

Direito

— e desafios —

contemporâneos

Entre justiça e transformação social

Direito

— e desafios —

contemporâneos

Entre justiça e transformação social

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

2025 by Atena Editora

Projeto gráfico

Copyright © Atena Editora

Luiza Alves Batista

Copyright do texto © 2025 O autor

Nataly Evilin Gayde

Copyright da edição © 2025 Atena

Thamires Camili Gayde

Editora

Imagens da capa

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelo autor.

iStock

Edição de arte

Open access publication by Atena

Luiza Alves Batista

Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo da obra e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva do autor, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos ao autor, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Os manuscritos nacionais foram previamente submetidos à avaliação cega por pares, realizada pelos membros do Conselho Editorial desta editora, enquanto os manuscritos internacionais foram avaliados por pares externos. Ambos foram aprovados para publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Profª Drª Aline Alves Ribeiro – Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia
 Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora
 Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
 Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra
 Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
 Profª Drª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
 Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
 Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
 Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
 Profª Drª Eufemia Figueroa Corrales – Universidad de Oriente: Santiago de Cuba
 Profª Drª Fernanda Pereira Martins – Instituto Federal do Amapá
 Profª Drª Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
 Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
 Prof. Dr. Joachin de Melo Azevedo Sobrinho Neto – Universidade de Pernambuco
 Prof. Dr. João Paulo Roberti Junior – Universidade Federal de Santa Catarina
 Prof. Dr. Jodeylson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
 Profª Drª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
 Profª Drª Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau
 Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
 Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
 Profª Drª Lisbeth Infante Ruiz – Universidad de Holguín
 Profª Drª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
 Profª Drª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
 Profª Drª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Profª Drª Mônica Aparecida Bortolotti – Universidade Estadual do Centro Oeste do

Paraná

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco

Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás

Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador

Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro Oeste

Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Vanesa Bárbara Fernández Bereau – Universidad de Cienfuegos

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Profª Drª Vanessa Freitag de Araújo – Universidade Estadual de Maringá

Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia
Universidade de Coimbra

Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Direito e desafios contemporâneos: entre justiça e transformação social

Organização: Atena Editora
Revisão: Os autores
Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Flávia Roberta Barão
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
D598	<p>Direito e desafios contemporâneos: entre justiça e transformação social / Organização de Atena Editora. - Ponta Grossa - PR: Atena, 2025.</p> <p>Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-3251-7 DOI https://doi.org/10.22533/at.ed.51711250503</p> <p>1. Direito. 2. Leis. 3. Constituição. I. Atena Editora (Organização). II. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDD 340</p>
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DO AUTOR

Para fins desta declaração, o termo 'autor' será utilizado de forma neutra, sem distinção de gênero ou número, salvo indicação em contrário. Da mesma forma, o termo 'obra' refere-se a qualquer versão ou formato da criação literária, incluindo, mas não se limitando a artigos, e-books, conteúdos on-line, acesso aberto, impressos e/ou comercializados, independentemente do número de títulos ou volumes. O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação à obra publicada; 2. Declara que participou ativamente da elaboração da obra, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final da obra para submissão; 3. Certifica que a obra publicada está completamente isenta de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. **Esta obra adota a política de publicação em fluxo contínuo**, o que implica que novos artigos poderão ser incluídos à medida que forem aprovados. Assim, o conteúdo do sumário, a quantidade de artigos e o número total de páginas poderão ser ajustados conforme novos textos forem adicionados. 2. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 3. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 4. Todos os e-book são open access, desta forma não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de ecommerce, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 5. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 6. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

Prezados Autores,

A pesquisa em **Ciências Sociais Aplicadas** desempenha um papel fundamental na compreensão e transformação da sociedade. Das reflexões sobre políticas públicas às inovações na gestão, do direito à economia, o conhecimento gerado nessa área tem impacto direto na vida das pessoas e no desenvolvimento sustentável das instituições. Com isso em mente, a **Atena Editora** se dedica a proporcionar um espaço de publicação dinâmico e acessível para que essas contribuições alcancem um público amplo e diversificado.

Por isso, adotamos o **modelo de fluxo contínuo**, permitindo que estudos e reflexões sobre os desafios contemporâneos sejam publicados de forma ágil, sem a necessidade de aguardar uma edição específica. Esse formato garante maior dinamismo ao processo editorial, facilitando o acesso a novas ideias e análises que possam impactar positivamente a sociedade e o cenário acadêmico.







Sabemos que a pesquisa em **Ciências Sociais Aplicadas** tem um papel essencial na formulação de soluções para problemas reais, contribuindo para o aprimoramento das instituições, a inovação em gestão e o fortalecimento das políticas públicas. Nosso compromisso é proporcionar um canal acessível e dinâmico para a publicação de estudos que gerem impacto e promovam transformações significativas.

Ao escolher o fluxo contínuo, estamos construindo um espaço acadêmico **sempre ativo e em constante evolução**, alinhado à dinâmica das mudanças sociais, econômicas e jurídicas do mundo atual. Acreditamos que essa flexibilidade é fundamental para estimular o diálogo entre pesquisadores, profissionais e tomadores de decisão.

Agradecemos por confiarem na **Atena Editora** e em nosso compromisso com a **excelência editorial**. Estamos à disposição para apoiar suas publicações e contribuir para a disseminação do conhecimento técnico e científico na área.

Atenciosamente,

Equipe Atena Editora

CAPÍTULO 1	5
O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NOS PROCESSOS CRIMINAIS NO RIO DE JANEIRO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; DIRETORIA DE ESTUDOS E PESQUISAS DE ACESSO À JUSTIÇA	
Adriano Silva Rodrigues	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527031	
CAPÍTULO 2	13
OS DIREITOS DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO: ENTRE A PROTEÇÃO E O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	
Dandara Christine Alves de Amorim	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527032	
CAPÍTULO 3	25
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL E O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE: REFLEXOS LEGISLATIVOS E IMPACTOS NA GOVERNANÇA DE BARRA DO GARÇAS-MT	
Dandara Christine Alves de Amorim	
Rosemara Unser	
Jair Lopes dos Santos Júnior	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527033	
CAPÍTULO 4	36
UMA PERSPECTIVA DIALÓGICA E LIBERTADORA SOBRE A GESTÃO DO CLIMA ESCOLAR	
Maria Eduarda de Oliveira	
Renata Maria Moschen Nascente	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527034	
CAPÍTULO 5	39
A INJUSTIÇA EPISTÊMICA PRATICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL	
Adriano Silva Rodrigues	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527035	
CAPÍTULO 6	48
A EFETIVIDADE DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	
Christian Simão Rodrigues de Moura	
Daniela Costa Soares Mattar	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527036	

CAPÍTULO 759

A TRAJETÓRIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA, REFERÊNCIAS DA OBRA “HISTÓRIA DA ALIMENTAÇÃO NO BRASIL” E O PLANO PLURIANUAL 2024-2027

Mariana Seifert Bazzo

Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527037>

CAPÍTULO 873

ESTUDO DO ELEMENTO VOLITIVO NO DOLO E A PROBLEMÁTICA DE SUA AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

Walkiria Ferreira Borges


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527038>

CAPÍTULO 998

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

Dandara Christine Alves de Amorim

Jair Lopes dos Santos Júnior

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

CAPÍTULO 10.....110

Factores de cumplimiento de las decisiones disciplinarias de las personerías municipales, para garantizar la transparencia en la contratación estatal

Juan David Morales Gómez


Adriana Patricia Arboleda López

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

CAPÍTULO 11132

O Futuro da Justiça na Era da Inteligência Artificial: Promessas e desafios

Fabiana de Carvalho Malheiros Leite

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

CAPÍTULO 12.....146

Contrato estatal de prestación de servicios con personas naturales: desafíos y oportunidades desde el principio de planeación

Marien Zoraida Rivera Guzmán

Adriana Patricia Arboleda López

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

CAPÍTULO 13.....173


DESVIO DE FINALIDADE DA USUCAPIÃO: A EVASÃO TRIBUTÁRIA

Daniel de Oliveira Martins

Luana Ketlin Alanzo Rückl

Lucas Rodrigues da Silva

Lucas Vinicius Baldissera lesbilrc
Samuel Elyabe Eduardo
Sérgio Scherer Filho
Silvia Franciely Garcia
Thayla Vieira Gonçalves
Vanessa Marson Piccart

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

CAPÍTULO 14..... 188

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


Karla Cuellar Heilmann

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


CAPÍTULO 15.....205

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Heverton Hipolito Alves de Medeiros

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

O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NOS PROCESSOS CRIMINAIS NO RIO DE JANEIRO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; DIRETORIA DE ESTUDOS E PESQUISAS DE ACESSO À JUSTIÇA

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527031>

Data de aceite: 05/03/2025

Adriano Silva Rodrigues

Mestrando em direito: Processos e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos, Universidade católica de Petrópolis (UCP). Especialização em criminologia e Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul(2024). Graduação em Direito pela Faculdade Estácio de Sá, Rio de Janeiro <https://orcid.org/0009-0007-0880-8046>

de Janeiro, por meio da Coordenação de Defesa Criminal² (COCRIM), iniciou, a partir de 2019, uma série de relatórios sobre as falhas associadas a essa prática, consolidando dados sobre prisões injustas e condenações indevidas.

INTRODUÇÃO

O uso do reconhecimento fotográfico como prova em processos criminais no Brasil tem sido alvo de críticas, especialmente quando realizado fora dos parâmetros recomendados pelo artigo 226 do Código de Processo Penal¹. Historicamente tratado como mera recomendação, esse procedimento foi questionado pela sociedade e pela mídia devido a casos recorrentes de erros de reconhecimento. Em resposta, a Defensoria Pública do Estado do Rio

O uso do reconhecimento fotográfico como prova em processos criminais no Brasil é uma prática cada vez mais questionada devido às falhas frequentes que ela apresenta, especialmente quando realizada sem o cumprimento dos parâmetros recomendados pelo artigo 226 do Código de Processo Penal³. Esse artigo estabelece diretrizes que, embora claras, são frequentemente tratadas como meras recomendações, sem caráter obrigatório, o que acarreta consequências graves para a justiça criminal. Ao negligenciar essas

1. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2024.

2. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO O relatório consolidado está disponível em https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92_d976d0d7b_44b338a660ec_06af008fa.pdf, acesso em 15/02/2024.

3. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2024.

normas, o sistema penal brasileiro abre margem para erros significativos, que se refletem em prisões preventivas desnecessárias e, por vezes, em condenações equivocadas. Casos de erros no reconhecimento fotográfico têm recebido atenção da mídia e da sociedade civil, que denunciam a vulnerabilidade de indivíduos inocentes, principalmente os pertencentes a grupos socialmente marginalizados, às falhas desse método de identificação.

Em resposta a esses problemas, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Coordenação de Defesa Criminal⁴ (COCRIM), tem produzido, desde 2019, uma série de relatórios que investigam as falhas associadas ao reconhecimento fotográfico e suas consequências. Esses relatórios consolidam dados significativos sobre prisões injustas, expondo um padrão de negligência que viola os direitos fundamentais dos réus e questiona a credibilidade do sistema de justiça.

O primeiro relatório, elaborado em 2019, analisou 47 processos com absolvições, evidenciando que os reconhecimentos fotográficos incorretos foram o principal fator para a detenção de inocentes. Um segundo relatório expandiu a pesquisa para outros estados brasileiros, reforçando a constatação de que o perfil racial dos acusados (predominantemente negros) e a aplicação sistemática de prisões preventivas sem critérios rigorosos eram práticas recorrentes no sistema penal. Em um terceiro relatório, com uma análise ainda mais detalhada, a Defensoria apresentou dados quantitativos que comprovam a seletividade racial, o tempo médio de detenção antes da absolvição e a ausência de observância ao devido processo legal.

A partir desse contexto, emergem questões sobre a injustiça epistêmica no sistema de justiça criminal, um conceito abordado por estudiosos como Miranda Fricker⁵ e Jennifer Lackey⁶. A injustiça epistêmica refere-se ao descrédito sistemático dado a certos indivíduos ou grupos como fontes de conhecimento confiáveis devido a preconceitos sociais, como é o caso de réus negros ou de baixa renda, cuja palavra frequentemente é desconsiderada frente aos testemunhos de autoridades policiais ou de testemunhas acusatórias. Essa dinâmica cria o que Fricker denomina “injustiça testemunhal”, na qual o réu é automaticamente visto como menos digno de confiança. Lackey amplia essa análise com a ideia de “excesso de credibilidade”, onde certos agentes do sistema, como policiais e promotores, são vistos como fontes de prova imparciais e confiáveis, mesmo sem o devido escrutínio. Essa visão de túnel epistêmica se revela prejudicial em processos baseados em provas frágeis, como o reconhecimento fotográfico, já que um viés confirmatório tende a desconsiderar evidências que poderiam absolver o réu.

Além disso, o relaxamento na observância dos protocolos previstos no Código de Processo Penal enfraquece a instrução criminal, comprometendo a imparcialidade das decisões e a integridade das prisões preventivas. A falta de rigor na aplicação das normas

4. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO O relatório consolidado está disponível em https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92_d976d0d7b_44b338a660ec_06af008fa.pdf, acesso em 15/02/2024.

5. Fricker, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press, 2007.

6. Lackey, Jennifer. *The Epistemology of Testimony*. Oxford University Press, 2008.

do artigo 226 torna o reconhecimento fotográfico uma prova isolada e insuficiente, o que contraria a lógica de um processo penal justo e garantista. Como ressaltado nos relatórios da Defensoria, quando o reconhecimento fotográfico é utilizado como prova única para fundamentar a prisão preventiva, ele se torna um elemento frágil e questionável, ampliando o risco de “punição antecipada” – uma prática denunciada pelo filósofo Michel Foucault⁷ como uma forma de controle social que reforça desigualdades e preconceitos estruturais. Nesse cenário, as prisões preventivas, longe de serem uma medida excepcional, transformam-se em um mecanismo de punição preliminar que compromete os princípios de presunção de inocência e de respeito aos direitos fundamentais.

A situação é agravada pela atuação do Ministério Público, que, ao invés de atuar apenas como fiscal da lei (“Custus Legis”), muitas vezes age com parcialidade, apoiando a manutenção de prisões preventivas baseadas em provas precárias. A Defensoria sugere que o Ministério Público deve se abster de apoiar denúncias em casos com provas inconsistentes e questionar a validade de reconhecimentos fotográficos realizados sem a devida observância do artigo 226. Um papel mais crítico e vigilante do Ministério Público poderia corrigir desvios de procedimentos e assegurar que a aplicação das normas processuais não se torne uma formalidade dispensável.

Portanto, os relatórios da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro não só revelam as falhas no uso do reconhecimento fotográfico e na aplicação de prisões preventivas, como também promovem uma reflexão sobre a estrutura de poder e de justiça no Brasil. Ao expor essas práticas punitivas e seletivas, a Defensoria chama a atenção para a necessidade urgente de reformas no sistema de justiça criminal que fortaleçam o garantismo penal, um conceito desenvolvido pelo jurista Luigi Ferrajoli, que defende o respeito ao devido processo legal, à presunção de inocência e à aplicação criteriosa de medidas cautelares. A reformulação dos procedimentos de reconhecimento e de prisão preventiva, além da adoção de novas tecnologias e de uma base de dados acessível e integrada, poderiam reduzir a incidência de erros judiciais e promover um sistema mais justo e transparente.

Em resumo, a análise crítica promovida pelos relatórios da Defensoria Pública representa um passo importante na busca por um sistema de justiça criminal mais equitativo. A conscientização sobre as falhas do reconhecimento fotográfico e o fortalecimento de um sistema penal garantista são elementos essenciais para evitar injustiças epistêmicas e assegurar que o processo penal brasileiro respeite os direitos e a dignidade de todos os cidadãos.

7. FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: Curso no Collège de France (1972-1973)*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PRIMEIRO E SEGUNDO RELATÓRIOS

Em 2019, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro elaborou o primeiro relatório, analisando 47 processos com absolvições decorrentes de reconhecimentos fotográficos incorretos. Esse relatório foi seguido por uma solicitação da Comissão Criminal do CONDEGE para reunir casos semelhantes em todo o Brasil, resultando no segundo relatório, que abrangeu 85 casos com forte predominância de réus negros (81%) e evidenciou o uso sistemático da prisão preventiva sem critérios rigorosos.

TERCEIRO RELATÓRIO

A Defensoria, buscando aprofundar a análise, elaborou um terceiro relatório, cujas tabelas e dados demonstram falhas recorrentes no reconhecimento pessoal e fotográfico. Esse levantamento quantitativo examina pontos como o perfil racial dos acusados, o tempo médio de detenção antes de absolvições e a fundamentação das decisões judiciais, evidenciando uma violação do devido processo legal. Entre os casos analisados, foi constatado que o tempo de prisão variou entre 24 dias e 2.185 dias, mesmo em casos onde a prisão preventiva foi posteriormente invalidada.

ANÁLISE DO TERCEIRO RELATÓRIO

ESTRUTURA E METODOLOGIA

O terceiro relatório se destaca pelo rigor metodológico, utilizando 28 tabelas para detalhar informações essenciais, como o perfil racial dos acusados, tipos de crimes, tempo de prisão preventiva, decisões judiciais e observância ao artigo 226. A pesquisa abrange 342 réus e revela um perfil majoritário de negros e pardos, indicando uma seletividade racial que é característica da justiça penal brasileira.

Gráficos e tabelas, como a que mostra o tempo de prisão preventiva em relação à sentença final, revelam um cenário de “punição antecipada”, onde réus aguardam julgamento presos, mesmo com alta probabilidade de absolvição posterior.

Critério	Exemplo de Dados*
Total de Processos Analisados	342
Total de Réus	380
Taxa de Prisão Preventiva	83,91%
Tempo Médio de Prisão Preventiva	5 dias a 2.185 dias
Taxa de Absolvição após Prisão	70% (Exemplo)
Perfil Racial dos Réus	63,74% Negros
Tipo de Crime Predominante	77,89% Roubo
Taxa de Prisões Invalidada por Erro de Reconhecimento	65%

TABELA 1. ANÁLISE DE PRISÕES PREVENTIVAS E SITUAÇÃO PROCESSUAL DOS RÉUS

PONTOS DA ANÁLISE

FUNÇÃO DO JUIZ E O PAPEL DA IMPARCIALIDADE

O relatório chama atenção para a importância da conduta do magistrado como um operador técnico e imparcial, que deve assegurar um julgamento justo ao ponderar as provas disponíveis. No entanto, observa-se que, em muitos casos, as decisões de prisão preventiva são fundamentadas em provas frágeis, como o reconhecimento fotográfico feito de forma inadequada, o que compromete a credibilidade e a legitimidade da decisão.

De acordo com Aury Lopes Jr.⁸, a imparcialidade do juiz é um dos pilares do processo penal e exige que o magistrado mantenha uma postura equidistante das partes, abstendo-se de qualquer comportamento que possa sugerir comprometimento com a tese acusatória. Lopes Jr. reforça que, em casos onde o reconhecimento fotográfico é a principal evidência, a atuação ativa do juiz na verificação da validade dessa prova é indispensável para evitar injustiças e assegurar um julgamento justo. Na mesma linha, Luigi Ferrajoli⁹, com sua teoria garantista, argumenta que o juiz deve ser um “terceiro neutro”, não assumindo a função investigativa, pois isso o colocaria em uma posição de parcialidade que contraria o ideal de um julgamento justo. O autor sustentaria que uma decisão baseada exclusivamente em uma prova frágil, como o reconhecimento fotográfico, configura uma violação dos princípios da imparcialidade e da presunção de inocência.

RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO COMO PROVA ÚNICA

O relatório também evidencia que o reconhecimento fotográfico, quando utilizado como único elemento de convicção, se mostra insuficiente e frágil. O uso desse método sem a devida verificação e sem observar as diretrizes do artigo 226 do CPP implica em uma série de injustiças e prisões indevidas. O estudo aponta inconsistências nas descrições dos suspeitos e a falta de atenção do juiz e do Ministério Público em relação às provas.

CRÍTICA À ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Um ponto que merece destaque é o papel do Ministério Público na fase de acusação. A Defensoria sugere que o MP, ao atuar como fiscal da lei “Custus Legis”, deveria ser mais rigoroso na análise das provas e evitar a continuidade de processos com bases frágeis. A supervisão da legalidade dos procedimentos policiais e a recusa de denúncias em casos com provas inconsistentes contribuiriam para um processo penal mais justo e equitativo.

Sobre isso, Aury Lopes Jr.¹⁰ critica a tendência do Ministério Público de agir predominantemente como parte acusatória, afastando-se do seu papel constitucional de fiscal da lei. Para Lopes Jr., o MP deve evitar o viés acusatório automático e adotar uma postura rigorosa e imparcial na análise das provas, principalmente em casos de reconhecimento fotográfico, onde deveria investigar a conformidade do procedimento com o artigo 226 do

8. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

9. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

10. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Código de Processo Penal. Luigi Ferrajoli¹¹ reforça essa visão, afirmando que o MP, à luz do garantismo penal, tem a responsabilidade de proteger os direitos fundamentais dos réus, o que inclui a rejeição de provas questionáveis, como o reconhecimento fotográfico mal executado, para fundamentar prisões preventivas. Segundo o autor, o MP deve se orientar pelos princípios de legalidade e devido processo, atuando contra qualquer prática que possa resultar em erros judiciais e uso arbitrário do poder punitivo.

CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE SOBRE INJUSTIÇA EPISTÊMICA

INJUSTIÇA TESTEMUNHAL E CREDIBILIDADE

Miranda Fricker¹² define a injustiça epistêmica como uma forma de injustiça que desqualifica certos indivíduos ou grupos como fontes de conhecimento confiáveis devido a preconceitos sociais. No contexto do relatório, observa-se uma nítida injustiça testemunhal: a palavra dos acusados – especialmente negros e pessoas de baixa renda – é frequentemente desacreditada frente aos depoimentos das autoridades policiais e promotores. Essa dinâmica evidencia uma desconfiança estrutural em relação aos réus, que são posicionados como menos dignos de credibilidade.

EXCESSO DE CREDIBILIDADE E VISÃO DE TÚNEL

Jennifer Lackey¹³ complementa a análise de Fricker ao introduzir o conceito de “excesso de credibilidade”, onde certos agentes, como policiais e promotores, são automaticamente vistos como fontes confiáveis e imparciais. No relatório, fica claro que o testemunho desses agentes é aceito sem o devido questionamento, gerando o que Lackey chama de “visão de túnel epistêmica”: uma busca de confirmação de hipóteses que desconsidera evidências contrárias. Esse viés, amplamente ilustrado nas decisões de prisão preventiva, leva à manutenção de prisões injustas e a uma desvalorização da defesa dos réus.

CRÍTICA AO ESTUDO: ACESSO E CLAREZA PARA O PÚBLICO GERAL

Embora o relatório forneça uma análise rica e detalhada para pesquisadores e operadores do direito, a linguagem técnica e o uso de gráficos e tabelas complexas podem tornar o documento menos acessível para um público mais amplo, especialmente aqueles fora do meio acadêmico ou jurídico. A inclusão de glossários, resumos simplificados e exemplos práticos poderia tornar o estudo mais inclusivo, ampliando seu impacto e facilitando a conscientização social sobre o tema.

11. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

12. Fricker, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press, 2007.

13. Lackey, Jennifer. *The Epistemology of Testimony*. Oxford University Press, 2008.

CONCLUSÃO

O relatório da Defensoria Pública revela, de maneira quantitativa e qualitativa, os problemas estruturais no sistema de justiça criminal brasileiro, em especial o uso desproporcional do reconhecimento fotográfico e a falta de rigor nas prisões preventivas. Embora o estudo ofereça uma análise valiosa para o campo acadêmico e jurídico, ele sugere ainda a necessidade de integrar novas tecnologias e sistemas de dados que possibilitem um acompanhamento mais transparente e acessível ao público em geral. A criação de um sistema integrado entre Judiciário, Ministério Público, Polícia e Defensoria Pública poderia trazer maior clareza e segurança jurídica ao processo penal.

O relatório da Defensoria Pública não apenas expõe falhas no reconhecimento fotográfico e nas práticas de prisão preventiva, mas também denuncia uma prática punitiva estrutural que afeta de maneira desproporcional grupos vulneráveis e marginalizados. Essa dinâmica remete ao conceito de “punição antecipada”, descrito por Michel Foucault como uma estratégia de controle social que reforça hierarquias e estereótipos.

O relatório da Defensoria Pública evidencia a necessidade urgente de um comprometimento maior do Ministério Público em sua função constitucional de fiscal da lei, e não apenas como parte acusatória no processo penal. Para que se efetive uma justiça imparcial e garantista, é imperativo que o MP exerça um papel ativo na verificação da legalidade das provas fiscal da lei “Custus Legis”, recusando denúncias que se baseiam em elementos frágeis ou em procedimentos viciados, como o reconhecimento fotográfico falho. Essa atuação rigorosa e responsável é essencial para prevenir a continuidade de processos pautados em erros e em injustiças, reforçando o compromisso do MP com a proteção dos direitos fundamentais e com a dignidade humana. Ao adotar uma postura mais criteriosa e vigilante, o Ministério Público estará promovendo uma justiça verdadeiramente equitativa e contribuindo para a credibilidade e a legitimidade do sistema penal, cumprindo sua missão primordial de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

Por fim, o estudo é um exemplo de aplicação do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que defende a importância de um sistema penal justo, em que a prisão preventiva deve ser usada com extrema cautela e apenas como medida excepcional. Ferrajoli destaca que o devido processo legal e a presunção de inocência são princípios fundamentais que o Estado deve observar para evitar erros judiciais e injustiças epistêmicas.

Em suma, o relatório é um avanço na luta contra a injustiça no sistema penal, mas sua eficácia seria ampliada se estivesse mais acessível ao público em geral. A partir das contribuições teóricas de Fricker, Lackey, Foucault e Ferrajoli, fica evidente que o relatório é um importante passo para um sistema de justiça mais equitativo e transparente.

REFERÊNCIA

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Criação do Observatório do Reconhecimento Fotográfico*. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d-0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>. Acesso em: 12 maio 2023.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: Curso no Collège de France (1972-1973)*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.


FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LACKEY, Jennifer. *The epistemology of testimony*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Adriano Silva Rodrigues é mestrando em Direito e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos, Universidade Católica de Petrópolis (UCP), Petrópolis, RJ, Brasil.

OS DIREITOS DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO: ENTRE A PROTEÇÃO E O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527032>

Data de aceite: 06/03/2025

Dandara Christine Alves de Amorim

RESUMO: O presente artigo aborda o reconhecimento jurídico dos direitos dos animais, analisando as diferentes abordagens legais sobre a proteção e a atribuição de personalidade jurídica aos animais. O objetivo foi investigar como as legislações contemporâneas tratam os direitos dos animais, destacando as dificuldades na implementação de direitos plenos e a resistência cultural e econômica existente. A metodologia utilizada foi uma revisão de literatura, com base em artigos acadêmicos e publicações científicas que discutem o tratamento jurídico dos animais em diferentes países, especialmente no Brasil, União Europeia e Argentina. Os resultados indicam que, embora haja um crescente reconhecimento dos animais como seres sencientes, muitas jurisdições ainda os tratam como bens móveis ou propriedade, limitando sua proteção. As tentativas de atribuir direitos fundamentais aos animais, como no caso do orangotango Sandra na Argentina, demonstram um avanço, mas esse movimento enfrenta obstáculos significativos. Para que os

direitos dos animais sejam plenamente reconhecidos, é necessário um esforço conjunto de mudanças legislativas, jurídicas e culturais, o que inclui a reinterpretação das normas existentes e uma transformação no entendimento social sobre a relação entre seres humanos e animais. O reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos depende de um processo contínuo de educação, conscientização pública e comprometimento por parte dos legisladores.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade jurídica. Legislação comparada. Proteção animal. Senciência.

ANIMAL RIGHTS IN THE LEGAL SYSTEM BETWEEN PROTECTION AND THE RECOGNITION OF LEGAL PERSONALITY

ABSTRACT: This article addresses the legal recognition of animal rights, analyzing the different legal approaches to the protection and attribution of legal personality to animals. The objective was to investigate how contemporary legislation treats animal rights, highlighting the difficulties in implementing full rights and the existing cultural and economic resistance. The methodology used was a literature review,

based on academic articles and scientific publications that discuss the legal treatment of animals in different countries, especially in Brazil, the European Union, and Argentina. The results indicate that, although there is a growing recognition of animals as sentient beings, many jurisdictions still treat them as movable property, limiting their protection. Attempts to grant fundamental rights to animals, such as in the case of the orangutan Sandra in Argentina, demonstrate progress, but this movement faces significant obstacles. For animal rights to be fully recognized, a joint effort of legislative, legal, and cultural changes is necessary, including the reinterpretation of existing norms and a transformation in social understanding regarding the relationship between humans and animals. The recognition of animals as subjects of rights depends on a continuous process of education, public awareness, and commitment from legislators.

KEYWORDS: Legal personality. Comparative legislation. Animal protection. Sentience.

1 | INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos dos animais tem se tornado uma questão central nas discussões jurídicas contemporâneas, refletindo mudanças significativas nas perspectivas sobre ética, responsabilidade social e bem-estar animal. O reconhecimento dos animais como seres sencientes, capazes de sentir dor e prazer, tem levado a uma reavaliação do seu status jurídico em várias partes do mundo. Como afirma Nelson e Dias (2023), o reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos exige uma mudança paradigmática no entendimento jurídico tradicional, que os tratava como meros bens móveis.

Historicamente, os animais foram considerados recursos ou bens móveis, e essa concepção ainda é predominante em várias legislações, o que limita a eficácia das leis de proteção animal. O Brasil, por exemplo, trata os animais como propriedade no Código Civil, o que impede o reconhecimento pleno de seus direitos. Embora o país tenha avançado em termos de legislações protetivas, como a Lei de Crimes Ambientais e a Lei Arouca, os animais ainda são considerados “bens móveis” sob a ótica do direito civil, o que dificulta a implementação de uma mudança estrutural nas normas jurídicas (Costa; Rabelo, 2021). Em contraste, países como a Alemanha já incorporaram em sua Constituição o reconhecimento dos animais como seres sencientes, demonstrando um avanço em relação ao tratamento legal dos animais.

