentes alternativas, se concluyó que la contratación de un proveedor especializado es la mejor opción, ya que permite una solución a medida y con soporte técnico garantizado.

Fin perseguido (Impacto y Beneficios Esperados)

Debe responder a la pregunta ¿qué se busca lograr a largo plazo? Ejemplo: con la implementación de esta plataforma, se espera mejorar la eficiencia en la atención al ciudadano, reducir costos operativos y garantizar el cumplimiento de las normas de gobierno digital.

Otros aspectos a considerar (Sostenibilidad, Riesgos y Viabilidad Financiera)

Sostenibilidad: ¿Cómo se mantendrá la solución en el tiempo?; riesgos: ¿Qué obstáculos pueden surgir y cómo se mitigarían? y viabilidad financiera: Disponibilidad presupuestal y costo estimado. Ejemplo: el proyecto cuenta con respaldo financiero del presupuesto de modernización tecnológica de la entidad. Se establecerán medidas de monitoreo para garantizar su éxito y se capacitará al personal en su uso y mantenimiento.

CONECTAR OBLIGACIONES EXIGIBLES CON EL MODO EN CONTRATOS ESTATALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE PERSONAS NATURALES

De acuerdo con Moreno Hernández (2024) la obligación se convierte en un acto jurídico que genera derechos y obligaciones para las partes, entiéndase particular y Estado; por este motivo, el contratante tiene derecho a exigir el cumplimiento del objeto contrato, indicando en el contrato la forma como se debe cumplir ese objeto, así como también, de señalar el perfil que considera idóneo para alcanzar el resultado.

La Corte Constitucional en la Sentencia SU 448 (2016) indicó sobre el contrato realidad debe considerarse la vinculación real que ocurre entre el colaborador y el empleador, y no lo que esté registrado en un acuerdo, ya que lo plasmado, en ciertas ocasiones, puede ser opuesto a la situación concreta. De este modo, un contrato denominado de provisión de servicios puede ocultar una auténtica relación de trabajo.

Frente al modo del cumplimiento de las obligaciones, nada impide al Estado negociar con el contratista, el contenido del acuerdo de voluntades que suscriben, debiendo establecer las condiciones que requiere que se someta para su cumplimiento, es decir, establecer las condiciones de modo, forma y lugar sin desvirtuar la tipología contractual, por encima de la reglamentación supletoria y la costumbre mercantil, buscando la realización del cumplimiento de su misionalidad que no es otra cosas que el bien de sus gobernados (Dussan Hitscherich, 2005).

Según la Agencia Jurídica del Estado mediante radicado 202510001362 del 12 de febrero (2025) en el informe solicitado indicó que procedió a efectuar la consulta en el Sistema único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – Ekogui con corte al 31 de diciembre de 2024, respecto a procesos en los cuales el demandante es una persona natural y que tuviera por lo menos una de las siguientes causas: configuración del contrato realidad, configuración de un contrato realidad frente a la administración, no

reconocimiento de honorarios, indebida liquidación de honorarios e incumplimiento en el pago de honorarios.

Así las cosas, el presente análisis examinó la litigiosidad en torno a los contratos de prestación de servicios en entidades estatales de Colombia, enfocándose en los procesos judiciales admitidos y terminados entre 2021 y 2024. Se comparan los casos que involucran a los 19 ministerios y el Departamento Nacional de Planeación (DNP) con los registrados a nivel general en todas las entidades del orden nacional, con el fin de identificar tendencias en la conflictividad contractual, el impacto financiero de las demandas y las implicaciones para la administración pública.

Objeto	No. De Procesos	Valor de las pretensiones
Procesos en contra admitidos entre 2021 y 2024 - Relacionados con Contratos de Prestación de Servicios de los 19 ministerios y el Departamento Nacional de Planeación	395	\$94.757
Procesos en contra admitidos entre 2021 y 2024 - Relacionados con Contratos de Prestación de Servicios	3755	\$ 1.088.840
Procesos en contra terminados entre 2021 y 2024 - Fallos desfavorables a la Nación - Relacionados con Contratos de Prestación de Servicios de los 19 ministerios y el Departamento Nacional de Planeación	163	\$ 31.842
Procesos en contra terminados entre 2021 y 2024 - Fallos desfavorables a la Nación - Relacionados con Contratos de Prestación de Servicios de las entidades del orden nacional	1571	\$ 260.461

Tabla 5 - Resultados procesos en curso y sentencias adversas nación (2021-2024)

Fuente: elaboración propia con información suministrada por la Agencia Jurídica del Estado Colombiano (2025).

Procesos judiciales admitidos relacionados con contratos de prestación de servicios

Entre 2021 y 2024, se admitieron un total de 3.755 procesos judiciales contra entidades del orden nacional, con un valor total de \$1.088.840 millones en pretensiones económicas.

De estos, 395 procesos (10,5%) corresponden específicamente a los 19 ministerios y el DNP, con pretensiones por \$94.757 millones.

Los ministerios y el DNP concentran una proporción relativamente baja (10,5%) del total de litigios relacionados con contratos de prestación de servicios, lo que sugiere que la mayoría de los conflictos legales se originan en otras entidades del orden nacional. Sin embargo, el monto de las pretensiones económicas sigue siendo significativo, lo que

resalta la importancia de fortalecer la gestión contractual y reducir riesgos legales en estas instituciones clave.

Procesos judiciales terminados con fallos desfavorables a la nación

Se han emitido 1.571 fallos en contra del Estado en procesos relacionados con contratos de prestación de servicios a nivel nacional, con una afectación económica de \$260.461 millones. Dentro de este total, 163 fallos (10,4%) corresponden a los ministerios y el DNP, con condenas que suman \$31.842 millones. El índice de condenas en contra del Estado refleja que aproximadamente 42% de los procesos admitidos terminan en fallos desfavorables (1.571 fallos sobre 3.755 procesos). Esto indica que una parte significativa de los litigios tienen fundamento suficiente para resultar en perjuicios económicos para la Nación, lo que evidencia deficiencias en la gestión contractual y en la defensa jurídica del Estado. En el caso de los ministerios y el DNP, el 40% de los casos admitidos han resultado en condenas (163 sobre 395), con un impacto financiero considerable, aunque menor en comparación con otras entidades del orden nacional.

Como se desprende del análisis de los anteriores datos, el elevado número de 3.755 procesos admitidos en cuatro años demuestra que los contratos de prestación de servicios generan una alta litigiosidad en el sector público. Esto sugiere que existen problemas estructurales en la contratación de personal mediante esta figura, posiblemente relacionados con desconocimiento de derechos laborales, malas prácticas administrativas o incumplimientos contractuales.

El impacto económico de los litigios es significativo. Las pretensiones económicas acumuladas ascienden a más de \$1 billón, mientras que los fallos en contra han generado condenas por más de \$260.461 millones. Los ministerios y el DNP presentan un menor nivel de litigiosidad en comparación con otras entidades nacionales, concentran solo el 10,5% de los procesos admitidos y el 10,4% de los fallos en contra, lo que sugiere que cuentan con una mejor estructura de gestión contractual y defensa jurídica. Sin embargo, el monto de las condenas sigue siendo elevado (\$31.842 millones), lo que resalta la necesidad de seguir mejorando en este aspecto. Lo anterior muestra que la gestión deficiente de los contratos de prestación de servicios no solo afecta la operatividad del Estado, sino que también representa un riesgo financiero considerable.

Por otro lado, es necesario revisar si el alto porcentaje de fallos en contra puede ser atribuido a posibles falencias en la defensa jurídica del Estado. Dentro del contexto que cerca del 42% de los procesos admitidos terminan en condenas, lo que demuestra que las entidades demandadas no han logrado estructurar argumentos jurídicos sólidos o corregir fallas contractuales antes de llegar a instancias judiciales. Situación que también puede ser atribuible a malas prácticas en la administración de contratos, falta de supervisión o incumplimiento de obligaciones laborales implícitas en las relaciones contractuales.

ELEMENTOS MÍNIMOS DE QUE DEBERÍA TENER UNA OBLIGACIÓN EN UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PERSONAS NATURALES

Para plantear una obligación de manera clara y estructurada dentro de un contrato estatal, es importante definir como mínimo que debe hacer (descripción de la obligación), como debe hacerlo (metodología o forma de ejecución), resultado esperado (producto final o entregable), medición del cumplimiento (indicadores y criterios de evaluación), informes y seguimiento (evidencia y frecuencia de reporte) y sanciones o consecuencias por incumplimiento (multas).

Ejemplo de Obligación en un Contrato de Servicios

Qué debe hacer. El contratista deberá desarrollar e implementar una plataforma digital para la gestión de trámites ciudadanos en línea. Cómo debe hacerlo. El desarrollo de la plataforma deberá realizarse siguiendo la metodología ágil SCRUM, incluyendo fases de planeación, desarrollo, pruebas y puesta en marcha. El diseño debe ser accesible, cumpliendo con los estándares de usabilidad y seguridad de la Ley 1712 de 2014. Resultado esperado. Una plataforma web funcional con módulos de solicitud, seguimiento y respuesta de trámites ciudadanos, accesible en dispositivos móviles y adaptada a usuarios con discapacidad. Medición del cumplimiento. La plataforma debe estar operativa al 100% según los requerimientos técnicos. Disponibilidad. Mínimo 99% en pruebas de estabilidad. Satisfacción del usuario. Al menos 80% de calificación positiva en pruebas piloto; informes y seguimiento.

El contratista deberá presentar un informe quincenal con el avance de cada fase del desarrollo, incluyendo evidencia de código, pruebas realizadas y retroalimentación de los usuarios. Al finalizar, deberá entregar un informe final con documentación técnica y manual de usuario y Sanciones. El incumplimiento en la entrega de los informes o del producto final en los plazos establecidos podrá dar lugar a la aplicación de sanciones contractuales, tales como la imposición de multas o la terminación anticipada del contrato.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La contratación estatal ha mostrado un incremento sostenido significativo a lo largo del período 2021-2024, lo que refleja una mayor dependencia del Estado en la contratación de servicios externos, lo que puede estar relacionado con políticas de inversión y gasto público.

Las prioridades ministeriales han cambiado en función de las necesidades gubernamentales. Ministerios como Interior, Planeación, Salud y Energía han mantenido una alta participación en la contratación, mientras que otros, como Defensa y Comercio, han permanecido en niveles bajos.

El impacto de factores externos, como cambios de gobierno, políticas de austeridad y crisis económicas, podría haber influido en la variación en la contratación. La caída de contratos en sectores como Deporte y Vivienda en 2024 podría estar relacionada con reajustes presupuestales o cambios de enfoque en las prioridades del Estado.

El notable incremento en la contratación del Ministerio de Minas y Energía sugiere una estrategia de fortalecimiento del sector energético, posiblemente en el marco de la transición hacia energías renovables.

Investigar el impacto de las políticas gubernamentales en la variabilidad de los contratos suscritos por cada ministerio, con especial atención en las fluctuaciones observadas en sectores como Vivienda, Deporte y Relaciones Exteriores.

Explorar el efecto de la contratación estatal en el desarrollo de proyectos estratégicos, particularmente en áreas de alta inversión como Minas y Energía, Salud y Planeación.

Evaluar si la contratación estatal ha mejorado la prestación de servicios públicos o si, por el contrario, ha generado sobrecostos y dependencia de proveedores externos.

El estudio de la evolución de la contratación estatal en Colombia entre 2021 y 2024 refleja una tendencia creciente en la inversión pública, con variaciones significativas por ministerio. La identificación de patrones de contratación y cambios en prioridades gubernamentales permite sentar bases para futuras investigaciones sobre eficiencia en la gestión estatal y el impacto de la contratación pública en el desarrollo del país.

Para futuras investigaciones, se sugiere analizar la relación entre la cantidad de contratos y la ejecución presupuestaria de cada ministerio, lo que permitiría comprender mejor la eficiencia en la asignación de recursos públicos.

El análisis evidencia que la fijación de honorarios en contratos de prestación de servicios en entidades estatales carece de un criterio uniforme y de estudios técnicos suficientes, lo que puede afectar la equidad y transparencia en la contratación pública. Aunque la mayoría de las entidades han mostrado una intención de reducir esta modalidad contractual, es necesario implementar estrategias concretas para mejorar la regulación y garantizar condiciones laborales más equitativas. Debido a que la política de reducción de la figura del contrato de prestación de servicios, no se refleja en el desarrollo de la contratación estatal en el periodo 2021-2024 donde al contrario se incrementa por los retos que enfrenta el Estado para satisfacer los fines establecidos en la Constitución Política.

Existe una regulación parcial sobre la determinación de honorarios en contratos de prestación de servicios. Aunque todas las entidades cuentan con algún procedimiento formal, no todas envían documentación de respaldo ni siguen criterios homogéneos.

La falta de parámetros uniformes afecta la equidad en la remuneración de contratistas. Solo el 25% de las entidades utilizan como referencia el salario de empleados de planta, lo que indica que en la mayoría de los casos los honorarios pueden estar sujetos a criterios subjetivos o discrecionales.

La inclusión de factores socioeconómicos en el cálculo de honorarios es limitada. Aunque el 50% de las entidades considera aspectos como seguridad social y carga tributaria, aún existe un porcentaje significativo que omite estos elementos en la fijación de salarios.

El respaldo técnico en la determinación de honorarios es escaso. Apenas el 25% de las entidades cuenta con estudios financieros o económicos para sustentar sus decisiones salariales, lo que podría comprometer la transparencia y sostenibilidad de la contratación estatal.

Existe una tendencia a reducir la contratación por prestación de servicios. El 75% de las entidades han manifestado la intención de implementar políticas para disminuir o eliminar esta figura contractual, lo que indicaría un posible cambio en la estructura del empleo público en el futuro. Sin embargo, esto contrasta con los hechos que antes de aumentar el uso de la figura de contratos de prestación de servicios con el Estado aumenta para impulsar sus planes, programas y proyectos.

Los hallazgos evidencian una heterogeneidad en los criterios utilizados, lo que sugiere la necesidad de unificación y estandarización de procesos para garantizar mayor equidad y transparencia en la contratación estatal.

Se recomienda implementar auditorías periódicas para identificar los motivos recurrentes de los litigios y corregir fallas en la estructuración y ejecución de los contratos.

Es fundamental garantizar que los contratos no encubran relaciones laborales de carácter permanente, ya que esto puede generar demandas por reconocimiento de derechos laborales.

Fortalecer la defensa jurídica del Estado en procesos relacionados con contratos de prestación de servicios. Es necesario mejorar las estrategias de defensa en estos casos, asegurando que las entidades cuenten con equipos jurídicos especializados en contratación estatal y derecho laboral.

Se recomienda el desarrollo de protocolos para la conciliación temprana, evitando que los casos lleguen a instancias judiciales y reduzcan costos asociados a litigios.

Capacitar a funcionarios en la correcta aplicación de la contratación por prestación de servicios. Debido a que la falta de criterios uniformes para la contratación de personal mediante esta figura contractual genera incertidumbre jurídica. Se deben desarrollar programas de formación para funcionarios públicos en normas de contratación estatal, jurisprudencia laboral y mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La alta cantidad de procesos judiciales y las pérdidas económicas asociadas sugieren que es necesario replantear el uso de esta modalidad contractual, estableciendo condiciones uniformes en todas las entidades del Estado. Donde se establezcan criterios objetivos estableciendo límites entre la coordinación y cumplimiento del objeto del contrato, sin cruzar líneas de la subordinación, dependencia y cumplimiento de horario que son características propias del contrato de trabajo.

Se recomienda evaluar esquemas de vinculación más estables, como la creación de plantas temporales para cargos recurrentes o la aplicación de mecanismos híbridos de contratación que permitan mayor estabilidad para los trabajadores sin afectar la flexibilidad administrativa.