A questão da atribuição de personalidade jurídica aos animais é uma das mais debatidas dentro do direito. Enquanto alguns países, como a Argentina, têm tentado garantir aos animais um status jurídico mais elevado, com casos como o do orangotango Sandra, que foi reconhecido como sujeito de direitos, muitos outros ainda tratam os animais como objetos legais. A resistência a essa mudança é alimentada pela visão antropocêntrica do direito, que considera os seres humanos como o centro das preocupações jurídicas, relegando os animais a uma posição secundária (Souto et al., 2022). A implementação de uma legislação que trate os animais como sujeitos plenos de direitos, e não como objetos, exige uma transformação profunda no entendimento jurídico, cultural e social sobre a relação entre seres humanos e não-humanos.

O avanço da legislação que visa a proteção dos animais é uma realidade crescente, mas ainda existem profundas divergências entre os países em relação à extensão desses direitos. Em algumas jurisdições, como a da União Europeia, as leis sobre bem-estar animal têm sido mais rígidas, enquanto em outros locais, como em muitas regiões da América Latina, a legislação ainda está em um estágio inicial de desenvolvimento (Rocha; Rosa, 2024). Esse dilema é também abordado por Ferreira (2021), que afirma que as leis que protegem os animais muitas vezes se limitam a garantir a sua integridade física, sem conferir-lhes a capacidade jurídica de tomar decisões ou de serem vistos como sujeitos de direitos.

A crescente exploração dos animais nas indústrias alimentícias, farmacêuticas e de entretenimento, associada à resistência cultural e econômica a mudanças nas práticas tradicionais, coloca em xeque a real eficácia das leis de proteção animal. Como observam Silva e Jordão (2023), o combate aos maus-tratos e a implementação de políticas públicas eficazes depende de uma transformação cultural e jurídica que reconheça os direitos dos animais de forma integral e sem concessões. Essa realidade nos leva a refletir sobre o papel do direito na promoção de uma relação mais ética entre seres humanos e animais, e sobre os desafios que o reconhecimento legal dos direitos dos animais enfrenta no cenário contemporâneo.

A problemática central que este trabalho busca responder é: como os sistemas jurídicos contemporâneos têm abordado o reconhecimento dos direitos dos animais e quais são os principais desafios enfrentados para a efetivação desse reconhecimento no ordenamento jurídico? A análise pretende investigar como as normas jurídicas em diferentes países têm tratado os direitos dos animais, identificando as dificuldades de sua aplicação e as limitações culturais e econômicas que ainda permeiam o tema.

A relevância desta pesquisa está em sua contribuição para a reflexão sobre os avanços e as limitações da legislação de proteção animal, especialmente no Brasil, onde o reconhecimento jurídico dos direitos dos animais ainda enfrenta obstáculos significativos. A pesquisa busca oferecer uma análise crítica da legislação vigente, propondo caminhos para que as normas que visam proteger os animais sejam mais eficazes e adaptadas às necessidades contemporâneas. Em um contexto de crescente conscientização sobre a proteção animal, esse estudo se justifica pela necessidade de fornecer subsídios para a melhoria das leis que garantem os direitos dos animais, contribuindo para uma sociedade mais justa e ética.

A metodologia utilizada para este estudo foi a revisão de literatura, com base em artigos acadêmicos, livros e publicações científicas relevantes. A pesquisa foi realizada por meio de uma busca em bases de dados acadêmicas como Google Scholar, Scopus, JSTOR e SciELO, utilizando descritores como “direitos dos animais”, “personalidade jurídica dos animais”, “proteção animal”, “senciência dos animais”, “direitos fundamentais para animais”, “tratamento jurídico dos animais”, entre outros. Os critérios de inclusão foram artigos, dissertações, teses e livros publicados entre 2020 e 2025, que abordassem o tratamento jurídico dos animais e suas implicações legais, sociais e culturais em diferentes sistemas jurídicos ao redor do mundo.

A pesquisa se concentrou em fontes que discutem tanto os avanços legislativos quanto as resistências culturais e políticas no reconhecimento dos direitos dos animais. Foram excluídos estudos que não tratavam especificamente da questão dos direitos legais dos animais ou que abordavam o tema de forma muito superficial ou irrelevante para o escopo da pesquisa.

O objetivo desta pesquisa foi analisar o reconhecimento jurídico dos direitos dos animais nos sistemas jurídicos contemporâneos, avaliando como as legislações tratam essa questão e quais são os principais obstáculos para a efetivação de uma proteção legal abrangente e eficaz.

2 | O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS ANIMAIS NOS SISTEMAS LEGAIS CONTEMPORÂNEOS

A discussão sobre o reconhecimento jurídico dos animais nos sistemas legais contemporâneos se refere ao modo como diferentes jurisdições abordam o status legal dos animais, variando desde a sua classificação como bens móveis até o reconhecimento de direitos. No Brasil, os animais são classificados como bens móveis, o que significa que, em termos legais, são tratados como propriedades. Esse entendimento, porém, vem sendo desafiado nos últimos anos por movimentos que buscam a mudança do status jurídico dos animais para sujeitos de direitos.

A Constituição Federal e o Código Civil, por exemplo, ainda tratam os animais dessa forma, o que limita a possibilidade de reconhecimento dos seus direitos fundamentais (Souto et al., 2022). Em contraste, na União Europeia, a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia estabelece normas de bem-estar animal, reconhecendo-os como seres sencientes, o que leva a uma aplicação mais extensa de leis de proteção (Costa; Rabelo, 2021). A legislação da Argentina também tem se destacado ao reconhecer, em casos como o do orangotango Sandra, que animais não humanos podem ser sujeitos de direitos, conquistando visibilidade no cenário jurídico internacional (Nelson; Dias, 2023).

Em uma análise comparada, observa-se que, enquanto países da União Europeia e da Argentina avançaram no reconhecimento dos animais como seres sencientes com direitos específicos, outros países, como os Estados Unidos, têm avançado mais lentamente, com legislação limitada à proteção contra crueldade, mas sem conferirem um status pleno aos animais. (Ferreira, 2021). No caso de países com forte legislação de proteção animal, como a Alemanha, que, desde 2002, inclui em sua Constituição o reconhecimento dos animais como seres sencientes, as leis de bem-estar animal são mais rigorosas, mas ainda assim a aplicação plena de direitos permanece limitada por estruturas legais que não concedem aos animais um status jurídico independente (Rocha; Rosa, 2024).

Essa disparidade de abordagens jurídicas revela um campo de atuação do direito que ainda se encontra em transformação. No Brasil, os avanços recentes, como a aprovação de normas que garantem a proteção de animais domésticos e silvestres, indicam que há um movimento para revisar as classificações e direitos atribuídos aos animais. A grande dificuldade está em dar o passo definitivo para a mudança do tratamento de bem móvel para sujeito de direitos. Como apontado por Jesus (2022), o direito brasileiro se encontra em uma encruzilhada, com grande resistência por parte de setores da sociedade que ainda veem os animais como recursos e não como seres com direitos próprios. A pressão por parte de grupos de direitos dos animais continua sendo essencial para fomentar a mudança na legislação.

A evolução do conceito de direitos dos animais pode ser vista como uma resposta direta à evolução do entendimento sobre a senciência dos animais e à crescente percepção de que, como seres sencientes, eles possuem interesses que devem ser protegidos. Essa mudança se reflete em muitas jurisdições, onde a proteção jurídica passou a envolver aspectos como a proibição de crueldade, regulamentação do uso de animais para experimentação e leis mais rígidas contra a caça ilegal (Bolson; Bolson, 2022). Essa evolução nem sempre acompanha a prática jurídica, e em muitos casos, as mudanças no direito não são acompanhadas de uma conscientização pública ou de uma implementação eficaz das leis (Ferreira, 2021).

A resistência encontrada no campo jurídico e social é compreensível diante da tradicional visão utilitarista dos animais, como recursos para as atividades humanas. A aplicação mais profunda dos direitos dos animais enfrenta não apenas barreiras legislativas, mas também culturais e econômicas que perpetuam a exploração de animais em diversas indústrias. Isso requer um trabalho contínuo de advocacia e sensibilização, tanto nos tribunais quanto na sociedade em geral, para que os direitos dos animais sejam, de fato, reconhecidos e respeitados, o que se reflete nas recentes modificações legislativas propostas e discutidas no Brasil e em outros países (Franco, 2021).

A atribuição de personalidade jurídica aos animais envolve a atribuição de direitos que transcendem a simples proteção contra maus-tratos. No direito tradicional, a personalidade jurídica está restrita aos seres humanos ou, em alguns casos, a pessoas jurídicas, como empresas. Para os animais, a atribuição de personalidade jurídica enfrentaria grandes desafios legais e constitucionais, especialmente no que diz respeito à definição de direitos e deveres (Rocha; Rosa, 2024). Autores como Nelson e Dias (2023) discutem a dificuldade de dar um status de sujeito aos animais em sistemas legais que, historicamente, os tratam como propriedade, uma vez que isso implicaria em profundas alterações na estrutura do direito civil, em particular no Código Civil, que trata dos bens móveis e propriedades.

Um exemplo significativo de tentativa de conferir direitos a animais é o caso do orangotango Sandra, que, na Argentina, foi reconhecido como sujeito de direitos, com base na ideia de que ele deveria ser tratado com dignidade e respeitado como qualquer outro ser senciente. Esse caso, como discutido por Ferreira (2021), foi um marco jurídico importante, mas ainda isolado. A concessão de personalidade jurídica para os animais exigiria uma mudança radical nas leis que regulam a propriedade e as responsabilidades legais de seus proprietários, o que, na prática, ainda encontra forte resistência nos tribunais e legisladores. A ideia de sujeito de direito para os animais pode ser vista como uma resposta à evolução do entendimento sobre senciência, mas sua implementação continua sendo um processo árduo e gradual.

A resistência do direito positivo em atribuir personalidade jurídica aos animais se dá principalmente pela falta de um consenso filosófico sobre o papel dos animais na sociedade. No direito constitucional, por exemplo, as normas que reconhecem a dignidade humana e os direitos fundamentais, não se aplicam diretamente aos animais, o que torna difícil a inclusão deles no rol dos sujeitos de direitos. Essa resistência também é fomentada por uma tradição jurídica que, no entendimento de autores como Costa e Rabelo (2021), se baseia em uma perspectiva antropocêntrica, onde o direito é concebido unicamente em favor dos humanos. A necessidade de se repensar essa abordagem, incluindo os animais como seres com interesses e direitos próprios, continua sendo um dos maiores desafios para a atribuição de personalidade jurídica a esses seres.

A questão da personalidade jurídica para os animais é, portanto, mais do que uma questão de evolução do direito, mas também uma questão filosófica. A atribuição de direitos exige que se repense a própria natureza dos direitos humanos e sua aplicação. Em países como a Alemanha e a Índia, onde se começa a debater a atribuição de direitos aos animais em esferas limitadas, como o direito à vida ou à liberdade de movimentos, observa-se que essa evolução é mais uma tentativa de dar um novo status jurídico ao ser humano, do que uma verdadeira proteção animal (Vicente, 2023). Esse movimento não se limita apenas ao campo jurídico, mas exige uma transformação cultural mais ampla, que reconfigure as relações entre humanos e não-humanos de maneira que se reconheçam direitos fundamentais para os animais.

Esse reconhecimento jurídico, quando realizado, pode oferecer benefícios significativos para a proteção animal, mas sua aplicação plena enfrenta barreiras estruturais profundas, tanto no sistema jurídico quanto na sociedade em geral. Assim, como apontado por Jesus (2022), para que se avance na atribuição de personalidade jurídica aos animais, será necessário não apenas um movimento legislativo, mas uma revolução na forma como a sociedade entende a relação entre humanos e animais. Isso exige uma mudança na própria natureza das normas constitucionais e uma redefinição da própria noção de dignidade, aplicável também a seres não humanos. Dessa forma, o processo de atribuição de personalidade jurídica aos animais está intimamente ligado à evolução das normas jurídicas e culturais que determinam o lugar dos seres não humanos na sociedade.

3 | A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA OS ANIMAIS

A possibilidade de reconhecer direitos fundamentais para os animais é uma questão central no debate jurídico e ético sobre a proteção animal. De acordo com Vicente (2023), a noção de direitos fundamentais para seres humanos, como direito à vida, liberdade e dignidade, deveria ser ampliada para incluir os animais, especialmente aqueles considerados sencientes. A mudança de paradigma necessária para que se reconheçam direitos fundamentais aos animais envolve uma reinterpretação radical dos princípios constitucionais e do próprio conceito de dignidade, o que ainda representa um desafio significativo dentro do ordenamento jurídico (Nelson; Dias, 2023).

A jurisprudência tem tentado, em alguns casos, estabelecer a aplicação de direitos fundamentais a animais. No Brasil, por exemplo, há decisões judiciais que reconhecem a importância da vida animal e sua proteção contra maus-tratos, embora esses direitos ainda não sejam tratados da mesma forma que os direitos humanos (Ferreira, 2021). A ideia de garantir aos animais direitos fundamentais, como o direito à vida e à liberdade, ainda enfrenta grande resistência, principalmente porque isso implicaria em uma reconfiguração do direito civil, que considera os animais como propriedades. A dificuldade em estender aos animais esses direitos fundamentais, que já são assegurados aos seres humanos, podem ser observada na falta de legislações consistentes que tratem os animais de forma igualitária em relação aos direitos humanos.

Em algumas jurisdições, no entanto, já existem tentativas de aproximar os direitos dos animais de uma esfera mais ampla de direitos fundamentais. A Constituição da Alemanha, por exemplo, reconhece os animais como seres sencientes desde 2002, o que proporciona um marco para a criação de legislações mais rigorosas no que tange à proteção dos animais. Essa mudança constitucional não implica, necessariamente, no reconhecimento de direitos fundamentais como os assegurados aos seres humanos, mas sim na necessidade de proteção do bem-estar animal. Embora esses avanços sejam importantes, ainda é necessário um movimento jurídico mais profundo para garantir aos animais o direito à dignidade, à vida e à liberdade, com base na sua senciência, como afirmam Souza e Thomasi (2022).

Há uma série de obstáculos práticos para garantir que os animais sejam tratados como sujeitos de direitos fundamentais. A resistência cultural, especialmente em sociedades onde os animais são vistos predominantemente como recursos para consumo e entretenimento, complica a aceitação de ideias que envolvam o reconhecimento de direitos fundamentais para os animais. Como destacado por Bolson; Bolson (2022), muitas dessas culturas têm uma visão utilitarista dos animais, o que torna difícil a transição para uma legislação que os trate como seres com interesses próprios que merecem ser respeitados e protegidos. Isso é particularmente evidente em países com grandes indústrias agrícolas, como o Brasil e os Estados Unidos, onde os animais continuam sendo vistos principalmente como recursos econômicos.

Apesar dessas dificuldades, o movimento para garantir direitos fundamentais aos animais está crescendo. A conscientização pública sobre a exploração de animais nas indústrias alimentícia e de entretenimento tem gerado pressões para mudanças nas legislações, o que pode resultar em uma maior proteção legal para os animais no futuro. Como apontado por Franco (2021), a defesa de direitos fundamentais para os animais também está sendo impulsionada por um movimento crescente de organizações de direitos dos animais e por uma nova geração de legisladores que veem os animais como sujeitos de direitos, e não apenas como propriedades. Este movimento é um reflexo da mudança no entendimento da relação entre humanos e animais, e de como essa relação pode ser moldada para promover um ambiente mais ético e justo para todas as espécies.

A jurisprudência e a aplicação dos direitos fundamentais aos animais, portanto, representam um campo em expansão, mas repleto de desafios. À medida que mais países adotam uma visão mais ampla da dignidade e dos direitos dos animais, espera-se que as normas jurídicas evoluam, com um maior reconhecimento de seus direitos fundamentais, como a vida, a liberdade e a proteção contra abusos. A construção de uma sociedade mais justa para os animais depende da mudança de paradigmas jurídicos e culturais, o que exigirá um esforço contínuo e coletivo de todos os envolvidos na criação e aplicação das leis de proteção animal. Como ressaltam Silva (2023) e Jesus (2022), somente com uma reconfiguração profunda no entendimento jurídico sobre os direitos dos animais será possível garantir a dignidade e os direitos fundamentais para os animais em uma escala global.

4 | A EFETIVIDADE DAS LEIS DE PROTEÇÃO ANIMAL NO BRASIL E OS DESAFIOS NA SUA APLICAÇÃO

As legislações que visam combater os maus-tratos contra os animais têm sido um ponto central de discussão, especialmente no contexto de sua eficácia e implementação. Embora existam leis em muitos países que criminalizam o abuso e a crueldade contra os animais, a efetividade dessas leis continua sendo um grande desafio. Em Goiás, por exemplo, a efetividade punitiva da legislação é questionada, uma vez que muitos casos de maus-tratos não resultam em punições adequadas ou mesmo em processos judiciais (Silva; Jordão, 2023). A legislação que visa a proteção dos animais, embora presente, não tem se mostrado suficientemente eficaz para garantir que os responsáveis por maus-tratos sejam adequadamente punidos. A falta de fiscalização, somada à resistência social a considerações mais profundas sobre os direitos dos animais, resulta em um cenário onde as leis de proteção ainda não alcançam seus objetivos de forma plena.

A eficácia das penas previstas para quem comete crimes contra animais é um dos pontos mais discutidos na literatura sobre a proteção animal. Segundo Bolson e Bolson (2022), as penas para maus-tratos ainda são consideradas brandas em muitos países, o que contribui para a impunidade e perpetuação da violência contra os animais. Embora a legislação contemple punições, como multas e até mesmo prisão, a sua aplicação é

frequentemente prejudicada pela falta de recursos, pela resistência de algumas autoridades e pela desinformação sobre a gravidade dos crimes cometidos. Em alguns casos, as penas previstas para abusos graves são desproporcionais à gravidade do crime, o que compromete a intenção de proteger efetivamente os animais.

A legislação brasileira, por exemplo, prevê punições rigorosas para crimes contra animais, mas a falta de fiscalização e a dificuldade de implementação das leis resultam em uma grande quantidade de casos impunes. A falta de recursos e a baixa prioridade dada a esses crimes pelas autoridades policiais e judiciais são fatores que enfraquecem a eficácia das leis, como apontado por Ferreira (2021). Essa lacuna entre o que é previsto nas leis e o que é efetivamente aplicado na prática reflete um problema estrutural mais amplo, que envolve desde a formação de profissionais do direito até a própria cultura jurídica em relação aos direitos dos animais.

A insuficiência das políticas públicas no combate aos maus-tratos também contribui para essa ineficácia. Como enfatizam Costa e Rabelo (2021), a criação de políticas públicas voltadas para a proteção animal é ainda um desafio em muitos países, onde as políticas existentes são superficiais ou mal implementadas. Além disso, a resistência cultural e econômica a mudanças significativas no tratamento de animais, particularmente em setores como o agronegócio e a indústria do entretenimento, continua a ser um obstáculo relevante. A falta de conscientização e de investimento em programas educacionais sobre bem-estar animal agrava ainda mais a situação.

Para que as leis de proteção animal tenham eficácia real, é necessário um esforço coordenado entre o legislativo, o judiciário e a sociedade civil. A mudança de paradigma em relação ao tratamento dos animais deve ser acompanhada de uma revisão das estruturas legais e culturais, de modo a garantir que a proteção dos animais seja efetiva. Isso envolve, como destacam Jesus (2022) e Franco (2021), um fortalecimento das políticas públicas, um aumento da fiscalização e um compromisso mais profundo das instituições com a garantia dos direitos dos animais.

No Brasil, o tratamento jurídico dos animais é uma questão polêmica, sendo tratada, em grande parte, como bens móveis ou propriedades no Código Civil. De acordo com a legislação atual, os animais não têm personalidade jurídica e são considerados propriedade de seus donos, o que restringe a possibilidade de reconhecimento dos seus direitos. Esse entendimento é frequentemente criticado por especialistas, como Souza e Thomasi (2022), que defendem a necessidade de uma reinterpretação do direito brasileiro, especialmente no que diz respeito à dignidade e proteção dos animais.

Apesar da criação dessas leis, ainda existem muitos desafios na implementação efetiva delas. A legislação brasileira, embora tenha avanços significativos, ainda carece de uma aplicação efetiva, devido à falta de fiscalização e à resistência social. A Lei Arouca, por exemplo, é uma das legislações mais recentes que busca proteger os animais, mas sua aplicação tem sido limitada pela falta de uma estrutura robusta de fiscalização e pela

pouca conscientização sobre a gravidade dos maus-tratos (Batista et al., 2022). A ausência de um sistema judicial eficiente e a resistência de setores econômicos também dificultam a implementação dessas leis, especialmente em áreas como a indústria de carnes e o mercado de entretenimento.

O Código Civil brasileiro, ao classificar os animais como bens móveis, também limita as possibilidades de reconhecimento de direitos mais amplos, como o direito à vida, à liberdade e à dignidade. Essa classificação reforça uma visão utilitarista sobre os animais, tratando-os como instrumentos para os interesses humanos, sem levar em consideração seu valor intrínseco como seres sencientes. A necessidade de repensar essa classificação é uma das principais questões levantadas por Ferreira (2021) e Silva (2023), que sugerem uma mudança significativa no entendimento jurídico para garantir que os direitos dos animais sejam respeitados de maneira mais abrangente.

Mesmo com essas dificuldades, a legislação brasileira tem avançado em questões de bem-estar animal, como a regulamentação do transporte de animais, a proteção de animais domésticos e a proibição de maus-tratos em nível federal. Segundo Costa e Rabelo (2021), o Brasil tem buscado alinhar suas leis com as convenções internacionais, embora ainda haja um longo caminho a percorrer. O reconhecimento de direitos mais amplos para os animais depende de uma mudança na visão cultural, educacional e jurídica do país, o que inclui uma maior conscientização sobre a importância de tratar os animais com dignidade.

Embora o Brasil ainda enfrente muitos desafios para garantir o reconhecimento jurídico dos animais como sujeitos de direitos, as iniciativas em andamento são positivas. Como apontado por Souza e Thomasi (2022), a pressão da sociedade civil e das organizações de direitos animais tem sido fundamental para o avanço das legislações e para a promoção de um novo entendimento jurídico sobre o status dos animais. No futuro, espera-se que o Brasil avance para a adoção de normas que considerem os animais como sujeitos plenos de direitos, alinhando-se a outras jurisdições que já reconhecem a sentiência e os direitos dos animais.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do reconhecimento jurídico dos direitos dos animais revela uma transformação gradual, mas significativa, nas abordagens legais que tratam o status dos animais no contexto jurídico global. Embora muitos países ainda tratem os animais como bens móveis ou propriedade, há um movimento crescente, especialmente na União Europeia e em algumas partes da América Latina, que busca reconhecê-los como seres sencientes, com direito à proteção e à dignidade. A comparação das legislações de diferentes países ilustra a disparidade existente entre sistemas legais que reconhecem os animais como sujeitos de direitos e outros que ainda se baseiam em uma visão utilitarista, tratando-os principalmente como recursos econômicos.

O desafio central enfrentado pelo direito positivo é a resistência à atribuição de personalidade jurídica aos animais, que implica em reconhecer seus direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à dignidade. Exemplos como o caso do orangotango Sandra, na Argentina, mostram que há tentativas de romper com a tradicional visão de que os animais são propriedade, mas essas iniciativas ainda são isoladas e enfrentam forte resistência tanto do ponto de vista jurídico quanto cultural. A mudança necessária para que os animais sejam considerados sujeitos de direitos plenos envolve uma reinterpretação das normas jurídicas existentes, especialmente no que diz respeito ao direito civil, que ainda considera os animais como bens móveis.

A efetividade das leis de proteção animal continua sendo um desafio em muitos países, incluindo o Brasil. Embora existam legislações que criminalizam os maus-tratos e busquem garantir o bem-estar animal, a lacuna entre o que é previsto nas leis e sua aplicação prática é significativa. A falta de fiscalização, a resistência cultural e a insuficiência de políticas públicas eficazes dificultam a implementação efetiva dessas normas. O reconhecimento de direitos mais amplos para os animais, como os direitos fundamentais, é um objetivo distante, mas não impossível, e depende de um esforço conjunto de mudanças legislativas e culturais.

Em relação ao Brasil, a legislação de proteção animal tem avançado, mas ainda enfrenta obstáculos consideráveis, como a classificação dos animais como bens móveis, o que limita sua proteção jurídica. A introdução de leis como a Lei de Crimes Ambientais e a Lei Arouca foi um passo importante, mas a necessidade de uma revisão mais profunda das normas e da aplicação das leis persiste. Para que os animais possam ser efetivamente reconhecidos como sujeitos de direitos, será necessário um movimento mais robusto de educação jurídica, maior conscientização pública e um compromisso mais firme dos legisladores em adotar uma perspectiva que considere os animais como seres com interesses e direitos próprios.

A viabilidade de reconhecer direitos fundamentais aos animais depende de um conjunto de fatores, incluindo mudanças na legislação, na jurisprudência e na consciência social. O reconhecimento de direitos plenos para os animais exige uma reconfiguração profunda das normas jurídicas, bem como uma transformação nas atitudes culturais que dominam o tratamento dos animais. A crescente conscientização sobre o sofrimento animal e a necessidade de uma sociedade mais ética em relação aos seres não-humanos são fundamentais para o avanço desse reconhecimento. O futuro do direito dos animais está intimamente ligado à evolução da sociedade e ao esforço contínuo de transformar o entendimento jurídico e social sobre a relação entre humanos e animais.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Andréa Carolina Leite; SZANIAWSKI, Elimar; SODRÉ, Giselle Ferreira. O reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos personificados à luz do direito brasileiro contemporâneo. **Revista Latino-Americana de direitos da natureza e dos animais**, v. 5, n. 1, p. 59-88, 2022.

BOLSON, Simone Hegele; BOLSON, Solano Hegele. A antropomorfização dos animais domésticos e o registro de nascimento e guarda em cartório como (mais) uma expressão da família multiespécie. **Vertentes do Direito**, v. 9, n. 1, p. 367-390, 2022.

COSTA, Beatriz Souza; RABELO, Fernanda Araújo. A (in) constitucionalidade da lei que permite o sacrifício de animais em cultos religiosos de matriz africana: análise do Recurso Extraordinário nº 494.601/2019. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 16, n. 2, p. 19-32, 2021.

DE SOUSA, Sara Emylle Vinhal; DANTAS, Flavia Gonçalves Barros. Animais domésticos enquanto bens e enquanto sujeito de direito. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 9, n. 10, p. 2861-2878, 2023.

FERREIRA, Daniel Lopes Gameiro. O direito o direito dos animais. **Revista Cathedral**, v. 3, n. 2, p. 91-106, 2021.

FRANCO, Ana Paula Perrota. Animais e direitos: as fronteiras do humanismo e do sujeito em questão. **Revista de Antropologia**, v. 64, n. 2, p. e186658, 2021.

GONÇALVES, Marina Weiss; FAZOLLI, Silvio Alexandre. A indústria do agronegócio e as práticas da suinocultura, à luz da força normativa da proteção dos animais não humanos. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 17, p. e172207-e172207, 2022.

JESUS, Carlos Frederico Ramos. Dignidade animal na justificação dos direitos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 17, 2022.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; DIAS, Jefferson Aparecido. Do direito dos animais não humanos—em busca de uma personalidade esquecida. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 18, p. f282315-f282315, 2023.

PERROTA, Ana Paula. Animais domesticados e desastres: entre a preocupação sanitária e humanitária. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 37, n. 108, p. e3710811, 2022.

ROCHA, Francisco Ildio Ferreira; ROSA, Marlon Antônio. Estudo histórico-comparado dos direitos dos animais. **Revista Jurídica**, v. 22, 2024.

SILVA, Carla Cristina et al. Direito processual civil: a constitucionalidade do sacrifício de animais em religiões de matrizes africanas. **Revista Projetos Extensionistas**, v. 3, n. 1, p. 112-129, 2023.


SILVA, Thiago Henrique Costa; JORDÃO, Luciana Ramos. Maus-tratos contra os animais: uma análise da efetividade punitiva em Goiás: an analysis of punitive effectiveness in Goiás. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 18, p. f282310-f282310, 2023.

SOUTO, Emile et al. Direito Dos Animais. **Revista Projetos Extensionistas**, v. 2, n. 1, p. 99-107, 2022.

SOUZA, Lavínia Almeida; THOMASI, Tanise Zago. Filho de quatro patas—Pensão alimentícia nos casos de custódia unilateral dos animais domésticos. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 17, p. e172206-e172206, 2022.

VICENTE, Alexandre Meloni. Da mecanicidade à senciência: panorama sobre as mudanças históricas do status ético dos animais na ciência. **Revista Brasileira de História da Ciência**, v. 16, n. 1, p. 96-113, 2023.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL E O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE: REFLEXOS LEGISLATIVOS E IMPACTOS NA GOVERNANÇA DE BARRA DO GARÇAS-MT

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527033>

Data de aceite: 07/03/2025

Dandara Christine Alves de Amorim

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

Rosemara Unser

<http://lattes.cnpq.br/6337098956818162>

Jair Lopes dos Santos Júnior

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

RESUMO: Este estudo analisa a estrutura e a função da advocacia pública municipal em Barra do Garças (MT), destacando os impactos das mudanças promovidas pela Emenda Constitucional de 2023 à Constituição Estadual de Mato Grosso. O objetivo principal é avaliar como essas alterações legislativas influenciam a autonomia institucional e a efetividade da advocacia pública na promoção do Estado Democrático de Direito e na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. A pesquisa adota uma metodologia exploratória, com abordagem qualitativa, fundamentada na análise de documentos legais, doutrinas, legislações e jurisprudências. O estudo também inclui uma revisão *ex-post facto* de literatura jurídica clássica e contemporânea, contextualizando a evolução da advocacia

pública municipal no Brasil. Os resultados evidenciam que a constitucionalização da carreira de advogado público municipal fortalece a governança local, assegura maior autonomia jurídica e promove um modelo de justiça alinhado ao princípio da consensualidade. Esse princípio é apresentado como uma solução eficaz para reduzir a litigiosidade excessiva e estimular a adoção de estratégias colaborativas, como o modelo de Justiça Multiportas, contribuindo para a celeridade e eficiência no tratamento de conflitos. Além disso, as mudanças legislativas são identificadas como essenciais para a construção de uma administração pública transparente, equitativa e eficiente. A advocacia pública municipal desempenha um papel estratégico na salvaguarda dos interesses públicos e na consolidação do regime democrático, destacando sua relevância como pilar central na promoção da justiça social e do desenvolvimento local sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia Jurídica. Governança Local. Justiça Multiportas. Litigiosidade. Reforma Legislativa.

CONSTITUTIONALIZATION OF MUNICIPAL PUBLIC ADVOCACY AND THE PRINCIPLE OF CONSENSUALITY: LEGISLATIVE REFLECTIONS AND IMPACTS ON GOVERNANCE IN BARRA DO GARÇAS-MT

ABSTRACT: This study analyzes the structure and function of municipal public advocacy in Barra do Garças (MT), highlighting the impacts of changes introduced by the 2023 Constitutional Amendment to the State Constitution of Mato Grosso. The primary objective is to evaluate how these legislative changes influence institutional autonomy and the effectiveness of public advocacy in promoting the Democratic Rule of Law and defending citizens' fundamental rights. The research adopts an exploratory methodology with a qualitative approach, grounded in the analysis of legal documents, doctrines, legislation, and jurisprudence. The study also includes an ex-post facto review of classical and contemporary legal literature, contextualizing the evolution of municipal public advocacy in Brazil. The results demonstrate that the constitutionalization of the municipal public attorney career strengthens local governance, ensures greater legal autonomy, and fosters a justice model aligned with the principle of consensuality. This principle is presented as an effective solution to mitigate excessive litigation and encourage collaborative strategies, such as the Multi-Door Justice model, enhancing the speed and efficiency of conflict resolution. Furthermore, the legislative changes are identified as essential for building a transparent, equitable, and efficient public administration. Municipal public advocacy plays a strategic role in safeguarding public interests and consolidating the democratic regime, underscoring its relevance as a central pillar in promoting social justice and sustainable local development.

KEYWORDS: Legal Autonomy. Local Governance. Multi-Door Justice. Litigation. Legislative Reform.

1 | INTRODUÇÃO

A advocacia pública municipal é um elemento central na governança local, configurando-se como um pilar indispensável para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e para a construção de uma administração pública eficiente e transparente. Nesse contexto, a promoção do princípio da consensualidade emerge como uma resposta estratégica aos desafios contemporâneos, especialmente diante da crescente litigiosidade e da sobrecarga do sistema judiciário brasileiro. Com base nas reflexões de Rudolph Von Jhering, que associa a interação entre as leis privada e pública à formação de uma base política e moral essencial para o desenvolvimento das nações, esta pesquisa busca analisar os impactos das transformações legislativas recentes sobre a advocacia pública municipal em Barra do Garças, Mato Grosso, especificamente as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional de 2023 à Constituição Estadual de Mato Grosso.

O estudo tem como objetivo principal avaliar como a constitucionalização da carreira de advogado público municipal influencia a autonomia jurídica local, a eficiência administrativa e a implementação de práticas baseadas no princípio da consensualidade. Essas transformações são analisadas à luz do modelo de Justiça Multiportas, que privilegia soluções colaborativas para resolução de conflitos, com vistas a reduzir a litigiosidade e

aprimorar a celeridade e equidade do sistema judicial. A relevância da pesquisa decorre de uma lacuna teórica sobre a advocacia pública municipal em Mato Grosso, somada à necessidade de compreender como reformas legislativas podem contribuir para superar as dificuldades impostas pela judicialização excessiva.

Metodologicamente, a pesquisa adota uma abordagem exploratória e qualitativa, estruturada em duas etapas complementares. A primeira consiste em uma revisão bibliográfica que contempla doutrinas jurídicas, legislações, jurisprudências e literatura acadêmica relevante. Essa base teórica é aprofundada com uma análise *ex-post facto*, que examina obras clássicas e contemporâneas do direito, como “A Luta pelo Direito”, de Rudolph Von Jhering, e “Do Espírito das Leis”, de Montesquieu. O objetivo metodológico é estabelecer conexões entre as mudanças legislativas e o fortalecimento da governança local, permitindo uma análise crítica e abrangente do impacto das reformas sobre as práticas da advocacia pública municipal.

A estrutura do artigo segue uma lógica de aprofundamento progressivo. A introdução apresenta os objetivos, o problema de pesquisa e a metodologia empregada, estabelecendo as bases para o debate. Na sequência, discute-se o papel da advocacia pública municipal, com ênfase nas mudanças promovidas pela Emenda Constitucional de 2023, contextualizando seu impacto na governança local. O princípio da consensualidade é abordado como uma solução prática e estratégica para enfrentar os desafios impostos pela litigiosidade excessiva, destacando sua aplicabilidade dentro do modelo de Justiça Multiportas. Por fim, as considerações finais sintetizam os principais achados da pesquisa e apresentam recomendações voltadas à consolidação de uma advocacia pública mais eficiente, transparente e integrada às demandas sociais contemporâneas.

Este estudo contribui para o debate acadêmico sobre o papel da advocacia pública municipal como instrumento de justiça e desenvolvimento local, ao mesmo tempo em que propõe soluções concretas para aprimorar sua atuação. As transformações legislativas analisadas demonstram a relevância da institucionalização da carreira de advogado público municipal, promovendo a modernização da gestão pública e reforçando seu compromisso com a equidade, a transparência e a eficiência. Nesse sentido, a pesquisa reafirma a centralidade da advocacia pública na proteção dos direitos fundamentais e no fortalecimento do regime democrático, demonstrando seu papel indispensável na promoção de uma justiça mais acessível, inclusiva e colaborativa.

21 A ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL E O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE NO FORTALECIMENTO DA GOVERNANÇA LOCAL

A advocacia pública desempenha um papel estratégico na sustentação do Estado Democrático de Direito, servindo como elemento indispensável para a governança pública eficiente e transparente. No Brasil, sua relevância tem sido amplificada pelas transformações legislativas e pelas demandas sociais, políticas e econômicas que impactam diretamente a gestão pública. Segundo Wilson Sebastião Rodrigues Soares (2022), a advocacia pública vai além da função de representação jurídica; ela é um pilar na formulação e na execução de políticas públicas que refletem os valores democráticos.

A evolução da advocacia pública no Brasil reflete a necessidade de adequação às exigências de uma sociedade em constante transformação. No nível municipal, essa adaptação é ainda mais desafiadora devido às peculiaridades da administração local, que demandam autonomia jurídica e capacidade técnica para enfrentar questões que vão desde o planejamento urbano até a resolução de conflitos administrativos. Conforme Diniz (2013), as Procuradorias Municipais, ao atuarem como estruturas permanentes de Estado, garantem a continuidade administrativa e asseguram que as decisões políticas estejam em conformidade com os princípios constitucionais.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 113 de 2023 foi um marco para a advocacia pública no estado de Mato Grosso, especialmente no município de Barra do Garças. Essa emenda inseriu os artigos 215-A e 215-B na Constituição Estadual, consolidando a institucionalização da carreira de advogado público municipal e estabelecendo diretrizes para a Procuradoria Jurídica da Câmara de Vereadores. Segundo Leite (2020), a eficácia dessa emenda está diretamente relacionada à sua vigência imediata, sem a necessidade de um período de *vacatio legis*, o que reflete um compromisso com a modernização da governança pública.

As reformas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 113/2023 não apenas regulamentam a advocacia pública municipal, mas também reforçam a independência funcional dos procuradores, assegurando sua autonomia diante de influências políticas. De acordo com Maluf (2010), o fortalecimento institucional da advocacia pública é essencial para evitar a interferência de interesses externos na gestão pública, permitindo que as decisões administrativas sejam tomadas com base na legalidade e na moralidade.

Além disso, a reforma enfatiza o princípio da responsabilidade, ao determinar que os procuradores municipais e demais servidores respondam disciplinarmente por danos causados à administração pública. Essa medida, como observado por Borges (2018), promove uma cultura de *accountability* e assegura que a gestão pública seja conduzida com transparência e eficiência.

A Lei Complementar Municipal nº 181/2016, alinhada à Emenda Constitucional, detalha as funções da Procuradoria Geral do Município de Barra do Garças e estabelece critérios rigorosos para a seleção e atuação dos procuradores municipais. Segundo Soares (2022), essa legislação é um exemplo de como os municípios podem adaptar suas estruturas jurídicas às diretrizes estaduais e federais, criando um ambiente normativo coeso e eficaz.

No contexto da administração municipal, a advocacia pública desempenha um papel essencial na gestão urbana, garantindo que o planejamento e o ordenamento territorial sejam conduzidos de acordo com os preceitos legais. Como destaca Soares (2022), os procuradores municipais atuam como mediadores entre o poder público e a sociedade, assegurando que as políticas públicas urbanas reflitam os interesses coletivos e respeitem os direitos fundamentais.

Essa atuação é particularmente relevante em municípios como Barra do Garças, onde os desafios relacionados ao crescimento urbano e à demanda por serviços públicos exigem uma abordagem jurídica robusta. A Lei Complementar nº 181/2016, ao estabelecer as competências da Procuradoria Geral, reforça a necessidade de uma advocacia pública municipal capacitada para lidar com questões complexas, como a regularização fundiária e o planejamento ambiental.

Um dos avanços mais significativos na atuação da advocacia pública municipal é a adoção do princípio da consensualidade. Esse princípio, conforme Correia, Cervasio e Bosisio (2023), promove a resolução de conflitos por meio de mecanismos alternativos, como a mediação e a conciliação, reduzindo a litigiosidade e promovendo soluções mais ágeis e colaborativas.

O modelo de Justiça Multiportas, defendido por esses autores, incentiva práticas que priorizam o diálogo e a negociação, em vez da imposição judicial. Essa abordagem é particularmente eficaz no contexto municipal, onde a proximidade entre o poder público e os cidadãos facilita a implementação de soluções consensuais. A advocacia pública municipal, ao incorporar o princípio da consensualidade em suas práticas, não apenas promove a eficiência administrativa, mas também fortalece a confiança pública nas instituições locais.

Embora os avanços legislativos representem um marco para a advocacia pública, ainda existem desafios a serem superados. Um deles, segundo Borges (2018), é a necessidade de equiparação salarial e de reconhecimento isonômico entre os procuradores municipais e outras carreiras jurídicas de Estado. Essa disparidade compromete a atratividade da carreira e dificulta a retenção de talentos nos municípios.

Outro desafio é a formação continuada dos procuradores municipais, que precisam estar preparados para lidar com as demandas crescentes e complexas da administração pública. Conforme Soares (2022), programas de capacitação e atualização profissional são fundamentais para garantir que os advogados públicos estejam alinhados às melhores práticas jurídicas e administrativas.

A advocacia pública municipal desempenha um papel crucial na consolidação do Estado Democrático de Direito e na promoção de uma governança pública eficiente e transparente. No contexto de Barra do Garças, as reformas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 113/2023 e pela Lei Complementar nº 181/2016 representam um avanço significativo para a institucionalização e o fortalecimento da carreira de advogado público municipal.

Ao adotar o princípio da consensualidade e integrar-se ao modelo de Justiça Multiportas, a advocacia pública municipal demonstra seu compromisso com a resolução de conflitos de forma colaborativa e eficiente, contribuindo para a redução da litigiosidade e para a promoção da justiça social. No entanto, é fundamental que os desafios relacionados à valorização profissional e à capacitação contínua sejam enfrentados, para que a advocacia pública possa cumprir plenamente seu papel estratégico na administração pública.

Essas reformas e práticas não apenas modernizam a estrutura jurídica municipal, mas também fortalecem a confiança pública nas instituições locais, promovendo um ambiente de legalidade, transparência e equidade. A advocacia pública municipal, portanto, consolida-se como um elemento indispensável para o desenvolvimento sustentável e para a proteção dos direitos fundamentais em âmbito local.

3 | A JUSTIÇA MULTIORTAS E O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

A crescente complexidade enfrentada pela administração pública municipal exige uma revisão das abordagens tradicionais de resolução de conflitos. Nesse cenário, o modelo de Justiça Multiportas surge como uma inovação que enfatiza o princípio da consensualidade, promovendo uma justiça mais eficiente e adaptada às necessidades contemporâneas. A proposta desse modelo é desafogar os tribunais e oferecer alternativas mais ágeis e adequadas aos conflitos que emergem no cotidiano das administrações públicas, especialmente no nível municipal.

Nos últimos anos, a transformação do papel do Poder Público Municipal foi significativa. De um mero regulador de questões locais, o município tornou-se um agente ativo na garantia de direitos essenciais como saúde e moradia. Arícia Fernandes Correia, Daniel Bucar Cervasio e Rodrigo Meireles Bosisio (2023) ressaltam que essa evolução gerou uma crise de judicialização, na qual o Estado-Juiz enfrenta uma sobrecarga de demandas, dificultando o acesso eficiente à Justiça. Essa realidade aponta para a necessidade de estratégias alternativas, como as promovidas pela Justiça Multiportas, para reduzir a litigiosidade e promover soluções mais céleres e sustentáveis.

A judicialização excessiva pode ser explicada, em parte, pela proliferação de direitos constitucionais que a Administração Pública, especialmente os municípios, tem dificuldade de efetivar. Desde a década de 1990, a tese da solidariedade federativa em matéria de

saúde pública, aliada à judicialização de direitos como saúde e moradia, sobrecarregou o sistema judiciário. Correia, Cervasio e Bosisio (2023) argumentam que essa transição do Estado-Administrativo para o Estado-Jurisdicional trouxe desafios significativos para o Judiciário e destacou a urgência de mecanismos que privilegiem a consensualidade.

O novo Código de Processo Civil brasileiro reflete a tentativa de enfrentar os desafios impostos pela litigiosidade excessiva, enfatizando o princípio da consensualidade. Essa abordagem busca equilibrar a balança da justiça por meio de soluções dialogadas, permitindo às partes maior autonomia na construção de seus acordos. Correia, Cervasio e Bosisio (2023) defendem que a consensualidade oferece um caminho para superar os problemas estruturais do sistema judiciário, promovendo uma pacificação social extrajudicial.

O princípio da consensualidade é especialmente relevante no contexto da Justiça Multiportas, que estimula o uso de mediação, conciliação e outros mecanismos extrajudiciais para resolver disputas. Essas práticas são particularmente eficazes em conflitos envolvendo a administração pública, pois permitem soluções que respeitam tanto o interesse público quanto os direitos individuais. Além disso, a consensualidade contribui para a construção de um tecido social mais harmônico, ao fomentar o diálogo e a colaboração entre as partes.

A experiência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), analisada por Tássia Louise De Moraes Oliveira e Thalita Ribeiro Dias De Campos (2023), exemplifica a aplicação prática do modelo de Justiça Multiportas. Nesse tribunal, uma comissão foi instituída para tratar de conflitos fundiários urbanos, envolvendo centenas de famílias em situação de vulnerabilidade. A atuação conjunta com a Advocacia Geral da União (AGU) resultou em soluções que consideraram as peculiaridades locais e promoveram o interesse público de maneira eficiente.

Oliveira e Campos (2023) destacam que o fortalecimento dos diálogos institucionais é essencial para o sucesso de abordagens baseadas na consensualidade. A colaboração entre diferentes esferas do governo e a adaptação das práticas judiciárias às necessidades locais permitem a construção de soluções mais inclusivas e eficazes. Nesse contexto, a Justiça Multiportas se consolida como uma ferramenta poderosa para a promoção de equidade e proteção social.

No nível municipal, a adoção do princípio da consensualidade contribui significativamente para a melhoria da governança pública. A administração pública local, ao incorporar práticas baseadas na Justiça Multiportas, demonstra um compromisso com a resolução eficiente de conflitos e com a redução da litigiosidade. Essa abordagem também fortalece a confiança dos cidadãos nas instituições locais, ao promover soluções que atendem às demandas sociais de forma transparente e equitativa.

A capacidade dos municípios de implementar a consensualidade em suas práticas administrativas depende, em grande parte, da formação e da capacitação dos procuradores municipais. Conforme Correia, Cervasio e Bosisio (2023), é essencial que esses profissionais estejam preparados para atuar como mediadores e facilitadores, promovendo o diálogo entre o poder público e a sociedade. Essa atuação contribui para uma administração mais ágil e responsiva, capaz de enfrentar os desafios contemporâneos de forma proativa.

Apesar das vantagens do modelo de Justiça Multiportas e da ênfase no princípio da consensualidade, sua implementação enfrenta desafios significativos. Um dos principais entraves é a resistência cultural à adoção de métodos extrajudiciais, tanto por parte dos operadores do direito quanto da sociedade em geral. Além disso, a falta de infraestrutura adequada para a mediação e a conciliação limita a efetividade dessas práticas em muitos municípios.

Para superar esses desafios, é necessário investir em capacitação e sensibilização, promovendo uma mudança cultural que valorize a consensualidade como uma alternativa legítima e eficaz. Oliveira e Campos (2023) sugerem que a criação de câmaras especializadas para resolução administrativa de conflitos pode ser uma solução viável, especialmente em áreas como os conflitos fundiários urbanos.

A Justiça Multiportas e o princípio da consensualidade representam uma evolução crucial no sistema jurídico brasileiro, especialmente no contexto da administração pública municipal. Ao promover soluções extrajudiciais, esses mecanismos não apenas desafogam os tribunais, mas também fortalecem o tecido social e aprimoram a governança pública.

No entanto, sua implementação requer esforços contínuos para superar barreiras culturais e estruturais, garantindo que os operadores do direito e a sociedade estejam alinhados aos objetivos dessa abordagem. A experiência do TRF-2 demonstra que a colaboração interinstitucional e a adaptação às peculiaridades locais são fundamentais para o sucesso dessas práticas.

A administração pública municipal, ao adotar o modelo de Justiça Multiportas, reforça seu compromisso com uma governança mais eficiente, inclusiva e democrática. Assim, o princípio da consensualidade se consolida como uma ferramenta indispensável para a promoção da justiça e da paz social, contribuindo para a construção de um sistema jurídico mais acessível e equitativo.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo demonstrou que a advocacia pública municipal em Barra do Garças (MT) desempenha um papel estratégico na consolidação da governança local, destacando-se como pilar indispensável para a promoção do Estado Democrático de Direito. As análises realizadas confirmaram que a recente Emenda Constitucional nº 113 de 2023, ao reformar e fortalecer a estrutura jurídica municipal, promoveu avanços significativos para a advocacia pública. Essas mudanças consolidaram a institucionalização da carreira de procurador público, assegurando maior autonomia jurídica, eficiência administrativa e transparência na gestão pública.

Os resultados evidenciaram que a reforma legislativa trouxe ganhos notáveis para a administração pública, sobretudo no que se refere à implementação do princípio da consensualidade. Este princípio, inserido no contexto do modelo de Justiça Multiportas, demonstrou ser uma solução eficaz para mitigar a litigiosidade excessiva, otimizando

recursos e promovendo uma cultura de resolução de conflitos mais dialogada e cooperativa. A pesquisa revelou que práticas como mediação e conciliação vêm sendo progressivamente incorporadas, contribuindo para a redução do volume de processos judiciais e fomentando o fortalecimento do tecido social.

Por meio de uma metodologia exploratória e qualitativa, o estudo permitiu identificar que a combinação de reformas legislativas e capacitação técnica dos procuradores municipais foi determinante para alcançar os avanços mencionados. Destaca-se que, ao criar bases sólidas para a atuação jurídica municipal, as mudanças legislativas também aumentaram a confiança pública nas instituições locais. Essa confiança é essencial para que os municípios desempenhem de forma plena seu papel de articuladores de políticas públicas, especialmente em áreas como saúde, moradia e planejamento urbano.

Entretanto, a pesquisa também apontou desafios que precisam ser enfrentados. A necessidade de equiparação salarial e de valorização das carreiras jurídicas municipais foi identificada como um ponto central para assegurar a atratividade e retenção de talentos qualificados. Além disso, há uma carência de mecanismos de avaliação contínua das práticas jurídicas e administrativas, que poderiam proporcionar maior alinhamento entre as políticas públicas e as demandas sociais em constante evolução. Para superar esses desafios, recomenda-se a criação de câmaras especializadas em prevenção e resolução de conflitos, fortalecendo a aplicação prática do princípio da consensualidade.

Outro ponto relevante é a importância da formação continuada dos procuradores municipais, capacitando-os para lidar com a complexidade crescente das demandas administrativas e jurídicas. Investimentos em programas de treinamento e atualização profissional são essenciais para garantir que esses profissionais estejam preparados para atuar como mediadores e facilitadores de processos jurídicos e administrativos. Essa formação deve ser acompanhada por políticas públicas que assegurem a modernização das estruturas administrativas, possibilitando uma governança local mais responsiva e eficaz.

Por fim, este estudo reafirma que a advocacia pública municipal não se limita à defesa do interesse público em juízo; ela desempenha um papel vital na articulação de políticas públicas que promovam justiça, equidade e eficiência. As transformações legislativas analisadas em Barra do Garças revelam um modelo de gestão que pode ser replicado em outros municípios, contribuindo para o fortalecimento da advocacia pública em âmbito nacional. A implementação do princípio da consensualidade e o fortalecimento de práticas colaborativas demonstraram ser caminhos promissores para uma administração pública mais inclusiva, participativa e transparente.

Dessa forma, conclui-se que a advocacia pública municipal, ao adotar uma postura inovadora e comprometida com os valores democráticos, pode se consolidar como instrumento essencial para a proteção dos direitos fundamentais e para a promoção de uma sociedade mais justa. O fortalecimento contínuo das políticas públicas e das estruturas jurídicas locais será determinante para assegurar que os avanços alcançados até o momento sejam mantidos e ampliados, consolidando a advocacia pública como um elemento central na construção de uma governança pública moderna e eficiente.

REFERÊNCIAS

Andrada, Bonifácio em justificativa de **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO, N. 443/2009**. Inteiro teor. Sala das Sessões, em 27 de outubro de 2009. Bonifácio de Andrada Deputado Federal. Disponível em: < Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br)>. Acesso em: 07/05/2024.

Árcia Fernandes Correia, Daniel Bucar Cervasio, & Rodrigo Meireles Bosisio. (2023). **ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL CONSENSUAL**: acordos trabalhistas realizados pelo Município do Rio de Janeiro como estudo de caso – cautelas e possibilidades. Revista Carioca De Direito, 3(1), 5-22. Disponível em: <<https://rcd.pgm.rio/index.php/rcd/article/view/115>>. Acesso em: 06/05/2024.

Borges, Camilla. **PEC 17/2012 e PEC 443-A/2009**: considerações relevantes para o fortalecimento da carreira de Procurador Municipal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5411, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65597>. Acesso em: 7 mai. 2024.

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE MATO GROSSO DE 1989. Disponível em: <<https://app1.sefaz.mt.gov.br/sistema/legislacao/constituicao/nsf/9733a1d3f5bb1ab384256710004d4754/665fbaa1e2ba884f03256755005d1039?OpenDocument>>. Acesso em: 06/05/2024

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 113, DE 2023 à Constituição Estadual de Mato Grosso de 1989, Assembleia Legislativa – ALMT Constituição do Estado de Mato Grosso: texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <<https://www.al.mt.gov.br/norma-juridica/urn:lex:br:mato.grosso:estadual:emenda.constitucional:2023-11-01;113>>. Diário Oficial 01 de novembro de 2023, Nº 28.615, pág. 168. Disponível em: < <https://storage.al.mt.gov.br/api/v1/download/default/622911>>. Acesso em: 07/05/2024.

LEI COMPLEMENTAR Nº 003 de 4 de dezembro de 1991 – Dispõe sobre o Estatuto e o Regime Jurídicos Únicos dos Servidores Públicos do Município, das autarquias e das funções Municipais. Disponível em: < <https://www.barradogarcas.mt.leg.br/leis/estatuto-do-servidor-publico/estatuto-dos-servidores.pdf/view>>. Acesso em: 06/05/2024.

LEI COMPLEMENTAR Nº 181 de 29 de março de 2016. Dispõe sobre o funcionamento da Procuradoria Geral do Município de Barra do Garças – MT, institui o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.barradogarcas.mt.leg.br/leis/leis-complementares/leis-ordinarias-2016/lei-complementar-no-181-de-29-de-marco-de-2016#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%20gj%20DE,%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs%22.>>>. Acesso em: 06/05/2024.

Leite, George Salomão. **EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS** / George Salomão Leite. -- Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020. 160 p. -- (Edições do Senado Federal; v. 275)

Maluf, P. T. (2010). **A ENTRADA EM VIGOR DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 42/2003 E A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À RETROATIVIDADE DE SEUS EFEITOS**. *Direito E Humanidades*, (12). <https://doi.org/10.13037/dh.n12.809>. Disponível em: < https://www.seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/809>. Acesso em: 08/05/2024.

Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **DO ESPÍRITO DAS LEIS** / Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. – São Paulo: Martin Claret, 2010. – (coleção obra-prima de cada autor; 9). Título original: De L'Esprit des lois. "texto integral". ISBN – 978-85-7232-644-5.

Publicações da Escola da AGU: Curso de Pós-Graduação em Advocacia Pública - BH - Escola da Advocacia-Geral da União. Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 30, v. 1 (set. 2013). Brasília: EAGU, 2012. mensal. Santos, M. F. (2013). **A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL**. Pag. 261-267. Disponível em: <<https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1376>>. Acesso em: 07/06/2024.


Rui Barbosa, 1849 – 1923. **O DEVER DO ADVOGADO**: direito / Rui Barbosa; São Paulo: Editora H B, 2016. CDD – 345.077.

Soares, W. S. R. (2022); **ADVOCACIA PÚBLICA NA ORDEM URBANA**: uma análise de sua estruturação e reflexos na região imediata de Muriaé-MG. / Wilson Sebastião Rodrigues Soares. – 2022.

Tássia Louise De Moraes Oliveira, & Thalita Ribeiro Dias De Campos. (2023). **ENTRE A LITIGIOSIDADE E A SOLUÇÃO CONSENSUAL**: os desafios da advocacia pública municipal na gestão dos conflitos fundiários urbanos. *Revista Carioca De Direito*, 3(1), 47-65. Disponível em: <<https://rcd.pgm.rio/index.php/rcd/article/view/116>>. Acesso em: 06/05/2024.

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.

UMA PERSPECTIVA DIALÓGICA E LIBERTADORA SOBRE A GESTÃO DO CLIMA ESCOLAR

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527034>

Data de aceite: 07/03/2025

Maria Eduarda de Oliveira

Universidade Federal de São Carlos -
UFSCar

Renata Maria Moschen Nascente

INTRODUÇÃO

Este trabalho se refere a uma investigação em andamento, que vem sendo desenvolvida no âmbito do Grupo de Estudos e Pesquisas em Organização Escolar: Democracia, Direitos Humanos e Formação de Gestores – DEFORGES e que faz parte de uma pesquisa maior desse grupo, denominada *Aprimoramento do clima escolar e desenvolvimento de lideranças escolares democráticas em quatro escolas do Programa de Ensino Integral do Estado de São Paulo*. Busca-se oferecer uma reflexão sobre a gestão do clima escolar, destacando sua importância para o desenvolvimento integral dos alunos e propondo estratégias eficazes para promover um ambiente educacional positivo e acolhedor, à luz do pensamento freiriano, mormente com base nos conceitos de dialogicidade e libertação.

OBJETIVO

O objetivo é apresentar algumas reflexões teóricas a respeito do clima escolar e de como equipes gestoras podem atuar para a construção de um clima escolar positivo tendo em vista os conceitos de dialogicidade e libertação.

METODOLOGIA

A metodologia empregada para o estudo das obras de Paulo Freire no que diz respeito aos conceitos de dialogicidade e libertação foi a análise de conteúdo de Bardin (1977) das seguintes obras: *Pedagogia da Esperança* (2020a); *Pedagogia da Autonomia* (2020b); *Pedagogia do Oprimido* (2011); *Educação como prática da liberdade* (1967); *Política e Educação* (2001); *Medo e Ousadia* (2009); e, *À sombra desta mangueira* (2015) e em textos/artigos correlatos às obras de Paulo Freire. Também vem sendo desenvolvida uma pesquisa bibliográfica sobre clima e gestão escolar, cujos resultados devem ser articulados aos conceitos freirianos.

APROXIMAÇÕES ENTRE PERSPECTIVAS DE GESTÃO E CLIMA ESCOLAR E OS CONCEITOS FREIRIANOS DE DIALOGICIDADE DE LIBERTAÇÃO

Com base nos estudos de Paro (2005) e Nogueira (2011) pode-se afirmar que a participação e a colaboração de todos os segmentos escolares são importantes para a construção de um clima escolar democrático e positivo. Para a atuação da equipe gestora nesse sentido, em prol de uma educação que vise a dialogicidade e a educação libertadora, entende-se a importância da investigação em curso, que se espelha no trabalho de Lima (2007), do qual se depreende que uma educação libertadora e dialógica é contrária aos princípios neoliberais e reprodutores de ideologias, presentes nos mais comuns modelos de gestão escolar vigentes.

Vários estudos têm mostrado que a promoção de climas escolares mais seguros, favoráveis e envolventes, juntamente ao ensino voltado às dimensões social, emocional e acadêmica, contribuem significativamente para a aprendizagem dos alunos. Segundo Moro (2018), o clima escolar se constitui em um conjunto de percepções e expectativas que são vivenciadas e compartilhadas pelos integrantes da comunidade escolar. Ele interfere na qualidade de vida, no processo de ensino e aprendizagem e influencia na dinâmica escolar e, por sua vez, é influenciado por ela. Desse modo, o clima escolar que pode ser entendido como a qualidade e caráter da escola, baseada em padrões e experiências que refletem normas, objetivos, valores, relações interpessoais, ensino, aprendizagem, práticas de liderança e estruturas organizacionais. Um clima escolar positivo refere-se à maneira em que a equipe escolar, as famílias e os estudantes veem e se manifestam sobre a escola, no sentido de gostarem dela e de quererem estar nela. Esse é o clima que promove o desenvolvimento humano, por meio das aprendizagens necessárias para uma vida digna e livre em uma sociedade democrática. Dada essa perspectiva de clima escolar, parece que os conceitos freirianos de dialogicidade e libertação podem contribuir para seu aprimoramento nas escolas públicas brasileiras.

O diálogo é o que resume o conceito de humanidade, de viver em coletividade e estar imerso numa sociedade. Por meio dele há a possibilidade de comunicação entre pares, pautada na busca pela humanização. O diálogo é o que nos permite entender a práxis e acreditar na possibilidade de uma certa transformação coletiva, crítica e ativa da sociedade. O diálogo é o eixo central da comunicação e é por meio dele que nos permitimos agir ativamente com o mundo e para o mundo. Utilizando da coletividade, da comunicação e do pertencimento (pois o diálogo também é um símbolo identitário e de pertencimento) para a busca ativa do ser mais, através de ações dialógicas coletivas e que buscam a horizontalidade, o respeito e a conscientização das comunidades.