El análisis evidencia que los contratos de prestación de servicios continúan siendo una fuente relevante de litigios contra el Estado colombiano, con impactos financieros significativos y fallos en contra que afectan el presupuesto público. Aunque los ministerios y el DNP presentan una menor proporción de litigios en comparación con otras entidades, el problema sigue siendo estructural y requiere reformas en la gestión contractual y en la defensa jurídica del Estado.

CONCLUSIONES

El análisis de la contratación estatal entre 2021 y 2024 muestra un incremento sostenido en el uso de contratos de prestación de servicios con personas naturales, evidenciando una mayor dependencia del Estado en esta figura contractual para suplir necesidades operativas y misionales. Este aumento, aunque responde a la necesidad de cumplir con los planes de gobierno, debería ir acompañado de mecanismos que permitan unificar en todas las entidades del Estado los elementos claves del contrato desde el principio de planeación, de tal manera que se pueda hacer uso de esta figura para suplir las necesidades de personal temporal en proyectos específicos, evitando que en la ejecución el ordenador del gasto o supervisor le den el manejo propio de un contrato laboral. Para lograr lo anterior, es necesario establecer criterios uniformes y lineamientos claros para establecer el perfil, la remuneración y las obligaciones en la contratación de prestación de servicios, fortaleciendo de esta manera la fase de planeación, lo cual permite una mayor transparencia y eficiencia en la administración de este tipo de contratos.

La ausencia de criterios homogéneos para la fijación de honorarios en los contratos de prestación de servicios con personas naturales ha generado disparidades en la remuneración y dificultades en la planeación presupuestaria de las entidades estatales. La falta de estudios técnicos y financieros sólidos ha derivado en la aplicación de valores subjetivos que pueden afectar la equidad y sostenibilidad de la contratación. Es fundamental implementar metodologías estandarizadas para la determinación de honorarios, considerando factores como cargas tributarias, seguridad social y comparación con la remuneración de los funcionarios de planta. Esto permitiría garantizar condiciones justas para los contratistas y mejorar la transparencia en el uso de los recursos públicos.

Para reducir los riesgos de demandas por contrato realidad, es esencial que las entidades incluyan en sus estudios previos una justificación clara y vinculada a proyectos específicos. La alineación de la contratación con los planes de desarrollo y la programación

presupuestal contribuiría a una mayor eficiencia en la gestión del talento humano en el sector público.

La redacción imprecisa de las obligaciones en los contratos de prestación de servicios ha facilitado interpretaciones ambiguas que pueden llevar a la configuración de relaciones laborales encubiertas. Esto ha sido un factor determinante en la cantidad de litigios contra el Estado, generando costos adicionales en indemnizaciones y fallos judiciales adversos. Para reducir el riesgo de estos conflictos contractuales, es necesario establecer obligaciones claramente definidas, con criterios medibles y verificables, que garanticen la autonomía del contratista sin incurrir en subordinación. La implementación de mecanismos de supervisión adecuados y el uso de cláusulas contractuales precisas contribuirían a la legalidad y transparencia en la ejecución de estos contratos.

Finalmente, es necesario fortalecer la defensa jurídica del Estado, porque la alta tasa de condenas derivadas de los litigios ocasionados por los contratos de prestación de servicios genera que los recursos públicos dejen de invertirse en los proyectos que benefician el desarrollo del país.

REFERENCIAS

Agencia Jurídica del Estado. (2025). *Radicado 202510001362*. Información suministrada directamente en respuesta de un derecho de petición.

Amaya Rodríguez, C. F. (2016). El Principio de Planeación en la Contratación Estatal un Principio no Tipificado. *Revista Via Iuris*, 20, pp. 105-199. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000200104

Aponte Díaz, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(11). Obtenido de <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087>

Congreso de Colombia. (1993). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de Colombia. (2007). Ley 1150. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos*. Obtenido de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1674903>

Congreso de Colombia. (2011). Ley 1437. *por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Obtenido de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680117>

Congreso de la República de Colombia. (2023). Ley 2281. *Por medio de la Cual se crea el Ministerio de Igualdad y Equidad y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30045135>

Consejo de Estado. (2018). Sentencia 00034. *Magistrado ponente Óscar Darío Amaya Navas*. Obtenido de <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2022/Fosyga.pdf>

Consejo de Estado. (2020). Sentencia 2012-00406. *Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167527>

Consejo de Estado. (2022). Sentencia 48400. *Consejero ponente María Adriana Marín*. Obtenido de https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/254/20_250002326000200900888011SENTENCIA20220315114618.pdf

Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. (2021). Sentencia 00606. *Consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández*. Obtenido de <https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-20001-23-896192677>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2024). Sentencia 68440. *Magistrada ponente Martín Bermúdez Muñoz*. Obtenido de <https://franciscofajardoabogados.com/wp-content/uploads/2024/09/2.-DOC-20240623-WA0045.-2.pdf>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2021). Sentencia SUJ-025-CE-S2. Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=172056

Cordero Vega, L. (2006). Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. *Revista de Derecho Administrativo Económico*(17), pp 31 - 46. Obtenido de <https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4682/4348>

Corte Constitucional. (2016). Sentencia SU 448. *Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU448-16.htm>

Corte Constitucional. (2020). Sentencia C-057. *Magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/c-057-21.htm>

Corte Constitucional. (2020). Sentencia C-076. *Magistrado ponente Carlos Bernal Pulido*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/c-076-20.htm>

Corte Constitucional. (2022). Sentencia SU-214. *Jorge Enrique Ibañez Najar*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU214-22.htm>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2025). *Sistema de Información Estratégica*. Recuperado el 14 de 03 de 2025, de <https://www1.funcionpublica.gov.co/web/sie>

Departamento Nacional de Planeación. (2015). Decreto 1082. *“Por Medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”*. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/normativa/decreto-unico-reglamentario-1082-de-26-de-mayo-2015>

Dussan Hitscherich, J. (2005). *Elementos del Contrato Estatal*. Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Escobar Gil, R. (1998). Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. En R. E. Gil. Legis.

Forero Hernández, C. (2020). La Determinación del Justo-Precio del Contrato Estatal. En C. F. Hernández. Obtenido de <https://editorial.uniamazonia.edu.co/index.php/faccea/article/view/413/413>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2015). Decreto 1068. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=72893>

Moreno Hernandez, C. F. (2024). *Introducción a los principios del Derecho Administrativo*. Universidad de Ibagué. doi:10.35707/9789587544374

Palomino Flores, H. (2022). Influencia de la contratación pública en la efectividad del cumplimiento del Planteamiento Estratégico Institucional. *San Gregorio*, 1(52). doi:<https://doi.org/10.36097/rsan.v0i52.2050>

Rojas López, M. D., Valencia, S. M., & Jimenez Gomez, L. M. (2021). Análisis de indicadores financieros en los procesos de licitación en Colombia. *Revista Ingenierías Universidad de Medellín*, 20(19). doi:<https://doi.org/10.22395/rium.v20n39a12>

Sánchez Luque, G. (2022). Derecho Administrativo de la Libertad. En G. S. Luque., *Derecho Administrativo de la Libertad* (págs. 300-301).

Vásquez Saá, A. G., & Vélez Moreira, E. M. (2024). Participación Ciudadana en la Construcción del Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial en el Cantón Ibarra durante el Período 2023-2024: Un Enfoque desde la Gobernanza. *Revista Científica Multidisciplinaria Arbitrada YACHASUN.*, 8(15). doi:<https://doi.org/10.46296/yc.v8i15.0456>

DESVIO DE FINALIDADE DA USUCAPIÃO: A EVASÃO TRIBUTÁRIA



<https://doi.org/10.22533/at.ed.6681125270313>

Data de aceite: 20/03/2025

Daniel de Oliveira Martins

Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

Luana Ketlin Alano Rückl

Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

Lucas Rodrigues da Silva

Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

Lucas Vinicius Baldissera Iesbilrc

Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

Samuel Elyabe Eduardo

Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

Sérgio Scherer Filho

Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

Silvia Franciely Garcia

Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

Thayla Vieira Gonçalves

Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

Vanessa Marson Piccart

Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Uniavan de Balneário Camboriú/SC

RESUMO: O presente capítulo tem como enfoque o desvio de finalidade da usucapião, de maneira a analisar como esse instituto que fora criado originalmente como ferramenta de regulamentar as propriedades, teve sua função primordial deturpada, sendo utilizado como uma evasiva para ludibriar as normas tributárias e administrativas. Assim, o capítulo alude o contexto histórico da usucapião no cenário mundial e como esta evoluiu até chegar ao presente tempo, perpassa pela discussão dos requisitos necessários para o reconhecimento de tal instituto, assim como a sua função social da propriedade, bem como as suas utilizações pela via extrajudicial de maneira a propiciar uma facilidade no processo de aquisição imobiliária. Contudo, na hodiernidade, enfrentam-se percalços no que se refere

à utilização da usucapião como forma derivada de aquisição da propriedade, o que, conforme será demonstrado, é inviável e constitui um desvio finalístico do que realmente é, em essência, de tal instituto. Isso porque esse meio vem sendo utilizado para obstruir normas administrativas e tributárias, o que, claramente, vem sendo firmemente condenado pela jurisprudência pátria. Com o advento e a possibilidade de realização da adjudicação compulsória extrajudicial para regularização de imóveis, surgem novas nuances em torno da temática, de modo que sua abordagem se torna crucial para os operadores do direito.

PALAVRAS CHAVES: usucapião, desvio de finalidade, normas tributárias e administrativas, aquisição imobiliária.

MISUSE OF USUCAPION PURPOSE: TAX EVASION

ABSTRACT: The present chapter focuses on the misuse of usucaption, in order to analyze how this institute, originally created as a tool to regulate properties, had its primary function distorted, being used as a means to circumvent tax and administrative regulations. Thus, the chapter alludes to the historical context of usucaption in the global scenario and how it has evolved to the present time, traversing the discussion of the necessary requirements for the recognition of such an institute, as well as its social function of property, and its uses through extrajudicial means to facilitate the process of real estate acquisition. However, in contemporary times, there are setbacks regarding the use of usucaption as a derived form of property acquisition, which, as will be demonstrated, is unfeasible and constitutes a finalistic deviation from what this institute truly is, in essence. This is because this means has been used to obstruct administrative and tax regulations, which has clearly been firmly condemned by national jurisprudence. With the advent and the possibility of carrying out extrajudicial compulsory adjudication for the regularization of properties, new nuances around the theme emerge, making its approach crucial for legal practitioners.

KEYWORDS: adverse possession, deviation from purpose, tax and administrative regulations, real estate acquisition.

INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem como objetivo estabelecer uma discussão acerca da utilização da usucapião, especialmente em seus aspectos envoltos ao ramo do direito tributário.

Com efeito, nota-se que há uma forte necessidade de debate sobre questões intrínsecas às obrigações tributárias e que se relacionam com a temática da usucapião. Isso porque, em que pese o uso desse mecanismo permita regularizar imóveis nas hipóteses previstas no ordenamento jurídico, é perceptível a ocorrência de casos em que há um desvio teleológico da usucapião, com a intenção de evitar a incidência de tributos, mediante o emprego desta como forma de aquisição derivada da propriedade, isto é, decorrente de uma relação negocial.

CONTEXTO HISTÓRICO DA USUCAPIÃO

A terminologia de usucapião advém do latim *usucapio*, que tem o significado de “tomar pelo uso” e pode ser retratada como uma espécie de aquisição ou ocupação integral devido ao uso da propriedade. É considerado um instituto antiquíssimo, visto que já havia entendimento a seu respeito desde a antiga legislação do direito romano, inclusive prevista na Lei das Doze Tábuas, bem como se reporta: “*Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum omnium annuus est usus*”, em sua tradução “O uso da terra é autorizado por dois anos, o uso de todas as outras é anual”, por essa razão o alienante garantia ao adquirente dois anos do fundo, ou seja, da terra, e de um ano no restante das coisas. Cessado o prazo, a propriedade era atribuída ao adquirente em virtude do uso, encerrando a garantia prestada ao alienante¹.

Destaca-se, claro, as condições necessárias para a devida utilização da usucapião, sendo o primeiro dos requisitos a coisa idônea, que seria a posse continuada durante o tempo determinado, cabe ressaltar a definição de idoneidade, que era utilizada para definir a propriedade como coisa suscetível de ser propriedade quiritária, em outros termos, se elas acabassem sendo furtadas, não seria possível a utilização da usucapião até que o verdadeiro proprietário retomassem a propriedade, o segundo seria a justa causa ou justo título e por último a utilização de boa-fé. Entretanto, a norma disposta no regimento romano não abrangia os estrangeiros, isto é, aquele que não era cidadão natural romano, de modo que, ao estrangeiro, a garantia prestada ao alienante deveria ser perpétua, excluindo-se a possibilidade do instituto da usucapião.

No entanto, com o decorrer do tempo, Roma teve uma grande expansão com a chegada dos peregrinos, o que sobrecarregou o sistema jurídico vigente da época, tendo de ser reformado no que tangia à posse e propriedade, sendo proclamada uma exceção na usucapião, a “*longi temporis praescriptio*”, um modo derivado e não voluntário de aquisição de propriedade, o qual estabelecia o tempo necessário de dez anos entre presentes e vinte anos entre ausentes, e que foi utilizada posteriormente no direito justiniano. Assim, tal exceção foi criada como um instrumento de proteção dos peregrinos e dos provincianos, que eram aqueles que viviam nas terras conquistadas pelos romanos em guerra, pois o ordenamento romano não atingia tais propriedades e, com a exceção, os cidadãos romanos não precisavam ficar somente com o direito de usufruto, como os estrangeiros poderiam defender a sua posse, claro se preenchesse os requisitos necessários².

Posteriormente, no período Justiniano, fortemente conhecido como “Era Justiniana”, especialmente no ano de 528 d.C., houve uma unificação entre as prescrições e a Usucapião, ocorrida no século VI, criando assim o “*Usucapio*”. Desta forma, iniciou-se a proteção àqueles que haviam adquirido a prescrição do bem através da exceção, utilizando

1. MORAIS, Fabiola Vianna. **Usucapião no direito romano**. Revista brasileira de direito comparado, n. 27, p. 205-226 2004.

2. DO NASCIMENTO, Fabiano N.; CIRILO, Júlio C. F. AS BASES JURÍDICO-HISTÓRICAS DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO NO SISTEMA ROMANÍSTICO. **Direito e Cidadania**, v. 2, 2017. Disponível em: <<https://revista.uemg.br/index.php/gtic-direitoecidadania/article/download/2927/1625>>. Acesso em: 10 mar. 2025.

os prazos novos, três anos para os bens móveis, 10 anos para os presentes e 20 anos para os ausentes, sendo considerada uma modalidade extraordinária, visto que a anterior era ordinária, e com a inovação que existiam bens imprescritíveis, como os pertencentes ao Estado, Imperador, Igrejas, vilas e estabelecimentos que eram imprescritíveis, ampliando o tempo para a utilização da usucapião de maneira extraordinária, passando a ser 40 anos.

Contudo, observa-se que a usucapião tem suas raízes nos tempos do Império Romano, exercendo uma influência significativa sobre o direito brasileiro. Essa figura legal foi oficialmente incorporada ao Código Civil brasileiro, como será aludido posteriormente.

Requisitos para configuração da usucapião

Conforme prevê Maria Helena Diniz³, o Usucapião é um modo de aquisição de direito real, sendo concedido ao titular o gozo permanente, até que se tenha uma situação contrária em proveito de outro titular, sendo assim, a usucapião, se dá pela posse prolongada da propriedade, mas como supramencionado no tópico anterior, exige o cumprimento de certos requisitos fundamentais, os quais variam de acordo com a modalidade aplicável. O primeiro deles é o *animus domini*, ou seja, a intenção do possuidor de agir como verdadeiro dono do bem, exercendo sobre ele poderes de uso, administração e disposição⁴. Além disso, a posse deve ser exercida de maneira contínua, pacífica e sem oposição, o que significa que o possuidor não pode ter adquirido o bem de forma violenta, clandestina ou precária, nem ter sua posse contestada pelo legítimo proprietário durante o período exigido por lei, de acordo com os Arts. 1.238, 1.240 e 1.242 do Código Civil:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

O tempo necessário para a aquisição da propriedade varia conforme a modalidade de usucapião, podendo ser reduzido em casos específicos, como quando o possuidor estabelece moradia habitual no imóvel ou realiza investimentos produtivos que beneficiem a coletividade. Em alguns tipos de usucapião, a legislação exige ainda a presença de boa-fé e justo título, elementos que conferem maior segurança jurídica ao processo, pois demonstram que o possuidor acreditava estar adquirindo o bem de forma legítima.