A libertação no campo da educação se define como toda aquela que vai contra o sistema bancário e visa o aprender pela realidade. Tudo que nos leva à criticidade, aos questionamentos em decorrência do sistema de educação vigente, que conduz o processo de ensino considerando o processo do aluno como um ser passivo na prática educativa, deve ser desconstruído e reconstruído para o desenvolvimento de uma educação que estimula, integra e abranja novas perspectivas nos âmbitos social, político, educativo e

formativo. Educação libertadora é aquela que nos prepara para o mundo de maneira ampla, nos possibilitando enxergar a realidade que estamos inseridos sem que essa passe pela ótica deturpada de alguém.

Destarte, o aprimoramento do clima escolar por parte da equipe gestora em prol de uma educação mais igualitária, horizontal, que rompa com perspectivas neoliberais e gerencialistas vai ao encontro de uma educação pautada nos princípios freirianos de dialogicidade e libertação, compreendendo a necessidade do diálogo como potencializador das relações e a libertação e peça fundamental para o alcance da criticidade, para que assim as equipes gestoras das escolas consigam atuar de forma democrática e eficaz em favor das aprendizagens dos estudantes nos seus aspectos cognitivo, acadêmico, emocional e social.

Conclusão

Espera-se que esse estudo ofereça contribuições efetivas para o avanço do aprimoramento do clima escolar, tanto para uma melhora do trabalho das equipes gestoras em uma perspectiva freiriana (2001), como também para a comunidade escolar como um todo, a partir de apontamentos pertinentes que envolvam o contexto educacional da sociedade atual, nacional e internacionalmente. Em face disso, torna-se factível que essa pesquisa traga contribuições significativas tanto para o campo dos estudos da gestão escolar, como também para suas práticas.

REFERÊNCIAS

- FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Editora Paz e Terra, 1967.
- FREIRE, Paulo. **Política e educação**. Editora Paz e Terra, 2001.
- FREIRE, Paulo. **Medo e ousadia**. Editora Paz e Terra, 2009.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Editora Paz e Terra, 2011.
- FREIRE, Paulo. **À sombra desta mangueira**. Editora Paz e Terra, 2015.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança**. Editora Paz e Terra, 2020a.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. Editora Paz e Terra, 2020b.
- LIMA, Márcia Regina Canhoto de. **Paulo Freire e a administração escolar: a busca de um sentido**. Brasília: Liber Livro, 2007.
- MORO, Adriano et. al. Avaliação do clima escolar por estudantes e professores: construção e validação de instrumentos de medida. **R. Educ. Públ.**, Cuiabá, v. 27, n. 64, p. 67–90, jan./abr. 2018.
- NOGUEIRA, Adriana Carvalho. Gestão democrática da educação: avanços e retrocessos. **Revista Retratos da Escola**, Brasília, v. 5, n. 8, p. 9-23, 2011.
- PARO, Vitor Henrique. A democratização da gestão escolar no Brasil: entre a eficiência e a democracia. In: ANPED. **Anais da 28a Reunião Anual da ANPED**. Caxambu, 2005.

A INJUSTIÇA EPISTÊMICA PRATICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL



<https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527035>

Data de aceite: 12/03/2025

Adriano Silva Rodrigues

OAB/RJ 260.057 MEMBRO DA

ANACRIM/RJ

Mestrando em direito: Processos e

Efetivação da Justiça e dos Direitos

Humanos, Universidade católica de

Petrópolis (PPGD/UCP). Especialização

em criminologia e Direito Penal pela

Pontifícia Universidade Católica do Rio

Grande do Sul (2024). Graduação em

Direito pela Faculdade Estácio de Sá, Rio

de Janeiro.

<https://lattes.cnpq.br/7751034105063406>

<https://orcid.org/0009-0007-0880-8046>

RESUMO: O presente estudo analisa a prática da injustiça epistêmica pelo Ministério Público na ação penal, explorando como a instituição, ao exercer sua função acusatória, frequentemente desconsidera provas favoráveis à defesa e reforça a narrativa estatal. A pesquisa discute a seletividade penal e os impactos da supervalorização da palavra das autoridades, especialmente nos casos de reconhecimento fotográfico equivocado. Utilizando referenciais teóricos como Ferrajoli, Aury Lopes Jr. e Janaína Matida, além de relatórios da Defensoria Pública, o estudo evidencia como essa prática compromete os princípios

garantistas, contribui para erros judiciais e reforça desigualdades estruturais no sistema de justiça criminal. Ao final, propõe-se a necessidade de maior controle sobre a atuação ministerial, assegurando um processo penal mais justo e equilibrado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Ministério Público, Injustiça epistêmica, Prisão Preventiva

THE EPISTEMIC INJUSTICE PRACTICED BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN CRIMINAL ACTIONS

ABSTRACT: This study analyzes the practice of epistemic injustice by the Public Prosecutor's Office in criminal proceedings, exploring how the institution, in exercising its accusatory function, often disregards evidence favorable to the defense and reinforces the state narrative. The research discusses penal selectivity and the impacts of overvaluing the statements of authorities, especially in cases of mistaken photographic recognition. Using theoretical references such as Ferrajoli, Aury Lopes Jr., and Janaína Matida, as well as reports from the Public Defender's Office, the study highlights how this practice undermines

guarantee-based principles, contributes to judicial errors, and reinforces structural inequalities in the criminal justice system. Finally, the study proposes the need for greater oversight of prosecutorial actions to ensure a fairer and more balanced criminal process.

KEYWORDS: law, public prosecutor's office, epistemic injustice, preventive detention

1 | INTRODUÇÃO:

A Constituição Federal de 1988¹ consagrou o Ministério Público (MP) como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Conforme estabelecido nos artigos 127 e 129 da Constituição, o MP atua como fiscal da lei, o *custus legis*, mas também assume o papel de parte acusadora nas ações penais públicas, evidenciando uma dualidade de funções que, embora necessária, é frequentemente objeto de debate jurídico. No contexto da redemocratização, o MP ampliou suas atribuições para além da acusação, estendendo seu alcance ao controle externo da atividade policial, proteção do patrimônio público e defesa de direitos difusos e coletivos, o que reforçou seu papel como um agente de justiça e equilíbrio no sistema penal.

O fortalecimento do MP durante o processo constituinte foi um reflexo das demandas por autonomia e independência, marcando a transição do período autoritário para uma fase democrática de proteção aos direitos fundamentais. Contudo, essa expansão de poderes também trouxe desafios significativos. Segundo a visão garantista de Luigi Ferrajoli², o direito penal deve ser aplicado de forma restrita, com o objetivo de proteger os cidadãos contra abusos do poder estatal. Em sua obra, Ferrajoli enfatiza que o MP, ao agir como acusador, deve operar sob um sistema de garantias, respeitando o princípio da intervenção mínima e o devido processo legal, para que o Estado não utilize o sistema penal como mecanismo opressor.

Aury Lopes Jr.³ e Janaína Matida⁴ complementam essa perspectiva ao destacarem que o MP deve manter uma postura de imparcialidade rigorosa na fiscalização dos direitos fundamentais durante o processo penal. Lopes Jr. observa que a função de *custus legis* demanda do MP um compromisso intransigente com o devido processo legal, enquanto Matida explora como a atuação do MP pode refletir práticas de injustiça epistêmica, ao desvalorizar provas ou testemunhos que não corroboram a tese acusatória. Segundo Matida, ao ignorar elementos probatórios que poderiam inocentar o réu ou minimizar sua culpa, o MP contribui para uma prática seletiva e parcial de justiça, prejudicando a construção de um sistema democrático e equitativo.

1 BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

2 FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

3 LOPES JR., A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

4 MATIDA, J. *Injustiça epistêmica e processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 122, p. 55-78, mar./abr. 2017.

Assim, este artigo busca analisar a atuação do Ministério Público à luz dessas críticas garantistas, questionando até que ponto o órgão consegue equilibrar sua função de acusador com o papel de fiscal da legalidade. A partir do estudo de casos de injustiça epistêmica observados em relatórios da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, discutiremos como a atuação do MP, em alguns contextos, pode comprometer os princípios constitucionais e contribuir para a perpetuação de desigualdades estruturais. Dessa forma, exploraremos se o MP tem cumprido adequadamente sua missão garantidora ou se a sua função de acusador tem prevalecido sobre seu dever constitucional de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

2 | MINISTÉRIO PÚBLICO: A FUNÇÃO DE *CUSTUS LEGIS* E O PARADOXO DA IMPARCIALIDADE NA ACUSAÇÃO

A Constituição Federal de 1988⁵ atribui ao Ministério Público (MP) uma dupla responsabilidade fundamental para o funcionamento do Estado democrático de direito. Nos artigos 127 e 129, a Carta Magna estabelece o MP como instituição essencial e permanente, com a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis. Com isso, o Ministério Público assume uma atuação dual, exercendo tanto a função de *custus legis* – ou fiscal da lei – quanto a de parte acusadora no processo penal.

A figura do MP como *custus legis* remonta ao papel de fiscalizador da legalidade, incumbido de garantir que os direitos constitucionais dos indivíduos sejam respeitados ao longo do processo penal. Ao mesmo tempo, o órgão age como acusador, promovendo a ação penal pública e pleiteando, em muitos casos, a condenação dos acusados. Essa atuação ambígua tem sido objeto de discussões e questionamentos tanto por parte da doutrina quanto da sociedade, especialmente sobre a possibilidade de o MP manter a imparcialidade em uma função acusatória.

Historicamente, o papel do Ministério Público passou por uma evolução que se consolidou na Constituição de 1988⁶, conferindo-lhe autonomia e independência institucional. Nos períodos anteriores, sobretudo durante a ditadura militar, o MP exercia um papel limitado, e em grande parte alinhado aos interesses autoritários do Estado. A partir da redemocratização, o MP conquistou legitimidade para ampliar suas atividades e atuar como protetor dos direitos fundamentais e das garantias processuais.

O artigo 127 da Constituição Federal define o MP como “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado”, e o artigo 129 detalha suas funções institucionais. Além de promover a ação penal pública, o MP é responsável por garantir o respeito aos direitos assegurados na Constituição, zelar pelo patrimônio público e social, e exercer o controle externo da atividade policial. Essas atribuições formam um arcabouço de responsabilidades que refletem a necessidade de uma atuação comprometida com a legalidade e com a proteção dos direitos humanos.

5 BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

6 *Ibidem*

No entanto, essa expansão de funções trouxe o desafio de manter a imparcialidade em todas as frentes de atuação. Enquanto *custus legis*, o MP deveria garantir a conformidade dos atos processuais aos preceitos constitucionais. Em 2011, a Proposta de Emenda Constitucional nº 377 (PEC 37) reacendeu o debate sobre os limites da atuação investigativa do Ministério Público. A PEC visava restringir a competência do MP em investigações criminais, transferindo essa responsabilidade exclusivamente para as polícias federal e civil. Conhecida como “PEC da Impunidade” por seus opositores, a proposta gerou intensa mobilização social e acabou sendo rejeitada, reforçando o apoio popular ao papel do MP na investigação e no combate à criminalidade.

A rejeição da PEC 37⁸ ilustra a confiança da sociedade brasileira no MP como defensor da ordem e da justiça. No entanto, o episódio também trouxe à tona questionamentos sobre os riscos de concentrar no MP tanto o poder de investigar quanto o de acusar. Esse acúmulo de funções gera o receio de que o órgão possa exercer a atividade acusatória com menos imparcialidade, comprometendo seu papel de *custus legis* e, potencialmente, violando direitos fundamentais no processo penal.

A dualidade de funções do MP apresenta uma tensão evidente entre o papel de fiscal da lei e o de acusador, especialmente sob a ótica do garantismo penal. Segundo Luigi Ferrajoli⁹, o direito penal deve ser aplicado de maneira estrita e limitada, a fim de proteger os indivíduos contra abusos do poder estatal. Em sua perspectiva garantista, o Ministério Público, ao atuar como acusador, deveria adotar uma postura de intervenção mínima, preservando a liberdade dos indivíduos até que a culpabilidade seja provada de forma incontestável.

Aury Lopes Jr.¹⁰ também aponta o desafio da imparcialidade, ao considerar que o MP, em sua função acusatória, atua como um “contraditor natural” do réu, o que coloca em questão sua capacidade de fiscalizar de maneira imparcial os atos processuais. Lopes Jr. argumenta que é difícil para o MP manter o equilíbrio necessário para atuar como *custus legis* quando, na prática, ele está comprometido com a acusação e a busca de condenações.

Janaína Matida¹¹ aprofunda essa discussão ao trazer o conceito de injustiça epistêmica para o contexto penal. De acordo com Matida, o MP pode incorrer em injustiça epistêmica ao desvalorizar ou desconsiderar conhecimentos e provas que poderiam beneficiar o réu, favorecendo uma narrativa acusatória preestabelecida. Essa prática configura uma falha na função de *custus legis*, uma vez que compromete o dever de zelar pela legalidade e pelo respeito aos direitos dos acusados.

7 BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional nº 37, de 2011*. Altera a Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 12/05/2024.

8 *Ibidem*

9 FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

10 LOPES JR., A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

11 MATIDA, J. *Injustiça epistêmica e processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 122, p. 55-78, mar./abr. 2017.

Esse paradoxo na atuação do MP levanta questionamentos sobre a viabilidade de manter a imparcialidade quando se desempenha, ao mesmo tempo, a função de fiscal da lei e de acusador. A rejeição da PEC 37 reforçou a confiança pública no papel do MP como defensor da justiça, mas também evidenciou a complexidade de sua atuação e os desafios para que o órgão exerça suas funções de maneira equilibrada e justa.

3 | METODOLOGIA

A presente pesquisa tem caráter qualitativo e analítico, com foco na avaliação da atuação do Ministério Público em casos de prisões preventivas, especialmente no contexto de reconhecimentos fotográficos realizados de maneira questionável. Para tal, utiliza-se o relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, documento que detalha falhas processuais observadas na segunda instância judicial, com especial atenção ao cumprimento do artigo 226 do Código de Processo Penal. A metodologia buscou compreender até que ponto o Ministério Público exerceu sua função de *custus legis* ou, ao contrário, priorizou sua função acusatória, independentemente da fragilidade dos elementos probatórios.

Explorando os dados e documentos disponibilizados pela Defensoria Pública para investigar a atuação do Ministério Público em sua responsabilidade de fiscalização da legalidade e no cumprimento das garantias processuais. O estudo é também exploratório, pois visa elucidar questões relacionadas à imparcialidade do MP em sua atuação mista e busca entender as possíveis falhas nas práticas de reconhecimento fotográfico que resultaram em prisões preventivas.

3.1 Relatório nº 01/2022 da coordenação de defesa criminal (COCRIM)¹²

Etapa do Estudo	Descrição	Fonte de Dados	Objetivo
1. Análise do Relatório da Defensoria Pública	Estudo do Relatório nº 01/2022 da Coordenação de Defesa Criminal (COCRIM), que monitora a adesão à recomendação do Tribunal de Justiça para reavaliação de prisões preventivas baseadas em reconhecimento fotográfico.	Relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro	Identificar padrões de erro no reconhecimento fotográfico e atuação do MP na solicitação de prisões preventivas.
2. Consulta Jurisprudencial	Busca de decisões judiciais no sítio eletrônico do TJ-RJ usando termos como "reconhecimento fotográfico" e "erro de reconhecimento fotográfico", entre outros, abrangendo ocorrências de janeiro a junho de 2021.	Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	Identificar casos que exemplifiquem falhas de reconhecimento fotográfico e verificar a posição do MP em recursos (RESE).

¹² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório nº 01/2022 da Coordenação de Defesa Criminal: observatório do reconhecimento fotográfico*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2022.

3. Fundamentação Teórica e Legal	Utilização de obras de referência, como as de Ferrajoli, Lopes Jr. e Matida, e da legislação brasileira, incluindo a Constituição Federal (arts. 127 e 129) e o Código de Processo Penal (arts. 311 a 316), que determinam os parâmetros de atuação do MP.	Literatura de referência e legislação (Constituição Federal e Código de Processo Penal)	Embasar teoricamente o papel do MP e explorar os conceitos de injustiça epistêmica e garantismo penal.
4. Definição das Questões de Pesquisa	Formulação de três perguntas principais: 1) Houve fiscalização suficiente por parte do MP? 2) As falhas poderiam ter sido evitadas se a função de custus legis fosse priorizada? 3) Como a conduta do MP pode ser classificada à luz do conceito de injustiça epistêmica?	Questões baseadas na análise do relatório, jurisprudência e referencial teórico	Orientar a análise qualitativa, respondendo a questões centrais sobre a atuação do MP em sua função de custus legis .
5. Análise Qualitativa dos Dados	Exame detalhado das 342 prisões preventivas mencionadas no relatório, com foco em 272 casos em que a prisão foi deferida. Avaliação das práticas do MP em relação às provas e ao devido processo legal, especialmente nos casos anulados por falhas processuais.	Dados extraídos do relatório e das decisões analisadas	Avaliar a postura do MP frente a evidências frágeis e verificar o cumprimento de seu papel de fiscal da legalidade.
6. Limitações da Pesquisa	Reconhecimento das limitações do estudo, como a restrição geográfica ao RJ e a dependência de informações fornecidas pela Defensoria, bem como o acesso limitado a informações completas sobre as fundamentações do MP.	Análise interna do alcance e limitações do estudo	Delimitar o escopo e as restrições do estudo para uma interpretação cuidadosa dos resultados obtidos.

TABELA 1

DETALHAMENTO DAS ETAPAS DE PESQUISA

ANÁLISE DO RELATÓRIO DA DEFENSORIA PÚBLICA: A pesquisa inicial consistiu no exame do Relatório nº 01/2022, que identificou padrões de erro nos procedimentos de reconhecimento fotográfico. O relatório foi estudado para observar a posição do MP diante das prisões preventivas que foram anuladas em instâncias superiores.

CONSULTA JURISPRUDENCIAL: Para compreender a atuação do MP, foi realizada uma busca por decisões judiciais no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) entre janeiro e junho de 2021, utilizando termos específicos como “reconhecimento fotográfico” e “erro de reconhecimento fotográfico”. Foram encontrados 256 casos, dos quais uma seleção foi analisada para verificar a consistência da atuação do MP e o resultado dos recursos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E LEGAL: A pesquisa também utilizou a literatura de referência de autores como Ferrajoli, Lopes Jr., e Matida para fundamentar teoricamente o papel do MP, especialmente em relação ao garantismo penal e à injustiça epistêmica. A Constituição Federal e o Código de Processo Penal forneceram o embasamento jurídico sobre a atuação do MP.

DEFINIÇÃO DAS QUESTÕES DE PESQUISA: Três perguntas principais orientaram a análise: (1) Houve fiscalização adequada por parte do MP no início das denúncias? (2) As falhas poderiam ter sido evitadas com o desempenho efetivo do papel de **custus legis**? (3) Como classificar a conduta do MP diante dessas falhas?

ANÁLISE QUALITATIVA DOS DADOS: A análise qualitativa focou-se nas 342 ocorrências de prisão preventiva, com especial atenção aos 272 casos em que a prisão foi deferida. Foi avaliado se o MP priorizou o cumprimento de seu papel de fiscal da legalidade ou se insistiu na acusação, mesmo diante de provas frágeis.

LIMITAÇÕES DA PESQUISA: Esta pesquisa possui limitações, incluindo a restrição ao contexto do estado do Rio de Janeiro e a dependência de dados fornecidos pela Defensoria Pública. Além disso, houve uma limitação no acesso às fundamentações completas das decisões do MP, o que restringe uma análise ainda mais detalhada.

4 | CONCEITO DE INJUSTIÇA EPISTÊMICA

A epistemologia, ramo da filosofia que estuda o conhecimento, compreende desde a antiguidade, com Sócrates, até pensadores modernos como John Locke e Karl Popper, uma linha contínua de reflexão sobre os processos de construção do conhecimento. No contexto atual, a epistemologia social surge como campo específico que examina como o conhecimento é influenciado pelas relações sociais e como, em algumas situações, ele pode resultar em injustiça. Nesse cenário, o conceito de injustiça epistêmica, proposto por Miranda Fricker¹³, se insere ao identificar formas de opressão que prejudicam a produção, comunicação e aceitação do conhecimento de certos grupos ou indivíduos.

Fricker¹⁴ define a injustiça epistêmica como uma forma de desvalorização ou negligência do conhecimento de um sujeito devido a preconceitos estruturais e contextuais que afetam o ouvinte. Tal injustiça ocorre, segundo ela, quando uma pessoa é desacreditada em sua capacidade de testemunho por causa de vieses sociais, como os de gênero, raça ou posição social. Esse tipo de injustiça interfere na credibilidade do sujeito e afeta a forma como suas experiências e conhecimentos são considerados no processo de tomada de decisão, gerando, assim, um prejuízo epistêmico no sistema de justiça.

13 FRICKER, M. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

14 Ibidem

Jennifer Lackey¹⁵ amplia essa análise ao introduzir o conceito de injustiça epistêmica agencial, que ocorre não apenas no tratamento do testemunho de indivíduos marginalizados, mas também na forma como instituições e agentes de poder (como o Ministério Público) lidam com as evidências e a narrativa dos envolvidos. Para Lackey, a injustiça epistêmica transcende o testemunho individual e se manifesta em decisões institucionais enviesadas que reforçam um “túnel epistêmico”, onde apenas uma tese é considerada válida, ignorando-se deliberadamente elementos que poderiam corroborar a versão da defesa ou diminuir a culpabilidade do acusado.

Janaína Matida¹⁶ traz essa reflexão para o contexto do processo penal brasileiro, indicando que a injustiça epistêmica se manifesta quando instituições, como o Ministério Público, desconsideram provas ou testemunhos que poderiam beneficiar o réu, em prol de uma narrativa única que favorece a acusação. Matida alerta que, ao agir assim, o MP falha em seu papel de **custus legis** (fiscal da legalidade), pois desrespeita o princípio da imparcialidade e compromete a integridade do devido processo legal. Essa prática de injustiça epistêmica na acusação prejudica o acesso à justiça de grupos marginalizados e vulneráveis, reforçando a opressão institucional.

5 | CONCLUSÃO

A análise sobre a atuação do Ministério Público no contexto das prisões preventivas baseadas em reconhecimento fotográfico revela desafios críticos para o sistema de justiça, especialmente no que tange ao equilíbrio entre a função acusatória e o papel de fiscal da legalidade. O estudo demonstra que, em diversos casos, a atuação do MP desconsiderou fragilidades probatórias e falhas procedimentais que poderiam comprometer o devido processo legal, levando à perpetuação de prisões preventivas posteriormente invalidadas em instâncias superiores.

Essa postura do MP sugere uma preocupação excessiva com a construção de uma narrativa acusatória em detrimento da fiscalização isenta e rigorosa da legalidade das provas e procedimentos. Essa prática não apenas fragiliza a credibilidade da instituição como defensora da ordem jurídica, mas também contraria os princípios garantistas que deveriam nortear a ação penal, priorizando a proteção dos direitos fundamentais e a intervenção mínima do Estado no âmbito das liberdades individuais.

A conclusão deste estudo aponta para a necessidade de uma revisão das práticas institucionais do Ministério Público, especialmente quanto ao seu papel de **custus legis**. Em um sistema penal comprometido com a justiça e com os direitos humanos, o MP deve exercer sua função de maneira equilibrada e imparcial, assegurando que os procedimentos probatórios e acusatórios respeitem rigorosamente os princípios constitucionais. Adotar uma postura verdadeiramente garantista é essencial para reduzir o número de prisões injustas e prevenir a repetição de falhas que impactam a vida de pessoas vulneráveis, preservando, assim, a integridade e a legitimidade do sistema de justiça penal.

15 LACKEY, J. *Learning from words: testimony as a source of knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

16 MATIDA, J. *Injustiça epistêmica e processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 122, p. 55-78, mar./abr. 2017.

Este estudo, ao levantar essas questões, busca contribuir para uma reflexão mais ampla sobre a necessidade de aprimoramento das práticas judiciais, reforçando o compromisso do Ministério Público com um sistema de justiça efetivo, democrático e alinhado aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional nº 37, de 2011*. Altera a Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: dia mês ano.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 1998.

COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: advocacia, medicina e engenharia no Rio de Janeiro, 1822-1930*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

COMIN, Álvaro A.; BARBOSA, Rogério Jerônimo. Trabalhar para estudar: sobre a pertinência da noção de transição escola-trabalho no Brasil. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 91, p. 75-95, 2011.

CUNHA, Luciana Gross; BUENO, Rodrigo de Losso da Silveira; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira; RAMOS, Luciana de Oliveira; MACEDO, Gabriel Hideo Sakai de. *Relatório ICJBrasil – 2.º e 3.º trimestres/2014*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório nº 01/2022 da Coordenação de Defesa Criminal: observatório do reconhecimento fotográfico*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2022.

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

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRICKER, M. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LACKEY, J. *Learning from words: testimony as a source of knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LOPES JR., A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.


MATIDA, J. Injustiça epistêmica e processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 122, p. 55-78, mar./abr. 2017.

SILVA, Cátia Aida. *Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos*. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 2001.

SINHORETTO, Jacqueline. *A justiça perto do povo: reforma e gestão de conflitos*. São Paulo: Alameda, 2011.

ZACCONI, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

A EFETIVIDADE DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527036>

Data de aceite: 12/03/2025

Christian Simão Rodrigues de Moura

Discente do Curso de Direito da Unifenas
– Câmpus Divinópolis/MG

Daniela Costa Soares Mattar

Docente do Curso de Direito da Unifenas
– Câmpus Divinópolis/MG

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise sobre a efetividade do Direito Notarial e Registral na garantia dos direitos fundamentais no Brasil. Serão discutidos os conceitos de direitos fundamentais e sua importância para a configuração de um Estado Democrático de Direito, além de contextualizar o papel dos serviços notariais e registrais como instrumentos essenciais na proteção desses direitos, especialmente no que diz respeito à identidade, propriedade e transações jurídicas seguros. O problema de pesquisa centra-se na questão: como o direito notarial e registral efetiva a proteção dos direitos fundamentais no Brasil? A relevância do tema se justifica pelo fato de que a proteção dos direitos fundamentais é fundamental para a dignidade humana e para a construção de uma sociedade justa e igualitária. Além disso, a eficiência

dos serviços notariais e registrais é crucial para a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais e econômicas, sendo um elemento crucial na prevenção de litígios e na promoção da confiança nas transações jurídicas. Para isso, será utilizada uma metodologia que compreende pesquisa bibliográfica e documental, análise de legislações pertinentes e revisão de trabalhos acadêmicos relacionados, buscando demonstrar a importância do direito notarial e de registro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Direito Notarial e Registral; Segurança Jurídica; Estado Democrático de Direito.

THE EFFECTIVENESS OF NOTARIAL AND REGISTRATION LAW IN GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL

ABSTRACT: This article aims to analyze the effectiveness of Notarial and Registration Law in guaranteeing fundamental rights in Brazil. The concepts of fundamental rights and their importance for the establishment of a Democratic State of Law will be discussed, in addition to contextualizing the role of notarial and registration services as

essential instruments in the protection of these rights, especially with regard to identity, property and secure legal transactions. The research problem focuses on the question: how does notarial and registration law effectively protect fundamental rights in Brazil? The relevance of the topic is justified by the fact that the protection of fundamental rights is fundamental for human dignity and for the construction of a fair and egalitarian society. In addition, the efficiency of notarial and registration services is crucial for legal certainty and the stability of social and economic relations, being a crucial element in the prevention of litigation and in the promotion of trust in legal transactions. To this end, a methodology that includes bibliographic and documentary research, analysis of relevant legislation and review of related academic works will be used, seeking to demonstrate the importance of notarial and registration law.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Notarial and Registration Law; Legal Security; Democratic Rule of Law.

1 | INTRODUÇÃO

O Direito Notarial e Registral desempenha um papel essencial na garantia de direitos fundamentais no Brasil, sendo um pilar do Estado Democrático de Direito ao garantir a proteção, segurança e validade de transações jurídicas. Num contexto em que a proteção da identidade, da propriedade e das transações seguras é fundamental para a estabilidade social e econômica, os serviços notariais e registrais garantem não apenas a formalidade, mas a efetivação de direitos fundamentais, prevenindo fraudes e assegurando a confiança nas relações jurídicas.

Com base nesse cenário, a presente pesquisa tem como objetivo analisar como o Direito Notarial e Registral contribui para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil. A questão que orienta o estudo é: como esses serviços auxiliam na proteção e garantia dos direitos fundamentais, como a identidade e a propriedade, em um contexto que exige segurança jurídica e prevenção de litígios? A relevância do tema é evidente, dado que a eficiência desses serviços impacta diretamente na segurança jurídica e na confiança que os cidadãos depositam nas transações diárias, desde a compra de um imóvel até a autenticação de documentos essenciais.

Deste modo, o artigo está estruturado em três questões temáticas, além desta introdução e das considerações finais. Na primeira seção, intitulada “*Conceituação e Origens do Direito Notarial e Registral*”, será explorado o desenvolvimento histórico desses serviços e sua importância na estruturação do sistema jurídico brasileiro. Na segunda seção, “*A Importância da Proteção dos Direitos Fundamentais no Contexto Brasileiro*”, serão discutidos os conceitos de direitos fundamentais e como sua proteção é central para o Estado Democrático de Direito. A terceira seção, “*A Importância da Proteção dos Direitos Humanos no Contexto Brasileiro e sua Relação com o Direito Notarial e Registral*”, abordará como os serviços notariais e registrais importantes para a proteção dos direitos humanos e sua relevância prática no cotidiano da sociedade brasileira.

Ademais, a escolha do tema justifica-se pela necessidade de compreender a função crucial do Direito Notarial e Registral na proteção dos direitos fundamentais, garantindo a segurança e a confiança nas relações jurídicas. A metodologia adotada baseia-se na pesquisa bibliográfica e documental, com análise de legislações e trabalhos acadêmicos, buscando fornecer uma compreensão aprofundada e crítica da importância desses serviços na efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

2 | CONCEITUAÇÃO E ORIGENS DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

O direito notarial e registral é uma das disciplinas mais antigas e fundamentais para a organização jurídica de uma sociedade, sendo responsável por garantir a segurança, autenticidade e eficácia dos atos e negócios jurídicos. Para entender sua aplicação no contexto contemporâneo, é essencial uma análise de suas origens e evolução, que remontam às primeiras civilizações. Desde tempos antigos, o ser humano buscou formas de garantir que suas relações e transações fossem registradas de maneira confiável, de forma a preservar direitos e prevenir litígios futuros.

Leonardo Brandelli, ao discutir a história do notariado, aponta que a prática notarial precede o direito positivo, surgindo como uma necessidade social antes de se formalizar juridicamente (BRANDELLI, 2011). Inicialmente, os contratos e acordos eram baseados na confiança entre as partes, muitas vezes formalizados apenas por testemunhas em locais públicos, como praças. No entanto, essa prática não oferecia segurança suficiente, devido à falibilidade humana. Com o tempo, a sociedade clamou por mecanismos que pudessem garantir maior credibilidade e permanência às transações, resultando na criação de instituições notariais e de registro.

O surgimento da atividade notarial está intimamente ligado à necessidade humana de estabelecer estabilidade nas relações interpessoais. O notário aparece como um agente essencial para perpetuar no tempo os negócios privados, assegurando a autenticidade e validade dos atos. Como bem observa Brandelli, a atividade notarial não é uma criação acadêmica ou legislativa, mas sim uma invenção social, concebida no seio da sociedade como resposta à evolução das normas jurídicas e às necessidades práticas da vida cotidiana (BRANDELLI, 2011).

Essa função social do notário é evidente nas primeiras civilizações que implementaram o sistema de registros documentais. No Egito Antigo, por exemplo, os escribas desempenhavam funções notariais, registrando transações e elaborando documentos oficiais (BRANDELLI, 2011). Embora suas funções fossem amplas e englobassem desde a escrita de textos religiosos até a elaboração de registros privados, eles já exerciam um papel fundamental na administração da justiça e na preservação de direitos. No entanto, devido à falta de fé pública, os documentos elaborados pelos escribas careciam de valor jurídico, necessitando da aprovação de uma autoridade superior.

O desenvolvimento do notariado na Grécia Antiga e em Roma apresenta marcos importantes para a consolidação do direito notarial e registral como conhecemos hoje. Na Grécia, os *mnemons*, mencionados por Aristóteles, eram funcionários públicos responsáveis por registrar atos e contratos dos cidadãos, preservando a memória dessas transações. Almeida Jr. observa que a terminologia “*mnemons*”, quando traduzida, ilustra claramente que o objetivo principal da função notarial é preservar a memória dos contratos, ou seja, garantir a pré-constituição de prova e a segurança jurídica dos atos (ALMEIDA JÚNIOR).

No contexto romano, inicialmente a palavra dos cidadãos tinha valor legal, e as relações eram baseadas na boa-fé e na lei natural. Contudo, com a expansão do império e a complexificação das relações civis, surgiu a necessidade de formalizar os contratos e guardá-los por escrito. Surgiram, então, diversos oficiais com funções específicas, como os *notarii*, responsáveis por registrar contratos e testamentos, e os *tabelliones*, considerados precursores diretos dos notários modernos. A elevação dos *tabelliones* à dignidade de ofício municipal, durante o governo dos imperadores Arcádio e Honório, é um marco importante na institucionalização da função notarial (BRANDELLI).

No Brasil, a história do notariado está ligada à chegada dos colonizadores portugueses. O primeiro marco simbólico do direito notarial e registral no país foi a “Carta de Achamento do Brasil”, redigida por Pedro Vaz de Caminha em 1500 (CARVALHO, 2010). Essa carta, embora não fosse formalmente um documento notarial, desempenhou funções semelhantes às do notariado, como a criação de um registro oficial e a preconstituição de prova (SILVA, 2016). Ao descrever a descoberta das novas terras para a Coroa Portuguesa, Caminha estabeleceu um modelo de documentação que seria seguido nos séculos seguintes, marcando o início da prática de registros formais no território brasileiro.

Com o tempo, o sistema notarial e registral no Brasil se consolidou, especialmente com a introdução de leis específicas que regulamentaram a atuação desses profissionais. A Lei 8.935/94, conhecida como a Lei dos Cartórios, é o principal diploma legal que rege as atividades de notários e registradores no Brasil. Ela define as funções, deveres e responsabilidades desses profissionais, conferindo a eles a missão de formalizar juridicamente a vontade das partes e garantir a segurança jurídica dos negócios realizados.

A Lei 8.935/94 desempenha um papel central na organização e regulamentação dos serviços notariais e de registro no Brasil. Ela estabelece, de forma clara, as funções de notários e registradores, bem como os limites de suas atribuições. De acordo com o artigo 6º dessa lei, os notários são responsáveis por formalizar juridicamente a vontade das partes, assegurando a autenticidade e eficácia dos negócios e atos jurídicos. Isso significa que os atos notariais possuem um valor probatório, sendo capazes de evitar disputas e litígios futuros.

Entre as inovações trazidas por essa lei, destaca-se a obrigatoriedade de comunicação aos tribunais sobre negociações envolvendo precatórios e créditos reconhecidos por sentença transitada em julgado, conforme introduzido pelo artigo 6º-A da Lei nº 14.711/2023. Essa medida visa garantir maior transparência nos negócios jurídicos e prevenir fraudes, contribuindo para a credibilidade do sistema notarial e registral.

Além de formalizar a vontade das partes, os notários exercem outras funções fundamentais para a administração da justiça e a segurança jurídica. Eles são responsáveis por autenticar documentos, reconhecer firmas e elaborar escrituras públicas, todos atos que visam a preservação dos direitos e a prevenção de conflitos. A atuação dos registradores é igualmente crucial, especialmente no que diz respeito à guarda e conservação de registros, como imóveis, títulos e documentos.

A Lei 8.935/94 define que os oficiais de registro de distribuição têm atribuições específicas, como a distribuição equitativa dos serviços de mesma natureza, a realização de averbações e cancelamentos e a expedição de certidões. Esses serviços são essenciais para garantir a transparência dos atos e a equidade na prestação dos serviços públicos, promovendo a confiança da sociedade no sistema notarial e registral.

Desta feita, o direito notarial e registral desempenha um papel essencial na estruturação da sociedade moderna, garantindo a segurança, autenticidade e perpetuidade dos negócios jurídicos. Desde suas origens nas civilizações antigas até sua regulamentação contemporânea no Brasil, essa atividade tem evoluído para acompanhar as necessidades sociais, jurídicas e econômicas. A Lei 8.935/94 representa um marco importante nessa evolução, estabelecendo diretrizes claras para a atuação de notários e registradores e assegurando a eficácia dos atos jurídicos no país. Assim, o direito notarial e registral não apenas facilita as transações cotidianas, mas também contribui para a administração da justiça e a promoção da confiança pública no sistema jurídico.

3 | A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

A proteção dos direitos fundamentais no Brasil, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, representa uma das maiores conquistas da sociedade em prol da dignidade humana. Estes direitos são a base para a criação de um Estado democrático, que tem como objetivo garantir o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade. Como aponta Flávia Martins André da Silva, “os Direitos Fundamentais são criados para garantir ao ser humano o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento de sua personalidade” (SILVA).

Desde o Código de Hamurabi, criado no século XVIII a.C., que já abordava a defesa da vida e da propriedade, passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, até a nossa Constituição de 1988, a trajetória de proteção dos direitos fundamentais foi marcada por profundas transformações, sempre com o objetivo de estabelecer garantias essenciais ao indivíduo.

O Código de Hamurabi é reconhecido como um dos primeiros sistemas legais documentados, e este, de suma importância. Gravado em uma pedra de basalto, ele estabelecia regras que protegiam a vida, a honra e a propriedade, fundando-se no princípio do “olho por olho, dente por dente”. Embora este princípio tenha sido gradualmente

substituído por formas mais evoluídas de justiça, ele representa um marco no processo de institucionalização de direitos e deveres no âmbito social. Este código, segundo Flávia Martins André da Silva, “defendia a vida e o direito de propriedade, contemplava a honra, a dignidade, a família e a supremacia das leis em relação aos governantes” (SILVA).

Ao longo dos séculos, a evolução dos sistemas jurídicos foi fortemente influenciada por marcos históricos que deram origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1789. Posteriormente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris em 1948 e proclamada pela ONU, estabeleceu-se o primeiro consenso internacional sobre a necessidade de proteger a dignidade e os direitos de todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, religião ou convicções políticas. O Brasil, como signatário desse tratado, assumiu o compromisso de refletir esses princípios em sua legislação interna.

A Constituição Federal de 1988, elaborada durante o processo de redemocratização do Brasil, é considerada um dos documentos mais progressistas no campo da proteção dos direitos humanos. Ela não reflete apenas as aspirações de uma sociedade que desejava superar os traumas de regimes autoritários, mas também os avanços globais na concepção de direitos universais. O artigo 5º da referida Constituição é um dos principais instrumentos de proteção dos direitos e garantias fundamentais no Brasil. Ele consagra uma série de dispositivos que buscam assegurar a inviolabilidade de direitos como a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade. Como afirma Flávio Marcos de Oliveira Vaz, “os direitos fundamentais são permanentes, irrenunciáveis e imprescritíveis, assegurando ao indivíduo sua proteção contra violações por parte do Estado ou de terceiros” (VAZ).

A adoção de princípios internacionais em nossa Constituição, como o respeito aos direitos individuais, garante que o Brasil mantenha um diálogo constante com a comunidade internacional sobre a proteção dos direitos humanos. Isso é especialmente relevante em um mundo cada vez mais globalizado, onde as evidências de direitos em um país podem ter repercussões em nível global, atraindo avaliações ou críticas internacionais.

Ao longo da história, os direitos humanos foram moldados por influências cruciais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948. A Constituição de 1988 reflete esses princípios, reafirmando o compromisso do Brasil em garantir a proteção dos direitos fundamentais. Conforme citado por Mattar e Vaz, Dimoulis destaca que “os Direitos Fundamentais têm a função de limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual, garantindo uma supremacia normativa no ordenamento jurídico estatal” (DIMOULLIS, 2007, p. 29).

Conforme aponta Rafaela Cândida Tavares Costa, professora e estudiosa dos direitos humanos fundamentais, os direitos fundamentais diferenciam-se dos direitos humanos e dos direitos do homem e do cidadão principalmente pela ordem de positividade. Os direitos do homem e do cidadão não são positivados, ou seja, não têm força normativa no ordenamento jurídico. Já os direitos fundamentais são aqueles positivados no âmbito interno de uma Constituição, e os direitos humanos, na ordem internacional (COSTA). Essa distinção é essencial para compreender o escopo e a aplicação prática dos direitos em diferentes contextos.

Dentre as diversas características dos direitos fundamentais, destaca-se sua historicidade, já que eles surgem em contextos históricos específicos e evoluem conforme as necessidades da sociedade. Eles também são imprescritíveis e irrenunciáveis, conforme ressaltado por Flávio Vaz, que diz: “os direitos fundamentais não podem ser perdidos com o tempo nem renunciados pelo indivíduo, sendo sua proteção permanente” (VAZ).

Além disso, os direitos fundamentais desempenham um papel essencial no âmbito da segurança jurídica, especialmente na proteção da propriedade e da privacidade. O inciso XXII do artigo 5º da Constituição assegura que “é garantido o direito de propriedade”, enquanto o inciso X consagra a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Alexandre de Moraes, ao citar Canotilho, destaca que “os direitos fundamentais cumprem a função de defesa da pessoa humana e sua dignidade perante os poderes do Estado” (CANOTILHO, 1941, p. 408), evidenciando a necessidade de equilibrar transparência e proteção à privacidade nas relações jurídicas.

Assim, a proteção dos direitos fundamentais no Brasil é fundamental para a manutenção da ordem democrática e da dignidade humana, como consagrado no artigo 5º da Constituição de 1988. Esses direitos, além de serem garantias contra abusos estatais, são a base para a construção de uma sociedade mais justa, que valoriza o respeito à liberdade, à igualdade e à dignidade de todos. É através dessa proteção que o Brasil se compromete, tanto em nível nacional quanto internacional, a promover uma sociedade onde o indivíduo e seus direitos estão no centro das preocupações do Estado.

4 | A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

Os Direitos Humanos, ou Direitos Fundamentais, são conquistas essenciais para a proteção da dignidade humana, sendo a base da sociedade moderna. Segundo Flávia Martins André da Silva, “Os Direitos Fundamentais são criados para garantir ao ser humano o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento de sua personalidade.” (SILVA). Essa proteção é particularmente relevante no contexto jurídico brasileiro, no qual a Constituição Federal de 1988 exerce papel central na garantia desses direitos.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é um dos mais importantes nesse sentido, abarcando um conjunto de direitos e garantias fundamentais que protegem a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade e a segurança. No campo do Direito Notarial e Registral, esses dispositivos são de suma importância, uma vez que notários e registradores desempenham papel crucial na formalização e publicidade de atos jurídicos, garantindo segurança e eficácia nas transações e nos registros.

Brandelli aborda essa questão ao afirmar que “a necessidade humana de segurança e certeza, caracterizada pela necessidade de estabilidade nas relações, sejam estas jurídicas ou não, amparou esse requerimento social pelo surgimento de um agente

que pudesse perpetuar no tempo os negócios privados, assegurando os direitos deles derivados.” (BRANDELLI). Esse agente é justamente o notário ou registrador, cuja função é regulamentada pela Lei 8.935/1994, conhecida como a Lei dos Notários e Registradores. Essa lei, em seu artigo 3º, define que os notários e registradores são profissionais de direito, dotados de fé pública, que exercem suas atividades de forma delegada pelo Estado, com o objetivo de garantir a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. O artigo 5º da Constituição, em seu inciso XXXV, reforça esse papel ao determinar que «a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito», o que também abrange atos registrados em cartórios, assegurando o acesso à justiça para resolver litígios relacionados a direitos patrimoniais e outros registrados.

A Lei 8.935/1994 reforça o princípio da segurança jurídica, complementando a garantia constitucional do artigo 5º. A fé pública atribuída aos notários e registradores, conforme o artigo 3º da referida lei, dá credibilidade e estabilidade aos atos registrados, protegendo as partes envolvidas de fraudes ou conflitos futuros. Brandelli ressalta essa função ao afirmar que “a atividade notarial e registral surgiu para atender à necessidade de perpetuar no tempo os negócios privados, garantindo, assim, a estabilidade nas relações jurídicas” (BRANDELLI). A atuação desses profissionais vai além da mera formalização de documentos. Eles exercem uma função de mediadora e de orientação jurídica para as partes envolvidas, muitas vezes evitando questões ao fornecer um caminho seguro e transparente para a celebração de negócios. Isso é especialmente importante em um país como o Brasil, onde questões relacionadas a propriedades, contratos e transações econômicas costumam ser fonte de conflitos. A fé pública garante que o que está registrado em cartório tenha presunção de veracidade, sendo aceito como prova plena em processos judiciais, o que dá maior segurança às partes envolvidas.

A relação entre o Direito Notarial e Registral e o artigo 5º da Constituição Federal também se manifesta no inciso XXII, que assegura o direito à propriedade, e no inciso XXIII, que estabelece que “a propriedade atenderá à sua função social”. O registro de imóveis, por exemplo, regulamentado pela Lei 8.935/1994, é uma das principais formas de garantir a segurança nas transações imobiliárias, assegurando a titularidade e o cumprimento da função social da propriedade. A função social da propriedade, prevista também no artigo 182 da Constituição, impõe ao proprietário a responsabilidade de utilizar o bem de maneira que atenda aos interesses da coletividade. Nesse contexto, o registro imobiliário é fundamental, pois garante não apenas a identificação do proprietário, mas também o controle sobre o cumprimento dessa função social. Sem um sistema registral eficaz, o cumprimento desse princípio seria comprometido, o que poderia levar a abusos no uso da propriedade, como a especulação imobiliária e a grilagem de terras.

Adicionalmente, o inciso LXXII, que trata do “habeas data”, assegura o direito de acesso, correção e retificação de dados pessoais em registros públicos, o que é de extrema relevância no contexto registral. Por meio dos cartórios, o cidadão pode exercer esse

direito, garantindo a atualização e a correção de informações importantes. Isso também está relacionado à função do registrador, que, conforme o artigo 4º da Lei 8.935/1994, deve manter atualizados os registros e fornecer acesso às partes interessadas, contribuindo para a efetivação dos direitos fundamentais. Essa garantia constitucional, especialmente no âmbito dos registros civis, é vital para a preservação da identidade e da dignidade da pessoa humana. Um erro ou omissão em um registro de nascimento, casamento ou óbito pode gerar consequências graves, tanto em termos patrimoniais quanto de reconhecimento social. Assim, a atuação dos cartórios também se apresenta como uma forma de identidade de salvaguardar a integridade das pessoas, reforçando a proteção de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a atividade notarial e registral se conecta diretamente à proteção dos Direitos Fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, atuando como um meio de concretização desses direitos na prática cotidiana. Como referenciado por Moraes, observa Canotilho, “os direitos fundamentais cumprem a função de defesa da pessoa humana e sua dignidade perante os poderes do Estado” (CANOTILHO, 1941, p. 408), e a atuação dos notários e registradores é fundamental para garantir essa defesa no âmbito privado. Portanto, a relação entre os Direitos Humanos, os dispositivos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e o Direito Notarial e Registral é profunda. Os notários e registradores, através da segurança jurídica que proporcionam, cumprem um papel essencial na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, contribuindo para a estabilidade e a confiança nas relações jurídicas.

5 | CONCLUSÃO

A proteção dos direitos fundamentais e humanos é uma conquista inegociável em qualquer sociedade que valorize a dignidade humana, sendo um alicerce no Estado Democrático de Direito. O Direito Notarial e Registral, conforme abordado ao longo deste trabalho, desempenha um papel fundamental na preservação desses direitos, garantindo a segurança, a autenticidade e a publicidade de atos jurídicos, o que assegura a eficácia das relações e transações na sociedade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.935/1994 destacam a importância do sistema notarial e registral na proteção da propriedade, da identidade e dos direitos de todos os cidadãos. As funções delegadas aos notários e registradores são essenciais para assegurar a estabilidade jurídica, funcionando como uma extensão prática dos direitos fundamentais, conforme previsto no artigo 5º da Constituição. Assim, o papel desses profissionais vai além da mera formalização de atos, pois são agentes de garantia da fé pública e da perpetuidade de direitos, atuando em prol da segurança jurídica e da paz social.

O sistema notarial e registral, ao formalizar juridicamente a vontade das partes, garante que os direitos fundamentais à propriedade, à dignidade e à liberdade de manifestação de vontade sejam especificamente protegidos. Ao autenticar documentos, realizar registros de imóveis, considerar firmas e lavrar escrituras públicas, o notariado atua como uma barreira contra incertezas jurídicas, fraudes e disputas futuras. Esses atos notariais são dotados de fé pública, o que lhes conferem um valor probatório que não apenas facilita o acesso à justiça, mas também previnem litígios, contribuindo para a desjudicialização e desafogamento do sistema judiciário brasileiro. Outro aspecto relevante é a democratização do acesso à segurança jurídica fornecida pelos cartórios. Por estarem presentes praticamente em todo o território nacional, notários e registradores garantem que até mesmo as situações mais distantes e vulneráveis podem contar com serviços que assegurem a eficácia de seus direitos. Isso é especialmente importante em um país de dimensões continentais como o Brasil, onde a desigualdade de acesso a direitos e serviços é uma realidade. O sistema notarial e registral exige, portanto, um papel social, pois contribui para a inclusão jurídica de parcelas da população que, sem essa estrutura, estariam ainda mais marginalizadas.

Desta forma, é indispensável que o Direito Notarial e Registral continue a evoluir, acompanhando as transformações sociais e tecnológicas, a fim de aprimorar suas funções e garantir a proteção contínua dos direitos fundamentais dos cidadãos. A relação intrínseca entre o sistema notarial e registral e a efetivação dos direitos humanos reforça a importância de um ordenamento jurídico que valorize a segurança, a transparência e a confiança nas relações jurídicas, elementos fundamentais para a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

ADELSON LUIZ CORREIA. **Evolução Histórica do Notariado. Artigo Científico.** Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/document%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/document%20(1).pdf). Acesso em: setembro de 2024.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Órgms da Fé Pública. Revista de Direito Imobiliário**, Ano 2010, n. 40, Jan-Abr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial. 4. ed. [S.I.], 2024.** Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/idoc.pub_leonardo-brandelli-teoria-geral-do-direito-notarial-4-ed%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/idoc.pub_leonardo-brandelli-teoria-geral-do-direito-notarial-4-ed%20(3).pdf). Acesso em: setembro de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: setembro de 2024.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Regulamenta a Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: setembro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre os serviços notariais e de registro e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em: setembro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.711, de 29 de junho de 2023. Altera a Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Lei/L14711.htm. Acesso em: setembro de 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1993.

CARVALHO, Eduardo Augusto. **História do Direito no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2010. Disponível em: <https://editoraatlas.com.br>.

COSTA, Rafaela Cândida Tavares. **Aula 1 – Direitos Humanos.** 2024. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/DIREITO%20UNIFENAS/PRIMEIRO%20SEMESTRE/Direitos%20Humanos/AULA%201%20\(8\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/DIREITO%20UNIFENAS/PRIMEIRO%20SEMESTRE/Direitos%20Humanos/AULA%201%20(8).pdf). Acesso em: setembro de 2024.

DIMOULIS, Dimitri. **Estado nacional, democracia e direitos fundamentais. Conflitos e aporias.** In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; Pagliarini, Alexandre Coutinho (Coord.s). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ESTRATÉGIA CONCURSOS. **Lei nº 8.935/94 comentada.** Disponível em: <https://gratis.estrategiaconcursos.com.br/wp-content/uploads/2021/04/Lei-8.935-comentada-ECJ.pdf>. Acesso em: setembro de 2024.

MATTAR, Daniela Costa Soares; VAZ, Flávio Marcos de Oliveira. **Democratic governance and fundamental rights.** 2022. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/15JAERS-07202219-Democratic%20\(2\)%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/15JAERS-07202219-Democratic%20(2)%20(1).pdf). Acesso em: setembro de 2024.


MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** 2024. Disponível em: https://03053950763090202519.googlegroups.com/attach/7f7934d088b16f04/Direitos%20Humanos%20Fundamentais%20-%20Alexandre%20de%20Moraes.pdf?part=0.1&view=1&vt=ANaJVrEtQNwqThL7FBIsViTGxLFTK3bMAZ3ptHs8z0H2I9CV_k17tnTfpSPRRFeLkdt6q8X4_fkzSvqaTatCkCg1_Az2zILzu65WaOf3J_n8qD0lyJCJ0h8. Acesso em: setembro de 2024.

SILVA, Antonio Augusto Firmo da. **O Direito Notarial no Brasil: Histórico e Funções.** São Paulo: Ed. Jurídica, 2016. Disponível em: <https://juridico.com.br>.

SILVA, Flavia Martins André da. **Conceito e espécies de interpretação jurídica.** Revista de Direito, n. 2, p. 1-12, 2012. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31355-35178-1-PB.pdf>. Acesso em: setembro de 2024.

VAZ, Flávio. **Direitos e garantias fundamentais – Parte 01.** 2024. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/DIREITO%20UNIFENAS/PRIMEIRO%20SEMESTRE/Direitos%20Fundamentais/AULA%20DIREITOS%20E%20GARANTIAS%20FUNDAMENTAIS%20PARTE%2001%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/DIREITO%20UNIFENAS/PRIMEIRO%20SEMESTRE/Direitos%20Fundamentais/AULA%20DIREITOS%20E%20GARANTIAS%20FUNDAMENTAIS%20PARTE%2001%20(4).pdf). Acesso em: setembro de 2024.

A TRAJETÓRIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA, REFERÊNCIAS DA OBRA “HISTÓRIA DA ALIMENTAÇÃO NO BRASIL” E O PLANO PLURIANUAL 2024-2027

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527037>

Data de aceite: 12/03/2025

Mariana Seifert Bazzo

Doutoranda em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em “Estudos sobre Mulheres – Gênero, Cidadania e Desenvolvimento” pela Universidade Aberta de Portugal (2018). Pós-graduada em Justiça Europeia dos Direitos do Homem pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2008). Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná (2004).

Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Regulação Comercial e Financeira pela London School of Economics and Political Science (LSE). Procurador do Estado do Paraná.

RESUMO: Este artigo tem como propósito apresentar de maneira concisa a evolução histórica do Direito à Alimentação, com ênfase na proteção de crianças e adolescentes no Brasil. Para isso, adota-se uma abordagem baseada na legislação nacional e internacional, com destaque para as normas do Direito Financeiro, especialmente o atual Plano Plurianual. Além disso, o estudo estabelece uma análise crítica da temática em diálogo com a obra *História da Alimentação no Brasil*, de Câmara Cascudo, evidenciando a relevância dos estudos sobre a História da Alimentação para uma compreensão mais ampla do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Alimentação, Direitos da Criança e do Adolescente, Orçamento, Plano Plurianual, História da Alimentação no Brasil.

1 | INTRODUÇÃO

“(…) No Egito “Assegurar a cada um uma quantidade suficiente de alimentos representava uma garantia de ordem social para um Estado “ético” como aquele no qual reinava o faraó. É com certeza nessa perspectiva que se deve interpretar a máxima de Ptahhotep, um sábio dos meados do terceiro milênio: “O homem que tem a barriga vazia é um [potencial] acusador”, assim como o conselho dado pelo faraó Kheti a seu filho Merikare sobre a maneira de controlar rebeliões: “Um pobre pode se tornar um inimigo, um homem que passa necessidades pode se tornar um rebelde. Acalma-se uma multidão que se rebela com comida; quando a multidão está encolerizada, devemos encaminhá-la para o celeiro”¹

O trecho da obra *História da Alimentação no Brasil* destaca a importância do diálogo entre estudos históricos e o Direito, evidenciando como a alimentação está intrinsecamente ligada à construção de políticas públicas e normativas.

Neste trabalho, a partir da leitura da obra de Luís da Câmara Cascudo, busca-se estabelecer um paralelo entre suas descrições e outros estudos contemporâneos, com ênfase na visão do médico Josué de Castro. Essa análise permite compreender o surgimento de uma verdadeira história da fome no Brasil e as bases que fundamentaram a criação de marcos legais voltados ao direito à alimentação adequada no país.

Além disso, discute-se a atual abordagem desse direito, com foco especial na alimentação de crianças e adolescentes, destacando sua relação com o princípio constitucional da prioridade absoluta (Art. 227 da CF). No contexto orçamentário, examina-se a inserção dessas diretrizes no **Plano Plurianual vigente**, identificando os eixos, objetivos estratégicos e programas destinados à promoção da segurança alimentar e nutricional dessa população.

2 | DIÁLOGOS COM A OBRA “HISTÓRIA DA ALIMENTAÇÃO NO BRASIL” DE CÂMARA CASCUDO.

A obra *História da Alimentação no Brasil*, de Câmara Cascudo, foi escrita na década de 1960 e tem como ponto de partida sua vivência na cidade de Natal, no Rio Grande do Norte. O autor concluiu esse extenso trabalho após mais de **duas décadas de pesquisa**, iniciada, segundo registros, em **1943**. A obra apresenta uma abordagem **histórica e sociológica da alimentação**, explorando os hábitos alimentares brasileiros ao longo do tempo.

Dialogando com estudiosos como **Josué de Castro e Gilberto Freyre**, Cascudo analisa a formação da culinária nacional a partir da fusão das tradições **indígena, africana e portuguesa**. Seu estudo vai além da descrição gastronômica, abrangendo **aspectos sociais** como costumes, crenças, superstições e o próprio ritmo da vida cotidiana.

1 FLANDRIN, Jean Louis; MONTANARI, Massimo (orgs.). *História da alimentação*. 5ª ed., São Paulo: Estação Liberdade, 2007, p. 125.

No início da obra, o autor destaca:

“(...) Andei uma temporada tentando Josué de Castro, em conversa e carta, para um volume comum e bilíngue. Ele no idioma da nutrição e eu na fala etnográfica. O Anjo da Guarda de Josué afastou-o da tentação diabólica. Não daria certo. Josué pesquisava a fome e eu a comida. Interessavam-lhe os carecentes e eu os alimentados (...)”²

Contemporâneo do médico **Josué de Castro** (1908-1973), autor das influentes obras *Geografia da Fome* e *Geopolítica da Fome*, que teve um papel fundamental na formulação de legislações voltadas ao direito à **alimentação**, Câmara Cascudo, em *História da Alimentação no Brasil*, adota uma abordagem diferente. Enquanto Josué de Castro analisa a fome sob uma perspectiva crítica e estrutural, Cascudo foca na categoria do **paladar**, ou seja, na alimentação daqueles que já estão supridos, sem centralizar sua narrativa nas populações mais vulneráveis.

Entretanto, mesmo sem essa intenção explícita, a descrição detalhada da pesquisa de Cascudo acaba por revelar a mesma **realidade desigual** que Josué de Castro denunciava: a exclusão de amplas parcelas da população do **direito à alimentação adequada e à segurança alimentar**.

Ao tratar da **privação alimentar entre grupos vulneráveis**, incluindo crianças e adolescentes, o autor menciona passagens sobre a alimentação de “**escravos e pobres**”, destacando, ainda que de forma indireta, a desigualdade social na história alimentar do Brasil:

Saint-Hilaire indica a bananeira entre as plantas que acompanham a cultura humana no campo. “Onde estiveram as habitações encontrei plantas que parecem acompanhar a nossa espécie; laranjeiras e bananeiras ofereciam ainda seus frutos ao viajante” (9) e tanto constituíam “grande recurso para os pobres, que os comem com farinha de milho”³

O coronel Léon Pales, *L’Alimentation en A.O.F.* (O. R. A. N. A. Dakar, 1954), escreve sobre a indispensabilidade do cuscuz, mencionando os couscous com ou sem amendoim, com peixe seco ou com carnes. No Brasil, pela humildade do fabrico, era manutenção de famílias pobres e circulando entre consumidores modestos. Julgava-se comida de negros, trazida pelos escravos porque provinha do trabalho obscuro da gente de côr, distribuído à venda nos tabuleiros, apregoado pelos mestiços, filhos e netos das cuscuzciras anônimas⁴.