3. DINIZ, Maria H. **Manual de Direito Civil - 5ª Edição 2025**. 5. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. E-book. p.291. ISBN 9788553625345.

4. Ob. Cit.

A evolução da legislação brasileira incorporou diferentes modalidades de usucapião, como a urbana, a rural e a familiar, cada uma delas com regras específicas que visam garantir a regularização fundiária e o cumprimento de função social da propriedade. Dessa forma, a usucapião não apenas possibilita a regularização da posse de imóveis e bens móveis, mas também desempenha um papel essencial na promoção do direito à moradia e na organização do espaço urbano e rural, assegurando que bens sem destinação adequada possam ser integrados de maneira produtiva ao patrimônio de seus possuidores.

A usucapião e a função social da propriedade

A usucapião, instituto jurídico de longa data presente em diversos sistemas legais, configura-se como um modo de aquisição da propriedade, seja ela móvel ou imóvel, baseado na posse prolongada e qualificada de um bem. Esse instituto, enraizado em princípios de justiça social e segurança jurídica, encontra seu fundamento tanto na Constituição Federal⁵ quanto no Código Civil⁶, desempenhando assim um papel crucial na regularização fundiária e na concretização da função social da propriedade.

O artigo 3º, a Carta Magna trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A função social da propriedade deve ser recepcionada pelo princípio da supremacia do interesse público, assim a propriedade não deve atender apenas o interesse do proprietário, mas da coletividade, que nem sempre coincidem.

Destarte, resta cristalino que a função social da propriedade atinge constitucionalidade intrínseca ao Estado Democrático de Direito, pois equaliza o princípio da solidariedade previsto no art. 3º, I, da Constituição Cidadã, o qual objetiva “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A usucapião fundamenta-se, principalmente, no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal Brasileira, que expressamente diz que “a propriedade atenderá a sua função social”.

5. Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural

6. Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) entendeu que “independentemente da modalidade de usucapião (extraordinária, ordinária, especial, familiar, etc.) são exigidos, no mínimo, quatro requisitos para o seu reconhecimento: sujeito, coisa hábil, posse e tempo.”

Não obstante, a utilização indevida da Usucapião para regularização de imóveis, como veremos nos tópicos 4 e 5, fere o princípio da função social da propriedade ligado ao princípio da supremacia do interesse público, isto é, a propriedade deve atender ao bem comum, por isso o exercício dos poderes do proprietário não deve ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse.

Assim, assinala Santo Agostinho:

O bem próprio não pode existir sem o bem comum, ou o homem não seria naturalmente social; o bem-comum é um caminho, meio indispensável para alcançar o bem particular, e, quanto maior a plenitude do bem comum, maiores facilidades terão os membros para realizar o bem próprio. Quem busca o bem comum, busca, por consequência, seu próprio bem.

Nesta toada, quando utilizado o instituto da Usucapião como forma de regularização de imóveis, implica-se forma originária de aquisição, tema pacificado pela doutrina e jurisprudência, portanto, não incide-se os impostos previstos na legislação nacional, o que gera prejuízo ao erário, e conseqüentemente a coletividade, tal desvio de finalidade não somente fere o ordenamento jurídico brasileiro, como também os interesses sociais dilacerando assim o próprio Estado Democrático de Direito, pois o prejuízo ao erário obsta a efetiva aplicação de políticas públicas para garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A implementação da via extrajudicial para usucapir e adjudicar

A adjudicação, expressa no art. 1.418 do Código Civil⁷, é uma forma de aquisição derivada da propriedade, isto é, adquire-se a titularidade de referido imóvel por intermédio de uma transação. Logo, por tratar-se de uma transmissão de propriedade, culmina no devido pagamento de Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), em sentido contrário ao da usucapião que, por tratar-se de meio de aquisição originária, não incide na incumbência de repasse ao fisco dos valores erários supramencionados.

Nessa senda, dado o movimento de “desjudicialização” em vigor no período contemporâneo, com a conseqüente atualização da legislação, além das modernidades tecnológicas que incrementam o acesso à informação e até mesmo à própria Justiça, houve o fenômeno de uma maior procura pela regularização de imóveis outrora irregulares, fato que ocasionou em uma verdadeira explosão nas distribuições de ações à esfera judicial.

7. Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Desta forma, com a finalidade de minorar a expressa quantia das referidas ações, visando desafogar o Poder Judiciário e, conseqüentemente, tornar o procedimento mais célere, o novo Código de Processo Civil trouxe a previsão de procedimento extrajudicial ao referido instituto jurídico.

Tal direito agora também pode ser exercido por meio das Comarcas dos Cartórios de Registro de Imóveis a que pertençam determinado imóvel apto a ser usucapido. Fato relevante é que as serventias possuem um prazo médio notadamente diminuto se comparado ao da via judicial (aproximadamente de 90 a 120 dias), além de ser consideravelmente menos burocrático do que este.

Os seus requisitos não destoam da sua forma tradicional: é necessário que o imóvel seja suscetível de usucapião, além da posse que já é regulamentada pelos dispositivos insculpidos nos artigos 1.238 a 1.242 do Código Civil que, em síntese, preveem o animus domini, posse mansa, pacífica, contínua e duradoura, além de um justo título e boa-fé na hipótese da usucapião de modalidade ordinária.

Com efeito, a possibilidade de usucapião extrajudicial trouxe maior celeridade ao procedimento, evitando que o adquirente da propriedade aguarde por lapso temporal vagaroso enquanto aguarda pela perfectibilização de seu direito, além de desafogar o Poder Judiciário e desburocratizar o procedimento, o que auxilia diretamente às pessoas economicamente desfavorecidas, viabilizando a garantia constitucional do acesso à Justiça.

A (I)LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA USUCAPIÃO COMO FORMA DE AQUISIÇÃO DERIVADA DA PROPRIEDADE

Primariamente, cabe destacar que a doutrina estabelece basicamente dois modos de aquisição da posse, sendo elas a originária e a derivada. Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁸, “a primeira ocorre quando não há transmissão de um sujeito para outro, como ocorre na acessão natural e na usucapião. O indivíduo, em dado momento, torna-se dono de uma coisa por fazê-la sua, sem que lhe tenha sido transmitida por alguém, ou porque jamais esteve sob o domínio de outrem. Não há relação causal entre a propriedade adquirida e o estado jurídico anterior da própria coisa”. Em contrapartida, assevera ainda que “a aquisição derivada, também denominada de bilateral, decorre de uma relação negocial entre o anterior proprietário e o adquirente, havendo, pois, uma transmissão do domínio em razão da manifestação de vontade, como no registro do título translativo e na tradição”.

Desse modo, a aquisição derivada da propriedade atrai a aplicação legal das disposições contidas no art. 104 do Código Civil Brasileiro, ou seja, o reconhecimento da existência de um negócio jurídico, que precisa indispensavelmente de agente capaz, de objeto lícito, possível, determinado ou determinável e de forma prescrita ou não defesa em lei.

8. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas Vol.5**. 19ª Edição. 2024, p. 218.

No tocante à aquisição derivada, assinala também Ricardo Alexandre⁹ que “é absolutamente necessário verificar se o transmitente é realmente o proprietário do imóvel. Daí a existência do denominado “princípio da continuidade” no registro dos imóveis, segundo o qual para cada imóvel se forma uma cadeia de titularidades sequenciadas no tempo, somente sendo possível registrar um título de aquisição se este foi outorgado por quem atualmente aparece no registro como titular do imóvel.

É justamente por derivar de título outorgado pelo anterior proprietário, que essa espécie de aquisição é denominada “derivada”, sendo a ela aplicável a regra segundo a qual o adquirente se torna responsável pelos tributos referentes ao bem adquirido”.

Em uma situação hipotética, se João, vendedor, firma contrato de compra e venda de um imóvel com Pedro, pretendendo transferir-lhe a posse do bem, é notório que ambos entabularam um negócio jurídico, o que constitui uma aquisição derivada da propriedade, haja vista ter sido João o antigo possuidor.

Contudo, caso João se negue a efetuar a regularização desse imóvel em favor de Pedro e este, crendo cumprir os requisitos e o lapso temporal exigido por lei, procure a via judicial a fim de usucapir o bem, não há que se falar em usucapião, uma vez que, neste caso, o instituto adequado seria a adjudicação compulsória, que como explica Maria Helena Diniz, é um direito real de aquisição, “por via judicial ou extrajudicial (LRP, art. 216-B, § 1º, acrescentado pela Lei n. 14.382/2023, Provimento CN-CNJ n. 150/2023) em caso de recusa da entrega de imóvel comprometido ou da outorga da escritura definitiva, ou na hipótese de o imóvel ter sido alienado a terceiros, e havendo pago totalmente o preço estipulado”¹⁰.

Ocorre que, habitualmente, a usucapião tem sido buscada como meio para inibir o cumprimento de obrigações administrativas e tributárias. Explica-se tal questão, por exemplo, diante da não incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) em relação a imóveis usucapidos, por força do disposto no art. 156, II, da Constituição Federal¹¹.

Diante de tal celeuma jurisdicional, constata-se que a usucapião é buscada como forma de burlar e inibir cobrança de tributos, constituindo, portanto, um contexto em que a finalidade de tal instituto tem sido desvirtuada e utilizada de forma indevida, uma vez que ela é, em sua essência, forma originária de aquisição de propriedade, como explanado alhures.

Desse modo, ao decorrer dos anos, foi-se formando um cenário em que é possível observar a ocorrência de um desvio de finalidade da usucapião, isso porque ela tem servido, de forma frequente, como mecanismo para burlar regras constitucionais tributárias e, conseqüentemente, para inibir o pagamento de tributos, o que causa danos nocivos ao erário e consiste em fraude à ordem tributária, como será visto adiante no tópico 5 deste capítulo.

9. ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 17ª. ed. vol. São Paulo: Juspodivm. 2023, p. 414.

10. DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil - 5ª Edição. 2025, p. 396.**

11. Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II - transmissão “*inter vivos*”, a qualquer título, **por ato oneroso**, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

Entendimento da jurisprudência catarinense

Conforme supramencionado, e como aduz o artigo 1.238 do Código Civil Brasileiro, o instituto da usucapião tem como requisitos a posse mansa, ininterrupta e pacífica, além do lapso temporal determinado e o *animus domini*, isto é, a intenção de ser dono ou a vontade de alguém possuir determinado bem.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar como tem decidido a egrégia corte catarinense nos casos em que o instituto da usucapião é utilizado de maneira equivocada para registro de propriedade. Vejamos:

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/2015). APELAÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO DA PARTE AUTORA, MANTENDO A SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

INSURGÊNCIA DA PARTE RECORRENTE. IMÓVEL ADQUIRIDO DIRETAMENTE DA PROPRIETÁRIA. AQUISIÇÃO DERIVADA, E NÃO ORIGINÁRIA, DA PROPRIEDADE. PENDÊNCIA DO REGISTRO SUCESSÓRIO NA MATRÍCULA QUE NÃO DESCARACTERIZA A OBSERVÂNCIA DA CADEIA DOMINIAL. FRAUDE À ORDEM TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICES INTRANSPONÍVEIS À CORRETA ESCRITURAÇÃO DA TRANSAÇÃO (PROVIMENTO Nº 65/2017 DO CNJ, ART. 13, § 2º). PREMISSAS QUE FUNDAMENTARAM O DESPROVIMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO NÃO DESCONSTITUÍDAS. JULGAMENTO UNIPESSOAL ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

“A ação de usucapião é via inadequada para regularizar transmissão da propriedade adquirida por derivação do proprietário anterior, tal como por contrato de compra e venda, doação ou mesmo causa mortis, mormente porque acarretaria burla ao recolhimento de tributos de transmissão (ITBI, ITCMD e causa mortis) e eventualmente ao procedimento de prévio desmembramento do imóvel”. (TJSC, Apelação n. 0001733-74.2009.8.24.0023, rel. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 19-05-2022).” (TJSC, Apelação n. 0810180-76.2013.8.24.0023, rel. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 23-11-2023). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 5015802-73.2021.8.24.0033, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 03-12-2024).

A nobre decisão se baseou no fato de que ficou comprovado que o imóvel foi adquirido por meio de contrato oneroso, ou seja, houve negócio jurídico celebrado entre as partes, portanto, houve aquisição derivada e não originária, isto é, já existe um proprietário do imóvel.

Ainda, a parte agravante sustentou que estavam preenchidos os requisitos da usucapião, conforme supracitados, e que, como havia diferença da metragem do imóvel em relação à matrícula, não existia outra forma de regularização do bem.

Outro ponto destacado na decisão refere-se à necessidade de respeito à ordem tributária, em outras palavras, se utilizado o instituto do usucapião para regularização do imóvel caracteriza-se fraude tributária, pois a transferência de bens imóveis por negócio jurídico é fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), relativo a operações onerosas entre pessoas vivas (*inter vivos*).

Não obstante, a usucapião como forma originária de aquisição de propriedade, é livre de tributação. Nesse sentido, cabe destacar que a usucapião não é o único instituto para regularização de imóveis, a saber, a adjudicação compulsória. A propósito, já se decidiu:

APELAÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. BEM IMÓVEL. CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA PARA AQUISIÇÃO DE LOTE, OBJETO DA DEMANDA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

INSURGÊNCIA DO AUTOR. AVENTADA EXISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, DADA A IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DIRETAMENTE DOS PROMITENTES VENDEDORES. INSUBSISTÊNCIA. NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO COM AQUELES QUE, À ÉPOCA, FIGURAVAM COMO PROPRIETÁRIOS REGISTRAIS. LOTE POSTERIORMENTE INTEGRALIZADO AO CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA DOS VENDEDORES, ORA ACIONADA. CASO CONCRETO EM QUE A AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA AFIGURA-SE O MEIO APROPRIADO PARA OBTENÇÃO DA DECLARAÇÃO DE DOMÍNIO DO BEM, POIS A AUSÊNCIA DE REGISTRO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS NÃO OBSTA A SUA DEFLAGRAÇÃO (SÚMULA N. 239, DO STJ). ADEMAIS, USUCAPIÃO QUE SE MOSTRA COMO VIA INADEQUADA A ALCANÇAR O TÍTULO DE DOMÍNIO DO IMÓVEL DERIVADO DE COMPRA E VENDA. PRECEDENTES.

1. “O REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO NO REGISTRO DE IMÓVEIS, COMO CONDIÇÃO IMPRESCINDÍVEL À TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DE BEM IMÓVEL ENTRE VIVOS, PROPUGNADA PELA LEI CIVIL, NÃO SE CONFUNDE, TAMPOUCO PODE SER SUBSTITUÍDO PARA ESSE EFEITO, PELO REGISTRO DO CONTRATO SOCIAL NA JUNTA COMERCIAL [...]” (STJ, RESP N. 1.743.088, REL. MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJE DE 22/03/2019).

2. “O DIREITO À ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA NÃO SE CONDICIONA AO REGISTRO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS” (SÚMULA N. 239, DO STJ). SENTENÇA MANTIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 5000858-20.2021.8.24.0113, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 21-11-2024).

No caso em voga, o recorrente ajuizou ação de usucapião para regularização do imóvel adquirido por uma construtora. Todavia, houve negócio jurídico, portanto, aquisição derivada da propriedade, o que descaracteriza o instituto da usucapião. A via adequada nesse caso seria o instituto da adjudicação compulsória, que é meio de regularização para aquisição derivada de imóvel, haja vista a celebração de contrato oneroso.