(...) Já no Rio de Janeiro a farinha de mandioca figurava inevitavelmente na comida do escravo, ao lado do feijão-prêto que assumira realce desde finais do séc. XVIII. No tempo de Debret os “escravos nas fazendas alimentavam-se com dois punhados de farinha sêca, umedecidos na bôca pelo sumo de algumas bananas ou laranjas. . . A alimentação do negro numa propriedade abastada compõe-se de canjica, feijão- prêto, toucinho, carne-sêca, laranjas, ba nanas e farinha de mandioca. Essa alimentação

2 CASCUDO, Luís da Câmara: *História da Alimentação no Brasil*. Belo Horizonte, Itatiaia; São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1983, pp. 11/12.

3 Idem, *ibidem*, p. 122.

4 Idem *ibidem*, p. 207.

reduz-se, entre os pobres, a um pouco de farinha de mandioca umedecida, laranjas e bananas. É permitido, entretanto, ao negro mal alimentado aplicar o produto da venda de suas hortaliças na compra de toucinho e carne-seca. Finalmente, a caça e a pesca, praticadas nas suas horas de lazer, dão-lhe uma possibilidade de alimentação mais-suculenta (...) O mesmo escreveria posteriormente Rugendas: “A alimentação dada pelos senhores aos escravos consiste em farinha de mandioca, feijão, carne-seca, toucinho e banana” (24). Informava Carl Seidler, vendo o Brasil do Imperador D. Pedro I: - “A alimentação habitual dos escravos na Capital consiste em farinha de mandioca, feijão, arroz, toucinho e bananas; no interior do país, mormente nas casas mais pobres, às vezes têm que se contentar durante meses com laranja e farinha. Não se acreditaria que com semelhante alimento pudesse um homem conservar sua força e saúde (...)”⁵

Seidler observava que “se bem que não muito saborosa, extremamente útil é a banana que serve de principal alimento aos negros e classes mais pobres” (22), o que continua verídico.⁶

A comida do escravo era a mesma das classes mais humildes e pobres do Império. Apenas era mais regular, diária, segura em sua limitação e com possibilidades ocasionais de melhorias festivas.⁷

E mesmo falando sobre a realidade de Portugal:

“Comem os pobres uma espécie de pão nada bom, que todavia é barato, feito de trigo do país, todo cheio de terra, porque não costumam joear-lo, mas mandá-lo moer aos seus moinhos de vento, tão sujo como o levantaram da eira (...)”⁸

Finalmente, especificamente sobre crianças enquanto ainda longe de se tornarem verdadeiros sujeitos de direitos com prioridade absoluta: “(...) *A obrigação feminina de servir ao homem, cansado do trabalho, excluiu-a da refeição comum. Os homens comiam sozinhos. As mulheres e as crianças depois (...)*”⁹.

A obra em tela *opõe a universalidade da fome, como questão da ordem da natureza, à especificidade do paladar, percebendo-o como fenômeno sócio- histórico e cultural*¹⁰, contudo, expõe nitidamente fatores de insegurança alimentar de populações vulneráveis, incluídos, por certo, crianças e adolescentes.

Dessa forma, percebe-se que os relatos presentes na obra *História da Alimentação no Brasil* também desempenham um papel fundamental como registro de um contexto histórico que evidenciava a necessidade de avanços na garantia do **direito à alimentação adequada**.

5 Idem ibidem, p. 223.

6 Idem, ibidem, p. 234.

7 Idem, ibidem, p. 238.

8 Idem, ibidem, p. 319.

9 Idem, ibidem, p. 48.

10 OLIVEIRA, Luiz Antonio. CAVIGNAC, Julie. “Na cozinha com Câmara Cascudo: história, etnografia e folclore nos estudos da alimentação no Brasil”. *ACENO*, Vol. 4, N. 7, p. 225-236. Jan. a Jul. de 2017. Cultura Popular, Patrimônio e Performance (Dossiê).

3 | EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO NO BRASIL

Diretamente vinculado ao direito à vida, o direito humano à alimentação adequada no Brasil tem se consolidado em diálogo com os princípios da soberania alimentar e da segurança alimentar e nutricional.

No entanto, é importante destacar que essa concepção é relativamente recente. A compreensão da fome como um problema global emergiu apenas após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), e no Brasil, a implementação de políticas públicas voltadas à alimentação teve início apenas durante o Estado Novo, sob a gestão do presidente Getúlio Vargas. Foi na década de 1940 que surgiram a Comissão Nacional de Alimentação (CNA) e o Serviço de Alimentação da Previdência Social (SAPS), iniciativas destinadas a garantir assistência alimentar aos trabalhadores, fundamentadas na ideia do chamado “mito da ignorância”:

Entre as décadas de 1940 e 1960, conforme ressaltado por Lima (2000), a EAN esteve fundamentada no mito da ignorância, que é considerado fator determinante da fome e da desnutrição na população de baixa renda, grupo para o qual estas ações educativas eram destinadas. Uma das bases das políticas de alimentação e nutrição nesta época foi sua vinculação às campanhas de introdução de novos alimentos e às práticas educativas (BOOG, 1997). Desta forma, objetivava-se uma mudança no comportamento alimentar do pobre, através do desenvolvimento de instrumentos que o ensinassem a comer (VALENTE, 1986; LIMA, 2000; LIMA *et al.*, 2003)¹¹.

Durante esse período, o médico Josué de Castro desempenhou um papel fundamental no combate à fome, tanto como gestor do SAPS (Serviço de Alimentação da Previdência Social) e da CNA (Comissão Nacional de Alimentação), quanto como pesquisador e articulador de políticas públicas. Sua atuação também foi essencial para a criação da Ascofam (Associação Mundial de Luta contra a Fome), reconhecida como a primeira organização não governamental internacional dedicada exclusivamente à questão da fome e às políticas voltadas para sua erradicação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, já estabelecia em seu **Artigo 25** que “*Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação (...)*”. O conceito de “direito humano à alimentação adequada” surge formalmente no **Artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, tratado internacional posteriormente ratificado pelo Brasil por meio do **Decreto nº 591, de 1992**.

Durante o período do Regime Militar, a CNA foi extinta e substituída pelo INAN (Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição), que passou a coordenar diversos programas voltados às populações em situação de vulnerabilidade social, abrangendo políticas de segurança alimentar e nutricional. A **Lei nº 5.829/1972**, que criou o INAN, estabeleceu

11 CAIXETA NETO, Ademar Gonçalves. “Educação alimentar e nutricional: histórico e políticas La educación alimentaria y nutricional: historia y políticas.” *EFDeportes.com, Revista Digital*. Buenos Aires, Año 18, Nº 179, Abril de 2013.

em seu **Artigo 2º** que caberia ao instituto: **(I)** assessorar o governo na formulação da política nacional de alimentação e nutrição, incluindo educação nutricional; **(II)** elaborar e propor o Programa Nacional de Alimentação e Nutrição (PRONAN), supervisionar sua implementação e avaliar periodicamente seus resultados; e **(III)** atuar como órgão central das atividades de alimentação e nutrição no país.

Com a promulgação da **Constituição Federal de 1988**, o direito à alimentação foi reforçado dentro de um amplo arcabouço normativo, especialmente com a regulamentação da **Seguridade Social e da Assistência Social**, além da inclusão dos direitos sociais no **Artigo 6º da CF**. Mais adiante, em 1992, após o escândalo de corrupção que culminou no impeachment do presidente Fernando Collor, houve uma intensa mobilização da sociedade civil, impulsionando iniciativas como a **Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida**, movimento de grande relevância para a consolidação das políticas públicas de combate à fome no Brasil:

Fundada pelo sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, a Ação da Cidadania nasceu em 1993, formando uma imensa rede de mobilização de alcance nacional para ajudar 32 milhões de brasileiros que, segundo dados do Ipea, estavam abaixo da linha da pobreza. Criada no auge do Movimento pela Ética na Política, a Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida se transformou no movimento social mais reconhecido do Brasil. Seu principal eixo de atuação é uma extensa rede de mobilização formada por comitês locais da sociedade civil organizada, em sua maioria compostos por lideranças comunitárias, mas com participação de todos os setores sociais.¹²

No âmbito financeiro, a década de 2000 marcou um avanço significativo com a destinação de um orçamento específico para a área, além da implementação do **Programa Fome Zero**, que englobava iniciativas como o **Programa Bolsa Família**. Nesse período, também foi instituído o **Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional**, com vigência de 2012 a 2015, reforçando as estratégias para garantir o direito à alimentação.

Um marco importante dessa época foi a **Lei nº 11.346/2006**, que criou o **Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN)**, com o objetivo de assegurar o direito humano à alimentação adequada por meio da integração de políticas públicas.

Já em 2022, com a mudança de governo após as eleições, o grupo de transição propôs a criação do **Ministério da Agricultura Familiar e da Alimentação Saudável**, demonstrando uma possível reestruturação na gestão das políticas voltadas à segurança alimentar e nutricional no país.¹³

¹² <https://www.acaodacidadania.org.br/nossa-historia>

¹³ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/11/30/grupo-da-transicao-sugere-criacao-do-ministerio-da-agricultura-familiar-e-da-alimentacao-saudavel.ghtml>

4 | DIREITO À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E IMPACTOS NO PLANO PLURIANUAL VIGENTE

Desde 2010, a **Constituição Federal** passou a reconhecer expressamente a **alimentação** como um **direito social**, conforme estabelecido no **art. 6º**. No entanto, no que se refere especificamente a **crianças e adolescentes**, esse direito também está assegurado pelo **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**, que em seu **art. 4º** determina:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” (grifo nosso)

A **prioridade absoluta**, garantida pelo **art. 227 da Constituição Federal**, não deve ser apenas um princípio formal, mas sim uma diretriz efetiva para a implementação de **políticas públicas estruturadas**. Essas medidas devem garantir o pleno acesso a direitos fundamentais para a infância e juventude, incluindo **programas de segurança alimentar e nutricional**, assegurando a proteção integral desse público:

Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar poder ao governante¹⁴

Trata-se de imposição ao Estado do dever de estabelecer políticas, planos, ações, programas, serviços, para salvaguarda de direitos das crianças e adolescentes. Nesse sentido, convém se reafirmar que referido mandamento se opera em todas as esferas *“seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar”*¹⁵.

No âmbito orçamentário, o princípio da **prioridade absoluta** também se evidencia, sendo incorporado à lógica do **orçamento-programa**, que busca estabelecer diretrizes claras para a alocação de recursos, prevendo ações concretas e definindo as principais prioridades da administração pública:

Uma das transformações mais fundamentais no âmbito do orçamento público foi aquela que permitiu sua compreensão para além de ser simplesmente um ato pelo qual o Poder Legislativo conhece o que está sendo feito pelo Executivo. O orçamento público, como expressão de um consenso político, assume hoje o caráter de programa de governo. Isto é, antecipa o plano de trabalho do governo e define os ramos de sua atuação¹⁶.

14LIBERATI apud LEPORE, Paulo Eduardo [et al]. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo*. 10ª ed., - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 85.

15MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66.

16 OLIVEIRA, R. F (Coord.). *Lições de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 201, p. 70.

Trata-se, portanto, de verdadeira garantia orçamentária, de acordo com o exposto no art. 227, *caput* da Constituição Federal de 1988 e arts. 90, §2º, 100, par. único, inciso III e 260, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

O cumprimento deste verdadeiro comando normativo, decorrente do princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, exige a adequação dos orçamentos públicos dos diversos entes federados às necessidades específicas da população infantojuvenil, através da previsão dos recursos indispensáveis à implementação de políticas básicas (art. 87, inciso I do ECA), políticas e programas de assistência social (art. 87, inciso II, do ECA) e programas de prevenção, proteção especial e socioeducativos (arts. 88, inciso III c/c 90, 101, 112 129, todos do ECA), com foco prioritário no atendimento de crianças, adolescentes e suas respectivas famílias. Os orçamentos dos diversos órgãos públicos (cf. art. 90, §2º, do ECA) devem contemplar os planos de ação e de aplicação de recursos destinados à criação, manutenção e ampliação de uma "rede de proteção" à criança e ao adolescente, nos moldes do que for deliberado pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente (art. 88, inciso II, do ECA e arts. 227, §7º c/c 204, da CF), de acordo com as demandas e prioridades apuradas junto aos Conselhos Tutelares (art. 136, inciso IX, do ECA), Justiça da Infância e da Juventude e demais órgãos de defesa dos direitos infantojuvenis, bem como aquelas apontadas nas Conferências dos Direitos da Criança e do Adolescente, periodicamente realizadas.¹⁷

Quando se trata do direito à alimentação, é essencial que o orçamento priorize a alimentação de crianças e adolescentes, em conformidade com as disposições constitucionais. Nesse sentido, destaca-se a relevância de enfrentar a problemática da **insegurança alimentar**, garantindo recursos e políticas eficazes para sua mitigação:

"(...) A fome e a desnutrição afetam o crescimento, a saúde, o humor e a cognição da criança (VALENTE, 2002). A falta de alimentação constante e adequada durante o dia ocasiona a diminuição de glicose no sangue o que acarreta em dificuldade de concentração de crianças e adolescentes nas aulas (VALENTE, 2002). Nesse sentido o fornecimento de merenda escolar é de suma importância para a nutrição e o rendimento escolar da criança e do adolescente. Em muitos casos, é somente na escola que a criança obtém um alimento nutritivo e saudável. Embora o Brasil seja um país de grande área de terras produtivas e capaz de produzir variados alimentos, há falta de distribuição equitativa da terra e da comida. No país, as desigualdades regionais, sociais e econômicas são as causas da pobreza e da fome (...) As desigualdades e a falta de distribuição equitativa de alimentos também geram de um lado o sobrepeso e a obesidade infantil, e de outro a fome e a desnutrição. Em todo o país, crianças manifestam doenças ligadas à alimentação, quer porque estejam em um extremo (sobrepeso), quer porque estejam em outro (subnutrição). (...)"¹⁸

17 DIGIACOMO, Murillo José e Ildeara de Amorim. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017, p. 10.

18 KIRCH, A. T. e COPATTI, L. "O Direito à Alimentação de Crianças e Adolescentes: Uma discussão acerca do papel dos poderes do Estado e da Sociedade Civil em prol da concretização" *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, 17(26). doi: 10.22171/rej.v17i26.839, 2014.

Entre os reflexos orçamentários essenciais e já implementados para garantir a efetivação do **direito à alimentação** de crianças e adolescentes, destacam-se os **programas de transferência de renda**, como o **Bolsa Família/Auxílio Brasil**, além da **alimentação escolar**, que muitas vezes representa a principal refeição para crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade no país.

No que diz respeito à merenda escolar, a **Lei nº 11.947/2009** estabelece que, no mínimo, **30% dos recursos** repassados pelo **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)** aos estados, municípios e ao Distrito Federal, destinados ao **Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)**, devem ser investidos na aquisição de gêneros alimentícios oriundos diretamente da **agricultura familiar e do empreendedor familiar rural**, incluindo suas organizações. A legislação ainda prioriza produtos provenientes de **assentamentos da reforma agrária, comunidades tradicionais indígenas e quilombolas**.

Essa relação entre **agricultura familiar e alimentação escolar** reflete uma diretriz central da **Lei nº 11.947/2009**, que busca fortalecer a segurança alimentar e nutricional dos estudantes, além de impulsionar a produção sustentável e fortalecer a economia local: *Ao emprego da alimentação saudável e adequada, compreendendo o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis e; Ao apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, sazonais, produzidos em âmbito local e pela agricultura familiar.*

Todos esses programas demandam o emprego de recursos públicos e devem ganhar expressão no sistema brasileiro de planejamento orçamentário, que é formado por uma tríade legal composta por três leis ordinárias periódicas: o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA). Esses três diplomas cumprem funções diversas, mas devem ser harmonizados entre si.

Nesse contexto, o PPA deve orientar o planejamento orçamentário a médio prazo (para um período de 4 anos), com a estipulação de programas orçamentários para esse período, além do estabelecimento das diretrizes, dos objetivos e das metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, de forma regionalizada (cf. art. 165, § 1º, da Constituição). A LDO orienta a elaboração e a execução da LOA, além de dispor sobre diversas matérias, especialmente no que diz respeito à condução da política fiscal (cf. art. 165, § 2º, da Constituição). A LOA, por fim, prevê as receitas e fixa as despesas para o exercício financeiro, concretizando o planejamento orçamentário ao longo de sua execução (art. 165, § 8º, da Constituição, entre outros). Desse modo, o direito à alimentação, em sua vertente propriamente orçamentária, deve ser analisado à luz do PPA, da LDO e da LOA. Neste trabalho, enfatizaremos o PPA de 2024 a 2027, que efetivamente contempla os programas orçamentários, conectando-os às ações previstas na lei orçamentária anual.

A Lei nº 14.802, de 10 de janeiro de 2024, instituiu o Plano Plurianual da União para o período de 2024 a 2027. O PPA 2024-2027 é desdobrado em uma **dimensão estratégica** (mais holística, composta pela visão de futuro, valores, diretrizes, eixos temáticos e objetivos estratégicos) e uma **dimensão tática** (de caráter mais concreto, detalhando os meios para alcançar a visão planejada, a partir dos programas, com seus objetivos, indicadores, metas, entregas, investimentos plurianuais e medidas institucionais e normativas). As referidas dimensões estão assim organizadas:

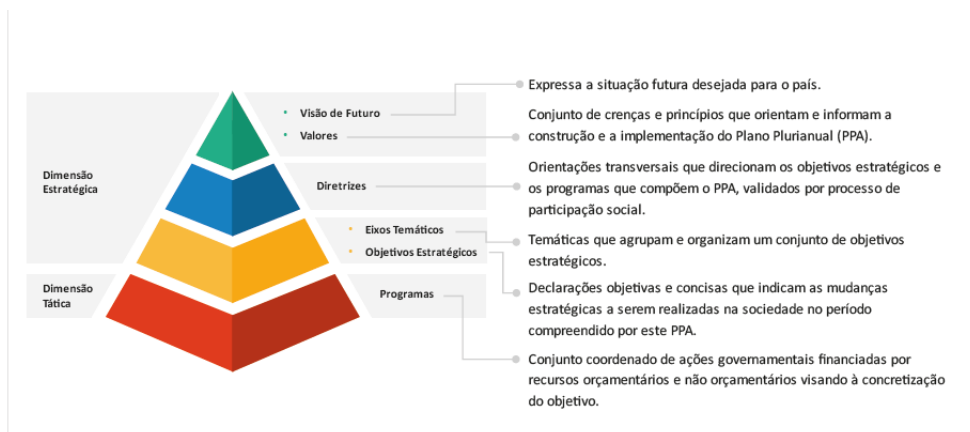


Figura 1: Dimensões do PPA 2024-2027

Fonte: Mensagem Presidencial PPA 2024-2027¹⁹

Quanto à dimensão estratégica do PPA, sua Visão de Futuro para 2027 é a seguinte: “Um país democrático, justo, desenvolvido e ambientalmente sustentável, onde todas as pessoas vivam com qualidade, dignidade e respeito às diversidades”. Naturalmente, é de se esperar que essa visão de futuro compreenda alimentação adequada.

Ainda na dimensão estratégica do PPA, o “Eixo 1 – Desenvolvimento Social e Garantia de Direitos” compreende o “Objetivo Estratégico 1.1 - Enfrentar a insegurança alimentar e a pobreza, retirando o Brasil do Mapa da Fome e beneficiando as pessoas em condição de vulnerabilidade social”. Ente os indicadores-chave selecionados para o acompanhamento dos resultados alcançados nesse Eixo está a **prevalência da desnutrição em percentual da população**. A Mensagem presidencial que acompanha o PPA ressalta a importância da segurança alimentar nesse Eixo²⁰:

O desenvolvimento social – a grande prioridade do governo na construção de um país socialmente mais justo e ambientalmente sustentável – se expressa pelo aumento contínuo da qualidade de vida dos brasileiros e pela redução persistente das desigualdades sociais.

19 BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria Nacional de Planejamento. **Mensagem presidencial – Plano Plurianual (PPA) 2024-2027**. Brasília: Secretaria Nacional de Planejamento/MPO, 2023, p. 22.

20 BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria Nacional de Planejamento. **Mensagem presidencial – Plano Plurianual (PPA) 2024-2027**. Brasília: Secretaria Nacional de Planejamento/MPO, 2023, p. 100.

O eixo Desenvolvimento social e garantia de direitos tem como prioridades o combate à fome, a redução das desigualdades e a melhoria da qualidade e do acesso à educação pública e à saúde primária e especializada.

No imediato, contempla o enfrentamento da fome e da insegurança alimentar e nutricional e as mudanças sociais estruturais que, no médio e no longo prazo, levem a uma significativa redução da pobreza e das desigualdades sociais. Além disso, deve lidar com as diversas formas de discriminação e desrespeito aos direitos humanos. Esse eixo orienta o conjunto das políticas públicas da área social e elenca os principais desafios nessa área, descritos a seguir.

O Brasil tem um grande desafio pela frente: reduzir a fome e a insegurança alimentar grave, que afetam 33 milhões de brasileiros em pleno século XXI, o que é inaceitável para um país que se destaca como um dos maiores produtores de alimentos do planeta. A fome e a insegurança alimentar e nutricional no Brasil resultam da exclusão social, com milhões de brasileiros sem emprego e sem renda para comprar alimentos. Muitos nem sequer têm qualificação profissional mínima para se inserir no mercado de trabalho.

Para combater a fome e a insegurança alimentar de forma definitiva, é necessário implementar políticas de educação e capacitação, aumentar a oferta de trabalho e estimular o empreendedorismo para a geração de renda. Esses são, porém, fatores estruturais que amadurecem lentamente, não sendo a solução para se enfrentar o desafio imediato de assegurar pelo menos três refeições por dia às famílias pobres e miseráveis do Brasil. Diante da urgência, cabe aos governos, com o envolvimento de organizações da sociedade, garantir o direito à segurança alimentar e nutricional e a assistência social da população vulnerável, por meio de transferência de renda direta e condicionada, como o Bolsa Família, além do apoio adicional às famílias com crianças e do Benefício de Prestação Continuada (BPC), ao mesmo tempo que se promove a inclusão produtiva.

É de se destacar que a alimentação também integra o “Eixo 2 – Desenvolvimento econômico e sustentabilidade socioambiental e climática”, que compreende o “Objetivo Estratégico 2.3. Fortalecer a agricultura familiar, o agronegócio sustentável, a pesca e a aquicultura”.

A dimensão tática do PPA 2024-2027, por seu turno, é esboçada em seis **Prioridades**:

1) Combate à fome e redução das desigualdades; 2) Educação básica; 3) Saúde – atenção primária e especializada; 4) Neoliberalização, trabalho, emprego e renda; 5) Novo PAC; e 6) Combate ao desmatamento e enfrentamento da emergência climática.

Por fim, o PPA prevê programas relacionados diretamente ao tema da alimentação, notadamente o Programa “Segurança alimentar e nutricional e combate à fome”, no Eixo 1, e o Programa “Abastecimento e soberania alimentar”, no Eixo 2, entre outros programas indiretamente vinculados ao assunto. Os objetivos gerais e específicos de cada um desses Programas são destacados a seguir:

Programa: Segurança alimentar e nutricional e combate à fome	
Objetivo geral	Promover a produção, a oferta, o acesso e o consumo de água e alimentos adequados e saudáveis, com base em sistemas alimentares sustentáveis, saudáveis e resilientes, priorizando os grupos populacionais vulnerabilizados e fortalecendo o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan).
Objetivos específicos	<ul style="list-style-type: none"> · Atuar em prol da promoção da soberania e segurança alimentar e nutricional e do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) em âmbito internacional com participação social; · Ampliar o acesso à água para consumo e produção para as famílias rurais do Cadastro Único, por meio da implantação de tecnologias sociais de armazenamento de água; · Apoiar a inclusão produtiva de famílias rurais do Cadastro Único por meio do desenvolvimento de um projeto produtivo com assistência técnica e transferência de um recurso não reembolsável; · Adquirir alimentos da agricultura familiar, ampliando a participação, com equidade de gênero, dos grupos prioritários definidos na legislação do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), como fornecedores dos alimentos que abastecem as ações e os equipamentos de Segurança Alimentar e Nutricional; · Fomentar o desenvolvimento de sistemas alimentares saudáveis e sustentáveis; · Consolidar o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan), assegurando a coordenação intersetorial e federativa das políticas de combate à fome e a promoção da segurança alimentar e nutricional, fomentando a participação e o controle social e implementando um sistema de vigilância do direito humano à alimentação adequada.
Programa: Abastecimento e soberania alimentar	
Objetivo geral	Ampliar a disponibilidade e o abastecimento de alimentos diversificados com base em sistemas alimentares saudáveis e sustentáveis, para a promoção da soberania alimentar
Objetivos específicos	<ul style="list-style-type: none"> · Promover a formação de estoques de alimentos, contribuindo para a sustentação de preços aos produtores(as) e ampliando a oferta de produtos básicos no mercado interno; · Promover a comercialização e as compras públicas da agricultura familiar, assegurando a participação de povos e comunidades tradicionais, povos indígenas, juventude rural e mulheres rurais; · Fortalecer a capacidade produtiva da agricultura familiar para o abastecimento, por meio da promoção de empreendimentos familiares, associativismo e cooperativismo solidários, agroindustrialização e inclusão sanitária, assegurando a participação de povos.

Tabela 1: Objetivos gerais e específicos dos principais programas orçamentários referentes à alimentação

Fonte: Mensagem Presidencial PPA 2024-2027²¹

21 BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria Nacional de Planejamento. **Mensagem presidencial – Plano Plurianual (PPA) 2024-2027**. Brasília: Secretaria Nacional de Planejamento/MPO, 2023.

5 | CONCLUSÃO.

Entre as décadas de **1940 e 1960**, surgiram importantes estudos sobre a alimentação no Brasil sob uma perspectiva **histórica e sociológica**, com destaque para a obra *História da Alimentação no Brasil*, de **Câmara Cascudo**.

No mesmo período, o médico **Josué de Castro** desenvolveu pesquisas que marcaram o início de uma análise mais crítica sobre a **fome no país**, atuando não apenas como pesquisador, mas também como **ativista**, criando **organizações não governamentais** e influenciando as primeiras normativas nacionais voltadas ao **direito humano à alimentação**. Embora Câmara Cascudo afirme que sua abordagem dialoga, mas se distancia dos estudos de Josué de Castro, diversas passagens de sua obra evidenciam a **insegurança alimentar** enfrentada por camadas mais vulneráveis da população.

Este artigo revisitou esse **contexto histórico brasileiro** e traçou um panorama da evolução legislativa que culminou no reconhecimento da **alimentação como um direito constitucional** (art. 6º da CF), com especial proteção à **criança e ao adolescente**, reforçada pelo princípio da **prioridade absoluta**, inclusive no que se refere ao planejamento **orçamentário expresso no Plano Plurianual do quadriênio 2024-2027**.

Dessa forma, torna-se evidente a importância de articular os campos da **História da Alimentação** e do **Direito Financeiro**, a fim de compreender e estruturar **políticas públicas eficazes** no enfrentamento da **fome e da insegurança alimentar** no Brasil.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DA CIDADANIA. Nossa história. Disponível em: <https://www.acaodacidadania.org.br/nossa-historia>. Acesso em 05.03.2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2025.

BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria Nacional de Planejamento. *Mensagem presidencial – Plano Plurianual (PPA) 2024-2027*. Brasília: Secretaria Nacional de Planejamento/MPO, 2023.

BRASIL. *Lei nº 5.829, de 3 de novembro de 1972*. Regula a locação de imóveis urbanos e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 6 nov. 1972. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15829.htm. Acesso em: 05 mar. 2025.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 05 mar. 2025.

BRASIL. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 18 set. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em: 05 mar. 2025.

BRASIL. *Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 17 jun. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm. Acesso em: 05 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.802, de 10 de janeiro de 2024**. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2024 a 2027. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/L14802.htm. Acesso em: 05 mar. 2025.

BRASIL. *Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: 2012-2015*. Brasília, DF: Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional, 2011. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/seguranca_alimentar/Plano_Nacional_de_Seguranca_Alimentar_e_Nutricional_2012_2015.pdf. Acesso em: 05 mar. 2025.

CAIXETA NETO, Ademar Gonçalves. Educação alimentar e nutricional: histórico e políticas La educación alimentaria y nutricional: historia y políticas. *EFDeportes.com, Revista Digital*, Buenos Aires, Año 18, Nº 179, abril de 2013. Disponível em: <https://www.efdeportes.com>. Acesso em: [data de acesso].

CASCUDO, Câmara. *Antologia da alimentação no Brasil*. Rio de Janeiro: LTC, 1977.

CASCUDO, Luís da Câmara. *História da Alimentação no Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1983.

DIGIACOMO, Murillo José; AMORIM, Ildeara de. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017.

FLANDRIN, Jean Louis; MONTANARI, Massimo (orgs.). *História da alimentação*. 5ª ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

FREYRE, Gilberto. *Açúcar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

G1. *Grupo da transição sugere criação do Ministério da Agricultura Familiar e da Alimentação Saudável*. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/11/30/grupo-da-transicao-sugere-criacao-do-ministerio-da-agricultura-familiar-e-da-alimentacao-saudavel.ghtml>

KIRCH, A. T.; COPATTI, L. O Direito à Alimentação de Crianças e Adolescentes: Uma discussão acerca do papel dos poderes do Estado e da Sociedade Civil em prol da concretização. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, 17(26), 2014. DOI: 10.22171/rej.v17i26.839. Disponível em: <[link de acesso]>. Acesso em: [data de acesso].

LIBERATI apud LEPORE, Paulo Eduardo [et al]. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.


MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Luiz Antonio; CAVIGNAC, Julie. *Na cozinha com Câmara Cascudo: história, etnografia e folclore nos estudos da alimentação no Brasil*. *ACENO*, Vol. 4, N. 7, p. 225-236, jan./jul. 2017. *Cultura Popular, Patrimônio e Performance (Dossiê)*.

OLIVEIRA, R. F. (Coord.). *Lições de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011.

ONU. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Adoptado pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: [data do acesso].