USUCAPIÃO E INTERESSE DO FISCO: POSSIBILIDADE DE EVASÃO FISCAL POR MEIO DA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE

A usucapião, instituto jurídico que permite a aquisição originária da propriedade mediante posse prolongada e atendendo a requisitos legais, tem sido alvo de questionamentos acerca de sua interseção com a fiscalização tributária. Um ponto de discussão relevante é se a usucapião poderia ser utilizada como estratégia de elisão fiscal ou, em seu uso indevido, como ferramenta de evasão fiscal.

A elisão fiscal refere-se à adoção de práticas lícitas para minimizar a carga tributária, enquanto a evasão fiscal ocorre quando há supressão ou redução do tributo devido mediante fraude, simulação ou outras condutas ilícitas. A diferença central entre os dois conceitos reside na licitude das práticas adotadas: enquanto a elisão está no campo da legalidade, a evasão se insere na ilegalidade, podendo gerar sanções fiscais e penais.

Neste aspecto, reforça Ricardo Alexandre¹² que “alguns doutrinadores enxergam a evasão fiscal como o resultado de um “planejamento ilegal”, ou seja, um planejamento fundado em práticas antijurídicas (ilícitos penais ou administrativos), frontalmente contrárias às normas tributárias, as quais o contribuinte dolosamente infringe (por ação ou omissão), com o fito de ludibriar a autoridade fiscal e, assim, deixar de recolher determinado tributo ou recolher menos que o devido.”

Imprescindível destacar, ainda, que a Lei n.º 8.137/1990 trouxe definições e regulamentações sobre a temática, aduzindo que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

- I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
- II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
- III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
- IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
- V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

No contexto da usucapião, a jurisprudência nacional tem rechaçado seu uso como mecanismo substitutivo da transmissão derivada da propriedade. Em decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), no Acórdão n.º 5000858-20.2021.8.24.0113, a Câmara de Direito Civil assim decidiu:

12. ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 17ª edição. 2023, p. 908.

APELAÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. BEM IMÓVEL. CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA PARA AQUISIÇÃO DE LOTE, OBJETO DA DEMANDA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INSURGÊNCIA DO AUTOR. AVENTADA EXISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, DADA A IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE 11 ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 17ª edição. 2023, p. 908.

DIRETAMENTE DOS PROMITENTES VENDEDORES. INSUBSISTÊNCIA. NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO COM AQUELES QUE, À ÉPOCA, FIGURAVAM COMO PROPRIETÁRIOS REGISTRAIS. LOTE POSTERIORMENTE INTEGRALIZADO AO CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA DOS VENDEDORES, ORA ACIONADA. CASO CONCRETO EM QUE A AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA AFIGURA-SE O MEIO APROPRIADO PARA OBTENÇÃO DA DECLARAÇÃO DE DOMÍNIO DO BEM, POIS A AUSÊNCIA DE REGISTRO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS NÃO OBSTA A SUA DEFLAGRAÇÃO (SÚMULA N. 239, DO STJ). ADEMAIS, USUCAPIÃO QUE SE MOSTRA COMO VIA INADEQUADA A ALCANÇAR O TÍTULO DE DOMÍNIO DO IMÓVEL DERIVADO DE COMPRA E VENDA. PRECEDENTES. 1. "O REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO NO REGISTRO DE IMÓVEIS, COMO CONDIÇÃO IMPRESCINDÍVEL À TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DE BEM IMÓVEL ENTRE VIVOS, PROPUGNADA PELA LEI CIVIL, NÃO SE CONFUNDE, TAMPOUCO PODE SER SUBSTITUÍDO PARA ESSE EFEITO, PELO REGISTRO DO CONTRATO SOCIAL NA JUNTA COMERCIAL [...]" (STJ, RESP N. 1.743.088, REL. MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJE DE 22/03/2019). 2. "O DIREITO À ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA NÃO SE CONDICIONA AO REGISTRO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS" (SÚMULA N. 239, DO STJ). SENTENÇA MANTIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Nota-se que a referida decisão reforçou que a usucapião não pode ser utilizada quando há aquisição derivada da propriedade, especialmente em casos onde o adquirente já possui vínculo jurídico com o bem, como um contrato de compromisso de compra e venda. Essa decisão se baseia no entendimento de que a usucapião é um meio de aquisição originária e não pode ser aplicada em casos onde há possibilidade de adjudicação compulsória ou de regularização formal por outras vias legais.

O interesse do fisco na regularidade das transmissões imobiliárias decorre da incidência de tributos como o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) nas transferências *inter vivos*. No caso da usucapião, por ser aquisição originária, não há incidência do ITBI, apenas do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) em eventuais ganhos de capital na alienação posterior. Dessa forma, o uso da usucapião para evitar o recolhimento do ITBI pode configurar tentativa de evasão fiscal, especialmente se a transmissão imobiliária puder ser comprovada por meio de outros documentos, como contratos de compra e venda ou comprovantes de pagamento.

Nessa linha, o TJSC destacou que “a procedência de ação de usucapião mitiga a necessidade de recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) quando da averbação da matrícula, ensejando em flagrante supressão indevida do tributo”. Isso reforça que o reconhecimento judicial da usucapião deve observar se há real preenchimento dos requisitos legais, evitando fraudes tributárias travestidas de aquisição originária.

No contexto de inventário e herança, a usucapião também pode ser utilizada, mas em situações específicas. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível a usucapião de imóvel objeto de herança por herdeiro, desde que este exerça a posse de modo exclusivo e estejam presentes os demais requisitos legais da forma de aquisição originária da propriedade¹³. No entanto, a tentativa de utilizar a usucapião como meio de evitar o pagamento do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) pode ser interpretada como evasão fiscal. O uso inadequado deste instituto para burlar obrigações tributárias é vedado pela legislação e pela jurisprudência, podendo acarretar sanções legais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “é possível o reconhecimento da usucapião por um herdeiro em face dos demais, desde que comprovada a posse exclusiva, sem oposição e atendendo aos requisitos legais da modalidade de usucapião pleiteada”¹⁴. Contudo, reforça-se que a usucapião não pode ser utilizada como forma de burla ao pagamento do ITCMD, sendo imprescindível que seu uso esteja alinhado aos requisitos legais de posse exclusiva e ininterrupta por tempo suficiente para a configuração da prescrição aquisitiva.

Portanto, embora a usucapião seja possível em casos específicos envolvendo herdeiros, seu uso deve ser legítimo e não pode ter como objetivo a evasão de tributos devidos em processos de inventário e partilha.

Com base na legislação nacional e na jurisprudência, não é possível utilizar a usucapião como forma de elisão fiscal, visto que esse instituto não pode ser aplicado para regularização de transmissões derivadas da propriedade. O reconhecimento da usucapião requer posse mansa, pacífica e ininterrupta, com ânimo de dono, sem que haja relação contratual subjacente que viabilize outra via legal de transmissão. Portanto, o uso indevido da usucapião com o intuito de evitar o recolhimento do ITBI ou ITCMD pode configurar evasão fiscal e ser passível de nulidade, além de outras penalidades tributárias.

13. REsp 1.631.859-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

14. (STJ, REsp 1.411.532/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 24/06/2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é evidente que a usucapião, embora concebida como um instrumento legítimo de regularização e aquisição de propriedade, tem sido utilizada como subterfúgio para fins que extrapolam totalmente a sua real finalidade. Em especial, pelo seu uso como meio indireto de transmissão patrimonial, com o propósito de iludir impostos que seriam devidos caso eleito o procedimento correto, sendo este a adjudicação.

O uso de tal manobra, se apresenta como uma realidade que cresce à medida que se observa a falha dos controles da legislação e o resultado é um cenário de insegurança jurídica, no qual a incerteza sobre a correta aplicação das normas, além de estimular o prolongamento de litígios que sobrecarregam o Poder Judiciário com demandas que, idealmente, poderiam ser solucionadas na seara extrajudicial, também expõe a grave fragilidade do ordenamento jurídico que versa sobre o direito de propriedade, estampada por brechas que culminam na necessidade de adoção da via que ora caminha para (e deve) tornar-se excepcional para solução do conflito.

Além da insegurança jurídica, são prejudiciais os cidadãos que, de boa-fé, buscam regularizar situações de fato, utilizando-se a via correta, porém, acabam sendo arrastados por um processo que se revela moroso, burocrático e excessivamente técnico, além de, claro, custoso.

Portanto, faz-se necessária uma revisão das normas que regem a usucapião, a fim de garantir que sua aplicação esteja alinhada com os princípios da segurança jurídica, além de sanar as verificadas lacunas. Deste modo, será possível evitar o desvirtuamento desse importante instituto e assegurar que ele cumpra seu verdadeiro propósito dentro do sistema jurídico, além de prosseguir e atingir, enfim, a sua completa desjudicialização.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Aurélio. *A Cidade de Deus: (contra os pagãos)*, partes I e II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 1998.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 17ª edição. São Paulo. Editora JusPodivm, 2023.

ANOREG. *Nunca Foi Feito Inventário dos Bens: É Possível Regularizar Por Usucapião?* Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/nunca-foi-feito-inventario-dos-bens-e-possivel-regularizar-por-usucapiao>. Acesso em: 15 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.355.307-SP (AgInt no AREsp)*, publicado no DJe de 27/06/2024 Acesso em: 15 mar. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em 14 mar. 2025. BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 5000858-20.2021.8.24.0113. Rel. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade. Julgado em 21 de novembro de 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1000710-39.2016.8.26.0035. Rel. Des. 1ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 27 de fevereiro de 2018.

DINIZ, Maria H. Manual de Direito Civil - 5ª Edição 2025. 5. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. E-book. p.396. ISBN 9788553625345. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625345/>. Acesso em: 13 mar. 2025.

DO NASCIMENTO, Fabiano N.; CIRILO, Júlio C. F. AS BASES JURÍDICO-HISTÓRICAS DO INSTITUTO DA USUCAPIAÇÃO NO SISTEMA ROMANÍSTICO. Direito e Cidadania, v. 2, 2017. Disponível em: <<https://revista.uemg.br/index.php/gtic-direitoecidadania/article/download/2927/1625>>. Acesso em: 10 mar. 2025.

FACHINI, Tiago. Usucapião Extrajudicial Novo CPC: Funcionamento e requisitos: a usucapião se entende por ser o modo originário de aquisição da propriedade de bens móveis, imóveis dentre outros direitos reais pelo decorrer do tempo desde que sejam atendidos as condições legais. A usucapião se entende por ser o modo originário de aquisição da propriedade de bens móveis, imóveis dentre outros direitos reais pelo decorrer do tempo desde que sejam atendidos as condições legais.. 2024. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/usucapiao-extrajudicial/#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20usucapi%C3%A3o%20extrajudicial%3F,sem%20participa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio..> Acesso em: 14 mar. 2025.

FACHINI, Tiago. Usucapião: o que é, como funciona, tipos e como fazer? 2025. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/usucapiao/>. Acesso em 14 mar. 2025.

GONÇALVES, Carlos R. Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas Vol.5 - 19ª Edição 2024. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.217. ISBN 9788553622405. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553622405/>. Acesso em: 13 mar. 2025.

LEGISWEB. Jurisprudência Sobre Usucapião e ITCMD. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=380119>. Acesso em: 15 mar. 2025.

Morais, Fabiola V. Usucapião no direito romano. Revista brasileira de direito comparado, n. 27, p. 205-226 2004. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/27/revista27%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/27/revista27%20(13).pdf). Acesso em: 10 mar. 2025.

TJDFT. Usucapião. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/usucapiao>. Acesso em: 15 mar. 2025.

REFLEXÕES SOBRE A REVOGADA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO/EDD



<https://doi.org/10.22533/at.ed.6681125270314>

Data de aceite: 20/03/2025

Karla Cuellar Heilmann

Doutora em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ; Professora Universitária; Doutoranda em Educação pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Epistemologia e Educação (Universidade Tuiuti do Paraná UTP/dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/1323778738072846) ORCID: 0000-0001-8667-0993

RESUMO: No ano de 2023 o Brasil verificou invasões e depredações na capital do país que se deram no Congresso Nacional, no Palácio do Planalto e no STF (Supremo Tribunal Federal), levantando algumas questões atreladas à segurança dos três poderes, às leis de proteção à democracia, ao patrimônio brasileiro e principalmente a tutela do Estado Democrático de Direito. Milhares de meios de comunicação transmitiram ao vivo as cenas de invasões e depredações, cenas que acabaram por repercutir no plano interno do país bem como na imprensa e no plano internacional. Como resultado de uma primeira reação tivemos a determinação de intervenção federal no Distrito federal na área da segurança pública, com o objetivo de conter

“grave comprometimento da ordem pública”. O presente texto, analisa a revogada lei de Segurança Nacional criada no período da ditadura, bem como faz uma reflexão sobre o seu contexto histórico de surgimento e evolução até os dias atuais, indicando os motivos que levaram à sua revogação pela Lei 14197/2021. Ainda se propõe a efetuar uma análise da lei 14197/2021 que além de revogar a LSN acrescentou novo título ao Código Penal “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito” e novos tipos penais delitivos de enquadramento. Por fim reflete-se sobre o Estado Democrático de Direito e os riscos atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Nacional. Democracia. Autoritarismo.

REFLECTIONS ON THE REVOKED NATIONAL SECURITY LAW AND THE DEMOCRATIC STATE OF LAW/EDD

ABSTRACT: In 2023, Brazil witnessed invasions and depredations in the country's capital that took place in the National Congress, in the Presidential Palace and in the STF (Federal Supreme Court), raising some questions related to the security of the three branches of government, the laws protecting Brazilian democracy and property,

and mainly the protection of the Democratic State of Law. Various media channels broadcasted live scenes of invasions and depredations, scenes that ended up having repercussions in the country as well as in the international press. As a first reaction, we had the determination of a federal intervention in the Federal District, in the scope of public security, with the objective of containing “serious impairment of public order”. This article analyzes the revoked National Security law created during the Brazilian dictatorship, as well as the reflection of its historical context of birth and evolution, tracing to the present day, indicating the reasons that led to its revocation by the 14197/2021 Law. It also proposes to carry out an analysis of the 14197/2021 Law, which, in addition to repealing the LSN, created a new title for the Penal Code “On crimes against the Democratic State of Law” and new types of criminal offenses. Finally, it reflects on the Democratic State of Law and the current risks.

KEYWORDS: National Security. Democracy. Authoritarianism

INTRODUÇÃO

Em meados de 2023 vimos através da mídia as invasões e depredações na capital do país. Tais invasões se deram no coração do país, o “Palácio do Planalto” local onde se situa a sede do Poder Executivo Federal e onde se encontra a sede do Gabinete Presidencial do País abrigando ainda o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. Cabe lembrar que a obra foi concebida pelo famoso arquiteto Oscar Niemeyer e concluída em 1960. Situa-se na “Praça dos Três Poderes” (três edifícios monumentais que representam os três poderes da República Brasileira) em Brasília e foi um dos primeiros edifícios construídos na capital do país. O “Palácio” marca a história brasileira por “simbolizar a transferência da Capital Federal para o Centro do País” (governo de JK). As depredações e invasões ainda se deram no STF (sede da corte máxima do Poder Judiciário) e no Congresso Nacional (sede do legislativo federal) levantando algumas questões atreladas à segurança dos três poderes, às leis de proteção à democracia e ao patrimônio brasileiro e principalmente a tutela do Estado Democrático de Direito.

O presente artigo por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica e fazendo uso do método qualitativo investigará acerca do tema; analisará a revogada lei de Segurança Nacional (1983), traçando um panorama geral das sucessivas leis de “segurança nacional” (evolução) e apreciando os diversos contextos históricos. Serão abordados os fundamentos que levaram a sua revogação ao surgimento da nova legislação (Lei 14197/2021) que cunhou o novo título ao Código Penal: “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito” abordando-se os novos tipos penais delitivos. O estudo das legislações citadas, demonstram a necessidade de se entender os tipos penais que existiam e que surgiram em alinhamento com o regime democrático verificando as possíveis ameaças e riscos ao Estado Democrático de Direito.

A LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

A última Lei de Segurança Nacional – LSN – Lei nº 7170/83, foi promulgada em dezembro de 1983 pelo último presidente do regime militar, o presidente “João Batista Figueiredo”, antes portanto da abertura política com as “diretas já” e da promulgação da atual Carta Magna (a 7ª sétima na ordem da Constituição Brasileira) que é de 1988 (34 anos de abertura política e regime democrático), sendo, portanto, uma herança da ditadura militar.

A promulgação da última legislação específica sobre a LSN se deu no início do período de “abertura política”, visto que a ditadura militar durou 21 anos (1964 a 1985). A última legislação de segurança nacional (1983) permaneceu em vigor por 38 anos, mais tempo que nossa constituição cidadã que nesse ano de 2023 completa 35 anos.

Conceitualmente podemos dizer que a Lei de Segurança Nacional define os crimes “contra a segurança nacional” e contra “a ordem política e social”. Trazia em seu bojo dispositivos que puniam tanto condutas contra “a integridade territorial e a soberania nacional” ou contra “o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de direito”, quanto condutas contra os “chefes dos Poderes da União” (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Muitos doutrinadores quando da sua promulgação analisaram a mesma sob o viés da perspectiva da reabertura democrática, que germinava no país.

De acordo com FRAGOSO:

Em 14 de dezembro de 1983 foi sancionada a Lei n.º 7.170, que vem alterar substancialmente a filosofia das leis de segurança nacional que estiveram em vigor entre nós desde 1967. No Congresso a lei foi aprovada rapidamente, pelo voto das lideranças, sem maiores discrepâncias e sem debates que contribuíssem para aperfeiçoar o projeto do Governo, retirando-lhe graves defeitos.

A nova lei de segurança é fruto de enorme campanha movida contra a lei anterior, na qual se empenharam os partidos de oposição e inúmeras entidades, com intensa mobilização popular. Tornou-se clara a ideia de que a redemocratização do país era incompatível com a lei em vigor, sendo evidentemente insincero o Governo que falava em abertura democrática e mantinha a lei infame e tirânica. A Ordem dos Advogados do Brasil destacou-se nessa campanha, pronunciando-se repetidamente sobre a matéria, com críticas contundentes, desde os tempos do Decreto-Lei n.º 898.” (FRAGOSO, 1980).

Essa lei define quais condutas eram consideradas crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, tipificando as condutas que poderiam se enquadrar na mesma bem como, estabelecia o processo e julgamento dos crimes.

A LSN/83 revogou a Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, que havia substituído o Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, que, por sua vez, havia revogado o Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967, primeira Lei de Segurança Nacional do regime militar que se iniciou em 1964.

A sexta e última legislação de segurança nacional, a Lei nº 7.170 de 1983, é uma herança da ditadura, sendo uma lei que protegia criminalmente a segurança do país, tinha por objetivo listar os crimes que gerassem danos ou lesões à integridade territorial e à soberania nacional, ao regime adotado no País (representativo e democrático), à Federação, ao Estado de Direito e a aos chefes dos Poderes da União, bem como determinava quais as regras para que tais crimes fossem avaliados e julgados. Analisando-se a legislação de 1983 percebe-se que possui menos tipos penais que as anteriores, sendo tipos penais que reproduzem (ainda que parcialmente) o espírito de leis de países democráticos que buscam a proteção da ordem nacional democrática embora a mesma permaneceu sendo aplicada e julgada pela justiça militar.

Vejamos nossos doutrinadores:

A nova lei **restringiu o conceito de segurança nacional**, de acordo com a tendência mais liberal e democrática. **Segurança Nacional** é o que se refere à nação como um todo, e diz respeito à própria existência do Estado e à sua independência e soberania. Trata-se de segurança nacional, ou seja, da nação. Ela não se confunde com a segurança do governo ou da ordem política e social, que é coisa bem diversa. Esse conceito de segurança nacional é o que prevalece no direito internacional. Quando o Pacto de Direitos Civis e Políticos permite a derrogação da garantia de direitos humanos, por motivos de segurança nacional (arts. 12 a 14, 19, 21 e 22), essa expressão significa apenas a garantia de bens relativos a toda a nação, com exclusão de atentados ao governo. Nesse sentido são os chamados "Princípios de Siracusa", aprovados em reunião de peritos convocada pela Comissão Internacional de Juristas e pela Associação Internacional de Direito Penal, celebrada na cidade de Siracusa, na Itália, em abril/maio de 1984, para o estudo das derrogações e limitações previstas pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos. **Ordem política** é a estrutura política do Estado, na forma em que a Constituição a estabelece. **Ordem social** é o regime social e econômico que o sistema político estabelecido institui e tutela. À **ordem política e social** refere-se o que se tem chamado de segurança interna. (FRAGOSO, p.11, 1983, grifo nosso)

A expressão "segurança nacional" aparece no direito brasileiro com a Constituição Federal de 1934 que, no seu título VI, criou o Conselho Superior de Segurança Nacional (art. 159), com atribuições que se relacionavam com a defesa e a segurança do país. A partir daí, todas as constituições se referem ao Conselho de Segurança Nacional. Com a Constituição de 1967 introduziu-se a regra segundo a qual "toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei" (art. 89), regra essa mantida pela Constituição vigente (art. 86). (ROMANO, 2020)

Analisando a LSN ou Lei de Segurança Nacional, verifica-se que a mesma contém enunciados vazios, tipos abertos, que poderiam levá-la a sua não efetividade. No entanto, a característica mais expressiva e considerável da lei foi o fato de que a mesma abandonou a doutrina da Segurança Nacional.

A chamada “Doutrina de Segurança Nacional”, foi elaborada nos Estados Unidos (o National War College) foi desenvolvida com o objetivo de se opor a uma “ameaça comunista” após a Segunda Guerra Mundial. (KIRSZTAJN, p.08, 2018)

Muitos doutrinadores entendem que essa mesma doutrina foi incorporada pela Escola Superior de Guerra no Brasil durante o período de 1964 a 1985, ou seja, em meio à ditadura militar brasileira. Vejamos:

“A característica mais saliente e significativa da nova lei é a do **abandono da doutrina da segurança nacional**. Essa doutrina, profundamente antidemocrática, foi introduzida na lei de segurança pelo Decreto-Lei n.º 314, de 13 de março de 1967. De acordo com essa doutrina, objeto de proteção jurídica passam a ser certos objetivos nacionais permanentes, entre os quais se incluem a paz pública e a prosperidade nacional, elementos que levam a confundir a criminalidade comum com a criminalidade política. A Ordem dos Advogados do Brasil entendeu que a doutrina da segurança nacional ainda subsiste na nova lei, mas os argumentos apresentados não convencem. Afirmou-se, por exemplo, que a manutenção da jurisdição militar para o processo e julgamento desses delitos deriva da doutrina da segurança nacional. Embora se possa dizer que a Justiça Militar passou a julgar todos esses delitos em função da ideia de guerra interna, convém observar que as limitações da justiça ordinária para julgamento de crimes políticos têm acompanhado invariavelmente situações de perturbação política intensa e estados de emergência. (FRAGOSO, p.11, 1983, grifo nosso)

Conforme o entendimento do duto doutrinador Fragoso “A doutrina de segurança nacional estabelece que a segurança nacional está relacionada ao grau relativo de garantia que, por meio da ação política, psicossocial e militar, o Estado proporciona à Nação para que se alcancem e mantenham os objetivos nacionais, independentemente dos antagonismos ou pressões que existem ou venham a surgir”.

PANORAMA GERAL – EVOLUÇÃO DAS LEIS DE SEGURANÇA NACIONAL

A LSN - Lei de Segurança Nacional em linhas gerais podia ser conceituada portanto como uma lei que visa garantir a. segurança nacional. do. Estado. contra a subversão da lei e da ordem; a integridade territorial da Federação e contra a soberania nacional. No. Brasil, a legislação que atualmente dispõe sobre segurança nacional é a **Lei nº14.197, de 1º de setembro de 2021**. que acrescentou o **Título XII na Parte Especial** do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), **relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito**.

Podemos dizer que a nova legislação em vigor de certa forma reproduz tipos penais da revogada LSN, porém com o viés ou “ethos” democrático. Houve o que chamamos de princípio da continuidade normativo-típica, ou seja, a revogação da LSN (lei revogada) não gerou a abolição criminis, pois manteve-se o conteúdo normativo proibitivo na atual legislação em vigor.

Na legislação de 1983, o conceito de segurança nacional podia ser descrito e caracterizado:

“... pela imprecisão e indeterminação, permitindo-se que fosse criada uma “mística de segurança nacional” como algo referente aos mais graves e transcendentais interesses do Estado, com a montagem de um aparato repressivo caracterizado pelo arbítrio e pela violência, com largo emprego da tortura.” (FRAGOSO, 1983)

Corroborando essa visão, o autor demonstra que o objeto da doutrina de segurança nacional é a proteção jurídica dos chamados “objetivos nacionais permanentes”, como a paz pública e a prosperidade nacional, elementos esses que propiciam uma confusão entre criminalidade comum e política (KIRSZTAJN, p.09, 2018).

Uma vez delineado seu conceito, a LSN apresentava especificamente como funções a garantia da ordem; a segurança e a tranquilidade públicas com objetivo de proteger as pessoas e bens; prevenir contra a ação de grupos secessionistas/separatistas e também contra a de seus apoiadores e patrocinadores (tanto internos como externos), prevenindo e reprimindo a criminalidade e contribuindo para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos e deveres; das liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática.

Historicamente tivemos anteriormente a LSN nº7170/83 outras cinco legislações (entre decretos e leis), que disciplinavam a temática segurança nacional.

A primeira legislação sobre segurança nacional – LSN, surgiu da necessidade de proteção à Segurança Nacional do Estado, em 1935 com Getúlio Vargas no poder (período constitucional Varguista) visto que enfrentávamos a bipolaridade do mundo EUA X URSS (socialismo/comunismo x capitalismo) foi disciplinada pela Lei nº38/1935, além do que foi criado no governo Varguista o “Tribunal de Segurança Nacional” (Lei nº244/36) tribunal autoritário usado contra os opositores políticos do governo (ditadura Vargas) e que não respeitava o direito de defesa dos acusados (tribunal de exceção) não respeitava os parâmetros de justiça, estando ligada a ideia de “proteção criminal da segurança nacional” a um “juízo de exceção”. No Brasil havia a frente anticomunista/antissocialista do governo Vargas. A sua criação se deu com o intuito de sanar e definir os principais inimigos do Estado/Nação. Cabe ressaltar que esse texto legal foi criado num regime de exceção, como o objetivo primordial de proteger a ditadura que se instalava no país.

Em 1935, durante o governo do Presidente Getúlio Vargas, foi promulgada a Lei nº 38, que definia “os crimes contra a ordem política e social”, expressão que aparece frequentemente junto a “segurança nacional”, especialmente nas leis. Em seguida, foi promulgada a Lei nº 136 de 1935, que alterou a lei anterior ao tipificar mais crimes. No ano seguinte foi criado, por meio da Lei nº 244/1936, o Tribunal de Segurança Nacional, responsável por julgar os crimes definidos nestas leis. Essa competência seria reforçada posteriormente pela Constituição de 1937, que em seu art. 122, inciso 17, postula: “Os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processos e julgamento perante tribunal especial, na forma que a lei instituir”. Somente em 1953 foi feita nova legislação, a Lei nº 1.802, que revogou a anterior, definindo crimes contra o Estado e a ordem político-social (KIRSZTAJN, p.11, 2018).

A segunda legislação sobre segurança nacional - LSN - se deu em 1953 (Lei nº 1802/53), período da república populista de Vargas; nessa ocasião temos o governo Vargas com caráter nacionalista e o protecionismo brasileiro.

De acordo com FRAGOSO:

A nossa antiga lei de segurança (Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953) também **previa a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes contra a segurança externa, e nada tinha a ver com a doutrina da segurança nacional**. A verdade é que a competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes contra a segurança interna foi introduzida em nosso direito com o **Ato Institucional n.º 2** (art. 8.º), em 27 de outubro de 1965, como reação ao comportamento dos tribunais civis, notadamente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de pessoas acusadas de crimes políticos. O fato constituiu fenômeno comum nos movimentos políticos, que procuram introduzir severidade na pretensão punitiva revolucionária (FRAGOSO, 1983, p.10 grifo nosso)

Nos anos de 1964 a 1985, teremos o período de ditadura militar no Brasil (21 anos) período em que tivemos a publicação das outras 04 leis que versam sobre Segurança Nacional.

Em 1964 com o golpe e a implantação do regime militar, verificamos o interesse especial do governo militar pela punição criminal dos crimes contra a Segurança Nacional, fator decisivo que acabou por gerar outros dois regramentos na temática sob o molde de decretos-lei.

Os dois regramentos sobre a Segurança Nacional do período de ditadura militar ocorrem entre 1967(Decreto-lei nº314/67) e 1969 (Decreto-lei nº898/69) – nos governos dos Presidentes Artur da Costa e Silva e Emílio Garrastazu Médici. Os regramentos foram feitos por meio de decretos e assim não foram apreciados pelo Congresso Nacional, sendo que tais decretos sobre Segurança Nacional de dito período estão intimamente ligados ao conceito da “doutrina de segurança nacional”.

Referida doutrina esteve presente nos governos militares brasileiros com inspiração na doutrina de Segurança do EUA durante a guerra fria. Referida doutrina dispunha que sua finalidade era estabelecer critérios de atuação para que o Brasil alcançasse e mantivesse os objetivos nacionais que seriam a prioridade do Estado Nacional. A LSN de 68 tinha como objetivo: “identificar e eliminar os inimigos internos”, ou seja, todos aqueles que questionavam e criticavam o regime estabelecido. Assim seria dever dos líderes nacionais combaterem movimentos de oposição. Ressalte-se ainda que cabia a Justiça militar o julgamento destes crimes, ainda que praticados por civis, denotando assim tratar-se de um tribunal de exceção.

Vejamos:

Nos Estados Unidos, o National War College elaborou a chamada “**doutrina de segurança nacional**”, a qual foi desenvolvida com o objetivo de se opor a uma “ameaça comunista” após a Segunda Guerra Mundial. ... essa mesma doutrina foi incorporada pela Escola Superior de Guerra durante o período de 1964 a 1985, ou seja, em meio à ditadura militar brasileira (FRAGOSO, 1980, grifo do autor);

A doutrina de segurança nacional estabelece que a segurança nacional está relacionada ao grau relativo de garantia que, por meio da ação política, psicossocial e militar, o Estado proporciona à Nação para que se alcancem e mantenham os objetivos nacionais, independentemente dos antagonismos ou pressões que existem ou venham a surgir. Os “objetivos nacionais” seriam a cristalização dos interesses nacionais em determinado estágio da evolução da comunidade, cuja conquista e preservação toda a Nação almejaria através dos meios a seu alcance (KIRSZTAJN, p.10, 2018).

Concluimos, portanto, que as duas primeiras versões da LSN dos anos de 1967 e 1969 implementavam a Doutrina de Segurança Nacional influenciada pela guerra fria, preocupando-se em proteger o Estado contra um inimigo (pessoas comprometidas em perverter a ordem, o regime vigente).

As duas últimas 1978 (Lei 6620/78) e 1983 (Lei 7170/83) são ainda da ditadura militar, porém num outro momento do país (presidente Ernesto Geisel e João Batista Figueiredo), são LSN, porém com processo de fim de ditadura e redemocratização lenta e gradativa institucional do país.

ESTADO DE DIREITO

Estado de direito. é uma situação jurídica, ou um sistema institucional, no qual cada um e todos (do simples indivíduo até o poder público) são submetidos ao império do **direito**. O **estado de direito**, é, assim, ligado ao respeito às normas e aos direitos fundamentais.

Desta forma o Estado de direito é aquele em que vigora o chamado “império da lei”, ou seja estamos sujeitos aos ditames e parâmetros legais sendo que:

- 1) as leis são criadas pelo próprio Estado, através de seus representantes politicamente constituídos;
- 2) o Estado criou as leis e estas passam a ter sua aplicabilidade, sendo eficazes e o próprio Estado fica adstrito ao cumprimento das regras e dos limites por ele mesmo impostos;
- 3) no estado de direito, o poder estatal é limitado pela lei, não sendo absoluto, e o controle desta limitação se dá através do acesso de todos ao Poder Judiciário que terá que garantir que as leis existentes cumpram o seu papel de impor regras e limites ao exercício do poder estatal

No ensaio “Estado de Direito,” J. J. Gomes Canotilho expõe sobre o que se convencionou chamar Estado de Direito, situando o surgimento/ressurgimento, da expressão no contexto histórico, com a Carta Cidadã em 1988 e início da redemocratização em meados de 1985 avia uma sede pela redemocratização, pela busca de contenção de abusos de poder por parte do Estado e uma busca pela garantia de liberdades individuais do cidadão. Nesse sentido Canotilho nos esclarece:

(...). Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegido pelo direito. Este modo abstrato de aproximação aos conceitos de ‘Estado de direito’ e de ‘Estado de não direito’ pouco adiantará às pessoas menos familiarizadas com os temas do ‘Estado’ e do ‘direito’. Avancemos então por um caminho mais assente na terra para se tomar a sério o Estado de direito. Tomar a sério o Estado de direito implica, desde logo, recortar com rigor razoável o seu contrário - o ‘Estado de não direito’. Três ideias bastam para o caracterizar: (1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a ‘razão do Estado’ imposta e iluminada por ‘chefe’; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito. Explicitemos melhor estas três ideias. ‘Estado de não direito’ é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. Lei arbitrária, cruel e desumana é, por exemplo, aquela que permite experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, de outras nacionalidades, de outras línguas e de outras religiões.” (CANOTILHO, p.04,1999).

Desta forma concluímos que o Estado de Direito moderno foi fruto do contexto histórico de fim da Guerra Fria, surgido pós crise econômica mundial e fruto principalmente na busca de uma forma de Estado que respeite as liberdades individuais do cidadão.

Desta maneira , a Constituição de um país, será o documento que exercerá esses limites ao poder do Estado , assim não basta a existência de um Estado de Direito, é preciso que haja um Estado constitucional de Direito.

A sentença “Estado democrático de direito”. é um conceito de Estado que busca superar o conceito dado pelo liberalismo. Busca-se a proteção das garantias fundamentais, com fulcro no “Princípio da Dignidade Humana”.

Canotilho ainda nos esclarece que:

O Estado constitucional responde ainda a outras exigências não integralmente satisfeitas na concepção liberal-formal de Estado de direito. Tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. (CANOTILHO, p.10,1999).

Ainda reitera:

A constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça. Uma outra dimensão deve, porém, ser revelada: não basta a consagração de direitos numa qualquer. constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As 'constituições de fachada', as 'constituições simbólicas', as 'constituições álibi', as 'constituições semânticas', gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efetiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direção: a dos princípios, bens e valores informadores e conformadores da juridicidade estatal. (Idem, pg. 19 e 20).

Destaca-se assim o papel primordial de nossa Carta Magna, nela estão presentes os limites e as regras para o exercício do poder estatal (“garantias fundamentais”), e, a partir dela, redige-se o restante do chamado “ordenamento jurídico”. O estado democrático. de direito. não pode prescindir da existência de uma Constituição e do integral respeito a ela, inclusive por parte dos órgãos institucionais encarregados de operar o direito, que não poderão funcionar com. partidarismo. ou como juízo ou. tribunal de exceção. (MAFFEI, 2017).

Observamos que a entrada da CF/88 apresentou outra conjuntura, que não conversava com a LSN de 1983, e por tais motivos houve a discussão junto ao CN para modificação da LSN/83, fatores que levaram a sua revogação pela Lei 14197/2021 (já em período democrático/Estado Democrático de Direito - EDD);

A última legislação, a Lei nº 7.170, de 1983, Lei de Segurança Nacional (LSN), foi conforme já dito, uma herança da ditadura. A LSN no período da ditadura militar brasileira serviu de embasamento para a perseguição dos opositores ao regime. Os dispositivos legais eram ajustados de modo a enquadrar indivíduos que protestavam ou lutavam contra a ditadura, enquadrando-se as condutas em crimes contra a segurança nacional.

As modificações que levaram a revogação da LSN se deu pelo fato de a mesma não acompanhar a atual Carta Magna – Constituição Cidadã, o conceito de Segurança Nacional passou por um desgaste após a redemocratização do país; ainda um dos fundamentos para a revogação da LSN foi os atos de tortura e arbitrariedades realizadas no período de ditadura militar. A LSN traz resquícios do autoritarismo da ditadura militar, trazendo, por conseguinte um autoritarismo do juízo de exceção (julgamento militar).

A CF/88 traz em seu bojo a possibilidade de punição dos crimes que atentem contra a ordem política, rejeita o terrorismo (art.5º, XLIII/CF/88), pune ação dos grupos armados contra a ordem democrática e constitucional (art.5º, XLIV, CF/88) sendo compatível com a existência de tipos penais para proteger a ordem política.

Com a CF/88 a competência para julgar crimes políticos saiu da esfera da justiça militar e foi redirecionada para a justiça comum onde teremos a aplicação dos princípios e garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. (art.º 109, IV da CF/88).

O STF nunca declarou a lei de Segurança Nacional de 1983 de inconstitucional embora houve várias críticas de seus ministros sobre seu conteúdo (teor antidemocrático) principalmente a questão da incompatibilidade da atual carta magna de cunho democrático manter uma lei que nasceu na ditadura militar (disposições autoritárias) e por lidar com as questões da liberdade de expressão, porém a questão era transferida para a competência do legislativo.

Desta maneira o Congresso Nacional deliberou no ano de 2021 pela revogação da LSN, sendo sancionado o projeto de Lei nº 2108/2021 convertido na Lei nº14197/2021 - que revogou a LSN de 1983.

A LEI 14197/2021 - DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A lei 14197/2021 entrou em vigor em 02 de dezembro de 2021, 90 (noventa) dias de sua publicação oficial que se deu em 02/09/2021; o novo comando normativo acrescentou o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito, revogou a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e revogou também o artigo 39 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

A nova lei criou seis capítulos, cinco destinados a definição de crimes e um prevê as disposições comuns. Ao todo foram instituídos dez novos crimes que são:

- 1) Atentado à soberania
- 2) Atentado à integridade nacional
- 3) Espionagem;
- 4) Abolição violenta do Estado Democrático de Direito;
- 5) Golpe de Estado;
- 6) Interrupção do processo eleitoral;
- 7) Comunicação enganosa em massa;
- 8) Violência política;
- 9) Sabotagem;
- 10) Atentado a direito de manifestação

O mais importante da norma com a entrada em vigor da lei 14197/2021 foi tutelar o EDD. Vejamos:

Estado Democrático de Direito é uma forma de Estado em que possui

como pedra de toque a. soberania popular, com capacidade plena de escolher livremente seus representantes legítimos, com traços marcantes da. separação dos poderes estatais, convivendo o legislativo, executivo e judiciário harmoniosamente, com independência e autonomia, com rigoroso respeito aos Direitos Humanos. que são fundamentais e naturais a. todos os cidadãos. Presente na cláusula geral do artigo 1º da Constituição Federal, deve salvaguardar a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a cidadania, os valores sociais do trabalho, e mais que isso, deve ser capaz de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (PEREIRA, 2018).

O autor ainda reforça que “proteger direitos não é um favor, nem monopólio de determinadas Instituições, antes disso, é uma obrigação coletiva.”

Toda democracia necessita de meios legais e jurídicos que propiciem a sua autodefesa. Ainda que saibamos que a defesa da democracia deve ser realizada pela sociedade organizada e pelas instituições, mediante os movimentos que revelem a consciência democrática da nação e do povo, esses movimentos necessitam de ferramentas jurídicas que sirvam para conferir eficiência ao seu propósito democrático (Trechos do PL nº. 1.385/2021).

Ao analisarmos a legislação em vigor, que completou três anos em dezembro de 2024, verificamos que ela já se aplicava ao ato ocorrido em 08/01/2023, quando ocorreu o ataque aos símbolos nacionais do poder democrático. Nesse dia, registraram-se cenas de invasão na Esplanada dos Ministérios, além de depredação no Congresso Nacional, Palácio do Planalto e no Supremo Tribunal Federal.

O novo título “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito” traz capítulos que tratam de crimes contra a soberania nacional, as instituições democráticas, o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral, o funcionamento dos serviços essenciais, além de um capítulo com as disposições comuns a eles.

A legislação também revogou o artigo da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688, de 1941) que trata dos crimes referentes à paz pública.

A recente legislação por meio de seu título “Dos crimes contra o EDD” visa tutelar valores e princípios fundamentais do Estado (República Federativa Brasileira), dentre os quais o regime democrático, a soberania nacional, os direitos de cidadania e o pluralismo político.

Podemos logo na verificação do objeto jurídico de cada crime que o compõe a tutela e a especial. importância da liberdade duramente conquistada pós ditadura e da necessidade do respeito ao pluralismo político e às instituições democráticas. Com o uso da terminologia “EDD” abandonou-se de forma definitiva qualquer referência à terminologia antigamente usada “segurança nacional”, e assim ajusta-se a mesma aos padrões de nosso texto constitucional (soberania nacional) que em seu art.1º dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No primeiro capítulo, esbarramos com 03 crimes que atentam contra a soberania nacional: atentado à soberania (semelhante ao art.8º e art. 9º da LSN), atentado à integridade nacional (semelhante ao art.11 da LSN) e espionagem (semelhante ao art.13 da LSN); os delitos aqui descritos envolvem questões atinentes a soberania nacional havendo assim deveres de lealdade ao Estado brasileiro. São tipos penais que contemplam ofensas ou tentativas de ofensas e violações ao território nacional, incluindo tentativa de desmembramento do território nacional.

No segundo capítulo teremos dois crimes que atentam contra as instituições democráticas; o crime de Abolição violenta do Estado Democrático de Direito (semelhante aos arts. 17 e 18 da LSN) e o Golpe de Estado (semelhante ao art.17 da LSN), temos aqui condutas típicas que tentar depor o governo constituído ou impedir o funcionamento das instituições constitucionais..

No terceiro capítulo teremos dois crimes que atentam contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral, que são: Interrupção do processo eleitoral e Violência política. Ambos tutelam o processo eleitoral e o exercício dos direitos políticos a qualquer pessoa.

No quarto capítulo teremos a descrição de um crime que atenta contra o funcionamento dos serviços essenciais, o crime de Sabotagem (semelhante ao art.15 da LSN). Referido delito em apreço pune o autor que destrói ou inutiliza meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito, assim o tipo penal contemplou a possibilidade de utilização indevida de recursos de informática para obtenção dos resultados previstos neste crime, qual seja: serviços destinados a defesa nacional com o fim de abolir o EDD. Cabe ressaltar que o delito de Sabotagem tem a finalidade específica de abolir o EDD, enquanto o crime de terrorismo previsto na Lei nº13260/2016 (lei antiterrorismo) possui motivação diferente (xenofobia, preconceito de raça, cor, etnia e religião com o intuito de provocar terror social ou generalizado).

Por fim, no capítulo cinco teremos a previsão das disposições comuns, e aqui cabe uma ressalva interessante; o dispositivo legal deixa explícito que “a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais” não constitui crime.

Nesse caso a legislação trouxe um dispositivo de natureza interpretativa em que descreve ações que configuram o exercício de direitos fundamentais presentes na democracia: liberdade de expressão, atividade jornalística, reuniões, greves, manifestações políticas (art.5º, IV, IX, XVI e art.9º e 220º da CF/88).

Nesse contexto valiosas as lições trazidas à baila:

A democracia não é um regime de governo que sobrevive na paz dos cemitérios ou no consenso forçado de opiniões, mas, ao contrário, frutifica no confronto de ideias e na luta pela garantia e ampliação de direitos, em arcabouço institucional idealizado, para abrigar os conflitos e direcioná-los por meio de mecanismos para a solução pacífica de controvérsias.

Infelizmente, contudo, a previsão vem a calhar em nosso contexto histórico, em que a sociedade testemunha com lamentável frequência a utilização ideológica do sistema de justiça penal, a desvirtuação dos institutos penais e processuais com objetivos inconfessáveis, a prática de “lawfare” (guerra jurídica) contra adversários políticos e a criminalização de movimentos sociais.

Importante ressaltar, por fim, que, ainda que as manifestações acabem por explodir em violência, sempre que estiver **ausente o dolo de praticar qualquer conduta descrita nos tipos penais** (do “Título XII – Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito”) com a **finalidade específica neles descritas**, não há de se cogitar consumação ou tentativa da prática desses crimes. Por outro lado, a violência, salvo nas excepcionais hipóteses de legítima defesa ou estado de necessidade, poderá configurar a prática de outros delitos previstos na legislação penal: homicídio, lesão corporal, dano etc. (DITTICIO, 2022.p.672).

Cabe ainda destacar a ressalva apresentada abaixo:

Recentemente, a **Lei nº 14.192, de 04 de agosto de 2021**, instituiu o crime de **violência política contra a mulher**, introduzindo o artigo 326-B, no Código Eleitoral, consistente em assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo, com pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, e ainda com aumento de pena em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher gestante, maior de 60 (sessenta) anos ou. com deficiência. (PEREIRA,2021, grifo nosso).

Todos os crimes podem ser cometidos por ação ou omissão, e cabe entender que todos os crimes contra o Estado democrático de Direito são **crimes políticos**, e assim nos termos do art. 102, II, “b” da Carta Magna a denúncia é em primeira instância federal, com recurso direto ao STF.

Ainda complementando o entendimento acima explanado conforme o art. 109, IV, CF/88, compete aos juízes. federais. processar e julgar “**os crimes políticos**. e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

A fim de não se adentrar a uma discussão, sobre o conceito de crime político, fazemos uso do entendimento de “crime político” já exarado pelos nossos tribunais e explanado pelo doutrinador FISCHER:

Extraí-se de decisões do Supremo Tribunal Federal (v.g. RC n. 1473-SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 18.12.2017), que “crimes políticos, para os fins do artigo 102, II, b, da Constituição Federal, são aqueles. dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais e, por conseguinte, definidos na Lei. de Segurança Nacional, presentes as disposições gerais estabelecidas nos artigos 1º e 2º do mesmo diploma legal. 2. “Da conjugação dos arts. 1º e 2º da. Lei. nº. 7.170/83, extraem-se dois requisitos, de ordem subjetiva e objetiva: i) motivação e objetivos políticos do agente, e ii) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao **regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito**. Precedentes” (RC 1472, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Rev. Ministro Luiz Fux, unânime, j. 25/05/2016).

No julgamento retromencionado (bem assim na RC n. 1472), ficou claro que, para o enquadramento de determinadas condutas na LSN, era fundamental a presença desses dois requisitos. (FISCHER, 2021.grifo do autor).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da leitura deste texto fizemos os estudos sobre a revogada lei de Segurança Nacional lei nº 7170/83, traçando um panorama de evolução histórica das sucessivas legislações sobre a temática “segurança nacional” que tivemos em vigor em nosso país seja na ditadura seja em período democrático. Apreciamos os diversos contextos históricos de surgimento de referidas leis e vimos tais contextos e seus reflexos na legislação.