ESTUDO DO ELEMENTO VOLITIVO NO DOLO E A PROBLEMÁTICA DE SUA AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.668112527038>

Data de aceite: 13/03/2025

Walkiria Ferreira Borges
Ministério Público do Estado de
Minas Gerais Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional

vida, a essência repousa na ação, na qualidade de uma ação capaz de produzir resultados.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Especialização - Ciências Criminais na visão do Ministério Público, promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais como requisito parcial para aprovação na especialização *latu sensu*. Orientador: Prof. Wagner Marteleto Filho

Dedico à centelha divina que vive em mim e que me fez forte para concluir esse importante projeto profissional, enquanto atravessava momentos de dificuldade, me fazendo perceber, que podemos sim, viver desconfortos que nos permitirão acessar um nível elevado de maturidade, enquanto olhamos o mundo com um olhar triste. Ou que a alegria e a liberdade, que vêm do mergulhar em si mesmo, pode vir de um processo que dói, não há incompatibilidades. O que fica, é a constatação, de que, curiosamente, tanto para o dolo, quanto para a

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objeto a análise da vontade como elemento psicológico do dolo e a dificuldade de sua aferição prática no campo probatório. Tradicionalmente, o dolo é apontado como preenchido por dois elementos, o volitivo que expressa o querer do agente quanto a prática de um crime e o intelectual, que corresponde a sua compreensão quanto aos fatos e circunstâncias envolvidos na conduta praticada.

Esta é uma construção que tem sido aceita no campo doutrinário, mas que dada a natureza psíquica atribuída aos seus elementos, mormente ao elemento volitivo, um campo de discussões abriu-se nos últimos anos, apontando uma tendência à relativização e normatização desses elementos em contraponto à posição finalista.

Desse modo, o que se pretende através da concentração desse estudo no elemento volitivo, é questionar se o querer psicológico apresenta critérios seguros para configuração do dolo e também é nossa intenção discutir se a vontade psicológica é mesma necessária para sua configuração.

Através dos estudos das teorias volitivas e cognitivas será discutido se são fornecidos critérios seguros para a sua aplicação, ou se dada a subjetividade que lhe é atribuída não acontece um alargamento das circunstâncias onde o magistrado, à luz de suas próprias convicções, determine o que é querer.

Além disso, verificaremos como a doutrina no Brasil e no direito comparado tem trabalhado a ideia de um dolo sem vontade psicológica e os reflexos de se compreender à vontade sob um viés normativo-atributivo.

Por fim, será apresentada nossa conclusão sobre esse intrigante tema, demonstrando nossas reflexões sobre a possibilidade de reconhecimento do dolo sem vontade psicológica – descritiva.

2 | O CONCEITO E ESPÉCIES DE DOLO NA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA

2.1 Conceito

Os primeiros conceitos de dolo o atrelavam à ideia de artifício, astúcia e fraude, a partir das conceituações do direito civil. Após a lei das XII tábuas do Direito romano, começa-se a enfatizar o elemento subjetivo interno ao agente, adotando-se o chamado *dolus malus*, em que para caracterização do dolo era a imprescindível a intenção direta do agente. Identificando-o com a má intenção do agente¹.

A dogmática penal contemporânea vem se debruçando sobre o conceito e significado do dolo como elemento subjetivo do fenômeno criminoso, que quando presente permite a atribuição da responsabilidade penal.

O tipo legal é constituído de elementos do tipo subjetivo e tipo objetivo introduzidos pelo finalismo na moderna sistemática penal. O elemento geral dos tipos dolosos é o dolo, a energia fundamental dos crimes dolosos, que normalmente preenche todo o tipo subjetivo.²

Em termos legais, o Código Penal Brasileiro estabeleceu em seu artigo 18, I, que o crime é doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Um conceito bem aceito na doutrina moderna é que dolo representa a vontade livre e consciente de realizar o tipo objetivo - elemento anímico volitivo e o intelectual que representa o conhecimento quanto aos fatos e circunstâncias que compõe este tipo objetivo, também definidos por saber e querer.

1 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 28.

2 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 128.

Preferimos o conceito finalista de dolo, ou seja, é a vontade consciente de realizar a conduta típica. Estamos convencidos de que todas as questões referentes à consciência ou noção da ilicitude deve ficar circunscritas à esfera da culpabilidade. Quando o agente atua, basta que objetive o preenchimento do tipo penal incriminar, pouco importando se ele sabe ou não que realiza algo proibido³.

Neste mesmo sentido caminha a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela de vontade de realizar a conduta típica. O elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo. No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a produção do resultado de forma direta -dolo direto - ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha - dolo eventual -. **AgRg no REsp 1.043.279/PR**, Rel Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6º Turma, j. 14.10.2008.

Desse ponto de vista, dolo representa a base subjetiva do agente que consubstanciado em um vínculo psicológico seria responsável por ligá-lo a conduta penal praticada. O elemento volitivo do dolo é representado pela vontade humana, preenchida pelo conhecimento de realizar o tipo objetivo e o cognitivo ou intelectual representa o conhecimento por parte do agente quanto aos fatos e circunstâncias da conduta que ele está em vias de praticar.

2.1.1 Características do dolo

Uma das características do dolo gira em torno de sua abrangência, que deve envolver todos os elementos objetivos do tipo, assim como deve ser atual, vez que a *atualidade* é uma característica que impõe a necessidade de que o dolo deve estar presente no momento da ação, afastando assim, a existência de dolo subsequente ou antecedente.

O dolo⁴ como fundamento subjetivo da realização do plano delituoso deve existir durante a realização da ação, o que não significa durante toda realização da ação, que desencadeia o processo causal típico. Consequentemente não existe dolo anterior, nem posterior à realização da ação típica

A *possibilidade de influenciar o resultado* é outra característica indispensável, posto que a vontade do agente deve ser capaz de produzir o evento típico. Na lição de Welzel a vontade impotente não é um dolo relevante de um ponto de vista jurídico penal.⁵

3 NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6º edição, editora RT, 2009, p. 225.

4 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 152.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, 6º edição, 2009, p. 226.

3 | ESPÉCIES DE DOLO

3.1 Dolo direto

Delimitando as formas possíveis de crimes dolosos, posto se tratar de tipo penal fechado, a lei⁶ penal brasileira define duas espécies possíveis de realização de crime dolosos: dolo direto e dolo eventual.

A primeira modalidade - dolo direto ou determinado, estará presente quando o agente desejar o resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Dolo direto, também denominado dolo determinado, intencional, imediato ou, ainda, dolo incondicionado, é aquele em que a vontade do agente é voltada a determinado resultado. Ele dirige sua conduta a uma finalidade precisa. É o caso do assassino profissional que, desejando a morte da vítima, dispara contra ela um único tiro, certo e fatal⁷.

O dolo de 1º grau tem por conteúdo o fim proposto pelo agente, que pode ter entendido como pretensão dirigido ao fim ou ao resultado típico⁸.

É a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto⁹.

A fim de ilustrar o seu entendimento Guilherme Nucci¹⁰ cita como exemplo o caso de o agente querer subtrair bens da vítima, valendo-se de grave ameaça. E, dirigindo-se ao ofendido, aponta-lhe uma arma, anunciando o assalto e carrega consigo os bens encontrados em seu poder. A vontade se encaixa com perfeição ao resultado. É também denominado de dolo de primeiro grau.

O fim ou resultado intencionado deve ser representado pelo agente como certo ou possível, de modos a constituir risco juridicamente relevante, excluindo, resultados meramente acidentais.

Assim, existe dolo quando em disparo com arma de fogo a longa distância, com a finalidade de homicídio, mas não existe dolo quando se convence alguém a passear na tempestade na esperança de vir a ser fulminado por um raio¹¹.

Existe também o dolo de 2º grau ou de consequências necessárias, no caso em que o agente, persegue um resultado determinado, efetivamente desejado, mas que a utilização dos meios necessários para o seu atingimento, inclui efeitos colaterais, tidos como certo.

Ressalta-se, que neste caso, é o meio utilizado para atingir o fim diretamente intencionado, que produz o resultado, previsto e aceito, nem sempre querido ou até mesmo lamentado, que justifica o reconhecimento desse dolo, atribuído doutrinariamente, como dolo de 2º grau.

6 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 225.

7 MASSON, Cleber. Direito Penal Esquemático – parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 352.

8 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 128.

9 NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6ª edição, editora RT, 2009, p. 226.

10 Ibidem, p. 226.

11 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6º. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 133.

É possível, inclusive, que tais consequências¹² sejam lamentadas por ele, o que não é suficiente para afastar a imputação a título de dolo direto de segundo grau. O exemplo é do matador que, pretendendo atingir determinada pessoa, situada em lugar público, planta uma bomba, que ao detonar, certamente matará outras pessoas ao redor, ainda que não queira atingir essas vítimas, tem por certo o resultado, caso a bomba estoure como planejado.

Necessário destacar que o elemento volitivo, no que se refere à consequência necessária de uma conduta, é evidentemente menos intenso que com relação ao fim pretendido primariamente pelo agente. Dessa forma, pode-se afirmar que no dolo direto de primeiro grau prepondera o elemento vontade, ao passo que no dolo direto de segundo grau prepondera o elemento cognitivo na medida em que o agente toma como certo a consequência criminosa em razão do meio escolhido.¹³

Observa-se, neste caso, uma maior intensidade na vontade para com as consequências necessárias, do que para com o fim primariamente tencionado pelo agente. Entretanto, ainda que em intensidades desiguais a doutrina aponta a presença de dolos diretos distintos, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de sua produção¹⁴.

Desse modo, pode-se dizer que há dolo direto quando o agente quis o resultado como fim ou como consequência necessária em razão do meio utilizado.

3.2 Dolo eventual

No caso do dolo eventual o resultado é aceito como possibilidade. Não há uma pretensão anímica de produzi-lo, mas uma assunção como uma eventualidade, que se ocorrer, será aceita.

A teoria do consentimento, elaborada por Mezger define dolo eventual pela atitude de aprovação do resultado típico previsto como possível, que deve agradar ao autor.¹⁵

O indivíduo deve se sentir indiferente com a possível produção do resultado através de sua atitude. Este entendimento guarda estreita relação com a teoria da indiferença desenvolvida por que identifica dolo eventual na atitude de indiferença do autor quanto a possíveis resultados colaterais típicos, excluídos os resultados indesejados, marcados pela expectativa de ausência.¹⁶ Se o sujeito mentaliza o evento e pensa “pra mim é indiferente que ocorra, tanto faz, dane-se a vítima, pouco me importa que morra”, tratar-se-á da forma eventual. Se essa atitude subjetiva¹⁷ passa pela mente do sujeito durante a realização da conduta, trata-se de dolo direto, uma vez que a previsão e o acrescido consentimento concreto, claro e atual, não se tratando de simples indiferença ao bem jurídico, equivalem ao querer direto.

12 NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6º edição, editora RT, 2009, p. 221.

13 Análise do dolo sob o viés da Teoria Cognitiva acessível em [://www.bdm.unb.br/bitstream](http://www.bdm.unb.br/bitstream), acesso em 17/05/2024.

14 BRASIL, Código Penal Brasileiro, op. cit.

15 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 145.

16 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 146.

17 JESUS, Damásio de. Direito Penal: volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.

Como no caso do dolo de 2º grau, existe a representação mental quanto a possibilidade da ocorrência de um resultado diverso do pretendido, inicialmente.

Acontece que no caso do dolo eventual esse resultado não ocorre por conta dos meios de execução da conduta (explodir uma bomba em local público para atingir vítima determinada), mas como resultado causal do risco criado relativamente ao bem jurídico.

Observa-se, então, neste caso, a importância da representação psíquica do resultado como possível, sem o qual não existe o dolo, bem como a diminuição da importância do elemento volitivo para a sua configuração. Dolo eventual¹⁸, em grande parte das vezes, extrai-se da situação fática esquematizada e não da mente do indivíduo, como seria de se supor.

No dolo eventual, como também no dolo de segundo grau, o que está em causa, especialmente, é o conhecimento de um perigo de determinado tipo (sempre no tocante ao resultado colateral da ação) e não saber qual foi a posição emocional do agente em relação ao referido perigo de determinado tipo (se o agente o tomou, ou não o tomou, a sério).

4 | TEORIAS DO DOLO

4.1 Teorias volitivas do dolo

Conforme já demonstrado anteriormente, a dogmática penal explica o dolo por uma atividade duplamente psíquica - vontade e conhecimento. De base eminentemente psicológica, as teorias volitivas tradicionais ou restritas atrelavam a imputação de um ponto de vista subjetivo, posto que entre a conduta praticada e o resultado produzido haveria de existir um querer no sentido de efetiva aprovação interna.

As teorias volitivas,¹⁹ por influência especial de Anselmo Feuerbach, sucederam a teria do *dolus indirectus*, para quem vontade era proposito, intenção, alcançando um conceito exclusivamente psicológico.

A partir daí, a doutrina Alemã desenvolveu as primeiras teorias da vontade psicológica²⁰, aceitação, aprovação, consentimento e representação, com a finalidade especial de conceituar o dolo eventual. Tendo como ponto em comum entre todas elas, o aspecto interno do agente, ou seja, exigiam para a vontade uma efetiva aprovação interna do resultado pelo autor.

Não bastava o querer da ação, mas exigia também a intenção do resultado²¹. Em linhas gerais as teorias volitivas interpretam o elemento volitivo como uma ligação emocional do autor com o fato, consubstanciada numa postura interna de aprovação quanto ao resultado. A configuração do dolo²² dependia do elemento cognitivo – conhecimento e a efetiva aprovação do resultado por parte do agente.

18 MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado, parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 350

19 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 42.

20 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 33.

21 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 32

22 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial

Aponta-se que após o advento da segunda grande guerra, este viés psicológico que restringia o conceito de dolo como movimento interno de efetiva aprovação, recebeu uma ampliação, ao passar a inserir na área do dolo as consequências não queridas, apontando para análise desse elemento de um ponto de vista jurídico. O aprovar no sentido jurídico²³ já não mais se confunde com a vontade em sentido psicológico- descritivo.

Assim, as representações de ânimo²⁴ do agente não são determinantes para a imputação dolosa, mas sim se ele decidiu, a partir de uma análise jurídica, a favor de uma possível realização do tipo.

A interpretação da vontade no sentido jurídico²⁵ tenta refutar uma acusação de exagerado psicologismo, indicando que a interpretação da vontade não se refere à determinação de um puro estado psíquico emocional, mas sim a um juízo realizado pelo sujeito em face da possível realização do tipo, seguindo um critério de racionalidade.

Não sendo a intenção deste trabalho apresentar um aprofundamento teórico acerca das teorias que buscam conceituar o dolo, mesmo porque, se trata de um conteúdo amplo e de difícil esgotamento, mas demonstrar as bases sobre as quais foram construídas as conceituações acerca do elemento subjetivo do tipo e as inúmeras discussões sobre a necessária mudança na forma de interpretá-lo, no sentido de sua compatibilização com a dogmática penal contemporânea, apresentaremos a seguir, em apartada síntese, movimentos teóricos acerca do elemento volitivo, seja na forma consentida ou representada.

4.1.1 Teoria da vontade

Embora tenha havido mudanças na forma de interpretar o elemento volitivo do dolo, inicialmente partiu-se da adoção de um conceito de um querer psicológico, muito atrelado à aprovação interna do resultado, que por óbvio haveria de ser conhecido.

Desse modo, para esta teoria, a vontade é um importante elemento estruturador do dolo. Trata-se de uma vontade dirigida à produção de um resultado típico. A ação passa a constituir uma intervenção guiada pela vontade em um acontecimento causal.²⁶

A corrente volitiva define dolo como de natureza normativista volitiva, sendo que esta teoria atribui a preponderância da vontade como caracterizadora do dolo. Dolo é conhecimento e vontade.²⁷

Conforme dito alhures, os estudos acerca das teorias dos elementos do dolo foram propostos, inicialmente, pelo direito Alemão, influenciando toda Europa do século XIX início do século XX, adotando, naquele momento, um conceito restrito de vontade psicológica, associada ao querer que evidenciasse prazer quanto ao resultado.

Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

23 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 101.

24 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 45.

25 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 101.

26 FARIAS, Dermeval. Dogmática Penal. Ed. Juspodvim, ano 2022. p. 72.

27 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

Desse ponto, a rejeição interna e a desaprovação quanto ao resultado afastaria *per se* o dolo²⁸, aflorando ainda mais a celeuma já existente acerca do que seria necessário para configuração do dolo eventual, já que neste caso, os efeitos colaterais da conduta, dentro de um sentido psicológico restritivo, não seriam aceitos/queridos pelo agente.

4.1.2 Teoria da representação

A teoria da representação parece adotar um critério mais objetivo, segundo o qual, dolo é a vontade de realizar a conduta, prevendo a possibilidade de o resultado ocorrer, sem conduto, desejá-lo. Denomina-se teoria da representação, porque basta ao agente representar (prever) a possibilidade de o resultado para a conduta ser classificada como dolosa.²⁹

Neste caso, observa-se uma supervalorização da representação mental do resultado como possível ou provável, para que se possa configurar o dolo. Não é que a vontade não importe, mas não é ela quem conduz o dolo, segundo seus adeptos.

Segundo a teoria da representação, cujos principais defensores, em sua fase inicial, foram Von Liszt e Frank, para a existência do dolo é suficiente a *representação subjetiva* ou a previsão do resultado como certo ou provável. Essa é uma teoria hoje completamente desacreditada, e até mesmo seus grandes defensores, Liszt e Frank, acabaram, enfim, reconhecendo que somente a representação do resultado era insuficiente para exaurir a noção de dolo, sendo necessário um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado, que, inegavelmente, identifica-se na vontade [...] na verdade, a simples representação da probabilidade de ofensa a um bem jurídico não é suficiente para se demonstrar que o agente tenha *assumido o risco* de produzir determinado resultado [...] (BITTENCOURT, 2014, p.357).

Para alguns doutrinadores a teoria da representação fundamenta o dolo eventual, que conforme dito alhures, se contenta com a previsão quanto a ocorrência do resultado como possível. Neste caso, não se indaga se agente quis ou assumiu o risco de produzi-lo, mas tão somente foi capaz de representá-lo, psiquicamente.

4.1.3 Teoria do consentimento

A teoria do consentimento aponta para a necessidade de aprovação interna do agente quanto ao resultado, ainda que não tencionado ou tido como necessário. A aprovação, neste ponto, significa um alargamento do conceito de querer psicológico para abarcar situações em que o resultado foi querido pelo agente, posto que ao ser previsto, foi aceito.

28 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

29 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p 220.

Nesta perspectiva não havia que se falar em vontade³⁰, nos casos em que o agente embora reconhecesse a possibilidade do resultado delituoso, o considerasse internamente como desagradável.

Os Alemães foram aos poucos abolindo a ideia de um dolo volitivo onde o querer necessitava de efetiva aprovação interna do resultado, se aproximando de um dolo para cuja configuração exigia-se apenas consentimento quanto ao resultado, tendo como marco histórico o julgamento conhecido na Alemanha como caso “correia de couro”³¹, sentenciado em 22/04/1955, oportunidade em que foi discutido se o conceito de querer exigia aprovação interna ou se bastava a conformação quanto ao resultado previsto.

A decisão ampliou definitivamente o conceito de dolo ao admitir a representação e a consciência do perigo aliadas a admissão do resultado como suficientes para a caracterização da vontade, ainda que o sujeito não quisesse as consequências advindas da conduta³².

Essa mudança paradigmática trouxe reflexos no entendimento quanto ao dolo eventual e imprudência consciente, cujo ponto diferenciador estaria alojado no elemento volitivo – dolo como aceitação resignada. Atualmente, entre as principais teorias que trabalham com critérios fundados na vontade, aponta-se a teoria do consentimento, (ou aprovação), a teoria da indiferença e a teoria da vontade de evitação não comprovada.

4.2 Teorias cognitivas do dolo

As teorias volitivas apresentadas esbarram numa dificuldade comum de constatação e prova do elemento volitivo do dolo. Dessa inquietação surgiu no direito comparado um movimento de valorização do elemento intelectual do dolo, que vem sendo explorado através das teorias cognitivas.

Trata-se de teorias que visam demonstrar a suficiência do elemento cognitivo na configuração do dolo, propondo o fornecimento de critérios mais seguros para configuração desse importante elemento anímico, autorizador da responsabilidade penal subjetiva. Essas teorias aproximam-se do conceito de “representação” e possuem como representantes as teorias do conhecimento; da possibilidade; da probabilidade; do risco e do risco protegido³³.

30 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 34.

31 Duas pessoas, na Alemanha, decidem usar uma correia de couro para roubar um comerciante; o plano era apertar a correia em seu pescoço até que ele desmaiasse, o que permitiria a subtração de seus pertences. A intenção de ambos era apertar a correia o suficiente para apenas desfalecê-lo, porém, como soubessem que a força usada poderia provocar sua morte, mudaram o plano e resolveram usar um saco de areia para golpear a vítima. Na execução do crime, o saco de areia se rompeu e eles acabaram usando a correia, apertando até que ele parasse de se mover. Após a subtração, tentaram reanimá-lo. Em vão, porém, porque já estava morto.

32 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 35.

33 SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 298.

Os defensores da teoria da representação³⁴, em suas variadas acepções, assinalam que a essência do dolo é o conhecimento/representação do resultado ilícito, e não a vontade de produzi-lo, partem da premissa de que a vontade se situa no plano da ação, de que o resultado não pode ser querido, mas, apenas, representado.

O limite do dolo neste caso repousaria na ação concreta, a partir da qual seria possível identificar o querer. Não há vontade³⁵ fora da ação e não há vinculação do querer no que se refere ao resultado, que só pode ser conhecido.

Conforme se verá um pouco mais adiante, variadas vertentes foram desenvolvidas a partir da ideia de dolo como representação, algumas com diferenças de entendimento sutis, cujas linhas centrais pode se dizer, partiram da ideia da prevalência do conhecimento como elemento orientador do dolo, e a vontade, sem autonomia, orientadora do resultado, partindo da análise de que a ação só foi executada, por que querida. Um homem racional³⁶, só teria atuado como atuou se tivesse querido o resultado.

“O conhecimento³⁷ abstrato” e os “conhecimentos mínimos” devem sempre considerados, de *lege lata*, pra a afirmação do dolo, ainda que não tenham sido objeto de reflexão do sujeito, uma vez que disponíveis em face da qualidade de agente racional, do último e de sua inserção, como cidadão, em uma sociedade concreta.

Se o ponto de partida das teorias cognitivas, é a rejeição da vontade como elemento autônomo e a identificação do elemento cognitivo, como único pressuposto necessário para a imputação do dolo, aponta-se como divergência, a atribuição da competência para julgamento da avaliação do risco criado.

Enquanto parcela da doutrina, parte de um subjetivismo, atribuindo ao próprio agente o julgamento do perigo, outra parcela entende que cabe ao magistrado essa, análise, exigindo-se apenas que o agente reconheça o perigo, definida segundo uma tábua de racionalidade³⁸.

Não compete ao agente classificar/ajuizar³⁹ o perigo por ele conhecido e sim ao ordenamento jurídico, por meio do julgador: o parâmetro deve ser sempre normativo.

Acerca desse empasse, fala-se numa normatização do elemento cognitivo, ao se permitir uma análise normativa quanto a avaliação do risco criado, segundo uma medida racional. Aquele sujeito que conhece o risco e o processa de modo irracional⁴⁰, e confia seriamente na boa saída, não tem a advertência necessária para recuar, sendo esta advertência necessária para a responsabilidade dolosa.

34 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 121.

35 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 121.

36 *Ibidem*, p. 154.

37 *Ibidem*, p. 474

38 *Ibidem*, p. 189.

39 *Ibidem*, p. 473.

40 *Ibidem*, p. 189.

A configuração do dolo⁴¹ depende da execução da ação querida, ainda quando não seja querida por si mesma. Ou seja, a ideia central repousa na ação, “deve se verificar, se o agente, no momento da conduta, poderia ou não evitar o resultado, controlando, dirigindo a situação”.

*Ingerborg Puppe*⁴² apontada como uma professora Alemã que tece ferrenhas críticas quanto ao elemento volitivo do dolo e os posicionamentos jurisprudenciais, entende, que a ausência de clareza permite decisões casuísticas, e desiguais, suscetíveis ao clamor social e as suas contingências.

Para superação dessa ausência de clareza, *Puppe* propõe a adoção do chamando normativismo cognitivo, segundo o qual, o que importa é a qualidade de um perigo conscientemente realizado. Nesta perspectiva, o risco⁴³ deve ser conhecido pelo agente, independentemente de ser por ele julgado, valorado, pois esta tarefa compete ao direito.

O determinante é se o autor reconheceu determinado perigo que deveria ser tomado, ainda que em seu âmbito psíquico não o tenha tomado como relevante.

Como já se viu, *Puppe*⁴⁴, defensora de uma tese cognitivista-objetiva insiste em que a falta de conhecimento, por mais censurável e escandalosa, que se apresente, deve manter as coisas na grelha da negligência.

Neste sentido, conforme já mencionado, em linhas gerais, os adeptos das teorias cognitivas repousam seus argumentos sob a criação de um risco proibido pela lei penal, aliado a um critério de racionalidade.

Parcela da doutrina aponta que a teoria da representação desenvolvida pelo Alemão Schröder, no pós-guerra, e aperfeiçoada posteriormente por *Schmidhäuser*, foi uma das primeiras linhas teóricas que pretendia furtar-se do elemento volitivo para a conceituação do dolo, defendendo a ideia de que a mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado já deveria fazer com que o agente desistisse de sua ação.

O elemento querer, neste caso, é minimizado por considerar que a mera representação do resultado, pelo agente - conhecimento dos fatos e circunstâncias que envolvem a ação que esta preste a ser praticada, significa que ele quis, anuiu.

A representação, neste ponto, equivale ao conhecimento quanto ao resultado, que quando ausente afastaria o próprio dolo.

Na condição de defensor das teorias cognitivas⁴⁵, entende o conhecimento como conteúdo eminentemente psicológico e fundamental para configuração do dolo, vez que pressupõe domínio ou controle sobre o fato que se está em vias de praticar.

41 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 56.

42 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 63.

43 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 67.

44 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.390.

45 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 10 maio 2024.

O conhecimento equivale ao aspecto psicológico do dolo, posto que ligado ao domínio da ação criminosa, pressupondo que quem conhece domina. Não parece possível que, num direito penal de fato, uma mera vontade, sem domínio⁴⁶, possa equivaler ao domínio.

Aponta-se, que no Brasil, ao traduzir as ideias da obra da professora alemã *Ingeborg Puppe* “distinção entre dolo e culpa, o professor Luís Greco introduziu em solo nacional a teoria cognitiva do dolo ou teoria do dolo sem vontade, atuando como seu defensor.

4.3 Teorias da probabilidade

A teoria da probabilidade⁴⁷, cujo desenvolvimento se inicia no século XIX, com Luca, *Grossmam, Exner, Mülle, Sauer*, dentre outros, foi retomada especialmente por *Hellmuth Mayer* que renuncia, de todo, ao elemento volitivo, a considerar que o dolo depende de conhecimento, por parte do agente, de que o resultado ilícito se afigura provável.

Para esta teoria, o dolo na representação é analisado do ponto de vista da probabilidade. Neste caso, o conhecimento pelo agente acerca da ocorrência do risco, já representado psiquicamente, é analisado do ponto de vista da intensidade quanto a probabilidade de sua ocorrência.

A ideia geral é a de que o agente se revela tanto mais indiferente quanto mais provável se revela a probabilidade de entrada do resultado ilícito, daí se fundamentando a censura mais intensa.⁴⁸

As teorias clássicas⁴⁹ da probabilidade, partem da análise da probabilidade de realização do tipo, e não na busca da vontade psicológica (sob quaisquer de suas formas: anuência, aprovação, etc.), sendo que, a conduta perigosa é o determinante para o enquadramento do fato como doloso.

Quanto mais intensa a probabilidade (conhecimento) acerca do resultado, mais intenso seria o dolo, residindo aqui, críticas quanto a essa teoria. Isso porque, se o dolo restaria configurado quanto maior fosse a probabilidade de o resultado típico acontecer, a baixa probabilidade, que apesar de ínfima viesse a se concretizar, afastaria por si so o dolo? Assim, aponta-se que para esta teoria a verificação do dolo estaria atrelado a critérios estatísticos.

Outro ponto criticado, seria o apontamento no caso concreto de onde começa a probabilidade e onde há apenas possibilidade.

46 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 10 maio 2024.

47 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.137.

48 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.137.

49 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 52.

Por essa razão *Puppe* defende a adoção da teoria da probabilidade sem a utilização de critérios de quantificação, partindo da ideia da qualidade do perigo⁵⁰.

Neste caso, para a caracterização do dolo basta o elemento cognitivo. O conhecimento, pelo sujeito, de que está realizando um risco proibido, com certa probabilidade de acontecer. Não uma probabilidade quantitativa, mas pautada na qualidade do risco.

4.4 Teoria do risco

A teoria do risco de *Frisch*⁵¹ conduz uma modificação do conteúdo do dolo, especialmente em termos de objeto de referência. Nestes termos, objeto de referência do conhecimento só pode ser a norma de comportamento subjacente ao tipo, precisamente o conhecimento do comportamento em sua relevante dimensão típica.

Aqui não importa o resultado, que se vincula a norma de sanção, mas sim ao comportamento do agente, por (re)conhecimento como contrário à norma de comportamento típico⁵². A valoração, neste caso, recai sobre o comportamento, que do ponto de vista da ordem jurídica não é tolerado. Assim, *Frisch* defende que ação dolosa⁵³ consiste na decisão contra a norma de comportamento típica subjacente (e não, diretamente contra o bem jurídico): atua dolosamente quem “atribui-por-si- mesmo” a seu comportamento uma dimensão de risco, o qual faz do comportamento, um comportamento típico.

Sob o aspecto psicológico, à luz da sua própria ação, o agente, dirige -se contrariamente à norma, e tem seu comportamento valorado como decisão contra o bem jurídico. Essa decisão em contrário *sensu* ao atuar doloso, deixar de evitar um resultado que poderia ser evitado. Dolo, segundo, *Frisch*⁵⁴, então repousa no comportamento que afronta a norma proibitiva, uma tomada de decisão baseada na racionalidade, num atuar doloso.

4.4.1 Teoria do risco coberto e do risco descoberto

Na posição assumida por *Herzberg* o dolo deve ser aferido a partir do perigo não tolerado pelo direito. Considerada uma variante da teoria da probabilidade, retira o elemento volitivo do conteúdo do dolo, com o as formulações modernas da teoria da representação.⁵⁵

50 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 53.