Abordaram-se os fundamentos que levaram a revogação da Lei de Segurança Nacional e motivos que levaram ao surgimento da nova legislação (Lei nº 14197/2021) que acabou por cunhar novo título ao Código Penal: “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito” abordando-se os novos tipos penais delitivos. O estudo das legislações citadas, demonstram a necessidade de se entender os tipos penais que existiam e que surgiram em alinhamento com o regime democrático verificando as possíveis ameaças e riscos ao Estado Democrático de Direito, trata-se de crimes políticos.

A legislação que neste ano completará 4 anos, já foi aplicada no caso dos incidentes de 08 janeiro de 2023. O fator mais importante da referida norma é a tutela do Estado Democrático de Direito e de suas instituições constitucionais.

Faz-se necessário a tutela dos direitos e isso é uma obrigação coletiva. A legislação recente reforça essa tutela sendo mais uma ferramenta jurídica que serve para conferir eficiência à soberania nacional, às instituições democráticas, ao bom funcionamento das instituições democráticas e ao funcionamento dos serviços essenciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei N. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, Brasília, DF. Disponível em: Acesso em: 10 jan.2023

BRASIL. **Lei N. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, Brasília, DF. Disponível em: Acesso em: 10 jan.2023.

BRASIL. **Lei N. 6.620, de 17 de dezembro de 1978**. Define os crimes contra Segurança Nacional, estabelece sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 10 jan.2023.

BRASIL. **Lei N. 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, Brasília, DF. Disponível em: Acesso em: 10 jan.2023.

BRASIL. **Lei N. 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 10 jan.2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

BRASIL, **Lei nº 14.197, de 01 de setembro de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14197>Acesso em 20 jan. de 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes.. Estado de direito. 4. ed. Lisboa, Gradiva, 1999

FERNANDES, Fernando Augusto. **Aviltamento dos símbolos nacionais e o terrorismo semântico e jurídico**. Revista Consultor Jurídico.09 jan. 2023. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2023-jan-09/fernando-fernandes-aviltamento-terrorismo-semantico-juridico?>>. Acesso em 16 jan.2023.

FISCHER, Douglas. **Lei 14197/2021 (crimes contra o Estado Democrático de Direito) e competência processual penal**. Revista Gen Jurídico,15 set.2021. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/09/15/crimes-contra-o-estado-democratico/>>.Acesso em 20 jan.2023.

FRAGOSO, Heleno. **Verbete Lei de Segurança Nacional. Dicionário Histórico Brasileiro - Pós 1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2007. Disponível em:<<http://fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematicos/lei-de-seguranca-nacional>> Acesso em: 5 out. 2018.

FRAGOSO, Heleno C. **Lei de Segurança Nacional: Uma Experiência Antidemocrática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980, p. 1-59.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A Nova Lei de Segurança Nacional**, Revista de Direito Penal de Criminologia, n. 35, p. 60-69, jan./jun. 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lei de segurança nacional**, Revista de Informação Legislativa, n. 59, p. 71-86, jul./set. 1978.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Para uma Interpretação Democrática da Lei de Segurança Nacional**, Jornal O Estado de São Paulo, p. 34, abr. 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Sobre a Lei de Segurança Nacional**, Revista de Direito Penal, n. 30, p. 5-10, jul./dez. 1980.

MAFFEI, Cláudio. **Em tempos de extremismos é bom lembrar de um conceito: o Estado Democrático de Direito, 1987**. Disponível em: <[http:// radiomaffei. /2017/05/em-tempos-de-extremismos-e-bom-lembrar.html](http://radiomaffei. /2017/05/em-tempos-de-extremismos-e-bom-lembrar.html)>. Acesso em: 23 de jan.2023.

KIRSZTAJN, Laura Mastroianni. **A Lei de Segurança Nacional no STF: como uma lei da ditadura vive na democracia?** Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), 2018.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Aspectos perfunctórios da novíssima Lei n. 14.197, de 2021: Um disparo de 38 na Lei de Segurança Nacional..** Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6641, 6 set. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92886>>. Acesso em: 24 jan. 2023.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Uma hipótese de aplicação da Lei de Segurança Nacional**. JusBrasil, 2020. Disponível em :<<http: https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/833613246/uma-hipotese-de-aplicacao-da-lei-de-seguranca-nacional>>. Acesso em 23 jan.2023.

DITTICIO, Mário; AZEVEDO, David Teixeira. **Código Penal Interpretado**. Editora Manole.12ª edição.2022

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS



<https://doi.org/10.22533/at.ed.6681125270315>

Data de aceite: 26/03/2025

Heverton Hipolito Alves de Medeiros

INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa vem emergindo como paradigma no campo dos direitos humanos, oferecendo uma abordagem inclusiva e participativa para a reparação de danos e restauração de vítimas e ofensores, inclusive em contextos marcados por graves violações. No âmbito do direito internacional, especialmente nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observa-se a adoção de princípios restaurativos em decisões que apresentam medidas reparatórias e simbólicas para a (s) vítima (s). Nesse contexto, o objetivo da pesquisa é discutir a operacionalidade da justiça restaurativa no direito internacional enquanto ferramenta para promover reparação integral, reconciliação e transformação social.

A pesquisa adota metodologia qualitativa, fundamentada na análise documental de decisões da Corte Interamericana, especificamente os casos do Massacre de Rochela vs. Colômbia e González e Outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México, pelo fato de que elas conterem medidas reparatórias, ainda que simbólicas, evidenciadas no primeiro pela presença de um memorial em homenagem às vítimas e capacitação dos agentes de segurança e, em relação ao segundo, a criação de programas educacionais sobre igualdade de gênero.

A fundamentação teórica se dará com Howard Zehr e John Braithwaite, cujas obras fornecem uma base conceitual para compreender a justiça restaurativa como um modelo integrador e adaptável às especificidades de contextos internacionais, sem olvidar outros artigos científicos sobre o tema. Igualmente, também foi utilizada a Resolução 2002/12 da ONU, que consolida os princípios da justiça restaurativa e sua aplicação.

Desta forma, ao discutir como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada para trazer mais efetividade para as decisões tomadas pelo Sistema Interamericano de Direitos humanos, este artigo contribui para o debate sobre a integração de práticas restaurativas no campo dos direitos humanos, com o intuito de demonstrar como a justiça restaurativa pode transcender o enfoque punitivo, promovendo de fato uma efetiva justiça, sobretudo para as vítimas, pautada pelo respeito na dignidade humana e na participação comunitária, requisitos essenciais para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

METODOLOGIA

O presente artigo adota abordagem qualitativa a partir da análise documental de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como de resoluções instituídas pela ONU sobre justiça restaurativa. A escolha deste método se deu pela natureza interdisciplinar do objeto de estudo, o que demanda compreensão acerca de como a justiça restaurativa pode ser aplicada em contextos de violações de direitos humanos.

Foram analisados dois casos, dentre os diversos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Massacre de Rochela vs. Colômbia* (2007) e o caso *González e Outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México* (2009). Eles foram escolhidos pelo fato das decisões apresentarem medidas restaurativas como parte das reparações ordenadas.

A análise dos documentos seguiu as seguintes etapas: a) leitura crítica das decisões, com a identificação das medidas reparatórias aplicadas e sua relação com os princípios da justiça restaurativa; b) agrupamento das reparações em categorias como simbólicas (memoriais, desculpas públicas), materiais (indenizações, programas de apoio) e institucionais (reformas legais ou políticas públicas).

Ao fim, os dados coletados foram interpretados à luz de autores como Howard Zehr (2002) e John Braithwaite (2002), além de outros artigos científicos que abordam a justiça restaurativa e sua aplicação no contexto do direito internacional, em casos de graves violações a direitos humanos.

A FILOSOFIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA APLICAÇÃO

A justiça restaurativa, conforme apresentada por Howard Zehr (2014), tem como foco a reparação dos danos causados pelo fato criminoso, priorizando em primeiro lugar a necessidade das vítimas. O crime ou ato infracional análogo a ele é, acima de tudo, um dano às pessoas (a coletividade), aos relacionamentos interpessoais e à vítima, a qual, no sistema tradicional, figura apenas como instrumento para o alcance da persecução penal, sendo assim negligenciadas pelo atual paradigma punitivo e, nesse ponto, a Justiça Restaurativa visa atender suas necessidades.

Essas necessidades, dentre as diversas que podem ser apresentadas a depender do contexto, incluem, ainda que possam ser tidas como simples num primeiro momento, tem-se a oportunidade de contar a sua história, o empoderamento e a restituição ou reparação do dano praticado. No entanto, a justiça restaurativa também se preocupa com o dano experimentado por ofensores e comunidades, procurando as causas profundas do crime, uma vez que a sua prática gera obrigações, principalmente para os ofensores, onde na justiça restaurativa eles são encorajados a compreender o impacto de suas ações e a tomar medidas para reparar o dano causado.

Ato contínuo, de acordo com Zehr (2014), a verdadeira responsabilização envolve enfrentar as consequências do fato e tomar medidas para corrigir as coisas, e não apenas cumprir uma punição. Além disso, a comunidade também tem obrigações para com as vítimas e os ofensores, bem como para o bem-estar geral de seus membros.

No procedimento, as partes interessadas — vítimas, ofensores e membros da comunidade — são envolvidas para se chegar a um consenso sobre o que é necessário para reparar o dano e promover a efetiva cura, sendo o encontro facilitado entre vítimas e ofensores, quando apropriado, uma forma poderosa de participação. Deste modo, ao contrário dos processos do sistema tradicional, a justiça restaurativa enfatiza processos colaborativos e inclusivos, buscando resultados mutuamente acordados em vez de impostos por uma pessoa externa.

Inclusive, segundo Zehr (2014), a justiça restaurativa pode ser aplicada em situações de violência em massa, como a observada na Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul (CVR) e seus princípios também são usados para reconstruir comunidades e transformar conflitos em geral. Ademais, em contextos onde sistemas jurídicos ocidentais substituíram ou reprimiram práticas tradicionais de justiça e resolução de conflitos, a justiça restaurativa apresenta-se como um modelo para revisar e, em alguns casos, reativar tais tradições.

Embora envolva uma variedade de programas e práticas, trata-se essencialmente de uma filosofia baseada em princípios e questionamentos alternativos, que oferece uma nova perspectiva para compreender e abordar transgressões.

De acordo com Pinto (2006), a CVR adotou uma abordagem inovadora, oferecendo anistia em troca da verdade, exigindo que os perpetradores confessassem integralmente seus crimes e participassem do processo. Essa medida visava a restauração das relações sociais, evitando a perpetuação do ciclo de vingança e a criação de divisões ainda mais profundas em uma sociedade já fragilizada. Assim, a CVR não apenas buscou responsabilizar os envolvidos, mas também propôs uma reprovação moral do passado, promovendo a construção de uma nova memória coletiva.

Ainda de acordo com a autora, a justiça restaurativa foi aplicada por meio de três comitês que compunham a CVR: 1. Comitê de Direitos Humanos, responsável por investigar violações de direitos humanos ocorridas entre 1960 e 1993; 2. Comitê de Reparação e Reabilitação, voltado para a dignificação das vítimas, promovendo a restauração de suas histórias e contribuindo para sua reabilitação moral e social; 3. Comitê de Anistia, encarregado de conceder anistia àqueles que colaborassem plenamente com o processo.

Além disso, o trabalho da CVR enfatizou diferentes tipos de verdade: do fato, pessoal, social e restaurativa. Essa abordagem multilateral proporcionou às vítimas a oportunidade de compartilhar suas histórias, contribuindo para o reconhecimento de suas experiências e para a restauração de sua dignidade. No total, mais de 23.000 vítimas e testemunhas compareceram à CVR, e mais de 1.000 pessoas receberam anistia.

Ainda de acordo com Pinto (2006), a justiça restaurativa, combinada com a ênfase na verdade e no perdão, foi essencial para fortalecer a sociedade, reabilitar a dignidade humana e reconstruir as relações sociais. A experiência sul-africana demonstrou que a aplicação da justiça restaurativa pode ser uma ferramenta poderosa na transição de regimes opressivos para democracias inclusivas, promovendo não apenas a reconciliação, mas também uma nova moralidade e unidade nacional.

Neste sentido, de acordo com Minow (1998), em situações de atrocidades em massa, a reparação no âmbito da justiça restaurativa pode incluir programas de apoio às vítimas, memoriais e ações de reparação simbólica, assim como o fomento à reconciliação entre diferentes grupos, mesmo quando todos fizeram algo errado a alguém.

Ainda sendo aplicadas a violências de massas, vale destacar que sua aplicação a contextos criminais e regulatórios. De acordo com Braithwaite (2002), no âmbito criminal, se manifesta através de diversas práticas, como mediação vítima-ofensor, círculos de cura e conferências de grupo familiar. Essas práticas variam em suas abordagens e métodos, mas compartilham o objetivo comum que é de proporcionar um espaço seguro para que os afetados por um crime possam expressar suas histórias, discutir as consequências do ato e buscar soluções para reparar os danos.

E, ainda, embora não seja o objetivo da Justiça Restaurativa a redução da reincidência, como preconiza Howard Zehr, estudos demonstram que ela pode ser eficaz em sua redução mais do que o sistema judiciário tradicional. Um estudo de Bonta, Rooney e Wallace-Capretta (1998) revelou que infratores que participaram de programas de justiça restaurativa apresentaram uma taxa de reincidência cerca de metade da de um grupo comparativo que recebeu penas de liberdade condicional.

Deste modo, em vez de apenas punir o infrator, a justiça restaurativa busca responsabilizá-lo pelos danos causados, incentivando o reconhecimento de sua culpa, o arrependimento e o oferecimento de reparação à vítima e à comunidade, de modo a facilitar a maior internalização das normas sociais e a probabilidade de comportamento pró-social no futuro.

Já no contexto regulatório, Braithwaite (2002) aponta sua aplicação em áreas como regulação empresarial, bullying escolar, proteção ambiental e até mesmo no desenvolvimento sustentável. Já no contexto empresarial, a justiça restaurativa pode ser usada para lidar com infrações como violações de segurança e saúde no trabalho, ou poluição ambiental. Ainda, o autor aponta que ela é frequentemente utilizada como ferramenta dentro de um modelo de regulação responsiva, onde as sanções são aplicadas de forma gradual, começando com medidas menos punitivas e escalando para punições mais severas somente quando necessário.

Braithwaite (2002), cita inclusive um estudo realizado por Makkai e Braithwaite (1994) sobre a conformidade de lares de idosos com os padrões de qualidade de atendimento, onde verificou-se que os lares inspecionados por fiscais com uma filosofia de “reintegração do constrangimento” apresentaram melhorias na conformidade com a lei em uma inspeção de acompanhamento.

Justiça restaurativa não é sinônimo de reconciliação ou perdão, mas sim um processo que tem como objetivo, sempre que possível, restaurar as relações e reparar os danos causados pelo crime. O foco da justiça restaurativa é suprir as necessidades das pessoas afetadas pelo crime, ao invés de apenas se concentrar na punição dos ofensores.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, pela Resolução 2002/12, instituiu as Diretrizes para Programas de Justiça Restaurativa no Âmbito Penal, a qual estabelece princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, visando um sistema mais eficaz e humano de resolução de conflitos, enfatizando a importância de respeitar a dignidade e a igualdade das pessoas.

A justiça restaurativa, de acordo com a citada resolução, define-se como qualquer programa que utilize processos restaurativos para alcançar resultados restaurativos, com o objetivo de reparar o dano causado pelo crime. Os processos restaurativos envolvem a participação ativa da vítima e do ofensor na resolução das questões decorrentes do crime, com a assistência de um facilitador, podendo incluir mediação, conciliação, reuniões familiares ou comunitárias, e círculos decisórios.

É imprescindível que haja prova suficiente de autoria do crime e o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor para que o processo restaurativo seja realizado e, inclusive, as partes têm o direito de revogar o consentimento a qualquer momento. Além disso, a vítima e o ofensor devem concordar sobre os fatos essenciais do caso, sendo este um dos fundamentos do processo restaurativo.

Ainda na forma da resolução, os resultados restaurativos incluem acordos como reparação, restituição e serviço comunitário, visando atender às necessidades individuais e coletivas, bem como promover a reintegração da vítima e do ofensor. A utilização desses programas é flexível e pode ocorrer em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, conforme a legislação local.

Ainda de acordo com a resolução, a segurança das partes deve ser considerada, bem como as disparidades e diferenças culturais entre elas, assim como deve seguir diretrizes e padrões estabelecidos na legislação, garantindo tratamento justo a todos. As partes têm o direito à assistência jurídica e informações sobre seus direitos, a natureza do processo e suas consequências, com os facilitadores atuando de forma imparcial, respeitando a dignidade das partes e garantindo o respeito mútuo, garantindo a confidencialidade das discussões. Os acordos devem ser supervisionados judicialmente e, nas hipóteses em que o procedimento não seja indicado ou reste infrutífero, deve ser encaminhado ao sistema de justiça comum.

Ainda, tem-se que os Estados são incentivados a desenvolver estratégias e políticas nacionais para promover a justiça restaurativa, assim como devem promover o monitoramento dos programas restaurativos para avaliar sua eficácia. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou pela Resolução 225/2016 a implementação da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, com a previsão deste monitoramento pelos Tribunais, sendo apenas de sua responsabilidade a consolidação dos dados.

Embora voltadas principalmente para o sistema penal, as diretrizes têm implicações diretas para os direitos humanos, na medida em que promovem valores como dignidade, igualdade e prevenção de revitimização, reforçando a importância de soluções participativas e éticas (Zehr, 2002). Portanto, a proposição é de ser a justiça restaurativa um complemento à abordagem retributiva tradicional, fortalecendo os sistemas de justiça (Braithwaite, 2002).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a justiça restaurativa

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo vinculado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Criada por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), estabelecida e organizada quando a referida Convenção entrou em vigor, em 1979, período em que a Corte iniciou seu funcionamento. O funcionamento da Corte Interamericana foi definido por meio de seu Estatuto de 1979 e aprimorado por meio do Regulamento de novembro de 2009.

É necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte para que possa ser julgado. Com sede em San José da Costa Rica, a jurisdição da Corte, até o presente momento, é reconhecida por vinte dois dos vinte e cinco Estados-partes do Pacto de San José.

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entre os casos submetidos, destacamos o “Massacre de Rochela vs. Colômbia” (2007) e o “González e outras (“campo algodoeiro”) vs. México” (2009).

O primeiro envolve a responsabilidade da Colômbia pela violação dos direitos humanos de membros do Poder Judiciário e seus familiares, no contexto do massacre conhecido como “La Rochela”. Em 18 de janeiro de 1989, quinze servidores do Poder Judiciário, que estavam investigando crimes na região conhecida como “The Rochela”, foram vítimas de homicídio e tentativa de homicídio por um grupo paramilitar, com a colaboração e conivência de agentes do Estado, sendo que doze deles foram a óbito. O caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluir que o Estado colombiano era responsável pelas violações e não cumpriu totalmente suas recomendações.

A Corte considerou que o Estado colombiano foi responsável pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, de acordo com os artigos 4º, 5º e 7º, respectivamente, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento das 15 vítimas do massacre.

No presente caso, o Estado em sua defesa ressaltou que os atos foram isolados, no entanto o argumento foi rechaçado pela Corte sob o fundamento de que o massacre ocorreu em um contexto de violência paramilitar promovida pelo próprio Estado, uma vez que foram criados de grupos de autodefesa que se transformaram em organizações paramilitares.

Ainda, a Corte determinou a realização de uma investigação mais aprofundada sobre o massacre, com a identificação e punição de todos os responsáveis, tanto os executores materiais quanto os intelectuais, incluindo aqueles que possam ter agido com a conivência de agentes estatais, destacando a ausência de diligência nas investigações anteriores, que foi pautada por obstáculos e omissões na coleta de provas.

Em conclusão, a Corte ordenou à Colômbia uma série de medidas de reparação, entre elas o pagamento de indenizações por danos materiais e morais às vítimas sobreviventes e aos familiares das vítimas fatais. Da mesma forma, aprovou um acordo parcial de reparações entre o Estado e os representantes das vítimas, que incluía medidas como a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade pelos fatos, a criação de um monumento em memória das vítimas do massacre de La Rochela, a veiculação de um documentário sobre o massacre e a inclusão dos fatos do massacre em programas de educação pública.

O segundo caso, conhecido como Campo Algodoeiro, envolveu a responsabilidade internacional do México face ao homicídio de três mulheres, cujos corpos foram encontrados em um campo de algodão com sinais de violência sexual e maus-tratos, crime ocorrido em 2011. As mães e familiares das vítimas procuraram as autoridades, mas encontraram negligência e falta de ações efetivas de busca pela apuração dos fatos, evidenciadas pela falta de coleta de evidências e sem exames específicos para abuso sexual, assim como houve problemas na identificação dos restos mortais, com resultados de DNA contraditórios e as autoridades detiveram pessoas e obtiveram confissões sob tortura.

Diante destes fatos, a Corte declarou o México responsável pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial. A responsabilidade internacional também foi reconhecida devido a falhas na prevenção dos desaparecimentos e homicídios, irregularidades nas investigações e falta de acesso à justiça para as vítimas e seus familiares e, ainda, considerou que os atos foram influenciados por uma cultura de discriminação contra a mulher.

Desta forma, a Corte estabeleceu medidas de reparação para as vítimas e seus familiares, com o pagamento de indenizações, e a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos danos causados. Ainda, foi determinado a implementação de programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos e gênero.

Ambos os casos, embora distintos em natureza, ilustram como as decisões da Corte Interamericana buscam reparar as vítimas e responsabilizar os Estados por violações de direitos humanos, aplicando o modelo de justiça restaurativa. Os dois se relacionam a partir do momento em que enfatizam a importância da reparação integral às vítimas e reconhecem a importância da busca pela verdade e pela memória dos fatos, destacando

como os princípios da justiça restaurativa podem ser aplicados em casos de violações de direitos humanos, sendo o caso “Campo Algodoeiro” demonstra uma preocupação maior com as medidas de não repetição e a transformação social, elementos que são mais centrais para a justiça restaurativa.

A OPERACIONALIDADE DAS DECISÕES

Uma das principais características da Corte Interamericana é, por se tratar de um tribunal internacional, a sua competência jurisdicional. Ela pode julgar casos de violações de direitos humanos estabelecidos no Pacto de San José dos Estados da OEA que reconhecem sua competência contenciosa. Por se tratar de uma competência jurisdicional, as decisões da Corte nesse sentido são vinculantes e possuem plena eficácia perante o Estado, funcionando no Brasil como título executivo judicial.

A efetiva implementação das decisões da corte interamericana de direitos humanos depende da vontade política e institucional do Estado dada a ausência de mecanismos coercitivos, discutindo-se também possíveis ameaças à soberania, o que resulta em resistência no cumprimento das decisões.

De acordo com Corrêa et al. (2021), um dos principais desafios à implementação das decisões da CIDH é a ausência de mecanismos internos dos Estados para assegurar o cumprimento das determinações da Corte, especialmente quando estas vão além das compensações financeiras, com a inclusão de medidas mais complexas, tais como reformas legislativas, investigações e garantias de não repetição.

Isso porque, via de regra, o cumprimento da sentença deve ser voluntário. No Brasil, o cumprimento se realiza mediante execução da sentença, como título executivo judicial, perante a Justiça Federal, de acordo com o disposto no art. 109, I, da CF. É importante notar que as sentenças da Corte se trata de sentenças internacionais, as quais, ao contrário das sentenças estrangeiras, não requerem qualquer processo de internalização no Brasil.

A prioridade em reparações financeiras em detrimento de outras formas de reparação integral, como a reparação das vítimas e a restauração de direitos, é um entrave que enfraquece o impacto das decisões da CIDH e limita a prevenção de novas violações. Além disso, a falta de uniformidade nos mecanismos legais para aplicação das sentenças entre diferentes Estados leva a uma execução desigual e inconsistente, dificultando a promoção de padrões internacionais de proteção aos direitos humanos.

No âmbito interno do direito brasileiro, por exemplo, tem-se que o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a CIDH é caracterizado como “escasso, superficial e acrítico” (SILVA, 2021). A escassez, de acordo com o autor, advém do número de citações à jurisprudência da CIDH nos acórdãos do STF, já que na pesquisa no banco de jurisprudência foram encontrados apenas 51 acórdãos com menção à Corte Interamericana, e muitos desses resultados são repetições do mesmo voto em diferentes julgamentos. Além disso, muitas vezes, quando o STF discute questões de direitos humanos, não há menção à jurisprudência interamericana, apesar de existir uma oportunidade para tal. Em comparação, o STF cita com mais frequência cortes de outros países, como a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

A superficialidade, ainda de acordo com Silva (2021), se dá pelo fato de que as citações à CIDH são genéricas, não havendo discussão sobre os fundamentos que levaram a Corte Interamericana a determinadas conclusões e, muitas vezes, os precedentes interamericanos são citados para confirmar uma posição já defendida pelo STF. E, por fim, o acrítico reside pelo fato de o STF não tecer críticas aos precedentes ou à atuação da CIDH, pois quando a jurisprudência da CIDH é contrária à tese defendida pelo ministro, ela é simplesmente ignorada.

Desta forma, comungamos com o exposto por Romero e Jiménez (2020) pela incorporação dos princípios e objetivos da justiça restaurativa ao julgamento de todos os casos submetidos à CIDH. Os casos citados no presente artigo são reflexos dos princípios da Justiça restaurativa, no entanto ainda se configuram muito incipientes, de modo que a sua aplicação deve ser expandida.

Os autores destacam que a CIDH vem priorizando a reprovação internacional do Estado ao invés de conceder uma efetiva reparação às vítimas, aproximando-se do modelo punitivo clássico. Assim, propõe-se a integração de ferramentas de justiça restaurativa, capazes de oferecer respostas mais inclusivas, eficazes e transformadoras às demandas por justiça no sistema interamericano.

Aqui, apresentamos, exemplificativamente, três propostas:

Implementação de Círculos de Diálogo Restaurativo

Eles poderiam ser realizados para definir a execução de medidas reparatórias, sobretudo para aquelas que envolvem pedidos de desculpas públicas ou compromissos institucionais. A título de exemplo, Philip Clark (2010) destaca que, em Ruanda, os processos restaurativos, inspirados pelos tribunais Gacaca, promoveram a reconciliação entre sobreviventes e perpetradores do genocídio, estabelecendo um modelo de participação comunitária e de escuta mútua. Assim, de maneira análoga, os círculos restaurativos poderiam ser implementados pela CIDH, proporcionando a criação de um espaço seguro para o diálogo.

Oficinas Comunitárias para a Construção da Memória Coletiva

Elas poderiam permitir que comunidades afetadas se engajassem na construção de narrativas históricas e de memoriais. A memória coletiva desempenha um papel essencial na reparação simbólica das violações de direitos humanos, já que reafirma o reconhecimento público das injustiças cometidas e tem o potencial de contribuir para sua não repetição. Margalit (2004) argumenta que a preservação da memória é uma forma ética de honrar as vítimas e consolida um compromisso social com a justiça e, no contexto da CIDH, essas oficinas poderiam ser integradas a medidas simbólicas, como a criação de memoriais ou exposições que reflitam as histórias das vítimas e suas comunidades.

Experiências práticas, como as iniciativas de memória no Chile durante o período pós-ditatorial, evidenciam o potencial dessas oficinas. A criação de memoriais comunitários e exposições públicas, lideradas por organizações de direitos humanos e familiares das vítimas, consolidou a memória coletiva como um pilar da reparação e da transformação social (Hite, 2007).

Envolvimento de Vítimas (ou familiares) e Comunidades no Monitoramento das Reparações

Essa proposta poderia aumentar a transparência e legitimar as ações implementadas pelo Estado. Pablo de Greiff (2006) destaca a importância do empoderamento das vítimas para a legitimidade e sustentabilidade das medidas de reparação, de maneira que sua operacionalidade poderia se dar pela criação de comitês comunitários de monitoramento, compostos por vítimas, líderes locais e representantes do Estado. A implementação de um comitê comunitário no caso do Massacre de “La Rochela”, poderia ter facilitado a execução das decisões e aumentado a confiança entre as partes envolvidas.

CONCLUSÃO

O presente artigo destacou o potencial da justiça restaurativa para complementar e fortalecer o direito internacional dos direitos humanos em contextos de violações graves de direitos humanos e transição pós-conflito. Pela análise de casos concretos e instrumentos normativos, demonstrou-se que a justiça restaurativa confere a oportunidade da realização de uma abordagem mais humana e participativa para a justiça.

Igualmente, foi demonstrado que a justiça restaurativa não se limita a ser apenas um complemento ao modelo punitivo, mas também uma ferramenta transformadora capaz de promover mudanças estruturais e culturais. A inclusão de vítimas, ofensores e comunidades nos processos decisórios, bem como a ênfase em medidas de reparação integral e simbolismo, reforça os valores de dignidade e participação, fundamentais para a construção de sociedades justas e pacíficas.

A integração de práticas restaurativas no âmbito da Corte Interamericana, como círculos de diálogo, oficinas comunitárias e monitoramento participativo, pode ampliar a efetividade das medidas reparatórias e fomentar a transformação social, contribuindo para a formação efetiva de uma Cultura de Paz. Assim, este estudo contribui para o debate sobre a integração de abordagens restaurativas nos sistemas de justiça internacionais, destacando a necessidade de estratégias inclusivas que promovam não apenas a responsabilização, mas também a dignidade e o fortalecimento comunitário.

REFERÊNCIAS

BONTA, James; WALLACE-CAPRETTA, Suzanne; ROONEY, Jennifer. *Restorative justice: an evaluation of the Restorative Resolutions Project*. Ottawa: Solicitor General Canada, 1998.

BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CLARK, Philip. **Gacaca courts, post-genocide justice and reconciliation in Rwanda**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CORRÊA, Daniel Marinho et al. A **EFETIVIDADE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNO**. Caderno de Relações Internacionais, [S.L.], v. 12, n. 22, p. 163-184, 11 out. 2021. Faculdade Damas da Instrução Cristã. <http://dx.doi.org/10.22293/21791376.v12i22.1836>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México**. Sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 20 dez. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Massacre de Rochela vs. Colômbia**. Sentença de 11 de maio de 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_ing.pdf. Acesso em: 20 dez. 2024.

DE GREIFF, Pablo (ed.). **The handbook of reparations**. New York: Oxford University Press, 2006.

HITE, Katherine. **Politics and the art of commemoration: memorials to struggle in Latin America and Spain**. New York: Routledge, 2013.

MARGALIT, Avishai. **The ethics of memory**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston: Beacon Press, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução nº 12, de 24 de julho de 2002**. Nova Iorque: ONU, 2002. Disponível em: https://mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/nupia/resolucao_onu_2002.pdf. Acesso em: 20 dez. 2024.

PINTO, Simone Martins Rodrigues. **JUSTIÇA TRANSICIONAL NA ÁFRICA DO SUL: restaurando o passado, construindo o futuro**. *Universitas: Relações Internacionais*, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 1-17, 27 ago. 2007. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/uri.v4i1.268>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/268>. Acesso em: 29 dez. 1988.

ROMERO, Shirley Vanessa Méndez; JIMÉNEZ, Norberto Hernández. **Justicia restaurativa y Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. *Acdi - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, [S.L.], v. 13, p. 47-78, 15 jul. 2020. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7359>.

SILVA, Anderson Santos da. **Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos: em busca de um diálogo permanente, profundo e crítico**. *Revista de Estudos Jurídicos do STJ*, v. 2, n. 2, p. 63-90, 2021. Disponível em: <https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/article/view/289>. Acesso em: 31 dez. 2024.

ZEHR, H. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.