51 Frisch, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 47, especialmente p.111 e ss – MARTELETO FILHO, Wagner - Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.139.

52 Frisch, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 117, MARTELETO FILHO, Wagner - Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.140.

53 Frisch, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 117, MARTELETO FILHO, Wagner - Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.140.

54 Frisch, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 374, MARTELETO FILHO, Wagner - Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.141.

55 Frisch, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 374, MARTELETO FILHO, Wagner - Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.141.

A teoria do risco descoberto⁵⁶ defende que o determinante para o dolo é o aspecto qualitativo do perigo, o chamado risco coberto ou descoberto. O primeiro seria aquele que o sujeito ativo ou passivo pode evitar o resultado, o risco descoberto, seria então, aquele em que o agente cria um risco que não pode contar com nenhuma reserva de proteção.

Pois bem, desde que introduzido no Brasil, o assunto passou a ser objeto de pesquisa por autores brasileiros, destacando-se as teses de doutorado de Wagner Marteleto Filho, cuja obra inspirou o presente trabalho de conclusão de curso, Enéias Xavier Gomes e Eduardo Vianna, por nós exploradas.

5 | ELEMENTOS DO DOLO VONTADE E CONHECIMENTO COMO ELEMENTOS PSICOLÓGICOS – DESCRITIVOS-NORMATIVOS

5.1 Vontade como elemento psicológico-descritivo

O modelo final da ação, introduzido na dogmática penal por Welzel, ao retirar dolo e culpa da culpabilidade e transferi-los para a conduta, estabeleceu que a ação é sempre dirigida a um fim, ou seja, a finalidade é determinada pela própria ação. O acontecer típico como demonstração de intenção.

Então, em contraponto ao modelo causal, o finalismo entende que não basta que uma pessoa tenha causado um resultado típico, há de existir uma atuação da vontade do agente. A ação passa a constituir uma intervenção guiada pela vontade em um acontecimento causal.⁵⁷

Portanto, ação dolosamente dirigida a um fim não desejado pelo direito penal, é uma ação volitiva, entendida e aceita pelo agente.

Por vezes, designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém⁵⁸.

A vontade de realizar⁵⁹ o tipo penal conhecido pelo agente deve se concretizar no mundo real, por isso o querer, deve ser acompanhado de um verbo auxiliar realizar, posto que é necessária a manifestação concreta da conduta idealizada.

A vontade definida como *querer realizar* o tipo objetivo de um crime deve apresentar duas características para constituir elemento do dolo; primeiro, a vontade deve ser incondicionada no sentido de constituir uma ação já definida, segundo a vontade deve ser capaz de influenciar o acontecimento real, de modos que o acontecimento típico possa ser definido como obra do autor⁶⁰.

56 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 53.

57 FARIAS, Dermeval. Dogmática Penal. Ed. Juspodvim, ano 2022, p. 72.

58 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 12/05/2024.

59 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 131.

60 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 131.

Entretanto, apontando a insuficiência na apresentação do conceito tradicional de dolo pelo Código Penal, Damásio de Jesus,⁶¹ entende que o dolo significa mais do que o mero desejo de produzir determinado resultado ou assumir o risco de produzi-lo, pois envolve a interpretação do estado anímico do agente.

Numa discussão mais filosófica acerca do tema o penalista Brasileiro Rogério Greco apontando este conceito como uma “visão simplificada das coisas”⁶², estabelece: “ainda que se reconheça nos termos “intenção” ou “conformando-se com” (art. 14 I e III, Código Penal Português), “quis” ou “assumi o risco” (art. 18 I Código Penal Brasileiro) uma conotação volitiva, há uma ambiguidade fundamental que nos permite questionar as certezas da postura dominante.

Desse ponto, a vontade⁶³ pode ser concebida num aspecto psicológico-descritivo, que tenta descrever a real disposição interna do agente, quanto normativo- atributivo, sendo que, nesse último caso, é valorado através da conduta exteriorizada, conforme será visto adiante.

Ele propõe uma revisão normativista do conceito de dolo⁶⁴, de maneira que o decisivo para o dolo passa a ser não o que ocorre na cabeça de quem pratica certo comportamento, e sim o sentido social que esse comportamento expressa.

5.1.1 Conhecimento como conteúdo psicológico – descritivo

Dolo é conhecimento, segundo a doutrina majoritária. A consciência é seu elemento cognitivo ou intelectual, que revela o conhecimento, a representação a nível mental, por parte do agente, acerca dos dados da realidade que caracterizam a conduta.

Toda ação consciente⁶⁵ é dirigida pela consciência do que se quer e pela decisão de querer realizá-la, ou seja, pela vontade.

A consciência, assim como a vontade, é característica subjetiva do agente, pois integra a esfera intelectual. Logo, é necessário que o sujeito compreenda estar realizando as condutas descritas nas elementares do tipo.

Assim, a consciência do autor deve autorizar a presunção de sua ciência quanto aos elementos configuradores da conduta típica, a previsão do resultado e a relação de causa e efeito como resultado desta ação.

Desse modo, o dolo, para ser caracterizado, precisa abarcar todas as elementares e circunstâncias que se encontrem presentes no tipo penal. Caso reste comprovada a sua ausência acerca de qualquer parte do crime cometido, restará caracterizado o instituto do erro de tipo⁶⁶.

61 JESUS, Damásio de. Direito penal: volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 380.

62 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 15/05/2024.

63 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 15/05/2024.

64 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 15/05/2024.

65 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: 27 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 351

66 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p 6.

A consciência tida como elementar do dolo e que neste ponto trabalhamos, deve ser atual, efetiva, verificável no momento da prática da conduta. Por esse motivo não pode ser confundida com a consciência da ilicitude.

Quando o agente atua, basta que objetive o preenchimento do tipo penal incriminador⁶⁷, pouco importando se ele sabe ou não que realiza algo proibido.

Assim, leva-se em consideração para a consciência do dolo⁶⁸, a representação dos elementos integradores do tipo penal, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica.

O agente então, tem a consciência do ato, a vontade de agir, decide por assim fazer e, por fim, concretiza a conduta; por meio de uma ação.

Por essas considerações, quase sempre se entende o dolo como o “saber e querer (conhecimento e vontade)” de todas as circunstâncias do tipo legal.

Um outro ponto, seria o conhecimento como elemento psíquico que indica o domínio⁶⁹ sobre a ação. O conhecimento é necessário para a existência de domínio sobre a realização do fato, e esse domínio dá origem a duas fortes razões para que aquele que o possui receba um tratamento mais severo.

Disso se extrai, ainda, que ao plano da imputação subjetiva⁷⁰, não se cuida de estabelecer o que o sujeito, psicologicamente (num esquema de prazer-desprazer), quis, mas sim de avaliar se aquilo que o sujeito *quis* corresponde ao querer-devido) (não um *querer* psicologicamente, o não devido, mas sim o que não é, normativamente, devido *querer*).

Esta nova abordagem do conceito de vontade, agora, atrelada a ideia normativo - atributivo, não está no plano interno, mas um conceito normativo e de atribuição, ou seja, não é algo que está vinculado a mente humana, ao que efetivamente ocorreu no plano interno do agente.

Contemporaneamente, têm sido designadas, como elemento normativo- volitivos, a construção do conceito de dolo a partir da *ratio* da incriminação – dolo como decisão contra o bem jurídico⁷¹.

67 NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6º edição, editora RT, 2009, p. 201.

68 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, p. 331

69 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 12 de maio 2024.

70 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 257.

71 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.155.

6 | DOLO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DE SEUS ELEMENTOS

Normatização⁷² em uma primeira aproximação, significa a transição para uma compreensão conceitual, que leva em conta, essencialmente a função do conceito no interior de um conjunto de regras do Direito (penal, no caso).

Trata-se da perspectiva de se trabalhar institutos jurídicos a partir da escolha de um método, que pode ser psicológico empírico ou funcional teleológico. Mas uma escolha que não pressupõe exclusões, já que nenhum conceito pode ser considerado exclusivamente descritivo ou valorativo, posto que inseparáveis.

Não se extraem valores diretamente de fatos brutos (por exemplo afirmar se vontade é dolo ou se conhecimento é dolo), sob pena de se incorrer na falácia naturalista, de outra banda não há puramente valoração⁷³.

Importa, que a valoração pressupõe uma premissa descritiva⁷⁴ e que a descrição dessa premissa a partir de um conceito normativo não pode ser afastado, sob uma argumentação valorativa. Assim, se dolo é considerado conhecimento de um ponto de vista normativo (do ponto de vista de uma norma), o requisito do conhecimento não pode ser afastado sob o critério da valoração.

O dolo como construção normativa então, passa por uma transição do psicologismo ao normativismo, abrangendo desde a intenção como quesito determinante, sem o qual, dolo seria facilmente afastado, para uma interpretação que exigia valoração quanto a resultados advindos de uma ação, contudo, para além dessa intenção.

Fora dos casos especialmente previstos, a comprovação da intenção⁷⁵ só ganha relevo ou bem porque pode revelar um maior controle da ação -como no caso em que o sujeito quer matar e faz mira contra a região nobre do corpo da vítima – ou porque, ao plano da valoração social, expressa, de modo claro e linear, a negativa direta de validade da norma, nas situações em que a probabilidade do resultado é baixa.

Nesse ponto da investigação⁷⁶, cumpre acentuar o potencial da doutrina do *dolus indirectus* para o fornecimento de bases estruturais para uma conseqüente normatização do conceito de dolo e para o abandono de um conceito psicologista da imputação.

A necessidade de valoração quanto a esses resultados não intencionados, mas propositados, constituiu terreno fértil para estruturação do dolo indireto. Como esclarece Stuckenberg⁷⁷, o dolo, na forma de intenção (Absicht) na linguagem de Hegel, (em que se separa” intenção de propósito, o último sim, como Vorsatz), abrange também, o resultado, não previsto, mas típico e previsível da ação, em uma perspectiva que retoma as bases do *dolus indirectus*.

72 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.52.

73 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.52.

74 Ibidem , p.52.

75 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.472.

76 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.78.

77 Ibidem, p. 84.

Assim, se teorias tradicionais trabalham à vontade partindo de um ponto psicológico - descritivo, ou como elemento emocional, as teorias normativas contemporâneas, ou abraçam esses elementos do dolo (vontade e conhecimento), mas direcionados para a afirmação de uma decisão contra o bem jurídico, ou os afastam, negando a autonomia do elemento volitivo, mantendo, apenas o cognitivo – teorias normativas cognitivas, defendidas no direito comparado por *Puppe e Herzberg*.

Quando mantidos, os elementos conceituais do dolo, deverão ser comprovados mediante um catálogo aberto de indicadores, sendo que, sob a perspectiva da teoria da normatização do elemento cognitivo, o catálogo de indicadores é fechado⁷⁸, restrito à qualidade do perigo conhecido, para a indicação do elemento cognitivo, único necessário e suficiente para a afirmação do dolo.

O catálogo fechado⁷⁹ é construído sob as seguintes premissas: a) no plano conceitual, em termos psicológicos do dolo, deve ser considerado apenas e tão somente o conhecimento, por parte do agente, de um determinado tipo de perigo proibido, b) o perigo deve possuir determinada qualidade/entidade, ser de um determinado tipo, e é ele o indicador externo de relevo para a decisão sobre o dolo; c) fatores emocionais e subjetivos, especialmente o processamento irracional do risco conhecido, são todos irrelevantes para decisão acerca do dolo.

Retomando, aponta-se, a construção do dolo como decisão contra o bem jurídico, onde sua adscrição⁸⁰, se realiza com emprego de um catálogo aberto de indicadores, de natureza objetiva (como a qualidade do perigo, e o valor do bem jurídico em jogo) e emocional-subjetiva (relacionamento do agente com vítima, motivos, comportamento ante e pós fato, personalidade, etc).

Dentre as propostas contemporâneas que visam a construção normativo-volitivas, no grande modelo de dolo como decisão, fala-se, em apartadíssima síntese, em teoria do dolo como decisão e realização do plano, dolo como apropriação, teoria dos indicadores do dolo, enfim.

Neste ponto, interessante mencionar o modelo de proposta de dolo defendida por *Hassemer*, que ao partir do conceito de dolo como decisão contra o bem jurídico, entende como acertada a direção dessa proposta contemporânea, vez que neste contexto demanda, para além do conhecimento em face do perigo, uma apropriação pessoal, isto é, que o agente aceite tal perigo para si, fazendo dele, fundamento para sua ação. Sendo assim, para *Hassemer*,⁸¹ o elemento volitivo se afigura irrenunciável para o reconhecimento do dolo, mas irrelevante, enquanto estados emocionais não exteriorizados na ação, posto que não tocam a decisão.

78 INGEBOG, Puppe, AT. 2016 § 9º pp.123 -1333 - MARTELETO FILHO, Wagner, p. 430. Dolo e Risco no direito penal Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.430.

79 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.444.

80 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.155.

81 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 181.

Assim, não se trata de uma interpretação vaga, mas ao contrário, que obedeça a critérios bem definidos, de modo a permitir a observância que uma certa “disposição” dolosa, seja refletida através de indicadores externos e objetivos, hábeis a indicá-la, portanto, observáveis.

Não se podem confundir os indicadores com o próprio dolo⁸², antes se exigindo, na construção do conceito, decidir, fundamentadamente, sobre quais os elementos que o integram e o sentido de tais elementos, para – só então apontar os pedaços da realidade empírica, seja ela subjetiva, seja objetiva, que serão tomados em conta, na decisão, como indicadores.

Claus Roxin⁸³ adepto do chamado normativismo volitivo é um dos criadores da teoria do dolo como decisão contra o bem jurídico. Utiliza-se como linha mestra para a caracterização do dolo o plano do autor, ou seja, age com dolo aquele que tem consciência para a realização de um tipo reconhecidamente possível, em detrimento da proteção ao bem jurídico.

7 | DOLO PSICOLÓGICO E SUA DIFÍCIL AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

Ao considerar o dolo como exercício emocional do agente frente a realização de um tipo penal, conforme pretende as teorias volitivas, desconsidera-se a complexidade das emoções humanas e a sua difícil expressão do ponto de vista jurídico. Parte - se do ponto, que a questão jurídica fundamental da imputação subjetiva não é averiguar se algum estado psicológico anima a conduta do indivíduo, senão estabelecer os critérios a partir dos quais é possível afirmar se houve, ou não, dolo.

A imputação do dolo⁸⁴ nunca é, portanto, um simples derivado de processos psicológicos, posto que os elementos psicológicos integralizáveis ao conceito de dolo, não possuem autonomia nem para afirmação, nem para exclusão do dolo.

A tarefa de verificação do dolo como⁸⁵ um fenômeno psicológico - descritivo, pressupõe, ante a ausência de critérios delimitados, para o problema da vontade no dolo, decisões judiciais desiguais que geram enorme insegurança jurídica.

A vontade, no sentido psicológico⁸⁶, não possui autonomia no plano do conceito de dolo, ressalvada sua interpretação como sendo uma vontade extrovertida, em termos de análise intencional, segundo o modelo de um silogismo prático. Trata-se, portanto, de um conceito disposicional-atributivo, e não psicológico-descritivo.

82 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 429.

83 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 63.

84 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 469.

85 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 63.

86 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 472.

Assim, as representações de ânimo do agente não são determinantes para a imputação dolosa⁸⁷, mas sim se ele decidiu, a partir de uma análise jurídica, a favor da possível realização do tipo, é nesse sentido que verificamos certos parâmetros normativos consistentes na análise dos atos externados de manifestação em sentido contrário ao bem jurídico, em substituição a um juízo exclusivamente psicológico.

O que levaria a passagem para uma imputação objetivamente posta, através da busca por se interpretar o comportamento humano exteriorizado através de uma ação criadora de um risco substancial e sabidamente perigoso ao bem jurídico.

Também se evita, por outro lado, um alargamento das circunstâncias onde o magistrado, a luz de suas próprias convicções, determine o que é querer.

O controle da decisão judicial⁸⁸, segundo parâmetros racionais é uma garantia fundamental do arguido e, notadamente dos valores da isonomia e da justiça

São critérios que transcendem a figura do julgador⁸⁹, evitando que o conteúdo volitivo, torne-se vulnerável à lei do Juiz.

Assim, conforme visto alhures a teoria cognitiva do dolo propõe a aferição do elemento cognitivo partir de um critério objetivo, de base racional, consubstanciado no risco ao bem jurídico.

Baseadas na teoria da representação do resultado como conhecimento propõe, em linhas gerais, que a imputação objetiva parte da relação causal entre a criação de um risco e a realização desse risco no resultado.

Desse ponto, a aferição do dolo parte, inicialmente, da análise objetiva do tipo, com foco no perigo ao bem e a qualidade desse risco na efetiva produção do resultado. Assim, assume contornos de extrema relevância o nível de conhecimento que o agente demonstra ter, no caso concreto, quanto ao risco por ele produzido.

Há três outras razões a favor do dolo como representação do perigo. A primeira: quando o agente representa o perigo que decorre de sua conduta e mesmo assim age, ele viola a norma de comportamento e compromete-se com o perigo de um modo que o autor culposo não o fazer. A segunda: quem age com consciência tem domínio sobre a própria conduta de uma forma que quem age inconscientemente não possui e pode, portanto, mais facilmente agir com o fim de evitar a concretização do perigo e, desse modo, age mais gravemente. Por fim, terceira razão está baseada na ideia de prevenção geral negativa: quem atua conscientemente tem condições superiores de agir conforme a norma e evitar o perigo de realização do tipo penal e, portanto, convém que seja apenado mais intensamente. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 188.

Dessa forma, sustenta Viana que “o dolo é o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado.”⁹⁰

87 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 45.

88 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 472.

89 Ibidem, p. 45.

90 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 194.

Partindo dessa premissa, a concretização do dolo como compromisso cognitivo se estabeleceria através da teoria inferencialista do dolo. O conceito de inferencialidade, seria o “juízo que permite seja estabelecida uma relação vinculacional entre uma conduta e um corpo de conhecimento.”⁹¹

Significa, que sempre que houver um vínculo racionalmente fundado entre conduta perigosa e resultado e as circunstâncias que permitem esse vínculo tivesse sido devidamente conhecida pelo autor, há uma conduta dolosa.

Em contrário *sensu* afirma,⁹² que quando se entende uma justificativa como absurda, entende-se por absurda por faltar-lhe inferencialidade.

A título de ilustração propõe como exemplo o caso do indivíduo que atira à queimadura em direção à cabeça da vítima, que morre na hora, e justifica-se dizendo que não teve a intenção de matar, mas somente de obter a carteira da vítima.

Do ponto de vista da inferencialidade, entende-se essa justificativa como absurda porque é de se conhecer que a conduta de atirar em direção à cabeça de uma pessoa e o resultado morte há um vínculo causal claro.

Então, neste exemplo, o dolo estaria configurado, posto que presente todas as circunstâncias fáticas envolvidas. Concluindo, que a determinação da atribuição decorrerá da valoração de um complexo de dados. Por fim, aponta, que o juízo inferencial deverá considerar três perspectivas: “a que se refere ao autor (*i*); a que se refere à vítima (*ii*); a que se refere ao complexo de circunstâncias que envolvem a realização da conduta⁹³ (*iii*)”.

O primeiro dos parâmetros refere-se à periculosidade da conduta praticada pelo autor, a qual, segundo o seu critério, pode ser dividida em quatro níveis: “perigo *sui generis*, perigo de alta, média e baixa intensidade”.⁹⁴

Os casos de perigo *sui generis* são aqueles que em razão de sua extraordinária intensidade, *per se* já são suficientes para a imputação a título de crime doloso.

Fora desses casos extraordinários de perigo *sui generis*, somente a intensidade do perigo da conduta praticada não será suficiente para afirmar a imputação, sendo necessário recorrer a dados de natureza diversa.

E esses dados serão referentes à intensidade desse perigo em relação à condição de vulnerabilidade concreta da vítima, ou segundo suas palavras, “sobre a sua condição de autossalvação”.⁹⁵

São propostos três níveis de vulnerabilidade da vítima (alto, médio e baixo), conjugados com o nível de periculosidade da conduta. Se a periculosidade da conduta e a vulnerabilidade da vítima forem altas, já é possível afirmar, sem outras considerações, a imputação a título de dolo.⁹⁶

91 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 259.

92 *Ibidem*, p. 259.

93 *Ibidem*, p. 263-264

94 *Ibidem*, p.50

95 *Ibidem*, p.51

96 *Ibidem*, p.52.

Outro indicador, segundo o autor, será a análise da *marca dominante da conduta*, que é “aquela que *reafirma* um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que *rompe* com esse vínculo relacional”.⁹⁷

A marca dominante da conduta será observada concretamente verificando a adoção, ou não, pelo agente, de meios para evitar o resultado.⁹⁸

Em caso positivo, se o agente demonstrou cuidado com o bem jurídico no momento da conduta, adotando medidas com vistas a redução de riscos, restará configurada a modalidade culposa; caso contrário, se o agente deixou de adotar meios para reduzir a periculosidade de sua conduta, mostrando desinteresse, restará tendente ao dolo.⁹⁹

Assim, não obstante a doutrina majoritária seguir com uma dupla programação psíquica para o dolo: consciência e vontade, é cada mais crescente o número de autores brasileiros e estrangeiros, que assumem uma concepção cognitiva de dolo.

Sustenta-se, a nosso ver, acertadamente, conforme dito anteriormente, que a imputação a título de dolo decorre do compromisso cognitivo que se estabelece entre o autor e o fato, conforme critérios anteriormente mencionados.

Essa é uma discussão de tendência cada vez mais crescente, posto que as razões para o distanciamento da configuração do dolo como vontade- descritiva é muito latente dado reduzido fornecimento de critérios mais seguros para a configuração dolosa.

A normatização e a objetivação do conceito de dolo¹⁰⁰, resultantes do abandono, ainda que parcial, da perspectiva estritamente psicológica, parece ser irreversíveis, e já encontram certo consenso em seu elemento volitivo – que atualmente ou é bem afastado, ou é bem considerado de modo *adscritivo*.

E ainda que seja um movimento tímido, as discussões acerca da normatização de institutos penais devem sempre ser bem recebidos, considerando que a dogmática penal é uma ciência da cultura, da comunicação, que depende de valor, de construções valorativas.

8 I CONCLUSÃO

Na condição de elemento de atribuição de culpa, os limites para o exercício do poder punitivo Estatal coincidem com a identificação dos limites do dolo, que do ponto de vista da opinião doutrinária dominante é definido como a consciência e a vontade de realizar os elementos do tipo penal objetivo.

A intencionalidade, como principal elemento psicológico, aumentaria o perigo para o bem jurídico, ao mesmo tempo que denota maior grau de reprovabilidade subjetiva do agente. Acontece que, conforme demonstrado, o elemento volitivo (em sentido psicológico - descritivo), apesar de importante, é incapaz de dar boas razões para sua consideração como elemento autônomo e caracterizador do dolo, sobretudo, se considerado num conceito jurídico e teleológico, por que:

⁹⁷ *Ibidem*, p.52

⁹⁸ *Ibidem*, p.58

⁹⁹ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

¹⁰⁰ MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização*: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 384.

Partindo da premissa de que teleologicamente o direito penal, no Brasil, existe para proteger bens jurídicos através da imposição de sanção, e que a função do dolo, em última análise, é autorizar a aplicação dessa sanção, tem-se que, o reconhecimento como direito sancionador se funda numa atuação legítima.

O ponto de partida é a própria concepção do Direito Penal¹⁰¹, cuja função essencial, para Roxin, consiste na proteção de bens jurídicos, pela via da proteção geral positiva. O conceito de dolo¹⁰² deve ser concebido em uma base funcional normativista, estritamente conectada aos fundamentos e fins da pena.

Neste ponto, dois pontos: *i)* o que legitima a atuação punitiva estatal é o uso da racionalidade, *ii)* a *ratio* da imposição de sanção expressa o núcleo conceitual para determinar o conteúdo do dolo.

Neste sentido, a dinâmica de dar e pedir razões próprias do exercício do *jus puniend* estatal há de tomar como ponto de partida, a necessidade de uma forma de imputação mais segura que o mero critério de intenções anímicas. Considera-se, que o perigo ao bem jurídico não existe no estado mental, mas no método, na forma como se comporta o agente para atingir a finalidade desejada, ou seja, na ação.

Desse ponto, o desvalor recai sobre a conduta praticada pelo agente e o resultado obtido e não sobre o seu conteúdo psicológico, considerando que a vontade por si só, por mais intensa que seja, não tem o condão de modificar a natureza das coisas, já ação sim.

A racionalidade¹⁰³ do agente, seu papel social, suas competências e incumbências a ele conectadas, são critérios relevantes de imputação, e não os inacessíveis (e muitas vezes arbitrários) processos psicológicos internos do sujeito concreto, em uma perspectiva individualista, psicológica e de linguagem privada.

Assim, o ponto central para a configuração dolosa estaria fundado num critério objetivo (a ação), hábil a criar um risco com potencial para produzir o resultado danoso, em face do bem jurídico que a norma visa proteger.

Desse modo, já caminhando para o final, por tudo que foi demonstrado, e sem pretensão de esgotar o tema, posto que de enciclopédia vastíssima, acredita-se que dolo seja mais que simples vontade e representação, dolo é um juízo, e não um objeto de valoração, expressa o compromisso cognitivo do agente com a realização do perigo representado.

Exige-se um nível de representação que expresse um grau qualitativo de vínculo entre o autor e o fato, conforme defende as teorias do conhecimento.

101 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 156.

102 MARTELETO FILHO, Wagner: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 469.

103 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 471.

Assim, entendemos que a utilização das suas premissas junto com os critérios indicados para a imputação dolosa, forneçam terreno mais seguro para a imputação objetiva, e a decisão de dizer se o dolo resta ou não configurado, fica nas mãos do julgador, que no uso da racionalidade, deixa de ser refém do estado de ânimo do agente, e passa a se utilizar de critérios objetivos observáveis e demonstráveis na configuração do atuar doloso.

AGRADECIMENTOS

Enquanto assistia as aulas ministradas pelo Doutor Wagner Marteleto Filho no curso de especialização - Ciências criminais na visão do Ministério Público, promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais é que tive contato com o tema dolo sem vontade psicológica, cujo assunto foi notavelmente apresentado em sua obra - Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização, que em sua essência consiste na sua tese de doutorado defendida na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Utilizando-se de uma metodologia robusta e sistemática, seu saber jurídico fora expressado de forma clara e objetiva, fornecendo orientação a todos que lidam com tema em casos práticos, ou apreciam uma leitura aprofundada. Ou, aos que, assim como eu, sentem profundo entusiasmo pela Dogmática Penal, só se debruçam e se permitam fascinar por todo conhecimento transmitido.

Por esta feliz oportunidade, agradeço ao Ministério Público de Minas Gerais pela participação nesta importante especialização *Latu Sensu*, onde tive acesso a mestres de elevadíssimo saber jurídico e mais alta envergadura intelectual, neste particular aos professores Gregório Assagra de Almeida e Fernando Abreu, e especialmente ao Doutor Wagner Marteleto Filho, pela oportunidade de sua orientação e pela compreensão na condução dos trabalhos.

Também, meus sinceros agradecimentos à equipe do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público na pessoa da servidora Elmita Xisto do Vale, por toda atenção, compreensão e profissionalismo, dispensados.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BUSATO, Paulo César. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 14 de maio 2024.

MARCONI, Maria de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTELETO, Wagner Filho. Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MARTELETO, Wagner Filho. O problema do desconhecimento no dolo: os dois planos de normatização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais. Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa, 2019, p. 112. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/42264/1/ULSD733934_td_Wagner_Filho.pdf. Acesso em 10 maio. 2024.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado, parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: arts 1º a 120. Do CP. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.


RUIZ, João Álvaro. Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, parte geral. 14. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

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 Irdr 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 Araujo. **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 Contemporáneo 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 topes 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.unilivre.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 reimpression).

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.
- **PANGEA (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-produtividade-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

Maríen 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%	20%	27%	27%	32%	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 descontinuar 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.

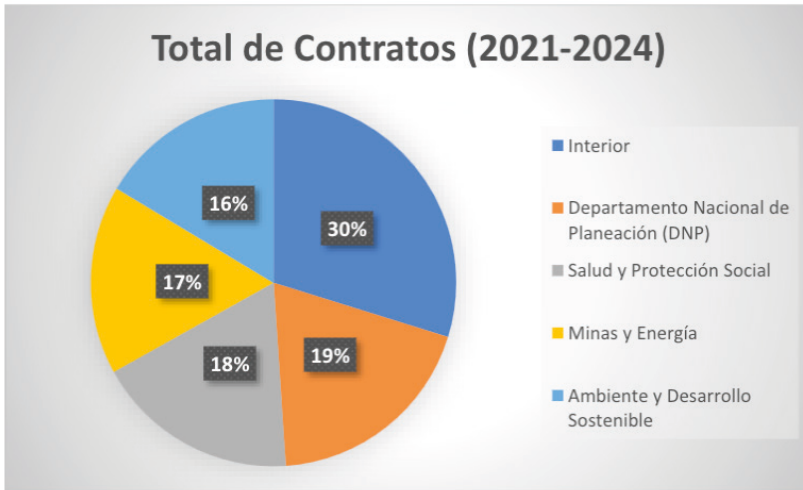


Figura 1 - Entidades del orden nacional con mayor número de vinculación de personas por contrato de prestación de servicios en las vigencias 2021-2024

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 número 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 su adecuada estructuración, contribuya al logro de lo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo vigente, evitando que en la práctica 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 sobrecostos. 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 Juris*, 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.uexternado.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 Bermudez 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 Najjar*. 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/facea/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 Alança 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 quirritária, 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 ÔBICES 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 REGISTRADOS. 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 CONDIÇÃO 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 REGISTRADOS. 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/8137.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/2002/10406compilada.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%20usucapiao%20extrajudicial%3Fsem%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 douto 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. (DITICIO, 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:

Extrai-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. **Verbetes 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.

Atto 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 visitar 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 reparatorias, 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.


Direito


— e desafios —

contemporâneos

Entre justiça e transformação social

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)


 www.facebook.com/atenaeditora.com.br


Direito


— e desafios —

contemporâneos

Entre justiça e transformação social

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)

 www.facebook.com/atenaeditora.com.br